

Doctorado en Ciencias Jurídicas
Universidad Nacional de La Plata

TESIS DOCTORAL

DERECHO DE DAÑOS LABORALES
Su existencia y las pautas que lo rigen

Doctorando: Juan José Formaro.

Domicilio: Acassuso n° 17, piso 2° “A”, San Isidro (CP 1642), Buenos Aires.

Teléfono: 011-4732-2123 (part.) - 153-449-2123 (cel.).

Correo electrónico: juanformaro@estudioformaro.com.ar.

Director: Dr. Ricardo Jesús Cornaglia.

Domicilio: Alvear n° 739, Quilmes (CP 1878), Buenos Aires.

Teléfono: 011-4253-3810 (part.) - 154-146-9251 (cel.).

Correo electrónico: rjcornaglia@speedy.com.ar.

-

INDICE

INTRODUCCION

1. Exposición preliminar del tema objeto de estudio	12
2. Estado de la cuestión y planteo del problema	12
3. Objetivos	13
4. Hipótesis	13
5. Metodología	14

PRIMERA PARTE

Capítulo 1

El principio que establece la prohibición de daño y el deber de indemnizar (art. 19 CN)

1. Introducción	16
2. El art. 19 de la Constitución Nacional	16

Capítulo 2

El régimen de riesgos del trabajo (leyes 24.557, 26.773 y 27.348)

1. Introducción	19
2. Antecedentes legales	19
a) La ley 9688 y sus modificatorias	19
b) La ley 24.028	19
3. La ley 24.557	20
4. La ley 26.773	21
5. La ley 27.348	21
6. El esquema normativo vigente	22

Capítulo 3

El derecho común

1. Introducción	24
2. Los elementos de la responsabilidad en el derecho común	24
a) La antijuridicidad	24
b) El factor de atribución	24
c) La relación de causalidad	25
d) El daño	26
3. La unidad del fenómeno resarcitorio	27
4. La confluencia de las normas comunes laborales y civiles en función de la reparación plena	27
5. La mecánica de la aplicación del derecho civil en el plano laboral	27

Capítulo 4

La jurisprudencia de la Corte Suprema (años 2004/2019)

1. Introducción	31
2. Fallos atinentes a la acción sistémica	31
3. Fallos relativos a la acción común	32

Capítulo 5

Control constitucional, iura novit curia y congruencia

1. Introducción	35
2. El aforismo “iura novit curia”	35
3. El principio de congruencia	35
4. La “flexibilización” de la congruencia	36
5. La posibilidad de fallar “ultra petita”	37
6. El control constitucional de oficio	37
7. Las etapas de la jurisprudencia de la CSJN sobre el control oficioso de constitucionalidad	38
8. La congruencia como limitante del control oficioso de constitucionalidad	38
9. La “interpretación conforme”	39

SEGUNDA PARTE

Capítulo 1

Los damnificados legitimados

1. Introducción	41
2. La nómina legal de derechohabientes	41
3. “Concurrencia” y “prelación”. El derecho indemnizatorio de los hijos menores	41
4. Matrimonio, convivencia e incidencia del CCCN	42

Capítulo 2

Los obligados

1. Introducción	45
2. Los obligados del sistema	45
a) Aseguradora de Riesgos del Trabajo	45
b) Empleador autoasegurado	45
c) Empleador no asegurado	45
3. La sustitución de la responsabilidad patronal	45

Capítulo 3

Las contingencias y las eximentes

1. Introducción	48
2. Los caracteres del acontecimiento (“súbito” y “violento”) para la configuración del accidente	48
3. El daño “en ocasión”	49
a) El texto original de la ley 9688	49
b) La modificación por la ley 12.631	49
c) La ley 15.488	50
d) La “ocasión” que permite el daño y obliga a indemnizar	50
4. El “hecho” y la “ocasión” del trabajo en materia de enfermedades	51
5. Las eximentes	52
a) La fuerza mayor extraña al trabajo en relación al “hecho” y la “ocasión” laboral	52

b) El dolo del trabajador como intención deliberada de auto-daño	53
c) La alusión a las incapacidades preexistentes y su vínculo con la ocasión	54

Capítulo 4

La indiferencia de la concausa

1. Introducción	57
2. Los regímenes anteriores a la ley 24.557	57
3. La indiferencia de la concausa en el régimen de riesgos del trabajo	57
a) Accidentes de trabajo	58
b) Enfermedades	58
b.1) Enfermedades previstas en los dectrs. 658/96 y 1167/03	58
b.2) Enfermedades incorporadas por el dect. 49/14	58
b.3) Enfermedades reconocidas por la vía del dect. 1278/00	58
4. La incidencia de la regulación del “hecho de la víctima” como eximente en el CCCN	59

Capítulo 5

Los daños que indemniza el sistema especial

1. Introducción	61
2. El “daño biológico” y el “valor vida” como puntos de partida en el sistema	61
3. Las prestaciones dinerarias y la naturaleza de los rubros que indemnizan	61
a) La prestación derivada de la fórmula	61
b) La compensación dineraria adicional del art. 11, ap. 4º, de la ley 24.557	62
c) La indemnización adicional del art. 3º de la ley 26.773	62
d) La prestación adicional por gran invalidez	62
4. La incidencia del baremo	62
5. El daño extrapatrimonial en el sistema tarifado y la problemática que allí lo rodea	63

Capítulo 6

El ajuste de los créditos

1. Introducción	67
2. Incidencia de la naturaleza del crédito sobre la cuantificación en la acción especial	67
3. La operatoria del mecanismo de ajuste sobre la indemnización sistémica	67

Capítulo 7

Los intereses

1. Introducción	70
2. Inicio del cómputo	70
3. Tasa aplicable	71
4. Capitalización de los intereses	71

Capítulo 8

La prescripción

1. Introducción	74
2. Efectos de la inexistencia de plazo para denunciar el hecho dañoso	74
3. Prescripción de las prestaciones sistémicas (dinerarias y en especie)	74
4. La trampa del trámite administrativo y la caducidad en relación a la prescripción	74

Capítulo 9

Derecho transitorio

1. Introducción	77
2. La norma general de derecho transitorio (art. 7º, CCCN)	77
3. Algunos precedentes sobre la aplicación temporal de las leyes laborales	77
a) El fallo “Saltamartini” de la CSJN	77
b) Los plenarios “Prestigiacomo” y “Villamayor” de la CNAT	78
c) El fallo “Espósito” de la CSJN	78
4. Criterios de aplicación del derecho transitorio en materia laboral	78
5. La norma más favorable y el principio de progresividad en relación al derecho transitorio	78
6. El acceso a la tarifa sobreviniente frente al daño no resarcido	79
a) Aplicación inmediata de las mejoras introducidas en la tarifa	79
b) Inconstitucionalidad de las normas sobre aplicación temporal	80
c) Indeterminación de la incapacidad	80
d) Indemnización equitativa por prestaciones no canceladas	80

TERCERA PARTE

Capítulo 1

Los damnificados legitimados

1. Introducción	85
2. Legitimación para reclamar consecuencias patrimoniales	85
3. Legitimación para reclamar consecuencias no patrimoniales	85
a) La inconstitucional limitación del Código Civil	86
b) La ampliación de los legitimados por el Código Civil y Comercial	86
b.1) La nómina de damnificados indirectos legitimados	86
b.2) La hipótesis de “gran discapacidad”	87
c) Dos relevantes fallos de la CSJN relacionados con el art. 1741 del CCCN	87

Capítulo 2

Los obligados

1. Introducción	90
2. Los posibles obligados a reparar desde el derecho común	90
3. La concurrencia o la solidaridad frente a la obligación resarcitoria	90
4. La responsabilidad de sujetos distintos del empleador y la opción	91

Capítulo 3

Las fuentes de la responsabilidad y su cúmulo

1. Introducción	93
2. Las diversas fuentes de la responsabilidad	93
3. Cúmulo entre los regímenes	94
a) El art. 1107 y la opción de las leyes 9688 y 24.028	94
b) La cuestión bajo la vigencia de la ley 26.773 y el CCCN	95
4. La inoperatividad de la regla de la previsibilidad contractual en materia de consecuencias indemnizables	96

Capítulo 4

La obligación de seguridad

1. Introducción	98
2. Definición	98
3. Aplicación en materia de accidentes y enfermedades laborales	98
a) La doctrina y la jurisprudencia que inicialmente acogió su vigencia	98
b) La posición de la Corte Suprema	99
c) La réplica de los argumentos esbozados contra su validez	99
d) Su moderna aceptación	101
4. La sanción del Código Civil y Comercial	102
5. Vigencia	103
6. La situación de los derechohabientes	105

Capítulo 5

Hecho de las cosas y actividades riesgosas

1. Introducción	108
2. El art. 1757 del CCCN	108
3. Responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de las cosas	108
a) Concepto de riesgo o vicio de las cosas	108
b) Legitimación pasiva	109
b.1) El dueño	109
b.2) El guardián	109
b.2.I) La guarda intelectual	109
b.2.II) La guarda provecho	110
4. Responsabilidad objetiva por actividades riesgosas o peligrosas	110
a) Concepto de actividad riesgosa o peligrosa	111
a.1. Por su naturaleza	111
a.2. Por los medios empleados	111
a.3. Por las circunstancias de su realización	111
b) Legitimación pasiva	111
b.1. Quien realiza la actividad	111
b.2. Quien se sirve de la actividad	112
b.3. Quien obtiene provecho de la actividad	112
4. La presunción de riesgo y la prueba contraria a cargo del responsable	112
5. La actividad laboral, el riesgo implícito en aquella y la responsabilidad	112

Capítulo 6

El art. 75 de la LCT (texto según ley 27.323)

1. Introducción	116
2. La acción fundada en el art. 75 LCT y la jurisprudencia de la CSJN	116
3. El alcance del deber	117
4. La naturaleza de la acción	117
5. La operatividad de la norma	117
6. Los efectos de la utilización de esta acción	118

Capítulo 7

Responsabilidad del principal por hechos de otros dependientes

1. Introducción	121
2. Los requisitos para la existencia de responsabilidad refleja	121

Capítulo 8

Responsabilidad por culpa o dolo

1. Introducción	123
2. El carácter residual de la responsabilidad subjetiva	123
3. Responsabilidad por culpa o dolo	123
4. La presunción legal de dolo en el trabajo de menores y mujeres	124

Capítulo 9

La responsabilidad de terceros relacionados con el empleador y el trabajador

1. Introducción	126
2. Las normas que imponen la solidaridad en torno a las “obligaciones emergentes” de la relación laboral	126
3. Los efectos del régimen de legitimación pasiva del CCCN en su conexión con las situaciones que aprehenden las normas laborales	127
4. El caso de la “transferencia” y la razonabilidad del régimen de solidaridad	127
5. La importancia de la responsabilidad de terceros frente al régimen de opción	128
6. Dos limitaciones inconstitucionales en torno a la acción contra terceros	128
a) Parcial remisión del inc. 4º del art. 39 de la LRT	128
b) Exceso reglamentario del decr. 491/97	129
7. Diversos ejemplos de responsabilidad de terceros	129

Capítulo 10

La responsabilidad de la ART desde el derecho común

1. Introducción	132
2. La obligación de prevención	132
3. Responsabilidad civil derivada del incumplimiento	133
4. El factor de atribución	133
5. La prueba	134
6. Inaplicabilidad de la opción excluyente	134

Capítulo 11

Distribución de la carga probatoria de la culpa

1. Introducción	137
2. La carga probatoria dinámica	137
3. El alcance material del art. 1735 CCCN	137
4. La facultad normativa del Congreso para la efectividad del derecho de fondo. Doctrina de la CS a partir de la causa “Bernabé Correa”	138
5. El “aviso” durante el proceso y las cuestiones vinculadas	138

Capítulo 12

Las eximentes

1. Introducción	141
2. Causas de justificación del acto antijurídico	141
3. Interrupción e interferencia del nexo causal	141
a) El hecho del damnificado	142
b) El hecho de un tercero	143
c) El caso fortuito o fuerza mayor	143
4. Las eximentes en la responsabilidad objetiva por intervención de cosas o actividades riesgosas	144

5. Las eximentes en materia de responsabilidad subjetiva	144
6. La carga de la prueba de las eximentes y su interpretación restrictiva	144

Capítulo 13

Solidaridad o concurrencia

1. Introducción	146
2. Obligaciones solidarias	146
3. Obligaciones concurrentes	147
4. La importancia práctica de la distinción y su crítica en materia de daños	147

Capítulo 14

Los daños que indemniza el derecho común

1. Introducción	149
-----------------------	-----

Capítulo 14A

Reparación por incapacidad

(daño biológico, lucro cesante o híbrido)

1. Introducción	151
2. Daño lesión y daño consecuencia. Sus proyecciones	151
3. La jurisprudencia durante la vigencia del CC en su redacción original y la incidencia de la reforma por la ley 17.711	151
4. El daño biológico en el derecho italiano y la recepción nacional de la doctrina	151
5. Los plenarios de las Cámaras de Rosario y Mar del Plata	152
6. La jurisprudencia tradicional de la CSJN	152
7. La jurisprudencia de la SCBA y la sutil modificación de su doctrina	153
8. El fallo “Ontiveros” de la CSJN	154
. Las disposiciones del CCCN	155

Capítulo 14B

Daño extrapatrimonial

1. Introducción	159
2. Incongruencia de las divisiones asistemáticas. La dualidad del Código Civil	159
3. Regulación en el Código Civil y Comercial	160
4. Consecuencias no patrimoniales. Superación de la antigua noción “daño moral”	160
5. Carácter resarcitorio	160
6. Autonomía conceptual	160
7. Prueba relativa a esta clase de daño	160
8. Cuantificación	161
9. La inconsistencia de la opción cuando se analiza esta parcela	161

Capítulo 15

La fijación de los créditos a valores actuales

1. Introducción	164
2. Deudas de dinero (art. 765 CCCN) y de valor (art. 772 CCCN)	164
3. Regulación atinente a las deudas de valor en el CCCN	164
a) Fijación del crédito a valor actual. Inaplicabilidad de la ley 23.928	164

b) Posibilidad de fijar el crédito en moneda extranjera fuerte	164
c) Conversión a deudas de dinero una vez cuantificadas	165
4. La aplicación del art. 772 CCCN a las acciones comunes por daños	165

Capítulo 16

Los intereses

1. Introducción	167
2. Inicio del cómputo	167
3. Tasa aplicable. Los conflictos interpretativos que suscita el art. 768 del CCCN	167
4. Capitalización de los intereses	168
5. El pedido de acumulación de los intereses	169

Capítulo 17

La prescripción

1. Introducción	171
2. El plazo de prescripción para la acción común y su posible inconstitucionalidad	171
3. El comienzo del cómputo de la prescripción	171

Capítulo 18

Derecho transitorio

1. Introducción	174
2. La norma general de derecho transitorio (art. 7º, CCCN)	174
a) Situaciones y relaciones jurídicas. Sus fases ... 175	
c) Aplicación inmediata	175
d) Aplicación retroactiva	175
e) Ultraactividad de las normas supletorias en materia contractual	175
3. La vigencia de las normas del CCCN en materia de responsabilidad	176
a) Presupuestos de la responsabilidad	176
b) Cuantificación	176
c) Carga de la prueba de la culpa	177
d) Capitalización de los intereses	177
e) Prescripción	177

CUARTA PARTE

Capítulo 1

La opción

1. Introducción	179
2. La inaplicabilidad de la opción	179
a) Acción común contra la ART y otros terceros	179
b) Acción emprendida por los derechohabientes	180
3. La inconstitucionalidad de la opción	180
a) El régimen como “parte sustancial del sistema de la seguridad social”	180
b) La irrenunciabilidad de las prestaciones	181
c) El reconocimiento de derechos mediante la intervención de un órgano estatal	182
d) La ausencia de ánimo abdicativo	182
e) El régimen general de desistimiento de derechos y renunciaciones	182
f) El estado de necesidad	183

g) Los Convenios de la OIT	183
h) La opción ante el dolo del empleador	184
i) Los cuestionamientos que recibiera la opción bajo los regímenes anteriores	184
1— Las críticas de la doctrina	184
2— Las soluciones jurisprudenciales	185
3— El antecedente parlamentario que censuró la opción	185
j) La intrascendencia del supuesto arraigo de la opción	186
k) Los argumentos desde la jurisprudencia de la Corte Suprema	186
1— Los casos «Aquino», «Llosco» y «Cachambí»	186
2— El caso «Rodríguez Pereyra»	186
l) La inexistencia de fundamentos de la opción en el régimen vigente	187
m) Los efectos discriminatorios	188
n) La ausencia de razonabilidad	188
4. Síntesis de las violaciones constitucionales que acarrea la opción	189

Capítulo 2

La deducción entre los rubros indemnizatorios

1. Introducción	193
2. Las normas involucradas	193
3. Los escenarios posibles	193
4. Las consecuencias de las normas en función de los escenarios	194
5. El depósito y la deducción del capital e intereses frente a la acción común optada	194
6. La deducción frente a la acción no atrapada por la opción	195
7. La deducción directa o entre rubros homogéneos	195
8. La remisión de “excedentes”	196

QUINTA PARTE

Capítulo 1

Reclamo sistémico

1. Introducción	198
2. La obligatoriedad del tránsito administrativo	198
3. La naturaleza federal del órgano administrativo	199
4. Las atribuciones jurisdiccionales del órgano administrativo	199
5. La revisión judicial mediante recurso en relación y con efecto suspensivo	201
6. Las autonomías provinciales	202
7. La “cosa juzgada” en el ámbito de las comisiones médicas y la “caducidad” que afecta derechos sustanciales laborales	204
a) La arbitraria extrapolación que origina conflictos	204
b) El acto cuya apelación se dispone	205
c) El art. 15 de la LCT y la inexistencia de “cosa juzgada” en el marco de la ley 27.348	205
d) Mas sobre la “cosa juzgada administrativa”	205
e) La “caducidad” en las adhesiones provinciales	206
f) La caducidad que afecta derechos sustanciales laborales	206
I. La caducidad y la prescripción	206
II. La caducidad de los derechos laborales	206
III. La jurisprudencia de la Corte Suprema	207
IV. Los plazos de prescripción que se encuentran vigentes	207
V. Los efectos del tránsito administrativo	208
f) La posible nulidad de lo actuado con el patrocinio letrado de la propia SRT	208
g) Colofón	208

Capítulo 2

Reclamo de derecho común

1. Introducción	212
2. El fuero especializado del trabajo y las acciones de derecho común	212
3. La subsistente naturaleza laboral del conflicto	213
4. La necesaria vigencia del principio protectorio durante el proceso	213
5. La diferencia entre acción civil y acción común fundada en normas laborales	215
6. La competencia laboral para todas las acciones comunes por reparación plena	215

Capítulo 3

Articulación entre los reclamos

1. Introducción	219
2. El tránsito administrativo previo para el ejercicio de la acción común	219
3. La acción común ante el rechazo de la contingencia dentro del sistema	220
4. Las alternativas procesales ante los posibles reclamos	220

CONCLUSIONES

1. Conclusiones	224
-----------------------	-----

BIBLIOGRAFIA

1. Bibliografía	235
-----------------------	-----

1. Exposición preliminar del tema objeto de estudio

La reparación de los daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo se lleva a cabo, en nuestro país, a partir de un tratamiento asistemático. Este último prescinde de considerar que el hecho jurídico complejo que genera el derecho a la indemnización¹ solo puede ser abordado con razonabilidad desde la unidad del fenómeno resarcitorio laboral. Engendra entonces soluciones incongruentes, acarreado contradicciones y problemas que -pese a su importancia- se soslayan o se abandonan irresueltos.

Tal escenario torna fundamental la comprensión de la existencia de un “derecho de daños laborales”, donde confluyen las normas de las distintas vertientes del sistema normativo, para hallar coherencia a la luz de los principios que rigen la reparación de daños en general y de los laborales en particular.

La tesis se estructura a partir de aquella noción de “daño laboral”, aglutinante y a la vez articuladora de la legislación capaz de regir la materia. E intenta demostrar entonces, partiendo de tal idea, que es posible la conexión entre la normativa, y que solo dicho modo de procesar el tema permite arribar a soluciones razonables y justas.

Nuestro análisis se lleva a cabo, por otra parte, en ausencia de jurisprudencia consolidada, ya que se realiza con un contexto normativo novedoso. En efecto, la sanción de la ley 26.994 (que derogara el Código Civil reemplazando su texto por el Código Civil y Comercial), impone el estudio de la incidencia de aquella normativa “común” sobre esta parcela central del derecho del trabajo (la reparación de los daños sufridos por el trabajador y su familia en virtud de accidentes o enfermedades laborales). Mutación legislativa trascendente que se aduna a aquellas que modificaran el propio régimen de los riesgos del trabajo (leyes 26.773 y 27.348), modelando incluso una problemática mecánica de conexión entre las prestaciones del sistema especial y la reparación plena con asiento en otros sistemas de responsabilidad.

La tesis aborda ese novedoso contexto legal, carente de precedentes relevantes, para indagar sobre sus alcances e intentar delimitar entonces como corresponde articular la legislación y de que modo queda, de allí, estructurado el esquema de reparación de los daños laborales.

A tal fin nuestro estudio se vale, como se apuntara, de una visión integral del sistema normativo. Presta especial atención a la nueva legislación y a los principios a partir de los cuales aquella se estructura, pero sin prescindir de los fundamentos que oportunamente dieran vida a cada uno de los institutos. Y así busca resolver interrogantes y arribar a conclusiones que modelen un escenario coherente en torno a la reparación los daños que acaecen en conexión con el trabajo.

2. Estado de la cuestión y planteo del problema

Tal como describiéramos en el apartado precedente, la mecánica de la reparación de los daños producidos por infortunios laborales responde a concepciones tradicionales que explícita o tácitamente sostienen la existencia de artificiosas antinomias.

Se crean así escenarios dicotómicos entre las indemnizaciones fijadas por las leyes especiales y la plenitud resarcitoria con asiento en el derecho común, entre responsabilidades relacionadas con un contrato y las nacidas en la órbita extracontractual, entre las normas del derecho común civil y el propio derecho común laboral distinto del derecho especial de riesgos del trabajo, o entre las reglas procesales atinentes al procesamiento de los pleitos diferenciando de acuerdo a lo anterior.

Sobre dicha base se afinan análisis doctrinales y respuestas jurisprudenciales que centralmente consideran: a) El carácter excluyente de las pretensiones; b) la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del empleador frente al daño sufrido por su dependiente; c) la intrascendencia de las normas laborales diversas de las del régimen especial de riesgos del trabajo a fin de analizar la responsabilidad de los sujetos; o d) la diversa competencia jurisdiccional para atender a los conflictos de acuerdo a las normas en que se funde la acción.

La asunción de aquellos dogmas implanta barreras irrazonables y desarticula la conexión entre los regímenes, donde a la vez cuestiones similares reciben disparidad de tratamiento. Ese terreno se ensombrece, luego, por el dictado de normas de redacción deficiente que además no contemplan a las anteriores y crean un derecho positivo denso y confuso.

Allí estriba el problema que la tesis pretende resolver, demostrando la posible articulación del complejo sistema legal mediante el reconocimiento de una moderna teoría general de la responsabilidad por daños laborales, fincada en la totalidad del ordenamiento vigente, con eje en la protección de la persona que trabaja y su familia.

3. Objetivos

Dentro del marco descripto en el apartado anterior, son objetivos del trabajo:

- a) Identificar aquellas cuestiones que pese a su centralidad para el derecho de daños laborales no se encuentran acabadamente tratadas por la doctrina y la jurisprudencia.
- b) Exponer los fundamentos de las teorías tradicionales y analizar las consecuencias jurídicas derivadas de aquellas.
- c) Determinar si las tesis tradicionales se adecuan al derecho vigente.
- d) Articular las normas constitucionales (y aquellas que ostentan su jerarquía), las normas comunes del ordenamiento ordinario (en esencia, el Código Civil y Comercial) y las disposiciones comunes de la especialidad laboral, junto a las propias del régimen de riesgos del trabajo.
- e) Determinar en base a lo anterior la posible existencia de un derecho de daños laborales y establecer en su caso las pautas que lo rigen.

4. Hipótesis

Nuestro estudio del sistema vigente pretende demostrar que:

- a) La dimensión constitucional del derecho a la reparación repercute no solo en la acción común por reparación plena sino también en el régimen tarifado, al que modela.
- b) Esa dimensión constitucional también incide en la articulación entre los regímenes.
- c) La llamada unidad del fenómeno resarcitorio es coherente con la idea del derecho de daños laborales.
- d) La normativa común no puede operar con prescindencia de la naturaleza laboral del conflicto.
- e) El control constitucional y ciertos principios procesales adquieren especial relevancia en la materia por la índole de los derechos en juego.
- f) La legitimación frente a las prestaciones que otorga el sistema especial no puede ser caprichosa sino que debe responder a la relación entre las víctimas y los daños.
- g) Los alcances de las contingencias y las exclusiones tienen una lógica particular que se vincula con la exposición al riesgo en función de la tarea o la disposición para realizar aquella, razón por la cual la cobertura debe interpretarse en relación a ello.
- h) La cobertura de los accidentes y de las enfermedades, al obedecer a la misma fuente, no puede operar discriminando a las segundas.
- i) Las concausas tienen relevancia tanto para el régimen especial como para el sistema de derecho común.
- j) Reviste interés indagar sobre la naturaleza de los daños que indemniza el sistema especial, pues ello tiene repercusiones prácticas.
- k) Aquella misma naturaleza impone la existencia de ajustes sobre los créditos cuantificados.
- l) El cómputo de los intereses y la tasa aplicable hace también al respecto de la dimensión constitucional del derecho a la reparación.
- m) Los plazos de prescripción y la implantación de caducidades no pueden operar discriminando a los sujetos que por mandato constitucional merecen preferente protección.
- n) La cuestión de la ley en el tiempo tiene una lógica especial que articula con los principios del derecho de daños en general y del trabajo en especial.
- ñ) El derecho común abre legitimaciones diversas a las del régimen especial, demostrando la incongruencia de la llamada “opción”.
- o) A partir de un mismo hecho jurídico pueden surgir múltiples responsables, que se colocan frente a las víctimas en función de normas comunes civiles y laborales que se articulan.
- p) El reconocimiento de la naturaleza de la obligación de indemnizar impone la reparación plena a cargo de quien se beneficia con la prestación personal y debe cargar con los riesgos que ella importa, extendiendo sus efectos a sujetos vinculados con el trabajador y el empleador en función del vínculo laboral.
- q) La obligación de responder por el daño sufrido por el trabajador y su familia no se ciñe a los perjuicios causados por la intervención de cosas o actividades riesgosas, o por conductas culposas.
- r) La redacción impresa al Código Civil y Comercial permite atribuir responsabilidad objetiva en los contextos fá-

ticos que otorgan los vínculos laborales.

- s) El legislador reconoce la existencia de sistemas de reparación que, en la búsqueda de la reparación plena, no fe-
necen en el Código Civil y Comercial.
- t) En materia de infortunios laborales puede existir hipótesis de solidaridad o concurrencia entre diversos responsa-
bles, en razón de normas laborales y civiles.
- u) Al igual que ocurre con las prestaciones del sistema, resulta de interés indagar sobre aquello que se indemniza en
el derecho común, pues tiene relevancia práctica.
- v) La reparación del daño debe abarcar todas las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales, reconociendo al
crédito indemnizatorio como deuda de valor y no de dinero.
- w) Las prestaciones del sistema especial tarifado constituyen un mínimo indemnizatorio, son irrenunciables y no im-
portan abdicar de la reparación plena del daño.
- x) Las acciones que persiguen la percepción de las prestaciones tarifadas y las que procuran la reparación plena no
se excluyen. Por el contrario, se hallan enlazadas.
- y) Corresponde a los tribunales especializados laborales dirimir todos los conflictos del trabajo, incluyendo las ac-
ciones fundadas en el derecho común.
- z) La imposición de un trámite administrativo previo y obligatorio no puede agravar el esquema diseñado por los
constituyentes, excluyendo a los jueces del tratamiento de los conflictos de derecho común entre privados, y ci-
ñéndolos a un mero papel revisor de cuestiones jurídicas previamente tratadas por funcionarios sin especialización
ni estabilidad.

Todo ello sin perjuicio de otros puntos conexos que obviamente se tratarán con la amplitud y profundidad que amerita
la tesis doctoral que proponemos.

5. Metodología

El marco metodológico a utilizar para el análisis de nuestra problemática de investigación consistirá en el abordaje de
cada uno de los puntos a través de:

- a) Las normas constitucionales y aquellas que ostentan su jerarquía.
- b) Las disposiciones comunes.
- c) La doctrina y la jurisprudencia tradicional.
- d) La puesta a prueba de las soluciones propuestas por los autores y los tribunales, a la luz de la confrontación de
aquellas desde la articulación de las diversas normas que hacen a la reparación, a efectos de descubrir inconsis-
tencias.
- e) La reinterpretación de las normas a la luz de la dimensión constitucional, los principios del derecho del trabajo y
del derecho de daños, y la idea de la existencia de un derecho de daños laborales donde convergen las normas y
se torna coherente el sistema y sus soluciones.

Notas

¹ Boffi Boggero, El hecho jurídico complejo que genera el derecho a la indemnización, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año X, n° 20, p. 33.

Parte primera

Capítulo 1

El principio que establece la prohibición de daño y el deber de indemnizar (art. 19 CN)

1. Introducción

El derecho a la reparación se halla visceralmente unido a la vigencia del principio “*alterum non laedere*”, que introduce al ordenamiento el deber genérico —preexistente a toda relación jurídica— de no dañar a otro.

Tal como ha dicho la propia Corte Suprema, el citado principio “se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”¹.

Queda claro entonces que dicho principio se engarza en la base misma del derecho de daños y da sustento a la existencia de regímenes legales regulatorios de la obligación resarcitoria cuando media quebrantamiento del deber que el adagio contiene.

El adjetivo “entrañable” que utiliza la Corte para describir la relación entre el principio de no dañar a otro y el derecho de daños da indicios sobre la importancia y la fuerza con que la idea del “*alterum non laedere*” debe influir y regir en el campo de este último².

Lo expuesto implica que los regímenes de reparación (tanto el especial como el común) nacen a partir de la regla citada, y desde aquél punto de referencia central e insoslayable deben ser analizados en su operatoria concreta y sus alcances.

2. El art. 19 de la Constitución Nacional

El art. 19 de la Constitución Nacional expresa: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

El texto de la norma evidencia en primer término la recepción de dos principios: el de privacidad (que contiene el derecho a la intimidad) y el de legalidad³.

Al receptor la autonomía personal y el derecho a la privacidad en forma específica, el art. 19 opera como norma de apertura del sistema de derechos individuales, pues constituye principio cardinal del mismo y tiene un carácter tan básico que la mayoría de los derechos reconocidos en el art. 14 de la propia Constitución Nacional son instrumentales en relación a este precepto. Tales derechos no serían significativos si no estuvieran en función de la libertad de cada individuo de elegir su propio plan de vida y de juzgar por sí mismo la validez de los diferentes modos de excelencia humana y decidir qué cosas pertenecen y cuáles no a la esfera de la privacidad⁴.

Más allá de lo expuesto y en lo que interesa a nuestra tesis, la primera parte de la norma —por su interpretación a contrario— excede la preservación del derecho a la intimidad. En esencia también significa que las acciones de los hombres que de algún modo perjudiquen a un tercero están sometidas a la autoridad de los magistrados. Implica entonces que los hechos que dañan injustamente son reprobados por el derecho y deben generar consecuencias jurídicas⁵. El citado art. 19, como expresa Zavala de González, condensa así dos axiomas: la regla de la libertad (las acciones no lesivas se encuentran al margen de la autoridad pública) y la regla de responsabilidad (quien daña a otros debe dar cuenta de sus actos). Para la autora, resuenan allí las ideas tradicionales de que no hay libertad sin responsabilidad y de que el hombre es libre precisamente porque es responsable⁶.

La Corte Suprema ha reconocido el sustento constitucional del derecho a la reparación en los fallos “Santa Coloma”⁷, “Gunther”⁸ y “Luján”⁹, que extrajo del *alterum non laedere* del art. 19 de la Constitución Nacional. Y ya a comienzos del siglo pasado la doctrina comprendía que la responsabilidad civil se hallaba proclamada en el precepto constitucional citado¹⁰.

No se trata, sin embargo, del único fundamento: como ha indicado Sagüés¹¹, el derecho a la reparación también se ha considerado inferido de los arts. 14 y 17 de la Const. Nacional¹², derivado del fin de afianzar la justicia contenido en el

Preámbulo¹³, o como derecho implícito o no enumerado del art. 33. Y a partir de la reforma constitucional de 1994, resultante de los tratados de derechos humanos.

Aun cuando la Constitución Nacional ha sido siempre una fuente relevante para el derecho de daños, sólo en los últimos años se dieron las mudanzas culturales que permitieron asignarle ese rol de modo efectivo¹⁴. Comprendido ello, todos los regímenes legales llamados a consagrar la vigencia concreta del principio constitucional deben operar coherentemente con sus roles reglamentarios (art. 28, Const. Nacional), sin desnaturalizarlo. Máxime en el terreno del derecho de daños laborales, donde las normas deben dictarse para ampliar la tutela del trabajador y nunca para restringirla¹⁵.

Notas

- ¹ CSJN, 5/8/86, “Gunther, Raúl F. c. Ejército Argentino”, consid. 14 del voto de la mayoría, CSJN-Fallos, 308:1118.
- ² Juárez Ferrer, El derecho constitucional a la reparación integral, 2015, p. 129.
- ³ Gelli, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 3ª ed., 2007, ps. 247 a 281.
- ⁴ Basterra, en Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Daniel A. Sabsay (dir.) - Pablo L. Manili (coord.), 2009, t. 1, p. 886, con cita de Carlos S. Nino.
- ⁵ Zavala de González, Actuaciones por daños, 2004, p. 29.
- ⁶ Zavala de González, Actuaciones por daños, 2004, p. 30.
- ⁷ CSJN, 5/8/86, “Santa Coloma, Luis F. y otros c. E. F. A.”, CSJN-Fallos, 308:1160.
- ⁸ CSJN, 5/8/86, “Gunther, Raúl F. c. Ejército Argentino”, CSJN-Fallos, 308:1118.
- ⁹ CSJN, 5/8/86, “Luján, Honorio J. c. Estado Nacional”, CSJN-Fallos, 308:1109.
- ¹⁰ Bialek Massé, El estado de las clases obreras argentinas a comienzos del siglo, 1968, p. 410.
- ¹¹ Sagüés, Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación, ED, 203-843.
- ¹² CSJN, 19/5/89, “Motor Once S.A.C.I. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, ED, 134-411.
- ¹³ CSJN, 5/8/86, “Santa Coloma, Luis F. y otros c. E. F. A.”, CSJN-Fallos, 308:1160.
- ¹⁸ Lorenzetti, Fundamento constitucional de la reparación de los daños, LL, 2003-C-1184.
- ¹⁵ Goldenberg, Responsabilidad civil y su aplicación en los infortunios laborales, 1987, t. I, p. 157.

El régimen de riesgos del trabajo (leyes 24.557, 26.773 y 27.348)

1. Introducción

El régimen especial de reparación de los daños causados por los riesgos del trabajo no se encuentra ceñido a una ley. Lo conforman, por el contrario, una pléyade de disposiciones que se hallan en diversos cuerpos normativos, dictados sucesivamente para acumularse. A ello se adunan las múltiples reglamentaciones que corresponden a cada uno.

El sistema especial vigente se constituye entonces por un complejo entramado normativo donde las normas se encajaban unas sobre otras. Hallándose el régimen plagado de remisiones y reformas sin contarse con el “texto ordenado” que el propio legislador reputara necesario (art. 23, ley 27.348)

El objeto de este capítulo es efectuar una síntesis del esquema normativo, luego de reseñar brevemente sus más destacados antecedentes legales.

2. Antecedentes legales

a) La ley 9688 y sus modificatorias

El 29 de septiembre de 1915 el Congreso Nacional sancionó la ley 9688.

Esta norma, que tenía su fundamento teórico en la doctrina del riesgo —riesgo creado, también riesgo de explotación—¹, receptaba en lo general el siguiente esquema: establecía la responsabilidad patronal durante la prestación de servicios, la eximición de responsabilidad por culpa grave del trabajador, y una indemnización tarifada que contemplaba como pautas de cálculo el salario y el porcentaje de incapacidad. En su art. 17 colocaba al damnificado frente a la posibilidad de optar por la acción especial o la común —esta última a efectos de procurar la reparación plena—.

Específicamente en lo que respecta a la intervención de un sujeto asegurador, establecía un seguro facultativo para el empleador. En su art. 7º (texto según art. 3º, ley 23.643) la ley de accidentes expresaba: “Los empleadores podrán sustituir las obligaciones emergentes de la presente ley por un seguro constituido a favor de los trabajadores y sus derechohabientes en entes aseguradores que reúnan los requisitos establecidos más adelante, y siempre a condición que las prestaciones e indemnizaciones no sean inferiores a las determinadas por la presente ley.

No obstante la existencia de seguro, el trabajador y sus derechohabientes pueden demandar en forma indistinta o conjunta a su empleador o al asegurador, quedando sin efecto legal el requisito de citación en garantía, establecido en la Ley del Seguro”.

Como se ve, se otorgaba al damnificado la posibilidad de demandar en forma indistinta o conjunta al empleador y a la aseguradora, pudiendo hacerlo contra esta última directamente, en acción autónoma. Y se establecía también la existencia de un Fondo de Garantía para el supuesto en que mediara declaración de insolvencia del principal.

La ley 9688, en su texto original, dejaba fuera del ámbito personal de protección a numerosos trabajadores —puesto que sólo amparaba a las industrias o empresas que enumeraba en su art. 2º—.

Su tutela fue ampliada por la reforma que introdujo la ley 12.631 de 1940, no sólo respecto de los obreros asalariados amparados, sino por la modificación del art. 1º de la ley de accidentes. En ese sentido, la expresión “con motivo y en ejercicio de la ocupación que se les emplea” fue sustituida por la fórmula “por el hecho o en ocasión del trabajo”.

Posteriormente, por ley 15.448 se reconoció normativamente la figura del accidente *in itinere* al establecer: “El empleador será igualmente responsable del accidente cuando el hecho generador ocurra al trabajador en el trayecto entre su lugar de trabajo y su domicilio, o viceversa, siempre que el recorrido no haya sido interrumpido en interés particular del trabajador o por cualquier razón extraña al trabajo”. Fue la recepción legislativa del plenario “Guardia” de 1953².

Luego, y en lo fundamental, la ley 18.913 de 1970 en su art. 4º amplió la gama de trabajadores beneficiarios, y definió la enfermedad profesional como “toda aquella que sea motivada por la ocupación en que se emplee al obrero o empleado”, incorporándose además, como se ha visto, la posibilidad de acción directa contra la aseguradora.

Sin perjuicio de otras leyes y decretos dictados, vale destacar por último que mediante la ley 20.505 de 1973 se actualizaron los montos máximos de la indemnización.

b) La ley 24.028

La ley 9688 fue sustituida por la ley 24.028, sancionada el 14 de noviembre de 1991.

La nueva norma mantuvo los postulados centrales de su antecesora: responsabilidad objetiva y régimen indemnizatorio tarifado, con posibilidad de opción para el damnificado por la acción de derecho común.

Fue relevante la eliminación de la teoría de la indeferencia de la concausa, mediante la incorporación de la fórmula que declaraba indemnizable sólo los daños generados “por factores causales atribuibles al trabajo”, y la rebaja en la incidencia del coeficiente etario a efectos del cálculo indemnizatorio.

En lo que atañe a la intervención del asegurador, resulta menester destacar que el art. 6° de la ley 24.028 establecía: “Los empleadores podrán sustituir total o parcialmente las obligaciones emergentes de esta ley por un seguro constituido a favor del trabajador y sus causahabientes, en entes aseguradores habilitados por la autoridad competente...”. Según el inc. a) del artículo citado, en caso de seguro, las pólizas deberían “cubrir de acuerdo con lo contratado, las prestaciones e indemnizaciones específicas previstas en esta ley”. Se permitió la cobertura, por una póliza adicional, de la responsabilidad emergente del ejercicio de la denominada “acción civil”.

En cualquiera de los casos, la intervención de la aseguradora debía procurarse vía “citación en garantía” —pedida por el empleador, el trabajador damnificado o sus causahabientes—; esto quiere decir que, conforme el art. 118 de la ley 17.418 (Ley de Seguros), la acción otorgada al damnificado era directa, pero no autónoma, pues se imponía la intervención en el proceso del asegurado.

3. La ley 24.557

La ley 24.557 (Ley de Riesgos del Trabajo) fue sancionada el 13 de septiembre de 1995.

Con el argumento de una preferencia por la prevención (aduciendo como objetivo la reducción de la siniestralidad), mutó sustancialmente el sistema de reparación de los infortunios laborales mediante un texto que fue objeto de múltiples cuestionamientos constitucionales.

El esquema normativo en esencia estableció:

- a) Un sistema de seguro obligatorio con responsabilidad directa de la ART contratada por el empleador. Colocando a cargo de las aseguradoras, además de la reparación, la prevención de los riesgos del trabajo.
- b) La intervención de una vía procesal administrativa ante comisiones médicas creadas para el ámbito previsional (ley 24.241) a los fines de dirimir las controversias entre los damnificados y las aseguradoras. Ello con instancia de revisión ante la justicia federal.
- c) El amparo de los accidentes ocurridos por el hecho o en ocasión del trabajo, y únicamente de las enfermedades profesionales que se encontraran incluidas en un listado elaborado por el Poder Ejecutivo (y que debería ser revisado anualmente).
- d) La fuerza mayor extraña al trabajo y el dolo del trabajador como eximentes de responsabilidad, y la ausencia de cobertura de las incapacidades anteriores al inicio de la relación laboral.
- e) La cobertura de la incapacidad laboral temporaria con sustitución de la pérdida salarial hasta la curación y la incapacidad definitiva o el fallecimiento.
- f) La reparación del daño mediante el otorgamiento de prestaciones en especie y de prestaciones dinerarias tarifadas.
- g) La existencia de un tope aplicable a la tarifa.
- h) El pago mensual o en forma de renta con respecto a las prestaciones derivadas de incapacidades permanentes superiores al 50% y del fallecimiento.
- i) La prohibición de la acción común contra el empleador (salvo el caso de dolo) a efectos de ceñir las posibilidades indemnizatorias a las otorgadas por el sistema (sin perjuicio de la posible existencia de responsabilidad civil de terceros).

Mediante el decreto de necesidad y urgencia 1278/00, dictado el 28 de diciembre de 2000, se introdujeron importantes modificaciones al régimen hasta allí vigente. En lo central se dispuso:

- a) La posibilidad de abrir el listado de enfermedades profesionales para casos particulares, permitiendo la indemnización de aquellas que fueran admitidas por la comisión médica con dictamen ratificado por la comisión médica central.
- b) La elevación de los topes indemnizatorios y de los capitales a invertir para la contratación de las rentas.
- c) El incremento (de 43 a 53) del multiplicador de la base salarial a los fines del cálculo de la tarifa.
- d) La incorporación, para las incapacidades superiores al 50% y para el fallecimiento, de una compensación adicional (de pago único) a las prestaciones de pago periódico.

El sistema fue nuevamente reformado mediante el decreto 1694/09, dictado el 5 de noviembre de 2009. Este último introdujo las siguientes modificaciones:

- a) La eliminación de los topes y la fijación de pisos mínimos indemnizatorios.
- b) El incremento de las compensaciones adicionales de pago único.
- c) La sustitución del mecanismo para el cálculo de las prestaciones por incapacidad temporaria y por gran invalidez.

Todo ello sin perjuicio de los decretos y resoluciones que se dictaron para reglamentar el esquema normativo citado.

4. La ley 26.773

El 24 de octubre de 2012 fue sancionada la ley 26.773.

Esta introdujo modificaciones sustanciales sobre la ley 24.557, conformando junto a ella y los decretos y resoluciones anteriores, un nuevo régimen de reparación de los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

En lo principal dispuso:

- a) El pago único de las indemnizaciones, derogando la forma de cancelación en rentas.
- b) La eliminación de la situación de provisionalidad.
- c) El otorgamiento de una indemnización adicional del 20% de la tarifa cuando el daño se produjera en el lugar de trabajo o lo sufriera el dependiente mientras se encontrara a disposición del empleador.
- d) La actualización por medio de índice RIPTE de los importes por incapacidad laboral permanente previstos en las normas integrantes del régimen de reparación.
- e) La derogación de la prohibición de accionar contra el empleador y la instauración de una opción excluyente.
- f) La remisión al fuero civil de las acciones fundadas por la vía de aquel derecho, con aplicación de sus principios y sus normas de fondo y de forma.
- g) La prohibición del pacto de cuota litis en las acciones fundadas en el derecho civil.
- h) El cálculo de los honorarios en las ya citadas acciones civiles, tomando únicamente como base regulatoria la diferencia entre el capital de condena y aquel que hubiera percibido el trabajador con base en el sistema.

La ley 26.773 fue reglamentada, más de un año después de su dictado, mediante el decreto 472/14 dictado el 1 de abril de 2014.

5. La ley 27.348

El 15 de febrero de 2017 se sancionó la ley 27.348.

Esta produjo nuevas y sustanciales modificaciones al régimen de las dos anteriores (leyes 24.557 y 26.773), que pueden resumirse del siguiente modo:

- a) La obligatoriedad del tránsito por la instancia administrativa de las comisiones médicas para la determinación de la incapacidad y la percepción de las prestaciones, con patrocinio letrado.
- b) La intervención de la justicia al mero fin revisor, por la vía de un recurso concedido en relación y con efecto suspensivo.
- c) La invitación a las provincias para su adhesión al régimen procesal instaurado.
- d) La posible extensión a dos años de la incapacidad laboral temporaria.
- e) La modificación del cálculo del ingreso base mensual mediante la consideración de todos los rubros remunerativos y el ajuste por RIPTE.
- f) El cálculo de intereses sobre el ingreso base y la inserción de hipótesis especiales de anatocismo (cúmulo de intereses).
- g) La posibilidad de rescindir el contrato por falta de pago.
- h) El pago de las prestaciones en la cuenta sueldo del trabajador en los casos que ella se encuentre vigente.

La ley citada fue precedida por el decreto de necesidad y urgencia 54/17 (dictado el 20 de enero de 2017), cuyo texto replicara.

6. El esquema normativo vigente

Existiendo como se expusiera una pléyade de regulaciones que es necesario articular entre sí y a su vez con sus respectivas reglamentaciones, deviene imperioso elaborar una síntesis de las normas vigentes. El esquema, brevemente y con exclusiva alusión a las disposiciones principales de fondo, sería el siguiente:

- a) La ley 24.557 rige con las modificaciones de los decrets. 1278/00 y 1694/09.
- b) La ley 26.773 se acopla a la *LRT* (cuyo texto en parte altera) conformando el régimen de reparación en conjunto con aquella y sus modificatorias (según art. 1º de la ley 26.773).
- c) Juegan sobre las anteriores los decretos que las reglamentan, como ser los decrets. 170/96, 334/96, 491/97 y 410/01 (reglamentarios de la ley 24.557), y el decr. 472/14 (reglamentario de la ley 26.773). Esto advirtiendo que aquella reglamentación alude en ocasiones a disposiciones que fueron modificadas (ley 27.348).
- d) La ley 27.348 modifica a las dos leyes anteriores (24.557 y 26.773) e introduce a su vez disposiciones propias al sistema.

Especial atención requiere el tratamiento reglamentario del trámite administrativo, pues la ley 27.348 modificó sustancialmente al sistema en ese aspecto.

La reglamentación anterior (atinente al trámite bajo la ley 24.557) se constituyó en esencia por el decr. 717/96, modificado por el decr. 1475/15, y la Res. 179/15 de la SRT. La ley 27.348 innovó en la faz procedimental y encomendó a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo el dictado de las normas de actuación ante las comisiones médicas (art. 3º, párr. 2º). A tal efecto la SRT dictó la Res. 298/17, que en sus considerandos expresamente dice: “Que atento a que por mandato legal, en la presente resolución se dispone la totalidad de las normas de procedimiento en los términos y con los alcances exclusivos definidos en el Título I de la Ley Complementaria de la Ley sobre Riesgos del Trabajo para las actuaciones ante las Comisiones Médicas Jurisdiccionales, la Comisión Médica Central y el Servicio de Homologación, debe puntualizarse que devienen inaplicables a esos efectos, las regulaciones procedimentales contenidas en normativa de vigencia anterior” (párr. 22 de los considerandos de la resolución).

La alegación transcrita se opone al texto del cuerpo de la propia resolución, pues el art. 40 de aquella, bajo el rótulo “Aplicación particular”, reza en sus dos primeros párrafos: “El procedimiento especial establecido en la presente resolución, para los trámites administrativos previstos en el art. 1º de la ley complementaria de la Ley sobre Riesgos del Trabajo y en ella regulados, será de aplicación excluyente de los procedimientos previstos en las normas que regulen otros trámites ante las comisiones médicas.

En razón de lo dispuesto en el párrafo precedente y con dichos alcances, resultarán inaplicables al procedimiento regulado por la presente resolución los preceptos establecidos en el decr. 717/96, con las reformas introducidas por el decr. 1475/15 y la Resolución de esta Superintendencia n° 179/15, en la medida en que se opongan a lo dispuesto en la presente”. Por ende se impone una lectura articulada de las disposiciones reglamentarias (decr. 717/96, texto según decr. 1475/15, Res. 179/15 y Res. 298/17 SRT) ya que la vigencia de las anteriores se mantiene en la medida que no se opongan a la nueva.

Notas

- ¹ Krotoschin, Tratado práctico de derecho del trabajo, 4ª ed., 1987, t. I, p. 343.
- ² CNAT, en pleno, 9/11/53, “Guardia, Rogelio c. La Inmobiliaria Cía. de Seguros”, LL, 72-507.

1. Introducción

El sistema especial de reparación de los daños causados por los riesgos del trabajo se conforma con una serie de leyes (24.557, 26.773 y 27.348) que a partir de la tarificación reconocen prestaciones a una nómina de damnificados.

El derecho común, por su parte, permite procurar la reparación plena (art. 1740, *CCCN*) a todo aquél damnificado que sufra un daño propio aún frente a lesiones ajenas, instaurando un régimen de legitimación más amplio y la posibilidad de hallar una indemnización acorde con el perjuicio real padecido.

Ese derecho común, en el ámbito del derecho de daños laborales, no anida exclusivamente en el Código Civil y Comercial. Las normas relativas a la responsabilidad civil (art. 1708 y sgtes., *CCCN*) conforman una base que opera en conjunto con otros sistemas de responsabilidad, como reconoce el propio legislador del régimen de riesgos (art. 4º, ley 26.773).

El concepto de “derecho común” en el marco del derecho de daños laborales no es sinónimo de las normas civiles, sino que abarca también un amplio espectro de normas comunes laborales aplicables.

En esencia, para nuestra tesis, constituyen el derecho común de daños todas aquellas normas distintas de las comprendidas por el régimen sistémico.

2. Los elementos de la responsabilidad en el derecho común

El Código Civil y Comercial explicita los clásicos elementos de la responsabilidad, es decir aquellos de cuya presencia depende la obligación de responder. Son, como es sabido, la antijuridicidad, el factor de atribución, la relación de causalidad y el daño.

La existencia de tales elementos conforma la relación jurídica en función de la cual una parte debe indemnizar a otra por ciertos daños padecidos.

Por ello, siendo la base a partir de la cual el derecho de daños se desarrolla en los distintos sistemas de responsabilidad, corresponde comenzar por su tratamiento.

a) *La antijuridicidad*

El Código Civil de Vélez Sarsfield consagró la antijuridicidad formal en su art. 1066, estableciendo: “*Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto*”.

La antijuridicidad, sin embargo, no se agota en el atentado a una norma ordinaria del derecho positivo, pues de lo contrario sería válido argumentar que se puede dañar mientras no exista ley que lo prohíba.

Como ya apuntáramos, el principio *alterum non laedere* prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de terceros y como contrapartida impone el deber de resarcir los perjuicios causados. Se trata de un principio receptado en la propia Constitución Nacional (art. 19) y reconocido explícitamente por la Corte Suprema¹.

Es decir que la antijuridicidad estará configurada por la violación del *alterum non laedere* sin que exista causa de justificación alguna para causar el daño².

En ese marco, el art. 1717 del *CCCN* establece: “*Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*”. La referencia al daño “no justificado” o “injustificado” también se halla en el inc. a) de su art. 1710 y en el art. 1749.

Se recepta entonces lo expuesto por la doctrina y de allí la producción de un daño (ya sea por acción u omisión) importa antijuridicidad cuando no exista causal de justificación³.

Por ende, la antijuridicidad extracontractual es atípica y deriva de la vulneración del aludido deber general de conducta, mientras que en lo contractual deviene del incumplimiento de la obligación asumida.

La mera violación del deber general de no dañar a otro y el incumplimiento —que causa daño— de una obligación (arts. 1716 y 1749, *CCCN*), serán las fuentes del deber de reparar en materia extracontractual y contractual⁴.

b) *El factor de atribución*

El art. 1721 del CCCN expresa: “Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”.

El factor de atribución es el elemento axiológico o valorativo en virtud del cual el ordenamiento dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito *stricto sensu* a una determinada persona⁵. Se trata de la razón jurídica del responder.

Tal como se expresara en los Fundamentos de su Anteproyecto, el Código Civil y Comercial no establece una jerarquía entre los factores subjetivos y objetivos. Sin embargo, allí se reconoce que en la práctica la mayoría de los casos tiene relación con factores objetivos, razón por la cual se los regula en primer lugar, “lo cual es un signo claro del cambio de los tiempos en relación a la codificación decimonónica”.

Explica Bueres que los factores objetivos no son específicos y restrictivos como pensaran los defensores de la regla de la culpa y la excepción del riesgo. Más aún, los factores objetivos pueden extraerse por interpretación extensiva y analógica; todo es responsabilidad objetiva salvo cuando haya una laguna que resulte imposible de colmar, en cuyo caso aparece la culpa de manera residual, que no es lo mismo que ésta venga a ser la norma de cierre del sistema⁶.

Esto último se reconoce así, explícitamente, en los citados Fundamentos del Anteproyecto, donde se expresa: “... cuando hay una laguna, es decir, no hay ninguna norma ni es posible una aplicación analógica, rige la culpa”. Adunándose que se consagra “la culpa como factor de atribución residual”.

Lo expuesto implica que la culpa no es norma de cierre o de clausura del sistema que impida aplicar, por vía de analogía, los factores objetivos de atribución. Al no consagrarse a la culpa como regla y a la responsabilidad objetiva como excepción, se permite la aplicación analógica de esta última. La culpa, como factor residual, queda entonces limitada a los casos donde exista una laguna y se carezca de norma aplicable analógicamente.

c) *La relación de causalidad*

La necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción y el resultado dañoso producido se denomina relación de causalidad⁷. Es el enlace entre hecho antecedente y resultado; el vínculo necesario que debe existir entre el hecho dañoso y el daño inferido.

De las diversas teorías desarrolladas al respecto, el Código Civil derogado receptó la denominada “teoría de la causalidad adecuada”, según surgía de su art. 906. Por otra parte, el art. 901 del mismo cuerpo legal aludía a tres tipos de consecuencias: las inmediatas, las mediatas, y las casuales, a las cuales el art. 906 incorporara las remotas.

El Código Civil y Comercial también adopta expresamente la ya citada “teoría de la causalidad adecuada” en su art. 1726⁸, que expresa: “Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.

Los diversos tipos de consecuencias los define el artículo siguiente (1727), al decir: “Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código ‘consecuencias inmediatas’. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman ‘consecuencias mediatas’. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman ‘consecuencias casuales’”.

En síntesis⁹:

- a) Las consecuencias inmediatas son las que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas. Son resultado directo de la acción originaria, idónea y apta para hacerlas surgir.
- b) Las consecuencias mediatas son las que resultan de la conexión con un acontecer diferente. Hay dos hechos que se unen para producir el resultado, el que realiza el agente y uno distinto. Para su juzgamiento se analiza si resulta previsible para las personas en general.
- c) Las casuales son las consecuencias mediatas imprevisibles. Resultan de tercer grado, y si bien pueden ser consideradas consecuencias porque tienen vinculación con el antecedente fáctico, no son imputables por su imprevisibilidad, es decir, lo que ocurre anormalmente o en forma extraordinaria.

De acuerdo al art. 1726 del CCCN, como regla la extensión del resarcimiento debe abarcar las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

Ello implica borrar la regulación diferenciada que previera al respecto el Código Civil. En este último, en el plano extracontractual se respondía por las consecuencias inmediatas y mediatas (arts. 903 y 904), pudiendo imputarse las casuales si el autor las previó en el caso concreto (art. 905). Y en la órbita contractual se respondía por las consecuencias inmediatas y necesarias (art. 520)¹⁰, siendo resarcibles las mediatas ante el incumplimiento malicioso (art. 521)¹¹.

Aun cuando el art. 1728 del CCCN consagra la regla de la “previsibilidad contractual” para establecer que “En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración...”, ello no permite limitar el resarcimiento del daño causado al dependiente en el marco del contrato de trabajo.

La norma se explica al aducirse que en el ámbito contractual son las partes las que mejor determinan el nivel de riesgos que quieren aceptar y también en función de ello fijan el precio, por ende la disposición remite a lo previsto al momento de la contratación y no al de la producción del daño. El daño imprevisible así no se repara porque no entra dentro del campo de la voluntad contractual.

Por ello su aplicación queda restringida al ámbito de los contratos celebrados paritariamente¹², excluyendo por ende al contrato de trabajo que celebran empleador y dependiente sin paridad ni libre negociación de precio.

Es evidente, a todo evento, que en el plano laboral, donde el trabajador pone al contrato su salud y su vida, primariamente se habrá podido prever que frente al daño sufrido existe deber de responder para resarcirlo plenamente. El daño sería previsible para cualquier contratante cuidadoso y previsor (arts. 961 y 1725, CCCN), que habrá podido razonablemente prever que cualquiera que pone al contrato su fuerza de trabajo, que en definitiva es su integridad psicofísica, puede sufrir daño en aquélla.

Sin perjuicio de todo ello, la regla tampoco opera por la sencilla razón de que no se aplica cuando se trata de daños a la persona, causados con motivo del contrato¹³, pues allí el bien protegido no es el crédito, sino la persona misma. La citada regla de la previsibilidad resulta inadaptada a la reparación del daño corporal.

Por ende, en lo que hace a nuestro campo no rige limitación alguna al régimen general de imputación de las consecuencias que prevé el art. 1726 del CCCN.

Para concluir debe apuntarse que en el plano de la relación causal operan las eximentes que refieren a la ruptura del vínculo entre la conducta del supuesto autor y el daño (arts. 1729, 1730 y 1731, CCCN). Estas con el límite de aplicación restrictiva y apreciación particular que merecen de acuerdo a la consolidada jurisprudencia del fuero del trabajo y su sujeción a los principios que rigen en el terreno de los daños laborales.

d) *El daño*

El Código Civil y Comercial define al daño en su art. 1737, que expresa: “*Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva*”.

Sin perjuicio de la crítica efectuada por encumbrada doctrina al precepto¹⁴, se ha apuntado que el Código refiere allí al daño desde un punto de vista material pues alude a la lesión que tiene por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva (es decir, sobre qué puede recaer el daño fáctico). También se refiere al menoscabo desde un punto de vista “naturalístico” el art. 1738, al considerar resarcibles “...*las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida*”. Todos estos supuestos importan la afectación de los derechos de la víctima en cuanto al perjuicio fáctico ocasionado, y el citado art. 1738 establece que son resarcibles “*las consecuencias*” jurídicas de dicho menoscabo ocasionado a esos bienes o derechos¹⁵.

Así, en los Fundamentos del Anteproyecto del Código se expresó que el mismo distingue entre daño-lesión e indemnización. Hay daño cuando se causa una lesión a un interés individual del legitimado (sobre su persona o su patrimonio) o respecto de los derechos de incidencia colectiva. La indemnización es una consecuencia de la lesión.

El Código Civil y Comercial establece los requisitos del daño resarcible en su art. 1739, que indica: “*Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador*”.

Al imponer que el daño deba ser cierto, el Código Civil y Comercial está marcando que un daño puramente eventual o hipotético no es idóneo para generar consecuencias resarcitorias. Ello no obsta a la posibilidad de resarcir un daño futuro, cuando aquella consecuencia se presente con un grado de probabilidad objetiva suficiente y no como una simple posibilidad contingente¹⁶. En efecto, cuando el art. 1739 alude al daño “actual o futuro” no está en rigor precisando un requisito del daño, sino consagrando la procedencia del resarcimiento en ambas circunstancias. En cuanto a la chance, véase que lo que se indemniza es la mera oportunidad de lograr lo que razonablemente habría tenido el damnificado de no mediar el incumplimiento o el hecho lesivo. El perjuicio derivado de su frustración no es eventual o hipotético, pues la existencia misma de la chance tiene un valor —económico o espiritual—.

En cuanto a la subsistencia del daño, se hace referencia a que no haya sido reparado totalmente por el victimario. Puede tratarse de un daño pasado (es decir cesado pero no satisfecho en sus consecuencias por el responsable), del mismo modo que subsistiría (aunque mutando la composición del perjuicio) si el propio damnificado hubiera tomado a su cargo la reparación¹⁷.

Es importante señalar por último que el propio Código Civil y Comercial consagra explícitamente el principio que abrevia en el art. 19 de la CN, al imponer que la reparación debe ser plena (art. 1740)¹⁸.

3. La unidad del fenómeno resarcitorio

La doctrina moderna ha propugnado la denominada “unidad del fenómeno resarcitorio”, basada fundamentalmente en una concepción que pone al daño como eje principal de la responsabilidad¹⁹.

Tal unificación, insistentemente reclamada por la opinión jurídica nacional, fue receptada en el Código Civil y Comercial, que adoptó la tesis de la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que ciertas diferencias subsisten. Lo cierto es que el citado cuerpo normativo confiere unicidad al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual²⁰.

Cualquiera sea su fuente (violación del deber general de no dañar o incumplimiento de una obligación), las mismas normas operan en torno al resarcimiento del daño ocasionado. Por ende, las reglas generales que se establecen en el Código para el derecho de daños abarcan a la responsabilidad contractual y a la extracontractual (art. 1716, *CCCN*), sin perjuicio de algunas diferencias que obedecen a la distinción en la fuente.

La unicidad del régimen no implica subsumir a la obligación en el hecho ilícito, ni desconocer la diferencia estructural entre una y otra fuente del deber de reparar, sino unificar las consecuencias del incumplimiento y de la comisión de un ilícito aquiliano, sometiéndolos, salvo casos de excepción, a las mismas reglas.

Ha quedado eliminada entonces la barrera del art. 1107 del Código Civil, que de todos modos se reputara inaplicable en el terreno de los daños laborales²¹.

4. La confluencia de las normas comunes laborales y civiles en función de la reparación plena

El derecho de daños laborales es un terreno donde las normas comunes confluyen en función de la reparación plena.

Esa comunión de normas impone la articulación de las mismas sin perder de vista ciertos principios que hacen a la particularidad de esta clase de daños en atención a los sujetos involucrados.

Por ello nuestro objetivo, con el abordaje de la acción común que efectuaremos en la tesis, reside en demostrar que es errado realizar un tratamiento inconexo.

En efecto, existen daños que acaecen en el marco de un vínculo, y ello lleva al análisis de la naturaleza contractual de la responsabilidad. Luego, la existencia de damnificados distintos de los contratantes también impone estudiar los alcances de llamado efecto relativo, y eventualmente la vigencia de normas correspondientes a la responsabilidad extracontractual. Lo mismo ocurre en el plano de la legitimación pasiva, con posibles responsables ajenos al vínculo convencional.

No es idéntico el tratamiento de las cuestiones según se parta de la órbita contractual o del mero deber legal, como así tampoco si ingresan a la partida normas comunes laborales que, a modo de ejemplo, establecen hipótesis de solidaridad.

En síntesis: la comprensión de la noción de “derecho de daños laborales” impone comprender que en la especie confluyen normas comunes laborales y civiles, que requieren ser articuladas. Y esa es la función del análisis que se realiza en cada uno de los capítulos.

5. La mecánica de la aplicación del derecho civil en el plano laboral

Aun cuando a esta altura del desarrollo de la ciencia jurídica no es discutible la autonomía de ciertos derechos especiales (entre ellos el del trabajo), tampoco lo es la vigencia del denominado principio de la unidad del derecho, de modo que resulta imposible una desvinculación total entre las ramas jurídicas, y por ello se dice que la citada autonomía no es absoluta sino relativa.

En efecto, el derecho del trabajo como “derecho especial” carece de integridad²², de allí que deba apelarse a las normas del “derecho común”. Por otra parte, no tendría mayor sentido que la rama especial duplicara disposiciones del llamado derecho general cuando no mediara razón diferencial. En este último punto estriba el límite central para el recurso a aquél.

Según la doctrina tradicional que se ha interesado en este asunto de gran trascendencia, pero pocas veces abordado en profundidad salvo excepciones²³, podría concluirse que en general la asistencia que presta el derecho civil (obrando como derecho común) al derecho laboral opera del siguiente modo:

- a) El derecho civil tiene vocación de aplicabilidad en la esfera especial como derecho supletorio o subsidiario.
- b) No deroga las normas que conforman la especialidad, sino que llena sus carencias.
- c) Aquella aplicación supletoria tiene como límites la existencia de una norma laboral expresa distinta y la incompatibilidad de la norma civil —incluso en el supuesto de carencia de norma laboral— con los principios generales del derecho del trabajo. En el primer caso hay incompatibilidad expresa, mientras que en el segundo existe incompatibilidad implícita.
- d) En ciertos casos puede existir remisión directa al derecho común (v. gr., arts. 24, 95 y 257, *LCT*) y en otros también

remisión a conceptos de aquél (solidaridad, mora, fuerza mayor, etcétera).

- e) Eventualmente la aplicación supletoria podrá llevar asimismo a la adaptación del derecho civil a las exigencias del derecho del trabajo, de conformidad a sus principios especiales.

Consideramos que la cuestión merece también otras precisiones.

Como afirma De la Fuente²⁴, el derecho civil no es derecho general, sino que hace las veces de tal. Habiendo sido la primera de las ramas en formarse, necesitó desarrollar los conceptos fundamentales del derecho para poder elaborar después sus instituciones específicas. Por ende, como se adelantara, en algunos casos no es posible trasladarlo sin más, pues los conceptos que lo forman han sido legislados desde una perspectiva puramente civil.

Tal como resulta común en el derecho administrativo (que diferencia entre aplicación subsidiaria y analógica) y ha aceptado la Corte Suprema desde el precedente “Los Lagos”²⁵, el recurso a la analogía permite llenar el vacío legal mediante la adaptación sin mella de los principios generales de la disciplina especial que mal podrían ser violados por vía elíptica al incorporar soluciones del régimen general.

Por otra parte, se trata del camino que impone la propia Ley de Contrato de Trabajo en su art. 11, al remitir expresamente a las leyes “análogas”²⁶ y a la consideración de los principios generales del derecho del trabajo.

Acierta entonces Fernández Madrid al afirmar que si el derecho del trabajo requiere para su integración una norma civil, se apodera de ella y la trata dentro de su propio contexto laboral sufriendo las modificaciones interpretativas resultantes de haber quedado inserta en un ámbito que corresponde a relaciones diferentes. Ello pues, más allá de la ley, no se habrá abandonado la protección propia de la relación de trabajo²⁷. Ya en el Anteproyecto de unificación de la legislación laboral elaborado por Despontín, Nápoli y Tissembaum²⁸ se consagraba entre las fuentes del derecho del trabajo a “las disposiciones del derecho común de la Nación aplicadas conforme a la equidad, en cuanto no contraríen los principios generales del derecho del trabajo” (art. 8º, inc. f). La noción de equidad no hacía más que remitir a la justicia de lo concreto en el plano laboral.

Es preciso aclarar, en adición, que la existencia de normativa laboral específica en determinados campos no obsta a la posibilidad de acudir a los preceptos del derecho común cuando aquéllos existen para amparar a todos los ciudadanos y el derecho general es vehículo que asegura derechos constitucionales. Por eso la propia Corte Suprema explicó en “Aquino”²⁹ que la solución del derecho general expresa en materia de daños una vía de reconocimiento del derecho constitucional a una reparación plena que no se arraiga exclusivamente en aquel derecho común. Y del mismo modo expresó en “Alvarez”³⁰ que la legislación general que torna operativa la garantía constitucional a la no discriminación jamás podría ser retaceada a quien sufriera aquel flagelo, más allá de la existencia de una vinculación laboral.

En síntesis, el derecho común es meramente supletorio y no dominador del derecho del trabajo; es decir, aplicable en cuanto las normas de aquél no contraríen los principios específicos del derecho del trabajo³¹. Más allá de la subsidiariedad, cuando esta última importa una solución injusta, irracional o contradictoria con el marco que sin excepciones merece la relación laboral, el recurso es la analogía. En adición, las normas comunes operan sin opciones ni retaceos cuando consagran derechos constitucionales que no admiten limitación reglamentaria, como es el caso de la salud y la vida.

Ello se adecua además a la vigencia del principio pro persona (*o pro homine*), que informa todo el derecho de los derechos humanos y que tiene su campo de aplicación en dos hipótesis: la concurrencia o superposición de normas, y la interpretación de éstas³².

E incluso concuerda con la fuerza expansiva de esta rama del derecho, que sale del civil para volver a penetrarlo, y que así como antes sirvió al derecho común para moldear institutos de importancia (como la lesión subjetiva que adoptó la ley 17.711), ahora permite al propio Código Civil y Comercial afirmar normativamente la vigencia de conceptos centrales que fueron también tallados desde la disciplina (a modo de ejemplo, la consideración del carácter riesgoso de la actividad a los fines de responsabilizar a quienes con ella se benefician³³).

La llamada constitucionalización de los derechos que explícitamente persiguió la reforma del derecho privado y unificación de los cuerpos codificados atinentes al plexo civil y comercial, no hace entonces más que acortar las distancias con el derecho especial tuitivo, no para mermar en la protección, sino para confirmarla. Sólo así puede ser entendida racionalmente la cuestión, pues sería un contrasentido mayúsculo que el avance en el reconocimiento de los derechos para toda la sociedad no importara a la par una mayor consideración de la persona humana en su condición de trabajador y sus derivaciones extensivas a la familia a su cargo, sus penurias y apetencias³⁴.

Notas

- ¹ CSJN, 5/8/86, “Santa Coloma, Luis F. y otros c. E. F. A.”, CSJN-Fallos, 308:1160; ídem, 5/8/86, “Gunther, Raúl F. c. Ejército Argentino”, CSJN-Fallos, 308:1118; ídem, 5/8/86, “Luján, Honorio J. c. Estado Nacional”, CSJN-Fallos, 308:1109.
- ² Calvo Costa, Daño resarcible, 2005, p. 133.
- ³ El Código Civil y Comercial regula una serie de eximentes que operan enervando la antijuridicidad de la conducta (causas de justificación). Son la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio regular de un derecho (art. 1718), como así el consentimiento del damnificado (art. 1720). Son hipótesis extrañas a la praxis de los daños laborales.
- ⁴ Picasso, La antijuridicidad en el Proyecto de Código, LL, 2013-E-666.
- ⁵ Pizarro - Vallespinos, Compendio de derecho de daños, 2014, p. 153.
- ⁶ Bueres, La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, LL, 2013-A-835.
- ⁷ Pizarro - Vallespinos, Compendio de derecho de daños, 2014, p. 137.
- ⁸ Trigo Represas, La relación causal en el Proyecto de Código Civil y Comercial, en “Revista Derecho Privado”, Infojus, año I, n° 3, p. 91.
- ⁹ Compagnucci de Caso, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), 2006, t. 2B, p. 431.
- ¹⁰ Bajo el régimen del Código Civil, Zavala de González afirmó que en materia contractual las obligaciones de resultado (categoría que comprende al daño sufrido por el dependiente) generaban responsabilidad objetiva y no tenían un régimen legal explícito de imputación de las consecuencias dañosas. Por lo tanto se aplicaba el principio general de la imputación de todas las consecuencias objetivamente previsibles, sean inmediatas o mediatas (arts. 901 y 905, Código Civil). La misma autora advirtió que el art. 520 del Código Civil, en tanto restringía la responsabilidad del deudor culpable sólo a las consecuencias inmediatas, era disvalioso e inconstitucional, pues: a) vulneraba el principio de la reparación integral en perjuicio de la víctima; b) el factor de atribución podía justificar la imposición de responsabilidad, pero no decidir la amplitud de la reparación —regida por la causalidad adecuada—; c) afectaba la igualdad ante la ley al introducir diferencias según la índole contractual o extracontractual de la responsabilidad; d) era adverso a la buena fe contractual (art. 1198, Código Civil); e) se transgredía nuevamente la igualdad ante la ley cuando según una correcta interpretación no se aplicaba el art. 520 a los casos de responsabilidad contractual objetiva, pero sin motivo plausible se otorgaba un tratamiento más benigno al deudor culpable que a quien respondía sin culpa (Zavala de González, Actuaciones por daños, 2004, ps. 157 y 158).
- ¹¹ Se aclara que en los términos del art. 521 del Código Civil malicia era equivalente a dolo obligacional, dolo contractual consistente en el incumplimiento deliberado de la obligación, sin intención de daño, es decir, sin necesidad de que el sujeto quisiera causar el perjuicio —Compagnucci de Caso, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), 2006, t. 2A, p. 226, con cita de Bustamante Alsina, Cazeaux - Trigo Represas, y Alterini—.
- ¹² Lorenzetti, Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad, JA, 2001-II-1207.
- ¹³ Lorenzetti, Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad, JA, 2001-II-1207.
- ¹⁴ Véase Bueres, La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, LL, 2013-A-835.
- ¹⁵ Sáenz, El daño resarcible en el Proyecto de reforma del Código Civil, en “Revista Derecho Privado”, Infojus, año I, n° 3, ps. 146 y 147.
- ¹⁶ Pizarro - Vallespinos, Compendio de derecho de daños, 2014, p. 91.
- ¹⁷ López Herrera, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Julio C. Rivera - Graciela Medina (dirs.), 2014, t. IV, p. 1069.
- ¹⁸ Alterini ha sido uno de los juristas que pugnara por la utilización del concepto de reparación plena cuestionando la calificación de integral al decir que la indemnización debe ser plena dentro de los límites de la causalidad (Alterini, Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil, LL, 2012-D-1154).
- ¹⁹ Picasso, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), 1999, t. 3A, p. 353.
- ²⁰ Conf. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.
- ²¹ Como concluyera la propia doctrina civil (entre ellos Bustamante Alsina, Kemelmajer de Carlucci y Mosset Iturraspe) reunida en las Primeras Jornadas Australes de Derecho (véanse el debate y las ponencias en la obra Responsabilidad civil, Luis Moisset de Espanés (coord.), 1984).
- ²² Véase Centeno, Algunos aspectos de la reforma al Código Civil y el derecho del trabajo, DT, 1968-582.
- ²³ Véase López, Incidencia del derecho civil en el derecho del trabajo, LT, XXX-193; García Martínez, Relaciones e influencias entre el derecho civil y el derecho del trabajo, LT, XXX-481.
- ²⁴ De la Fuente, Posibilidad de modificar el derecho civil para adaptarlo a los derechos especiales, DT, 1995-A-117.
- ²⁵ Afirmó la Corte allí, entre otras consideraciones: “Que las reglas de los arts. 1037 y ss. del CC acerca de las nulidades de los actos jurídicos si bien no han sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo sino al derecho privado, nada obsta para que representando aquéllas una construcción jurídica basada en la justicia su aplicación se extienda al derecho administrativo cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquélla con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina” —CSJN, 30/6/41, “Los Lagos (Soc. An. Ganadera) c. Gobierno Nacional”, LL, 23-251—.
- ²⁶ Señaló Krotoschin que el art. 11 de la LCT “admite la analogía de la ley” y que “esto es suficiente para abrir la puerta a la aplicación

'análoga' del Código Civil y de otras leyes" (Krotoschin, Aspectos sistemáticos e ideológicos de la Ley de Contrato de Trabajo, DT, 1974-849).

²⁷ Fernández Madrid, Tratado práctico de derecho del trabajo, 3ª ed., 2007, t. I, p. 555.

²⁸ Véase Krotoschin, El contrato de trabajo y el derecho común de las obligaciones, LT, XX-945.

²⁹ CSJN, 21/9/04, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.", CSJN-Fallos, 327:3753.

³⁰ CSJN, 7/12/10, "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A.", CSJN-Fallos, 333:2306.

³¹ SCBA, 2/4/74, "Olivera, Francisco y otro c. Torre de Amoedo, Patronila y otro", TySS, 1973/74-609.

³² Gialdino, Derecho internacional de los derechos humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones, 2013, p. 113.

³³ En la conferencia dictada por Kemelmajer de Carlucci en el Colegio de Abogados de La Plata con fecha 21/3/13, la jurista —integrante de la Comisión encargada de la redacción del Anteproyecto del Código Civil y Comercial— indicó expresamente que ese avance lo debía el derecho argentino esencialmente a la jurisprudencia laboral.

³⁴ Fernández Gianotti, Fuentes e interpretación en el derecho del trabajo, DT, 1973-675.

La jurisprudencia de la Corte Suprema (años 2004/2019)

1. Introducción

Como advertimos desde el primer capítulo de la tesis, tanto el sistema especial de reparación de daños laborales como el régimen de derecho común que resulta aplicable, se encuentran atravesados por la normativa constitucional que establece las bases a partir de las cuales los ordenamientos inferiores se desenvuelven.

Hallándonos ante una materia especialmente sensible a las directivas constitucionales, por confluir en la especie una tutela que tiene doble vertiente (arts. 14 bis y 19, *CN*), reviste central importancia el papel de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de aquellas.

En efecto, desde la vigencia de la ley 24.557 y en especial a partir del año 2004, el Máximo Tribunal ha dictado trascendentes pronunciamientos, cuya cuantía obedece a su vez a los conflictos de constitucionalidad que aquejaron al régimen.

Ello ha dado pábulo a una serie de sentencias que, siguiendo el esquema de la tesis, dividiremos a efectos expositivos entre los tocantes a la acción sistémica, por un lado, y los referentes a la acción común, por otro.

Aún cuando algunos fallos atañen a las dos vías, que se han relacionado incluso mientras los regímenes insistieron en separarlas (como ocurriera con el derogado art. 39, ap. 1º, *LRT*), la división se realiza, reiteramos, por mera conveniencia expositiva.

Lo central es entonces que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha tallado sobre el derecho de daños laborales, sentando premisas que deberán tenerse presentes a la hora del análisis de aquel como sistema que congloba a las diversas acciones posibles.

2. Fallos atinentes a la acción sistémica

Siguiendo un orden cronológico, pueden destacarse los siguientes fallos de la Corte atinentes a la acción especial:

1. “Castillo”¹: inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1º de la *LRT*, que disponía la competencia federal para entender en los recursos deducidos contra las resoluciones de las comisiones médicas, ya que tratándose de cuestiones de derecho común no podía la Nación invadir la jurisdicción provincial, violando la zona de reserva y convirtiendo a la par al juez federal en magistrado del fuero ordinario.
2. “Milone”²: inconstitucionalidad del sistema de renta periódica (art. 14, 2, *b*, *LRT*) al desnaturalizar la finalidad protectora de la ley discriminando a las víctimas de incapacidades más severas (impidiéndoles la reformulación de su proyecto de vida y apartándose de las efectivas necesidades experimentadas).
3. “Medina”³: inconstitucionalidad de la redacción originaria del ap. 2º del art. 18 de la ley 24.557, que omitía considerar a los padres del trabajador fallecido como derechohabientes (disposición que fuera enmendada mediante el decr. 1278/00).
4. “Suárez Guimbard”⁴: inconstitucionalidad del régimen indemnizatorio complementario de renta periódica (arts. 15, inc. 2º, 18 y 19, *LRT*), pues aquel conducía a un pago mensual que no daba satisfacción al objetivo reparador predicado por la norma, a la vez que impediera el ejercicio de un ámbito de libertad constitucionalmente protegido en el que se inserta la formulación del proyecto de vida (ya modificado traumáticamente por el infortunio).
5. “Carrizo”⁵: declaración de inconstitucionalidad del art. 18.3 del decr. 334/96 (por exceso reglamentario en relación ap. 4º del art. 28 de la ley 24.557), al facultar a la aseguradora a extinguir el contrato de afiliación por falta de pago, introduciendo modificaciones al régimen de prestaciones de la *LRT* violando lo previsto por la Constitución Nacional y suprimiendo beneficios legalmente reconocidos.
6. “Ascuá”⁶: inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios en materia de infortunios laborales (aquí en relación a lo previsto por el art. 8º de la ley 9688), pues ya circunscripto el objeto de la indemnización dineraria a la sola pérdida de la capacidad de ganancia, impide que aquella sea evaluada satisfactoriamente al imponer un tope a su cuantía.
7. “Lucca de Hoz”⁷: cuestionamiento de la reparación tarifada (a cargo de la ART) en la medida que no consagra una reparación equitativa resguardando el sentido reparador en concreto, destacando que el valor de la vida hu-

mana no resulta apreciable tan solo sobre la base de criterios exclusivamente materiales.

8. “Obregón”⁸: ratificación de la posibilidad de acción directa en la justicia ordinaria por las prestaciones de la ley 24.557, al decir que la habilitación de los estrados no podía quedar condicionada o supeditada al previo cumplimiento de una vía administrativa ante “organismos de orden federal” (las comisiones médicas previstas en los arts. 21 y 22 de la LRT).
9. “Rivadere”⁹: descalificación por arbitrariedad de la sentencia que no diera respuesta al pedido de resarcimiento de una enfermedad al margen del criterio seguido por la LRT, cuando la dolencia se hallaba vinculada causalmente a la prestación de servicios.
10. “Calderón”¹⁰: consideración de las peculiares condiciones de cancelación de las prestaciones en la LRT para concluir que no existe derecho adquirido de la aseguradora mientras no ha efectivizado pago alguno, resultando razonable que se aplique la norma vigente al momento que es exigible el crédito para su cobro.
11. “Urquiza”¹¹: vigencia inmediata de las disposiciones procesales de la ley 26.773 (sin ingresar en el análisis de la validez constitucional de aquellas).
12. “Vergara”¹²: declaración de arbitrariedad por desconocimiento del siniestro prescindiendo del alcance de la obligación legal que en el marco de la ley 24.557 otorgara un plazo perentorio para rechazar la pretensión y notificar la decisión al damnificado.
13. “Figuerola”¹³: arbitrariedad del pronunciamiento que realiza un equivocado encuadre legal del caso en relación a la incapacidad reconocida en el expediente y las prestaciones que en función de aquella otorga el sistema. Advirtiéndose además que si las patologías generan al actor la necesidad de asistencia permanente de otra persona, debe conferirse la prestación por gran invalidez.
14. “Espósito”¹⁴: aplicación material y temporal del ajuste mediante el índice RIPTE instaurado por la ley 26.773 (arts. 8°, 17.5 y 17.6) en relación a las contingencias anteriores a su vigencia.
15. “Páez”¹⁵: descalificación de la sentencia que otorgara el adicional del art. 3° de la ley 26.773 a un accidente *in itinere*, interpretándose como intención del legislador la exclusión del aludido beneficio para tales contingencias.
16. “Castillo”¹⁶: desestimación de la tacha de arbitrariedad contra la sentencia que declarara la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT (en cuanto sujeta el cálculo del ingreso base al cómputo de los salarios del año anterior a la primera manifestación invalidante) y que se apartara fundadamente de esa directiva legal por ocasionar aquella un perjuicio evidente al beneficiario (resultando insuficiente la reparación en relación al daño sufrido).

3. Fallos relativos a la acción común

Citadas por orden cronológico como en el título anterior, se detallan aquí ciertos fallos de la Corte Suprema referentes a las acciones comunes por reparación plena, también dictados durante la vigencia de la LRT (algunos de ellos tocantes, por dicha razón, al particular régimen de vinculación entre los sistemas):

1. “Aquino”¹⁷: inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1° de la LRT, en cuanto eximía de responsabilidad civil al empleador, habiéndose probado daños que no resultaran suficientemente reparados por el sistema especial.
2. “Rivarola”¹⁸: imposibilidad de prescindir, a los fines de la apreciación de la responsabilidad, del principio objetivo (art. 1113, párr. 2°, CC), cuando la víctima es un trabajador dependiente y el hecho que produjo el daño ocurrió en ocasión y lugar del servicio laboral que aquel prestaba a su empleadora, debiendo a su vez tenerse en cuenta otros preceptos legales en razón de la relación existente entre las partes, como ser la Ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo y su decreto reglamentario.
3. “Mosca”¹⁹: complementariedad entre las prestaciones sistémicas y el resarcimiento fundado en la responsabilidad civil.
4. “Llosco”²⁰: inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios al trabajador que había percibido las prestaciones a cargo de la ART y luego pretendía obtener una reparación plena por la vía del derecho común, pues ello no implicó renuncia tácita al derecho de impugnación posterior con base constitucional con respecto a otras normas.
5. “Silva”²¹: procedencia de la acción de derecho común que procurara el resarcimiento de una enfermedad no incluida en el listado de la ley 24.557, ya que la acción aludida requería la prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil sin guardar dependencia con la lista prevista por la Ley de Riesgos del Trabajo que obedece a un régimen especial diferente.
6. “Arostegui”²²: criterios de valuación para la reparación integral en el marco del derecho común, dejando establecido que resulta improcedente fijar el daño material mediante una tarifa análoga en esencia a la prevista por la

LRT (que solo atiende a la persona humana en su faz exclusivamente laboral), pues el valor de la vida humana no puede mensurarse sobre meros criterios materiales. Agregando que corresponde indemnizar adecuadamente la pérdida de chance cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera.

7. “Torrillo”²³: responsabilidad civil de la ART fundada en los incumplimientos de los deberes a su cargo en materia de seguridad en el trabajo y la faz preventiva.
8. “Rodríguez”²⁴: exigencia de prueba concluyente demostrativa de que el accidente de trabajo tuvo por causa una actuación negligente del damnificado, para dar adecuado sustento a la imputación de culpabilidad en que se centra el rechazo de la demanda de indemnización fundada en disposiciones del derecho civil.
9. “Trejo”²⁵: la culpa de la víctima con aptitud para cortar —totalmente— el nexo de causalidad entre el hecho y el detrimento, a que aludiera el art. 1113 del *CC*, debe aparecer como la única causa del perjuicio, aparte de revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor.
10. “Insaurralde”²⁶: ratificación de la doctrina que expresa que si la víctima es un trabajador dependiente y el hecho que produjo el daño cuya indemnización se demanda ocurrió en ocasión y lugar del servicio laboral que aquel prestaba a su empleadora, basta que el damnificado pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa para que quede a cargo de la demandada, como dueña o guardiana del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder, declarándose por otra parte la arbitrariedad de la sentencia en torno a la comparación entre el monto tarifado y la reparación integral, al no explicar las circunstancias tenidas en cuenta para ello.
11. “Hereñú”²⁷: revocación de la sentencia que omitiera examinar si el hecho ilícito invalidante era previsible para los demandados y si pudo ser evitado actuando con cuidado y previsión, y observando las exigencias reglamentarias derivadas de la naturaleza de la prestación. Adunando que frente a aquellas labores que importan un riesgo intrínseco, mayor es para el empleador y la aseguradora el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.
12. “Picón”²⁸: descalificación de la sentencia que dogmáticamente reduce el monto correspondiente al daño moral aludiendo en forma general a pautas que no se precisan.
13. “Benítez”²⁹: declaración de arbitrariedad por omitir analizar de manera exhaustiva la totalidad de las cuestiones fácticas decisivas “y el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la parte empleadora en orden a los deberes de seguridad e indemnidad exigibles en cualquier relación contractual (arts. 62 a 65, 75 y 76, *LCT*)”.
14. “Tarsia”³⁰: arbitrariedad de la sentencia que reduce el resarcimiento sin señalar elementos fácticos o probatorios que justifiquen la decisión, cuando la mera enumeración de circunstancias personales y familiares no basta a tal fin, careciéndose de aclaración sobre el método empleado para extraer los montos.
15. “Faguada”³¹: declaración de la competencia de la justicia del trabajo para el reclamo por reparación plena fundado en normas comunes y preceptos de índole laboral. Vigencia de la remisión al fuero civil dispuesta en los arts. 4º y 17.2 de la ley 26.773 ceñida a las acciones donde se invoquen exclusivamente preceptos civiles y no “otros sistemas de responsabilidad”.
16. “Ontiveros”³²: declaración de arbitrariedad de la sentencia que reduce el monto indemnizatorio correspondiente a la incapacidad sobreviniente ante la circunstancia de que el damnificado continuara trabajando sin merma salarial.
17. “Nuñez Benítez”³³: desestimación del recurso planteado ante la resolución que remitiera la causa por reparación plena de un infortunio laboral al fuero civil (aún cuando la acción no se basara exclusivamente en normas civiles), por no tratarse de una sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48.
18. “García Águila”³⁴: revocación por arbitrariedad de la condena por responsabilidad civil de la ART al no mediar justificación adecuada de la existencia de un nexo causal entre la omisión de la aseguradora y el daño por el cual se reclamara.
19. “Bonet”³⁵: declaración de arbitrariedad aduciendo que la sentencia aplica una tasa de interés que arroja un resultado desproporcionado prescindente de la realidad económica existente al momento del pronunciamiento.
20. “Martín”³⁶: arbitrariedad de la sentencia por omitir precisar qué circunstancias personales del demandante habría tomado en consideración para determinar el resarcimiento y no proporcionar información acerca del método de cálculo utilizado con tal fin.

Notas

- ¹ CSJN, 7/9/04, “Castillo, Angel S. c. Cerámica Alberdi S.A.”, CSJN-Fallos, 327:3610.
- ² CSJN, 26/10/04, “Milone, Juan A. c. Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo”, CSJN-Fallos, 327:4607.
- ³ CSJN, 26/2/08, “Medina, Orlando R. y otro c. Solar Servicios On Line Argentina S.A. y otro”, CSJN-Fallos, 331:250.
- ⁴ CSJN, 24/6/08, “Suárez Guimbard, Lourdes c. Siembra AFJP S.A.”, CSJN-Fallos, 331:1510.
- ⁵ CSJN, 23/2/10, “Carrizo, Carlos A. c. Liberty ART S.A.”, C. 609.XLIII.RHE, en www.csjn.gov.ar.
- ⁶ CSJN, 10/8/10, “Ascuá, Luis R. c. Somisa”, CSJN-Fallos, 333:1361.
- ⁷ CSJN, 17/8/10, “Lucca de Hoz, Mirta L. c. Taddei, Eduardo y otro”, CSJN-Fallos, 333:1433.
- ⁸ CSJN, 17/4/12, “Obregón, Francisco V. c. Liberty ART”, O. 223.XLIV, en www.csjn.gov.ar.
- ⁹ CSJN, 14/8/13, “Rivadero, Nicolás C. c. Liberty ART S.A. y otra”, CSJN-Fallos, 336: 1202.
- ¹⁰ CSJN, 29/4/14, “Calderón, Celia M. c. Asociart ART S.A.”, C.915.XLVI, en www.csjn.gov.ar.
- ¹¹ CSJN, 11/12/14, “Urquiza, Juan C. c. Provincia ART S.A.”, LL, On Line, AR/JUR/ 66956/2014.
- ¹² CSJN, 21/4/15, “Vergara, Carlos M. y otros c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba”, V. 213. XLVIII. RHE, en www.csjn.gov.ar.
- ¹³ CSJN, 18/11/15, “Figueroa, Héctor F. c. Mapfre Argentina ART S.A.”, CSJN-Fallos, 338:1304.
- ¹⁴ CSJN, 7/6/16, “Espósito, Dardo L. c. Provincia ART S.A.”, CSJN-Fallos, 339:781.
- ¹⁵ CSJN, 27/9/18, “Páez Alfonso, Matilde y otro c. Asociart ART S.A. y otro”, eDial.com - AAAC01.
- ¹⁶ CSJN, 12/3/19, “Castillo, Juan N. c. Provincia ART S.A.”, en www.csjn.gov.ar.
- ¹⁷ CSJN, 21/9/04, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, CSJN-Fallos, 327:3753.
- ¹⁸ CSJN, 11/7/06, “Rivarola, Mabel A. c. Neumáticos Goodyear S.A.”, CSJN-Fallos, 329:2667.
- ¹⁹ CSJN, 6/3/07, “Mosca, H. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, CSJN-Fallos, 330: 563.
- ²⁰ CSJN, 12/6/07, “Llosco, Raúl c. Irmí S.A. y otro”, CSJN-Fallos, 330:2696.
- ²¹ CSJN, 18/12/07, “Silva, Facundo J. c. Unilever de Argentina S.A.”, CSJN-Fallos, 330:5435.
- ²² CSJN, 8/4/08, “Arostegui, Pablo M. c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pamental Peluso y Compañía S.R.L.”, CSJN-Fallos, 331:570.
- ²³ CSJN, 31/3/09, “Torrillo, Atilio A. y otro c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro”, CSJN-Fallos, 332:709.
- ²⁴ CSJN, 21/4/09, “Rodríguez, Ramón c. Electricidad de Misiones S.A.”, CSJN-Fallos, 332:857.
- ²⁵ CSJN, 24/11/09, “Trejo, Jorge E. c. Stema S.A. y otros”, CSJN-Fallos, 332:2633.
- ²⁶ CSJN, 10/12/13, “Insaurralde, Hilario c. Aceros Bragado MB S.A. y otros”, LL, 2014- B-114.
- ²⁷ CSJN, 27/11/14, “Hereñú, Walter J. c. Nobleza Piccardo S.A. y otros”, CSJ 13/ 2013(49-H)/CSL, en www.csjn.gov.ar.
- ²⁸ CSJN, 24/9/15, “Picón, Sergio R. c. Fundición San Cayetano S.A. y otros”, CSJN-Fallos, 338:934.
- ²⁹ CSJN, 3/11/15, “Benítez, Andrés c. Eriday - UTE”, en www.csjn.gov.ar.
- ³⁰ CSJN, 9/5/17, “Tarsia, Ariel N. c. Hospital de Pediatría SAMIC Juan P. Garraghan”, Fallos, 340:660.
- ³¹ CSJN, 5/9/17, “Faguada, Carlos H. c. Alushow S.A. y otros”, Fallos, 340:620.
- ³² CSJN, 5/9/17, “Ontiveros, Stella M. c. Prevención ART S.A. y otros”, Fallos, 340:1038.
- ³³ CSJN, 10/10/17, “Nuñez Benitez, Marciano c. Promotion Building S.A. y otros”, Fallos, 340:1401.
- ³⁴ CSJN, 26/2/19, “García Águila, Mario G. y otros c. Techint Compañía Técnica Internacional S.A. y otro”, en www.csjn.gov.ar.
- ³⁵ CSJN, 26/2/19, “Bonet, Patricia G. por sí y en rep. hijos menores c. Experta ART S.A.”, en www.csjn.gov.ar.
- ³⁶ CSJN, 12/3/19, “Martín, Alejandro C. c. Argenova S.A. y otro”, en www.csjn.gov.ar.

Capítulo 5

Control constitucional, *iura novit curia* y congruencia

1. Introducción

Es sabido que en función del llamado “control difuso” que opera en nuestro sistema, todos los órganos judiciales tienen a su cargo el ejercicio del “control de constitucionalidad”. Dentro de aquél opera a su vez el denominado “control de convencionalidad”, relativo a la compatibilidad de las normas con los instrumentos internacionales.

Esa sumisión a las disposiciones superiores, de manera que aquellas no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a las mismas, enfrenta en la práctica una serie de condicionamientos de índole fundamentalmente procesal.

Es así que un estudio adecuado de un tema tan importante como el control constitucional, de relevancia en materia de daños laborales donde los derechos y garantías supra-legales tallan regularmente, impone el análisis de diversos aspectos que confluyen: el aforismo *iura novit curia*, sus límites en función del principio de congruencia y la posible flexibilización de aquella.

2. El aforismo “*iura novit curia*”

Enseña Couture que el aforismo *iura novit curia* significa que el tribunal no se halla amarrado por los errores o las omisiones de las partes, y que en la búsqueda del derecho todos los caminos se hallan abiertos ante él: el juez es libre de elegir el derecho que cree aplicable, según su ciencia y su conciencia¹.

En una cuestión de “derecho” y no de “hecho”, el juez debe suplir el derecho que las partes no le invocan o que le invocan mal². Es decir que las partes ponen los hechos y los jueces el derecho y, en consecuencia, en la calificación jurídica de la realidad fáctica los tribunales tienen autonomía, independencia y no quedan atados por la calificación de una o ambas partes³.

Se ha dicho al respecto que el ejercicio del *iura novit curia* encierra la aspiración de eliminar, hasta donde sea posible, el formalismo rígido del debate, aquel que nutre su apariencia de arma secreta, de oscuro cientificismo y que promueve por encima del derecho el triunfo de la habilidad, la destreza o la fuerza. Este trascender de la forma, indica García Solá, conduce a decidir la controversia conforme los méritos reales de la pretensión o la defensa, a interpretar la petición de modo que se haga justicia sustancial⁴.

La propia Corte Suprema ha dicho que “los jueces tienen no sólo la facultad, sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes”, agregando que “la facultad que deriva del ejercicio de la regla *iura novit curia* no comporta un agravio constitucional”⁵.

En la “calificación de la acción” y en la “determinación de la norma”, el juez actúa con independencia de las partes, en virtud del principio *iura novit curia*; puede, en consecuencia, “rectificar la calificación que ellas hicieran de la acción” o “aplicar una norma que no hubieran invocado”⁶.

Pese a todo, tal principio no puede operar para violar aquel otro, el de congruencia, que juega como su límite y que se afina en el alcance de la pretensión ejercitada.

3. El principio de congruencia

Se denomina congruencia a la adecuación precisa entre lo pedido en la demanda y lo otorgado por la sentencia.

Apunta Gozaíni que responde al principio romano según el cual «*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*», mostrando la intrínseca relación entre dos términos precisos y determinados del proceso: los escritos constitutivos con sus pretensiones, y la sentencia con sus respuestas puntuales —sin perjuicio de que igual alcance tiene respecto de otros actos procesales—⁷.

La finalidad más profunda y justificante del principio de congruencia, calificado como “elemento o exigencia axial del proceso justo”, es evitar las actuaciones de las partes o del órgano jurisdiccional que rompen la igualdad de trato y el eje del enfoque o estrategia de la parte “sorprendiéndola”. Se rompe con aquél cuando se comete un acto jurisdiccional “desconcertante” que turba y pasma al sorprendido, y ello altera y afecta su posición en el juicio⁸.

Tal como adelantáramos en el apartado anterior (dedicado al principio *iura novit curia*), el postulado de la congruencia adquiere particular relevancia por su correlación con el principio de bilateralidad —o garantía constitucional de la defensa

en juicio—, pues si la pretensión o los hechos no han sido materia de debate, prueba y contralor por la contraria, el juez afectaría, en principio, la garantía de la defensa al pronunciarse sobre una pretensión no deducida o sobre hechos ajenos al proceso o si condenara a quien no ha tenido oportunidad de defensa y prueba.

4. La “flexibilización” de la congruencia

Dado que la misión de la justicia es asegurar la efectividad del derecho en su integridad, así como de las garantías constitucionales en su conjunto, se impone en particulares situaciones flexibilizar la congruencia, con el objeto de acordar una solución mejor y más justa al conflicto⁹.

No sólo se requiere actualmente que medie imparcialidad e independencia de los jueces y que todo litigante tenga oportunidad adecuada de defensa y prueba. Es preciso asimismo que la intervención jurisdiccional asegure la tutela judicial efectiva. Esta última garantía que integra el plexo de condiciones del debido proceso adjetivo es de incorporación constitucional más reciente¹⁰.

Por ello, siendo que la regla de congruencia tiene por objetivo proteger al litigante —y no el de perjudicarlo—, es preciso que en determinados casos excepcionales, para asegurar otras garantías constitucionales —específicamente la garantía de la tutela efectiva, eficaz y en tiempo útil de la jurisdicción—, se flexibilice la congruencia. Ello supone que el juzgador al hacerlo explicita y fundamente sus razones, así como que controle y exprese los motivos por los cuales su decisión no afecta, en el caso, la garantía de la defensa en juicio de los litigantes¹¹.

En tal sentido, en el “XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal” se concluyó que la flexibilización de la congruencia, como excepción, puede admitirse en la búsqueda de una solución justa, y que el concepto de flexibilización presupone exceder, en determinados casos, los límites subjetivos, objetivos o fácticos de la litis, debiendo el juez explicitar los motivos por los que tal decisión conduce a la “respuesta justa” y que tal fundamentación debe aludir, inexcusablemente, a que no se afecta la garantía de la defensa¹².

La cuestión no es menor en el terreno del derecho del trabajo, pues como sentara la Suprema Corte de Buenos Aires “en el área de la justicia de protección ... la flexibilidad llega al máximo, vedándose cualquier frustración de derechos de hondo contenido social”¹³.

Debe admitirse en particulares ocasiones que los conceptos procesales sean flexibilizados; en supuestos excepcionales, armonizar las exigencias de tipo formal con las particularidades que se presentan, para que las decisiones judiciales sean verdaderamente útiles. Así ha dicho el Superior Tribunal citado: “Hay un verdadero principio de utilidad de la sentencia, que se vincula con otro preponderante que es el valor eficacia del servicio de justicia, que ha de servir verdaderamente para cumplimentar el auténtico rol de la jurisdicción de suprimir los conflictos y lograr la paz social. En otras palabras, debe tenerse clara conciencia de la función instrumental del proceso, cuyo objeto radica en la efectivización de los derechos”¹⁴.

Parte de la doctrina se ha pronunciado en el mismo cauce: ha dicho Gozáni que se trata de encontrar una solución justa, afirmada sobre la verdad de los hechos, y en ello la posibilidad de resolver fuera del marco de lo pedido puede no agravar el derecho de defensa ni conspirar con la garantía del debido proceso. Se trata de advertir que la cosa demandada no es un objeto estanco y acotado. En ese orden, no existirá incongruencia cuando se decida sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedidos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Porque, para que el vicio afecte el derecho de defensa, deberá mostrar un absoluto desvío de la pretensión con consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, los litigantes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieron por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales. En definitiva, la misión constitucional de los jueces en el proceso ha desplazado las formalidades propias del procedimentalismo para centrar la función en la eficacia y en el sentido de “lo justo”¹⁵.

Debe advertirse, reiteramos, que ello enlaza con la recta aplicación del principio *iura novit curia*, que si se admite con amplitud en el fuero civil —como cuando, por ejemplo, se declara procedente el resarcimiento como “privación de uso de un vehículo” del reclamo formulado como “lucro cesante” (que se desestima por no hallarse probado)¹⁶—, debe profundizarse en el marco del proceso que persigue efectivizar los derechos laborales.

La clave es la no modificación de las circunstancias fácticas alegadas, pues la “calificación” de los hechos puede variar: así la Suprema Corte de Buenos Aires ha dicho que “el juzgador puede calificar como enfermedad accidente la padecida por el trabajador —no obstante haberse reclamado por accidente de trabajo— si en el escrito de demanda se describieron las tareas desempeñadas por aquél en relación de causalidad o concausalidad con su incapacidad, sin que ello implique transgresión de los principios de congruencia e *iura novit curia* ni afectado el derecho de defensa, en tanto el demandado tuvo oportunidad de hacerse oír y hacer valer sus derechos”¹⁷.

De allí que la llamada “flexibilización” de la congruencia no es más que la razonable interpretación de lo pedido, con

miras a efectivizar los derechos de fondo y afianzar la justicia, sin quebrantamiento de las garantías de la contraparte.

5. La posibilidad de fallar “ultra petita”

En orden a las limitaciones que impone el ya citado principio de congruencia, es preciso advertir que las leyes procesales laborales contemplan un supuesto donde explícitamente habilitan su violación.

La pretensión procesal se compone de un elemento subjetivo —sujetos— y de dos elementos objetivos —el objeto y la causa—. Los sujetos, el objeto y la causa —entendida esta última como la concreta situación fáctica expuesta en la demanda, a la que el actor asigna determinada consecuencia jurídica— constituyen el criterio para establecer los tipos de incongruencia¹⁸.

La aquí referida es la denominada incongruencia objetiva, que se verifica cuando existe un desajuste entre las pretensiones formuladas en la demanda y la decisión jurisdiccional que las dirime. En ese orden de ideas se configura incongruencia objetiva por exceso y, por consiguiente, resolución *ultra petita* cuando el órgano jurisdiccional concede más de lo reclamado.

Según el art. 56 de la ley 18.345, “*los tribunales podrán fallar ultra petita supliendo la omisión del demandante*”. La misma particularidad ofrece el segundo párrafo del inc. e) del art. 44 de la ley 11.653 —al que remite el párr. 2º de su art. 47—, cuando dispone que “*para fijar las cantidades que se adeuden, podrá prescindirse de lo reclamado por las partes*”.

La normativa procesal contiene la facultad de fallar *ultra petita*, pues ello se ha considerado indispensable para el debido cumplimiento de las leyes de orden público, al autorizar que el juez pueda ir más allá de lo pedido por las partes —no como introducción de rubros no reclamados¹⁹, sino por la fijación de los pedidos aún más allá del límite cuantitativo dado en la demanda—.

Los preceptos son derivación del principio protectorio sobre el que está construido el derecho sustantivo del trabajo²⁰, que se asienta asimismo sobre el principio de irrenunciabilidad²¹, y constituyen una muestra del particular tratamiento que merece el principio de congruencia cuando se encuentran en juego esta clase de derechos.

6. El control constitucional de oficio

Dentro del marco que condiciona su ejercicio (proceso abierto, cuestión judicial, gravamen al titular actual de un derecho), en la esfera de las “respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”²², la declaración oficiosa de inconstitucionalidad puede y debe hacerse cuando las circunstancias del caso así lo exijan. De hecho, el precedente arquitectónico en la materia (el célebre “*Marbury v. Madison*”) importó un control de constitucionalidad de oficio²³.

Tal control no es sólo posible, sino imperativo, pues la Constitución no rige cuando alguien lo pide, sino siempre (art. 31, *CN*). El ejercicio de la atribución constitucional que emana del art. 31 constituye una cuestión de derecho y no de hecho, de ahí que la resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de la defensa en juicio, cuya violación no puede ser argumentada frente al derecho aplicable para resolver la contienda.

Igual criterio se aplica en relación a las normas internacionales, a cuyo respecto opera el deber del control de convencionalidad, también *ex officio*, como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el caso “*Trabajadores cesados del Congreso*” hasta el precedente “*Fontevicchia y D’Amico*”, que a la par ratifica la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues si el Tribunal está vinculado por el control de convencionalidad de oficio debe también estarlo por el de constitucionalidad sin pedido de parte²⁴.

De nada vale afirmar enfáticamente la supremacía de ciertas normas frente a otras, si luego se la limita al extremo de obligar a los jueces a aplicar normas repugnantes a los instrumentos internacionales o a la Constitución Nacional, por la sola circunstancia de que las partes no advirtieron tal colisión: el juez debe acatar en primer lugar las convenciones internacionales y la Constitución, en toda circunstancia. El tema de la congruencia convencional y constitucional de las normas a aplicar se le plantea al juez antes y más allá de cualquier propuesta de invalidez de la legislación inferior formulada por las partes.

No se discute que el magistrado está vinculado a los hechos que resultan afirmados y probados o admitidos en el litigio, y no al derecho que invoquen las partes. Con relación a ellos, tampoco se debate que puede elegir la norma inferior que considera adecuada al caso, por lo cual resulta inexplicable que no pueda hacer lo mismo con las normas máximas a las que las primeras están subordinadas y deben adecuarse so pena de descalificación.

La doctrina de la aplicabilidad de las normas superiores (tratados y Constitución), con independencia de su invocación por las partes, es una expresión de la regla *iura novit curia*. Dentro del contorno de las concretas acciones deducidas y de los hechos invocados, el juzgador debe aplicar el derecho que corresponda. Y no es demostrable que precisamente la base del sistema normativo deba ser excluida del concepto de derecho, cuya debida aplicación no puede quedar sujeta a las argumentaciones de las partes sobre cuáles son las normas atinentes al caso.

El derecho no es una “cuestión” que pueda no someterse a juzgamiento. Si los litigantes condicionaran al juez en cuanto a la selección de los textos aplicables, podrían imponerle una indebida aplicación del derecho y, con ello, resultarían

depositarios de un poder jurídico derogatorio de los propios instrumentos superiores.

La declaración de invalidez de la norma inferior a la luz del control sin invocación de parte no sólo no constituye un desborde del Poder Judicial, sino que, por el contrario, hace a su razón de ser, en cuanto una de sus misiones específicas es la de controlar la convencionalidad y la constitucionalidad de las normas jurídicas en su aplicación al caso concreto.

Esto no significa que los jueces reemplacen a los legisladores, lo que también sería inconstitucional, por devenir contrario a los principios republicanos (art. 1º, *CM*).

Es que la llamada declaración oficiosa paradójicamente no lo es, pues la misma sólo es posible ante un pedido concreto de la parte: a modo de ejemplo, en el caso puntual de la reparación de daños, si el reconocimiento íntegro del crédito indemnizatorio reclamado sólo pudiera hacerse efectivo al declarar inaplicable una norma limitativa.

Con esta petición, basada en hechos a los cuales corresponde aplicar el derecho asegurando la primacía, se cumplen los requisitos que respaldan el respeto al principio republicano, y se evita una ilegítima intromisión judicial en atribuciones que la Constitución asigna a otros poderes.

En efecto, la declaración de inconventionalidad o inconstitucionalidad de la norma (la invalidez de su aplicación al caso), no se proclama en abstracto, sino en una causa determinada, y provocada por la demanda en juzgamiento.

En definitiva, en todos los casos, el control de “constitucionalidad” y “convencionalidad” *ex officio* se inscribe en los requerimientos del derecho de acceso a la justicia²⁵.

7. Las etapas de la jurisprudencia de la CSJN sobre el control oficioso de constitucionalidad

En materia de control oficioso de constitucionalidad, la Corte Suprema ha ido virando su posición, hasta arribar a la admisión de la tesis que expusimos en el apartado anterior.

El Máximo Tribunal venía sosteniendo, a partir del caso “Ganadera Los Lagos S.A. c. Nación Argentina”²⁶, que la petición de parte constituía un presupuesto condicionante básico para la procedencia del control de constitucionalidad.

En 2001, al fallarse la causa “Mill de Pereira, Rita Aurora y otros c. Estado de la Provincia de Corrientes”²⁷, se constató una franca evolución hacia la consagración definitiva de la tesis habilitante de tal declaración sin requerimiento del litigante en un momento idóneo, criterio que se venía esbozando cuando se permitió llevar a cabo este tipo de propuesta en la expresión de agravios²⁸.

Luego, en el año 2004 y en la causa “Banco Comercial de Finanzas”²⁹, la Corte se adscribió a la tesis permisiva, validando a partir de entonces la posibilidad de decretar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes. Posición que siguiera la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires³⁰.

Finalmente, en el precedente “Rodríguez Pereyra”³¹ el Tribunal convalidó el control oficioso de constitucionalidad, portando la causa un valor adicional en orden a nuestro estudio, pues la Corte también realiza una encendida defensa del principio de no dañar a otro derivado del art. 19 de la Const. Nacional, lo que no ha pasado inadvertido para la doctrina³².

Resta agregar que en el mismo fallo, en el consid. 13, se subraya que mayores serán las posibilidades de los jueces cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes.

Ello sin perjuicio de reiterar que el control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio es una realidad cuya ignorancia teñirá de arbitraria toda sentencia que prescinda de su razonable ejercicio³³. Cuestión de medular importancia en orden a las acciones por daños laborales, donde el régimen que pretende reglarlas merece evidentes reparos desde la óptica suprallegal.

8. La congruencia como limitante del control oficioso de constitucionalidad

Las cuestiones tratadas en los párrafos anteriores se relacionan y así la congruencia actúa como límite al control oficioso de constitucionalidad.

En tal sentido, cuando el litigante decide sujetar su pretensión expresamente a una norma resignando con claridad el cuestionamiento de su validez, la doctrina de la Corte Suprema ha establecido la imposibilidad de declaraciones oficiosas que violenten la congruencia por la vía de alterar el reclamo.

En el año 2006, al fallar la causa “Gómez” (en la cual el actor aceptara expresamente la pesificación de su crédito y donde la Cámara interviniente se sujetara a su propia doctrina para declarar la inconstitucionalidad de la conversión de los créditos en dólares), dijo la Corte: “... en autos resulta de toda claridad que, frente a las manifestaciones del actor de fs. 940 por las cuales aceptó la pesificación de su crédito en los términos del art. 11 de la ley 24.561 (texto según ley 25.820), la posterior declaración de inconstitucionalidad de esta norma efectuada a fs. 957 violó el principio de congruencia procesal, con el efecto de condenar a algo distinto de lo peticionado por aquél”. Agregó luego: “El vicio de incongruencia es, pues, notorio. Y, ciertamente, a contrario de lo pretendido por el actor a fs. 1002 vta/1004, ese defecto no se supera ni siquiera frente a la posibilidad de que los jueces examinen de oficio la constitucionalidad de las leyes, pues tal facultad en ningún caso podría conducir a dictar sentencias violatorias del principio de congruencia”³⁴.

La Corte Suprema también hizo mérito de los límites procesales en torno al control constitucional oficioso en el im-

portante precedente “Rodríguez Pereyra”³⁵, del año 2012, donde sostuvo: “*Que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (...). Desde esta perspectiva, el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes*”.

Luego, en el año 2014, volvió a censurar una declaración de inconstitucionalidad por apartarse de los términos del reclamo. Así lo dispuso en la causa “Mansilla”³⁶, donde la Cámara había decretado de oficio la inconstitucionalidad del tope del art. 245 de la LCT, calculando la indemnización sin límite alguno. La Corte expresó en su fallo que el actor “al demandar, había solicitado la aplicación de un “tope” determinado entre varios propuestos”, agregando que los razonamientos de la sentencia “ignoraron que la plataforma fáctica del debate reclamaba considerar que el actor, al demandar, propuso la aplicación de un tope determinado (cfr. fs. 17/17 vta.)”. Luego concluyó: “...*Que, como se adelantó, la cámara sostuvo su decisión en “el replanteo” del “debatido” tema de los topes (fs.2198) y argumentó profusamente -fs.2198/2201- a favor de la inconstitucionalidad del mentado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, de tal suerte que consideró la remuneración del trabajador sin mengua alguna (fs.2203). Tales razonamientos ignoraron que la plataforma fáctica del debate reclamaba considerar que el actor, al demandar, propuso la aplicación de un tope determinado (cfr. fs.17/17vta.). Por cierto, en la pieza procesal aludida –de modo inequívoco- el demandante describió de manera precisa cuáles podían ser los límites a imponer a su remuneración: 1º los derivados del fallo “Vizzoti” de esta Corte; 2º los que surgen de la resolución 1970/08 –aplicable a los viajantes de comercio- y 3º los derivados de la resolución 1140/08 –relativa a los agentes de propaganda médica-. Seguidamente y sobre la base del principio “in dubio pro operario”, el actor efectuó un cálculo de su crédito según la mencionada resolución 1140/08, por resultar la “más favorable”, entre todas las planteadas (fs.17vta.). De tal modo, lo resuelto acerca de la inconstitucionalidad del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo importó un claro apartamiento de los términos en que había quedado trabada la litis*”.

9. La “interpretación conforme”

También relacionada a la cuestión del control constitucional se halla la directiva (que incluso puede intuirse contenida en el art. 2 del CCCN) que impone en primer lugar realizar una “interpretación conforme” de los textos legales en juego. Esta regla implica no declarar la invalidez de la disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuanto menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme a la Constitución.

Para evitar lo que tradicionalmente se ha considerado un “remedio extremo” (calificación que cierta doctrina ha criticado como “fórmula decimonónica y paleo-positivista basada en el sinsentido normativo y simbólico” por otorgar a la Constitución un rol subsidiario³⁷), la Corte Suprema ha dicho que la tacha es capaz de eludirse en ciertos casos, de ser posible, mediante una interpretación del texto legal en juego acorde con la Ley Fundamental³⁸. Es lo que se ha denominado “interpretación conforme”; dispositivo práctico de rescate de las normas que podrán permanecer como válidas en tanto y en cuanto se seleccione para aplicarlas sus interpretaciones posibles “conformes” (adaptativas) con la norma superior, y se descarten las interpretaciones conflictivas³⁹.

Notas

- ¹ Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, p. 234.
- ² Bidart Campos, ¿Y el “iura novit curia”? LL, 2004-C-274.
- ³ Mosset Iturraspe, Nulidad por lesión con base en la regla “iura novit curia”, LL, 1995-D-236.
- ⁴ García Solá, Fundamento, aplicaciones y límites del “iura novit curia” en especial referencia a la materia procesal, LL, “Suplemento Especial Cuestiones Procesales Modernas”, 2005 (octubre) 120.
- ⁵ CSJN, 2/3/11, “Guerrero, Estela M. c. Insegna, Rubén L.”, dictamen de la Procuración al que remitió la Corte, Fallos, 334:120.
- ⁶ Alsina, Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial, t. II, p. 560.
- ⁷ Gozaíni, El principio de congruencia, LL, 1996-E-606.
- ⁸ Morello - Masciotra, Un voto en minoría que en el proceso penal recorre la buena senda del principio de congruencia, LL, 2008-C-506.
- ⁹ De los Santos, Flexibilización de la congruencia, LL, 2007-F-1278.
- ¹⁰ Idem nota anterior.
- ¹¹ De los Santos, Flexibilización de la congruencia, LL, 2007-F-1278.
- ¹² Conclusión de la Comisión n° 1 —Proceso Civil y Concursal—, Subcomisión n° 1, “XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal”, de 2007, cit. por Kielmanovich, Sobre la flexibilización del deber de congruencia en materia de los hechos, LL, 2008-A-589, apartándose el autor expresamente de tal postura y oponiéndose a ella.
- ¹³ SCBA, 7/3/07, “L., F. F. c. Municipalidad de La Plata”, del voto del doctor de Lázari que suscitó la adhesión de la mayoría, Juba, B. 58.760.
- ¹⁴ SCBA, 7/3/07, “L., F. F. c. Municipalidad de La Plata”, del voto del doctor de Lázari que suscitó la adhesión de la mayoría, Juba, B. 58.760.
- ¹⁵ Gozaíni, El principio de congruencia frente al principio dispositivo, LL, 2007-C-1308.
- ¹⁶ De los Santos, Flexibilización de la congruencia, LL, 2007-F-1278.
- ¹⁷ SCBA, 30/5/89, “Suñer, Tomás c. Rodríguez Alvarez, Manuel”, Juba, L. 41.842.
- ¹⁸ De los Santos, Flexibilización de la congruencia, LL, 2007-F-1278.
- ¹⁹ Goyena, Lecciones de derecho procesal del trabajo, p. 50.
- ²⁰ Vázquez, Principio de congruencia, desalojo y propiedad indígena, LL, 2007-C-307.
- ²¹ De los Santos, Flexibilización de la congruencia, LL, 2007-F-1278, con cita de Berizonce.
- ²² CSJN, 27/11/12, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino”, R.401.XLIII, consid. 13 del voto de la mayoría, en www.csjn.gov.ar.
- ²³ Gialdino, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del derecho internacional de los derechos humanos”, en Derecho constitucional. Doctrinas esenciales, Segundo V. Linares Quintana (dir. emérito), Carlos S. Fayt - Gregorio Badeni (dirs.), 2008, t. I, p. 369.
- ²⁴ Gelli, La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Fundamentos y alcances, LL, ejemplar del 19/12/12, p. 1.
- ²⁵ Gialdino, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del derecho internacional de los derechos humanos”, en Derecho constitucional. Doctrinas esenciales, Segundo V. Linares Quintana (dir. emérito), Carlos S. Fayt - Gregorio Badeni (dirs.), 2008, t. I, p. 369.
- ²⁶ CSJN, 30/6/41, “Ganadera Los Lagos S.A. c. Nación Argentina”, CSJN-Fallos, 190:142.
- ²⁷ CSJN, 27/9/01, “Mill de Pereira, Rita A. y otros c. Estado de la Provincia de Corrientes”, CSJN-Fallos, 324:3219.
- ²⁸ CSJN, 28/4/98, “Ricci, Oscar F. c. Autolatina Argentina S.A. y otro”, CSJN-Fallos, 321:1058.
- ²⁹ CSJN, 19/8/04, “Banco Comercial de Finanzas S.A. —en liquidación Banco Central de la República Argentina—”, CSJN-Fallos, 327:3117.
- ³⁰ SCBA, 22/12/04, “Zaniratto, Mabel B. c. Dirección General de Escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires”, Juba, L. 83.781.
- ³¹ CSJN, 27/11/12, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino”, R.401.XLIII, en www.csjn.gov.ar.
- ³² Gelli, La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Fundamentos y alcances, LL, ejemplar del 19/12/12, p. 1.
- ³³ Gil Domínguez, Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio, LL, ejemplar del 19/12/12, p. 1.
- ³⁴ CSJN, 27/12/06, “Gómez, Carlos A. c. Argencard S.A. y otro”, Fallos, 329:5903.
- ³⁵ CSJN, 27/11/12, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino”, Fallos, 335:2333.
- ³⁶ CSJN, 6/3/14, “Mansilla, Carlos c. Fortbenton Co Laboratories S.A.”, Fallos, 337:179.
- ³⁷ Gil Domínguez, Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio, LL, 2013-A-31.
- ³⁸ CSJN, 27/11/12, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino”, CSJN-Fallos, 335:2333.
- ³⁹ Sagüés, El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales, LL, 2009-B-761.

Parte segunda

Capítulo 1

Los damnificados legitimados

1. Introducción

El régimen de reparación de los daños provocados por los riesgos del trabajo establece un sistema indemnizatorio especial que, como tal, presume los perjuicios que el evento puede aparejar al damnificado directo y a los indirectos.

Su sistema tarifado otorga, frente a las contingencias cubiertas, legitimación activa al trabajador dañado, que resulta damnificado directo y acreedor de las prestaciones (dinerarias y en especie) que en función de aquellas se devengan.

Pero más allá del supuesto de incapacidad del dependiente, la legislación también establece prestaciones a favor de sus derechohabientes (arts. 11, ap. 4º, 15, ap. 2º, párr. 2º, ley 24.557; 3º y 17, ley 26.773) para el caso de fallecimiento, sin perjuicio del derecho a la pensión del régimen previsional (art. 18, ap. 1º, ley 24.557).

La nómina de derechohabientes, en el marco del sistema, surge de lo dispuesto en el ap. 2º del art. 18 de la ley 24.557 (texto según decr. 1278/00).

El régimen no genera dudas en torno a la legitimación del propio trabajador, pero la normativa sí engendra inconvenientes cuando por el hecho acaece la muerte del dependiente. Allí el sistema, ante la posible existencia de diversos damnificados indirectos, contempla una nómina de derechohabientes que resultan acreedores de la indemnización *iure proprio*.

Los problemas no resueltos claramente por la ley son fundamentalmente dos: a) la hipótesis de concurrencia entre la pareja del trabajador (ya sea el vínculo matrimonial o no) y sus hijos, en función de la redacción del precepto que rige la cuestión; y b) el supuesto de existencia de un vínculo matrimonial y una situación de convivencia, en atención a la vigencia del Código Civil y Comercial como norma general sobreviniente a las pautas sentadas en el sistema especial.

Ambos casos engendran conflictos e imponen interpretaciones acordes con los derechos en juego, constituyendo tal análisis el objeto de este capítulo.

2. La nómina legal de derechohabientes

De acuerdo a la directiva legal (art. 18, ap. 2º, *LRT*), la nómina de los derechohabientes del régimen especial sería la siguiente:

- a) La viuda; el viudo (art. 53, incs. *a* y *b*, ley 24.241).
- b) La conviviente; el conviviente (art. 53, incs. *c* y *d*, ley 24.241)¹.
- c) Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, todos ellos hasta los veintiún años de edad, elevándose hasta los veinticinco años en caso de tratarse de estudiantes a cargo exclusivo del trabajador fallecido. La limitación a la edad no rige si los derechohabientes se encontraran incapacitados para el trabajo a la fecha de fallecimiento del causante o incapacitados a la fecha en que cumplieran veintiún años de edad (conf. art. 5º, decr. 410/01).
- d) En ausencia de las personas ya enumeradas, accederán los padres del trabajador en partes iguales; si hubiera fallecido uno de ellos, la prestación será percibida íntegramente por el otro².
- e) En caso de fallecimiento de ambos padres, la prestación corresponderá, en partes iguales, a aquellos familiares del trabajador fallecido que acrediten haber estado a su cargo.

Hallándose el concepto de “familiar a cargo” (aludido en el ap. e) precedente) establecido por el art. 5º del decr. 410/01, que constituye la reglamentación que dispone el ap. 2º del art. 18 de la *LRT* en su parte final.

3. “Concurrencia” y “prelación”. El derecho indemnizatorio de los hijos menores

Cuando el art. 18 de la ley 24.557 (ap. 2º) establece el catálogo de beneficiarios de las prestaciones en caso de muerte del trabajador, remite a la nómina prevista en el art. 53 de la ley 24.241 (normativa previsional).

Luego, aduna que tales derechohabientes “*concurrirán en el orden de prelación y condiciones allí señaladas*”. Ello impone la necesidad de atender a los rangos y requisitos enunciados en el citado art. 53.

El término “concurrir” importa la coincidencia de diversas personas en un mismo tiempo o lugar, o en este caso con

relación a determinado crédito. Pero la ley agrega que ello acaece en determinado “orden de prelación”.

De allí que doctrinalmente se sostuviera que la redacción del precepto no deja margen a interpretaciones de “concur-rencia” entre las distintas categorías para la titularidad de las prestaciones³. La indemnización le correspondería entonces a la categoría que se hallare preferentemente colocada en la nómina legal de derechohabientes (salvo la especial hipótesis de concurrencia entre cónyuge y conviviente que menciona la citada norma previsional).

Se advierte entonces un tratamiento legal irrazonable en cuanto la norma desampara a los hijos menores del trabajador fallecido, que resultan desplazados por el cónyuge o conviviente del causante.

El conflicto reposa en las siguientes circunstancias, que dan lugar al cuestionamiento constitucional del régimen:

1. El derecho del trabajo está llamado a proteger al trabajador y a su familia. La noción de esta última, aún cuando modernamente modificara sus contornos, atrapa de manera esencial a los hijos.
2. Cuando aquellos son menores, portan una necesidad alimentaria que se encuentra a cargo del progenitor subvenir (art. 646 y cctes., *CCCN*).
3. Dado que el sistema especial tiene como objetivo resarcir el daño (art. 1º, ap. 2º, inc. b), *LRT*) que, presumido en función de la tarifa, engendra la contingencia para el damnificado (en este caso indirecto), es innegable que el hijo menor sufre un perjuicio *iure proprio* derivado del fallecimiento de su progenitor. La muerte del trabajador implica un evidente daño patrimonial (que incluso el derecho común presume —art. 1745, inc. b), *CCCN*—, como así un daño extrapatrimonial (que tampoco requiere de prueba directa, pues el mismo derecho civil infiere —arts. 1741 y 1744, *CCCN*—).
4. Aún cuando el legislador interprete que la prestación dineraria en poder del cónyuge o conviviente que sobrevive se utilizará para cubrir las necesidades de los hijos menores del trabajador, bien puede suceder que estos sean fruto de otra relación del último. Por ello nada garantiza la cobertura aludida.
5. El régimen de riesgos del trabajo se aparta de los antecedentes legales existentes en la materia. La ley 9688 (art. 8º) previó en lo que interesa que “la mitad de la indemnización corresponde a la viuda o al viudo, si concurren hijos, nietos o padres del causante en las condiciones de las citadas disposiciones legales; la otra mitad se distribuirá entre éstos por partes iguales, con excepción de los nietos, quienes percibirán en conjunto la parte de la indemnización a que hubiere tenido derecho el progenitor fallecido”. Misma redacción que portara la ley 24.028 (art. 8º).

Aún cuando el régimen, según sus fundamentos, oscila entre la seguridad social y el derecho de daños, la mecánica del sistema refleja una vocación resarcitoria que incluso abarca a las consecuencias no patrimoniales, como explícitamente se extrae de sus normas (v.gr. art. 3º, ley 26.773). Y en tal sentido resulta objetivo el daño moral que se infiere a un hijo menor, más allá del también evidente daño material, por la muerte de su progenitor.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, vale destacar que una parte de la jurisprudencia ha abrevado en los porcentajes del art. 98 de la ley 24.241 y en la res. 24.808/96 oportunamente dictada por la Superintendencia de Seguros de la Nación —relativa a las rentas que preveía el sistema de riesgos del trabajo—, a efectos de establecer los porcentajes en caso de concurrencia de causahabientes⁴. Se trata, evidentemente, de una posible interpretación “conforme” que evita el remedio de la declaración de inconstitucionalidad y contempla los derechos en juego (art. 1º, *CCCN*). Aunque tratándose de un tema sensible, se impone la corrección de las imperfecciones que aquí porta el sistema.

4. Matrimonio, convivencia e incidencia del CCCN

De acuerdo a lo establecido por el art. 53 de la ley 24.241, para el caso de los convivientes se requiere que el o la causante se hallara separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reduce a dos años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes.

La misma norma dicta que el o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando el o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales.

Sobre las situaciones aludidas en los dos párrafos precedentes talla la vigencia sobreviniente del Código Civil y Comercial para regular sobre las modernas realidades familiares y las rupturas de los vínculos.

En efecto, el art. 509 y ss. del *CCCN* receptan las uniones convivenciales, que reconocen efectos jurídicos a partir de los dos años de la convivencia mantenida (art. 510, inc. e, *CCCN*). Siendo que el art. 14 *bis* de la Const. Nacional se refiere a la protección integral de la familia y que el nuevo Código es más acorde al reconocimiento de esta forma de organización familiar, en función del principio de progresividad consideramos que el plazo de cinco años debe entenderse reducido a dos aún cuando no exista descendencia común. Máxime cuando este último es el plazo que ya preveía el art. 248 de la *LCT*, no siendo admisible que se discrimine peyorativamente en materia de infortunios.

El Código Civil y Comercial no exige el registro de la unión como modo de constitución, pues solo lo posibilita a los fines de facilitar la prueba. Solo quien haya convivido con el causante en el período anterior a su muerte exigido por la ley es acreedor a la indemnización, se encuentre o no registrada su convivencia⁵

Debe advertirse de todos modos que no es preciso, en materia laboral, que se reúnan los requisitos que enuncia el art. 510 del *CCCN*, pues a falta de los mismos podrá haber simple convivencia⁶, y ésta última otorga derechos en el sistema especial (que refiere al mero “conviviente”).

Por otra parte, la exclusión del cónyuge por el conviviente no puede depender de culpabilidades, pues estas últimas han sido eliminadas del Código Civil y Comercial en lo que respecta al divorcio (art. 435 y ss.). Siendo que como apunta Litterio la figura de la separación de hecho subsiste porque precisamente la decisión de divorciarse depende de cada uno, las indemnizaciones corresponden al conviviente cuando los cónyuges se encontraban separados de hecho⁷ y siempre que además se acredite el plazo de convivencia anterior al deceso.

Notas

¹ En las condiciones que se indican en la parte final de este capítulo.

² La redacción originaria del ap. 2º del art. 18 de la ley 24.557, que omitía considerar a los padres del trabajador fallecido como derechohabientes, fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema con fecha 26/2/08 en la causa “Medina, Orlando R. y otro c. Solar Servicios On Line Argentina S.A. y otro” (CSJN-Fallos, 331:250). De todos modos, tan irrazonable disposición había sido ya enmendada mediante el decr. 1278/00.

³ Del Bono, “Sujetos comprendidos en la Ley de Riesgos del Trabajo”, en Riesgos del trabajo, Jorge Rodríguez Mancini - Ricardo Foglia (dirs.), 2008, p. 164; Schick, Riesgos del trabajo, 4ª ed., 2011, t. II, p. 468.

⁴ CNAT, Sala X, 30/6/03, “Benítez, Elba y/u otros c. Aseguradora de Riesgos de Trabajo Interacción S.A.”, DT, 2004-98. Destacándose en dicho precedente que según art. 9º de la res. 24.808/96 de la SSN, las disposiciones de aquella “serán aplicables a todos los infortunios bajo el régimen de la ley 24.557, que causaran la muerte del trabajador”.

⁵ Litterio, en Código Civil y Comercial y su proyección en el derecho del trabajo, Jorge Rodríguez Mancini (dir.), 2015, p. 778.

⁶ Azpiri, Derecho de familia, en colección Incidencias del Código Civil y Comercial, 2015, p. 128.

⁷ Litterio, en Código Civil y Comercial y su proyección en el derecho del trabajo, Jorge Rodríguez Mancini (dir.), 2015, p. 780.

1. Introducción

La ley 24.557 instituyó un sistema de seguro obligatorio que, con su contratación, desplaza hacia la aseguradora la responsabilidad indemnizatoria.

El régimen difiere notablemente de los anteriores, donde la existencia del seguro no importaba la eximición de la responsabilidad del empleador por situaciones que en función del hecho o la ocasión laboral históricamente se hallaran a su cargo.

El abordaje del tema resulta por ende de interés.

2. Los obligados del sistema

a) *Aseguradora de Riesgos del Trabajo*

Como advirtiéramos, la ART es obligada directa (y no mera garante) de las prestaciones que prevé el régimen especial.

Los daños generados por las contingencias deben ser afrontados por la aseguradora en la medida de las prestaciones dinerarias y en especie que al efecto se fijan en la ley, sin perjuicio del eventual control constitucional de su suficiencia o de su obligación de responder por la reparación plena en el marco del derecho común.

Cabe aclarar asimismo que aún implantado el régimen de opción (art. 4º, ley 26.773), en caso de demanda contra el empleador y al resultar condenado éste, la ART deberá contribuir en la medida que le corresponda por aplicación de la tarifa (art. 6º, ley citada). Ello, obviamente, más allá de la posibilidad del damnificado de plantear la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de la citada opción, accionando acumulativamente.

b) *Empleador autoasegurado*

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 3º de la ley 24.557, ciertos empleadores pueden autoasegurarse, asumiendo en tal caso las obligaciones que la Ley de Riesgos del Trabajo pone a cargo de las ART.

Deben contar con capacidad económico-financiera para satisfacer las prestaciones del sistema y garantizar los servicios necesarios para otorgar las prestaciones en especie (incluyendo la asistencia médica); requisitos establecidos en los incs. a) y b) del ap. 2º del citado art. 3º.

La norma presume la solvencia del Estado nacional, las provincias y sus municipios, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 3º, ap. 4º). Los demás empleadores que pretendan prescindir de la contratación de una ART para ingresar en el régimen del autoseguro, deben acreditar reunir los extremos que impone la ley (art. 3º, ap. 3º).

El autoseguro no exime al principal del cumplimiento de las obligaciones que en su condición de empleador posee, adunándose a aquéllas las propias de una ART. Así lo confirma el art. 30 de la ley 24.557.

En síntesis, en el caso del empleador autoasegurado se encontrará a cargo del mismo el otorgamiento de las prestaciones de la ley especial.

Su responsabilidad será entonces sistémica, sin perjuicio de que sea posible atribuírsele responsabilidad “común”, en su doble rol de empleador-asegurador —debiendo en este último papel prevenir eficazmente los riesgos del trabajo (arts. 4º y 31, *LRT*)—, adunando los planteos de inconstitucionalidad o inaplicabilidad correspondientes (art. 4º, ley 26.773).

c) *Empleador no asegurado*

En virtud de lo normado por el art. 28, ap. 1º de la *LRT*, el empleador no incluido en el régimen de autoseguro que omitiera afiliarse a una ART, responderá directamente ante los beneficiarios por las prestaciones previstas en la ley.

Conforme a la manda citada, el empleador que no cuente con ART —y que tampoco se encuentre autoasegurado—, debe responder directamente por las prestaciones de la ley especial (dinerarias y en especie).

Resultará factible, como en los demás supuestos, atribuir a su vez responsabilidad al empleador desde el derecho común, debiendo tenerse en cuenta lo previsto en el ya citado art. 4º de la ley 26.773.

3. La sustitución de la responsabilidad patronal

Las leyes 9688 y 24.028 establecieron modelos de responsabilidad individual del empleador, con un sistema de seguro voluntario. En el régimen de la primera la existencia del seguro otorgaba acción directa al damnificado contra la aseguradora, y en el de la segunda requería la citación en garantía. Pero en ambas la responsabilidad del empleador, dentro de

la tarifa de la ley especial, subsistía frente a los accidentes y enfermedades que aquellas cubrían.

Aún cuando la doctrina y la jurisprudencia aceptan hoy naturalmente la sustitución de la responsabilidad patronal por imperio de la contratación del seguro que establece la ley 24.557, no es menor que en rigor ese aseguramiento importa, en los hechos, la eliminación de la citada responsabilidad del empleador dentro del marco tutelar de la ley especial.

Sobre el punto advirtió Ackerman en un trabajo publicado al tiempo de la sanción de la LRT¹. Dijo en esencia allí:

Que de acuerdo a lo establecido en el ap. 3° del art. 3° de la ley 24.557, el asegurado es el empleador, que es quien debe asegurarse y elegir al asegurador (art. 27.1), con quien celebra un contrato (art. 27.3). Contrato frente al que el trabajador —y con mas razón sus derechohabientes— es un tercero.

Y que de acuerdo a la regla de la eficacia relativa de los contratos, no pudiendo estos perjudicar a terceros, y “no existiendo una regla que expresamente desobligue al empleador frente al trabajador y sus derechohabientes, tal liberación no existe”.

Agregaba luego que “el contrato de seguro de la ley sobre riesgos del trabajo es, así, nada más que eso: un contrato de seguro, que permite que un tercero responda frente al damnificado —el trabajador— pero que, obviamente, no libera al responsable contratante —el empleador— (salvo que el asegurador cancele la obligación)”.

Más adelante adunaba Ackerman que “ningún precepto de la ley sobre riesgos del trabajo atribuye a las aseguradoras responsabilidad exclusiva, aunque sí directa”, y que en dos oportunidades el legislador liberaba expresamente de responsabilidad al empleador (arts. 19.1 y 39), deduciendo de allí que “si no se indica el efecto liberatorio de la contratación del seguro, es porque este no se produce”.

Más allá de todo lo expuesto, lo cierto es que la voluntad legislativa fue sustituir la responsabilidad patronal imponiendo la contratación obligatoria de un seguro. Pero también es evidente que el deudor de la seguridad del trabajador es la empresa, sin que resulte necesario abreviar en la ley especial de accidentes para arribar a esa conclusión. Por ello es reprochable el proceder del legislador que arbitrariamente impone al acreedor la mutación del deudor, cuando este se beneficia con la actividad personal que importa la exposición de la integridad psicofísica al riesgo. Podría existir una responsabilidad concurrente si media seguro, pero no una liberación.

Frente a tal decisión legislativa, cobra más incoherencia la reimplantación de una opción excluyente (art. 4°, ley 26.773) que operó cuando el deudor de la tarifa y el de la reparación plena era el mismo empleador (ley 9688). Situación que, como se evidenciara, cambió radicalmente con la ley 24.557.

Y con los argumentos desarrollados por la doctrina citada queda claro que tratándose de un tercero, cuando existe responsabilidad civil de la aseguradora no media opción excluyente si se requieren las prestaciones del sistema y se le demanda la reparación plena, pues así lo permite la ley (art. 39, ap. 4° y 5°, LRT).

Notas

- ¹ Ackerman, Prevención de riesgos y régimen del seguro en la Ley sobre Riesgos del Trabajo, DT, 1995-B-2215.

Las contingencias y las eximentes

1. Introducción

La ley 24.557 identifica dos hechos jurídicos (art. 257, CCCN) que denomina “contingencias”: los “accidentes del trabajo”¹ y las “enfermedades profesionales”.

En la medida que esas contingencias producen “daño” en la salud o en la vida del trabajador, se trata de “situaciones cubiertas” (incapacidad o fallecimiento) que activan la reparación de aquellos menoscabos mediante las “prestaciones” que prevé el sistema.

El art. 6° de la ley 24.557 define, en dos apartados, qué considera “accidente de trabajo” (ap. 1°) y qué se entiende, dentro del régimen, por “enfermedad profesional” (ap. 2°).

La norma citada tiene obvia importancia porque establece cuales serán los hechos objeto de protección. Teniendo en cuenta ello puede identificarse una serie de cuestiones problemáticas en torno a configuración de las aludidas contingencias:

- a) En torno al “accidente de trabajo”, la norma comienza por definirlo sobre la base de ciertos caracteres del acontecimiento (“súbito” y “violento”), para luego imponer la obligación de resarcir las pérdidas experimentadas en “ocasión” de la labor, como así las sufridas “por el hecho” del trabajo.
Ha merecido reparos la calificación del legislador sobre las características que debería revestir el hecho, cuestión que abordaremos en primer término.
- b) Por otro lado es en muchas ocasiones difícil fijar la conceptualización de la “ocasión”. En efecto, no acarrea problemas la protección de los accidentes “por el hecho” mismo del trabajo, es decir, como consecuencia de las acciones que el dependiente se encuentra desempeñando mientras presta servicios². Pero sí ha entrañado cierta complejidad la comprensión de la noción de “ocasión”, tema que trataremos en segundo lugar.
- c) En relación a las “enfermedades profesionales”, ha merecido fuertes reparos la operatoria del sistema de listado que la ley previera, debiéndose analizar la posibilidad de resarcimiento que hallan las enfermedades laborales no profesionales. También aquí incide la cuestión de la “ocasión”.

Sobre todo ello trataremos en este capítulo.

2. Los caracteres del acontecimiento (“súbito” y “violento”) para la configuración del accidente

La ley especial ha definido al accidente de trabajo sobre la base de considerar que se trata de un acontecimiento “súbito” y “violento” (art. 6°, ap. 1°, ley 24.557).

En función de aquellas características impuestas al hecho para la configuración de un accidente de trabajo, la doctrina ha denunciado irrazonabilidad en el texto normativo afirmando que la definición de accidente que porta la ley no puede ser tomada literalmente³. Se argumenta al efecto que ningún operador jurídico dejaría de reconocer el derecho a las prestaciones ante un siniestro laboral que causa incapacidad o muerte, pero que no es ni súbito ni violento como ocurriría —según se alega—, con el trabajador que se congela en una cámara frigorífica, o el que se asfixia con monóxido de carbono en el lugar de trabajo.

En rigor, la alusión a las características de “súbito” y “violento” que se imponen al hecho para configurar “accidente” tiene, en materia de infortunios del trabajo, otro alcance.

Para la ciencia jurídica la palabra “súbito” se instaló para hacer hincapié en la “instantaneidad” que caracteriza al accidente. Es decir que hace alusión a un acontecimiento rápido, o de corta duración en el tiempo, que puede apreciarse fácilmente. Aquella característica se refiere a la causa del daño y no a las consecuencias de dicho acontecimiento. Debe entonces analizarse el origen del daño (causa) y no el resultado (consecuencia). En los accidentes el origen es siempre breve o instantáneo. Y el momento de la aparición o exteriorización de las consecuencias no modifica el carácter de accidente. A modo de ejemplo, en los supuestos de caídas y fracturas hay un típico accidente con consecuencias inmediatamente apreciables; sin embargo, en el caso de un pinchazo con jeringa contaminada —accidente—, la manifestación de la consecuencia es lenta o prolongada. Desde esta perspectiva, los casos de la asfixia o de congelamiento serían también “súbitos”, y en consecuencia hay accidente.

Señalan Corte y Machado⁴ que la caracterización del accidente que se halla en la fórmula legal se ajusta a la aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde sendos fallos de los años 1929⁵ y 1931⁶, con la sola y saludable modificación de sustraer aquí la equívoca referencia a que el factor agresivo debía ser “externo” (en cuanto remitía sólo a una parte de los accidentes, los derivados del “trauma” en sentido estricto y que reflejaban la espectacularidad de los episodios más dramáticos del maquinismo). Esto último impide entonces soslayar los casos en que la violencia no proviene sino de la reacción aguda del organismo en contacto con el medio ambiente, las condiciones de trabajo o la interacción

personal.

En contraposición, ante la existencia de “hechos dañinos” de causa y desarrollo lento y progresivo, no habrá técnicamente un accidente, ya que en estos supuestos no media la característica “súbita”. En rigor, si hay hechos dañinos de causa y desarrollo lento y progresivo habrá enfermedad.

Por otro lado, en relación al carácter “violento” del acontecimiento, se ha enseñado que ello alude a la capacidad de hacer daño. Habrá violencia si hay daño en la salud del trabajador. La noción no refiere a la espectacularidad del hecho.

Por las razones apuntadas no puede restringirse el concepto de “accidente de trabajo” a partir de las características que inserta la ley (hecho “súbito” y “violento”), y aún cuando la interpretación brindada no fuera compartida y se considerara que la literalidad del texto legal lleva a excluir ciertos infortunios en función de imperfecciones técnicas, bastaría recurrir a la *ratio legis*, máxime cuando aquella *ratio* se vincula con principios constitucionales (en el caso, art. 14 *bis*) que siempre han de prevalecer⁷. Si la ley, en función de la conceptualización, dejara a ciertas víctimas carentes de protección sin razón valedera, violaría su propio objetivo reparador (art. 1º, inc. b, ley 24.557) y la protección constitucional que el dañado merece (arts. 14 *bis* y 19, *CM*).

3. El daño “en ocasión”

Cuando el “hecho” mismo del trabajo es el que causa el daño no existen mayores controversias interpretativas. La cuestión se torna más compleja cuando se trata de analizar los alcances de la “ocasión” que brinda el trabajo para que el damnificado directo (el dependiente) sufra el daño.

En definitiva: ¿se trata de una mera relación topográfica y cronológica (lugar y tiempo) o exige algo más?

Dado que el empleo del término “ocasión” fue objeto de debate en el Congreso Nacional antes de la sanción de la ley 9688, es útil abreviar en aquel para determinar los alcances de su posterior incorporación, en conjunto con otras fuentes de interpretación.

a) El texto original de la ley 9688

En su texto original, la ley 9688 (del año 1915) ciñó la responsabilidad del patrón a los accidentes ocurridos “durante el tiempo de la prestación de servicios, ya con motivo y en ejercicio de la ocupación en que se les emplea” (art. 1º).

Esa redacción impresa a la norma fue motivo de debate en la Cámara de Diputados al tiempo de su sanción.

En la sesión del 25 de septiembre de 1915, el diputado Repetto objetó el proyecto en tratamiento, alegando en esencia, con cita de la legislación francesa y alemana (y los conflictos allí generados), que no podía exigirse la múltiple circunstancia de tiempo, motivo y ejercicio del trabajo para el acceso a la indemnización. Expuso que así se dejaba fuera muchos accidentes que eran realmente del trabajo, y que debía acudirse al concepto de “ocasión” para rectificar el error que la legislación francesa asumiera luego en su primera reforma.

En la misma sesión contestó entonces el diputado Bas que la redacción del art. 1º había sido “precisamente estudiado con toda minuciosidad para evitar esos pleitos y cuestiones”. Y adunó: “Justamente, no ha existido punto alguno de la ley de accidentes en la cámara ni en la jurisprudencia francesa, que haya producido tantas contradicciones y dificultades como la apreciación de ese concepto ‘por el hecho o en ocasión del trabajo’”. Por ello, alegó que “precisamente esa dificultad enorme para precisar los conceptos... es lo que determinó a la comisión a consignar de una manera clara y terminante la forma en que debe producirse el hecho generador de responsabilidad”.

Así votado en la Cámara de Diputados, el texto fue aprobado sin cambios por la Cámara de Senadores el 29 de septiembre de 1915, y publicado en el Boletín Oficial el 21 de octubre del mismo año.

b) La modificación por la ley 12.631

Poco más de veinte años después de la entrada en vigencia de la ley 9688 se hizo necesario reformar su texto en relación al tema en estudio.

La razón central para el tratamiento del asunto estuvo dada por la sanción de la ley 12.232 (del año 1935), mediante la cual se aprobara entre otros el Convenio n° 12 de la Organización Internacional del Trabajo. Debatándose en el Congreso (en virtud además de una sentencia de la Corte) sobre la necesidad de una expresa ley posterior que adaptara la legislación ya vigente a los dictados de aquel Convenio, el tópico que aquí tratamos cobró relevancia pues el citado Convenio n° 12 (relativo a la indemnización por accidentes del trabajo en la agricultura) obligaba a extender a todos los asalariados agrícolas el beneficio de las leyes y reglamentos que tuvieran por objeto indemnizar a las víctimas de accidentes sobrevenidos en torno al trabajo, con una fórmula amplia -en orden a la noción de accidente laboral- similar a la que el Congreso rechazara al votar la ley 9688.

A ello se adunaba que el propio decreto reglamentario de la ley 9688 (decreto del 14/1/16 publicado en el Boletín Oficial el 25/1/16) había establecido en su art. 1º que a los efectos de la ley “se considera accidente del trabajo todo hecho que, en la ejecución del trabajo o en ocasión y por consecuencia del mismo, produzca lesiones corporales, mediatas o inmediatas, aparentes o no aparentes, superficiales o profundas”.

En la sesión del 27 de julio de 1939, el entonces senador Alfredo Palacios recordó que había sido él quien, otrora como diputado, propusiera (antes de sancionarse la ley 9688 con el texto que en definitiva adquirió) que la ley especial

cubriera los accidentes sufridos “por el hecho o en ocasión del trabajo”.

La cuestión, que volvía veinticuatro años después a ser objeto de tratamiento, suscitó similares debates. En efecto, el senador Arancibia Rodríguez, en oposición a Palacios, esgrimió: “La tendencia, que todos los señores senadores conocen, es la de ampliar con esta separación disyuntiva de la ‘o’ el alcance de la responsabilidad hasta límites que nadie puede determinar, de manera que no se sabe nunca donde empieza, a que hora y donde termina la responsabilidad del patrón”.

El proyecto fue aprobado por el Senado el 3 de agosto de 1939, adoptándose la nueva fórmula legal y sustituyéndose en el art. 1º de la ley 9688 las palabras “con motivo y en ejercicio de la ocupación que se les emplea” por las siguientes: “por el hecho o en ocasión del trabajo”.

En la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados fue miembro informante Leónidas Anastasi, y el proyecto con media sanción fue tratado en el recinto el 27 de junio de 1940, resultando aprobado el 4 de julio del mismo año.

Se dejó en claro entonces que se trataba de una reforma fundamental, que había motivado una larga discusión en el Congreso y que se debatiera antes en la doctrina y en la justicia, ampliando en forma evidente “la letra y el espíritu de la ley” en cuanto a la protección de la legislación de accidentes. Por ello dijo el diputado Cisneros (informante en el recinto) que la reforma era inobjetable y no se le debía temer en absoluto, al no tratarse de un avance “hecho al azar o a la ventura” si no con “el apoyo no solo de lo adoptado en la Convención de Ginebra, y en la interpretación del Poder Ejecutivo, sino también en la doctrina y en la legislación de los países mas adelantados del mundo y en la propia jurisprudencia de nuestros tribunales”.

c) La ley 15.488

Si bien la indemnización de los accidentes “en el trayecto” fue inicialmente aceptada, en el marco del sistema especial, cuando mediaran circunstancias particulares (utilización de medios de transporte del empleador, peligrosidad de los lugares circundantes al establecimiento, agresión de huelguistas o traslado efectuado con las herramientas de trabajo⁸), la modificación de la ley 9688 por medio de la ley 12.631 motivó una más concreta posición jurisprudencial (al reformarse la fórmula legal e indemnizarse los siniestros ocurridos “por el hecho o en ocasión del trabajo”).

La Suprema Corte de Buenos Aires se expidió el 8 de septiembre de 1953 en la causa “Castillo c. Caja Mutua Patronal de Panaderos”⁹, mutando su doctrina ante “el nuevo texto de la ley tuitiva (art. 1º, inc. c), de ley 12.631)” y declarando entonces indemnizable el infortunio acaecido “in itinere”, advirtiendo además con cita de preceptos constitucionales que en tales casos el amparo no podía ser retaceado frente a un texto tan amplio de la ley de accidentes.

Dos meses después, el 9 de noviembre del mismo año, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dictó el plenario “Guardia”¹⁰, donde estableció: “Constituyen accidentes del trabajo indemnizables, conforme con el art. 1º de la ley 9688, los denominados *in itinere*, o sea, los que puede sufrir el obrero en el trayecto del lugar de prestación de sus tareas hasta su domicilio o viceversa”.

Siendo que dicha doctrina no regía en todo el país, el Congreso Nacional reputó necesario el dictado de la ley 15.488, que incluyó explícitamente al accidente *in itinere* dentro del amparo del régimen especial.

d) La “ocasión” que permite el daño y obliga a indemnizar

Expresa Ackerman que en la literalidad del valor de las palabras, la vinculación del accidente con “el hecho” o con “la ocasión” del trabajo debería suponer una diferencia conceptual “en la que el primero reclamaría una relación de causalidad en tanto la segunda solo demandaría la circunstancia de tiempo y lugar que implica la ocasionalidad”¹¹.

Consideramos que efectivamente existe diferencia entre ambos supuestos, pero que no se halla en un factor topográfico ni cronológico, es decir que no se reduce a constatación de tiempo y lugar.

Hemos visto que la “ocasión” fue un concepto debatido justamente en función de sus alcances. Si la cuestión se redujera a términos espacio-temporales, hubiera bastado al legislador indicar que todo accidente ocurrido durante la jornada constituye un accidente de trabajo. No podría con ello haberse pugnado, por otra parte, por la ampliación de la norma hacia la explícita aprehensión de los accidentes en el trayecto.

En la Cámara de Senadores, al debatirse la ley 12.631, expresó oportunamente Alfredo Palacios -con cita de Sachet- que en el accidente producido por “el hecho” del trabajo el riesgo ha surgido por la explotación misma, mientras que en el accidente “en ocasión” el obrero ha sido víctima de un peligro o riesgo ordinario de la vida diaria al que no hubiera estado expuesto sin su trabajo¹².

En el mismo sentido había sostenido el diputado Cisneros, en la otra Cámara y debatiéndose la citada ley, que ante la ocasión efectivamente existe un nexo entre el trabajo y el accidente, con prescindencia del horario de trabajo y del lugar donde ocurra, y por su propia naturaleza no es posible que el texto de la ley lo precise en forma categórica¹³. Dijo entonces, con cita de jurisprudencia, que en el concepto debatido se encuentran comprendidos todos aquellos siniestros accidentales que puedan afectar al obrero en relación a los cuales se hallaría inmune sin la ocasión del trabajo¹⁴.

Tal como apuntamos al referir al debate de la ley 12.631, el miembro informante ante la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados fue Leónidas Anastasi, jurista que había estudiado el tema y publicado en torno a la doctrina y la jurisprudencia italiana “sobre el interesante concepto con ocasión del trabajo”, donde el artículo que lo contenía en la ley de aquel país había sido llamado el mas “tormentato” y dado lugar a diversas interpretaciones. En su

artículo doctrinal Anastasi refería a las enseñanzas de Carnelutti, maestro que abordara la interpretación de la fórmula “en ocasión”. Este último decía que no era necesario que el trabajo fuera la causa eficiente del accidente y que bastaba con que fuera causa indirecta, mediata o concurrente. Para el autor italiano, ocasión o causa ocasional es un hecho o un *quid* que coloca a una determinada causa en condiciones de producir un determinado efecto. El accidente ocurre con ocasión del trabajo toda vez que este determine el riesgo del cual fue consecuencia el infortunio¹⁵.

Al tratar en el marco civil la responsabilidad del principal por los hechos de los dependientes, la Corte Suprema dijo que en el daño “con motivo” la función determina el hecho, mientras que en el daño “en ocasión” de aquella la tarea “ofrece la oportunidad” en el orden de la relación de causalidad de que se trata¹⁶.

En estos casos, sostuvo Vázquez Vialard, el daño provocado por la lesión que el ordenamiento jurídico manda reparar, no ha acaecido como consecuencia directa de la prestación laboral, sino por una circunstancia en que esta ha facilitado la oportunidad de su ocurrencia. Se trata de una circunstancia favorable que se ofrece para que la causa eficiente pueda obrar¹⁷.

Es sabido que, en materia de daños, la relación de causalidad puede ser visualizada en dos sentidos: desde el daño hacia atrás determina la autoría (sindica al responsable) y desde el daño hacia delante señala la extensión del resarcimiento (consecuencias indemnizables).

Aquí la relación de causalidad existe, porque el trabajo es “causa ocasional” del daño¹⁸ y la responsabilidad nace pues si bien no se trata de un riesgo específico directo o propio de la labor, sí constituye un riesgo indirecto o impropio, conctado por la circunstancia del trabajo que da lugar o facilita su ocurrencia.

Como surge de los fundamentos expuestos, lo determinante no es la “concomitancia topográfico cronológica”, como la llamara antiguamente la Cámara de Paz Letrada de la Capital¹⁹. La “ocasión” de la ley ampara a los eventos que el trabajador no hubiera sufrido de ser por la existencia del vínculo laboral. El trabajo ha proporcionado la “ocasión” de sufrir el daño; no ha sido causa eficiente pero ha facilitado, favorecido o al menos posibilitado que ésta actúe²⁰.

4. El “hecho” y la “ocasión” del trabajo en materia de enfermedades

Luego de aludir a los accidentes de trabajo, la ley 24.557 determinó que las “enfermedades profesionales” (la otra clase de contingencias) serían cubiertas en la medida que se hallaren reconocidas como tales en un listado²¹ cuya confección se delegó al Poder Ejecutivo nacional.

La ley denota una intención de reparar las enfermedades causadas exclusivamente por el trabajo y que lentamente socavan la salud del dependiente. Sin embargo, desde el origen mismo de esta clase de leyes y hasta el presente se ha puesto en evidencia que, de limitar la protección, se quitaría reparación frente a enfermedades relacionadas de modo concausal, concurrente u ocasional con la labor, y que no dejan de ser “enfermedades del trabajo”. Se plantea entonces una diferencia teórica entre “enfermedad profesional” y “enfermedad del trabajo”.

En adición, la *LRT* comete otra injusticia al dejar fuera de tutela a verdaderas “enfermedades profesionales” que por algún motivo no fueron contempladas en el listado²².

La ley 24.557, en relación a esta clase de contingencias, señala en el art. 6º, inc. 2º, *a*) que el listado “...identificará agente de riesgo, cuadros clínicos, exposición y actividades en capacidad de determinar [por sí]²³ la enfermedad profesional...”. Al exigir exposición y actividades, la *LRT* está contemplando que en el caso de enfermedades se requiere el “hecho” laboral que las genere.

Debe centrarse el análisis en la limitación que implica la mecánica de la exclusiva remisión al listado. Las enfermedades que no se hallan en aquél quedarían hipotéticamente fuera del sistema. Se excluirían entonces verdaderas enfermedades imputables al trabajo, ya sea por causalidad directa entre el hecho laboral y aquellas (“enfermedades profesionales”), concausalidad, concurrencia u ocasionalidad (estas últimas, “enfermedades del trabajo” en sentido amplio²⁴). Por ello, bajo la denominación de “enfermedades no listadas” se comprende tanto a enfermedades típicas de una profesión que no se encuentran previstas (“enfermedades profesionales”) y también otras que denominamos “enfermedades del trabajo”.

En su redacción originaria, la ley 24.557 pretendió dejar huérfanas de reparación a las citadas enfermedades no listadas, al expresar a su respecto que “en ningún caso serán resarcibles”. La normativa fue repudiada y se hallaron diversas salidas frente a la limitación: *a*) se comprendió que el sistema hermético era inconstitucional al despojar de tutela a claros daños imputables al trabajo²⁵; *b*) se postuló que la misma no impedía hallar respuesta por fuera del sistema especial, buscándose el resarcimiento por la vía del derecho común²⁶.

Frente a las críticas que mereciera el sistema, mediante el decr. 1278/00²⁷ se pretendió la apertura del listado imponiendo un trámite ante las comisiones médicas, sin que del reconocimiento particular pudiera derivarse efecto general (que aparejara la inclusión de la enfermedad profesional para todos los casos). Ello implicó la modificación del enfoque relativo a la validez constitucional del listado, puesto que el cuestionamiento se centró entonces, no ya en la exclusión de ciertos daños (agravio que persiste en la práctica), sino más bien en la mecánica y competencia para la incorporación.

El mismo decreto creó el “Fondo fiduciario de enfermedades profesionales”, que tiene como destino la cobertura del costo de las prestaciones otorgadas por enfermedades no incluidas en el listado aunque reconocidas como de naturaleza profesional²⁸.

Es dable advertir, por otro lado, que la modificación impuesta por el decr. 1278/00 opera en relación a las “enferme-

dades profesionales”, mientras que en relación a los daños causados por la generalidad de enfermedades del trabajo (no estrictamente profesionales) subsiste la misma situación que existía con anterioridad al citado decreto.

Ya sancionada la ley 26.773, se dictó el decr. 49/14²⁹ que en lo que aquí interesa incorporó al listado una serie de enfermedades de común vinculación al trabajo y que fueran negadas sistemáticamente con anterioridad (hernias inguinales y crurales, várices y hernia discal lumbo-sacra). Sin embargo, este decreto persiste en la lógica limitante del sistema y puede ser pasible de múltiples impugnaciones, entre las que destacamos las siguientes: a) La tutela de las enfermedades reconocidas sólo alcanza a las contingencias cuyo hecho generador se produzca con posterioridad a la incorporación de las mismas al listado. Si la patología reúne las características que enumera el listado, es indudable que no se advierte razonabilidad en su exclusión para aquellos casos anteriores no resueltos, cuando médicamente se está admitiendo la necesidad de la modificación del citado listado para su incorporación³⁰. Se trata de una inadmisibles discriminación entre enfermos; b) Se establece un período mínimo de tres años cumpliendo en jornada completa las actividades laborales sujetas a las condiciones de exposición. Ese lapso arbitrario, completamente general y ajeno a cada enfermo, no guarda relación con la realidad (pues resulta sabido que las labores que implican grandes esfuerzos pueden provocar la dolencia sin aguardar dicho período). No puede constituir un impedimento al resarcimiento del sistema el incumplimiento de la condición de esa antigüedad requerida. Resulta además incongruente que el trabajador pueda padecer una hernia aparecida por esfuerzos realizados a los dos años de labor y aquella no se considere, obligándose al dependiente a esperar un año más³¹; c) Podría argumentarse que el decreto importa un exceso en las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo, alterando el sistema de presunciones del listado (al admitirse prueba en contrario del origen causal) y pretender excluir la teoría de la indiferencia de la concausa; d) Prescinde de la consideración de las leyes 26.693 y 26.694, mediante las cuales el Congreso Nacional aprobara los Convenios 155 (junto al Protocolo de 2002) y 187 de la Organización Internacional del Trabajo, desconociendo las enfermedades y criterios amplios de protección allí establecidos³².

En síntesis, en el diseño legal existen daños causados por accidentes de trabajo y por enfermedades profesionales. Al hallarse estas últimas contempladas en un listado cuasi-cerrado³³, la inconstitucionalidad de la ley es manifiesta, máxime cuando tampoco se atiende a otras enfermedades no necesariamente comunes en la actividad. En todos los casos, tratándose de daños que en virtud del principio de indemnidad no deben ser soportados por el trabajador, cabrá siempre procurar su resarcimiento.

No es óbice para ello la hermeticidad que se pretendiera refrendar con la sanción de la ley 26.773, que sin innovar positivamente en la materia intentó ligar a los tribunales competentes al Listado de Enfermedades Profesionales. La norma es inconstitucional pues la ley no puede obligar a los jueces a desconocer el resarcimiento que corresponde cuando se acredite la existencia de una enfermedad conectada con el trabajo.

En ese orden, debe comprenderse que no existe razón para diferenciar entre accidente y enfermedad. Cuando el daño a la salud del dependiente se conecta con el trabajo, aún de modo meramente ocasional, debe ser resarcido, pues sobre aquella lógica reposa todo el sistema. La discriminación entre accidentados y enfermos viola los arts. 14 bis, 16, 17, 19 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Si el vínculo laboral otorga ocasión para que se contraiga la enfermedad esta última debe ser indemnizada, por más que en su exteriorización no se identifique con un hecho súbito y violento.

5. Las eximentes

El alcance de las eximentes que reconoce el sistema solo puede comprenderse una vez aceptada la amplitud de las contingencias amparadas, pues su operatoria obviamente queda condicionada por aquellas.

Las exclusiones al régimen de cobertura se hallan señaladas por el art. 6° (ap. 3°) de la ley 24.557. Dice el texto de la norma: “...3. Están excluidos de esta ley: a) Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales causados por dolo del trabajador o por fuerza mayor extraña al trabajo. b) Las incapacidades del trabajador preexistentes a la iniciación de la relación laboral y acreditadas en el examen preocupacional efectuado según las pautas establecidas por la autoridad de aplicación”.

La disposición merece las siguientes consideraciones, que se relacionan a su vez con lo ya expuesto en este capítulo.

a) La fuerza mayor extraña al trabajo en relación al “hecho” y la “ocasión” laboral

Si existe “fuerza mayor extraña al trabajo” en rigor no existirá la contingencia, ya que se tratará de un riesgo genérico que no guarda relación inmediata ni mediata (directa ni indirecta) con la dependencia. No habrá entonces “hecho” ni “ocasión” laboral.

Constituye fuerza mayor, de acuerdo al derecho común (art. 1730, CCCN), el “hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado”.

Sin embargo, en el marco de la ley especial, aquella fuerza mayor será eximente solo en la medida que resulte “extraña al trabajo”. Ello quiere decir que debe tratarse de un hecho que habría producido el daño al trabajador de todos modos, con independencia del trabajo.

La cuestión, es obvio, se ata con la “ocasión”.

En el plano sistémico se exigirá entonces no sólo la imprevisibilidad o irresistibilidad (propia del derecho común),

sino que la ajenidad (“extraña al trabajo”) habrá de importar que únicamente adquiere relevancia para dar operatividad a la exclusión cuando el hecho dañoso hubiera afectado al trabajador aunque no se hubiere encontrado en “ocasión” laboral, ya que esta última habrá activado en forma específica los efectos de la fuerza mayor en relación a la víctima.

Jurisprudencialmente se ha resuelto: “Debe desestimarse la invocación de fuerza mayor extraña al trabajo referida al hecho de la muerte del trabajador ocasionada por delinquentes que perpetraron un asalto al restaurante de la demandada donde el causante prestaba servicios. La prestación de tareas obró como condición eficiente para el acaecimiento del siniestro —o, dicho de otro modo, el mismo ocurrió ‘en ocasión del trabajo’ (cfr. art. 6º, *LRT*)—, sumándose a ello el no haberse alegado ni probado que dicho acontecimiento igualmente se habría producido, de no haber encontrado el causante en el desempeño laboral”³⁴. Habiéndose dicho en el mismo sentido: “Toda vez que no se encuentra acreditado, en este caso, que el trabajador permanecía pernoctando en su trabajo por razones ajenas a su labor, la noche en que fue muerto por delinquentes, tal circunstancia determina que la alegada fuerza mayor esgrimida en el responde no deba considerarse ajena, sino inherente al trabajo, desde que no es dable inferir que de no haberse encontrado el causante en dependencias de la accionada, igualmente habría sido objeto del ataque que le costó la vida. Resulta procedente, en consecuencia, atribuir naturaleza laboral al siniestro que derivó en el fallecimiento del dependiente, habida cuenta que el mismo ocurrió en ocasión del trabajo”³⁵.

b) El dolo del trabajador como intención deliberada de auto-daño

En cuanto al “dolo” del trabajador como eximente, caber recordar que el Código Civil contemplaba tres tipos de dolo distintos: el dolo como vicio de la voluntad (art. 931 y ss.), el dolo obligacional (art. 522) y el dolo delictual (art. 1072). Mientras el primero aparece regulado en los arts. 271 y ss. del *CCCN*, los otros dos supuestos enunciados (incumplimiento intencional y dolo delictual) confluyen en el art. 1724 del *CCCN*, en un solo concepto de dolo para el ámbito contractual y extracontractual³⁶.

En materia de responsabilidad, mientras que en el Código derogado el dolo delictual requería de dos presupuestos (ejecución “a sabiendas” —elemento intelectual— y “con la intención de dañar” —elemento volitivo—), en el Código Civil y Comercial el sujeto ya no solo obra con dolo cuando quiere el resultado, sino también cuando meramente se lo representa e igual actúa³⁷.

Por ende se ha dicho que mientras el Código Civil se refería únicamente al dolo directo (es decir, aquel dirigido a causar un daño), el art. 1724 del *CCCN* incorpora también el dolo eventual (la acción no se ejecuta para causar el daño, pero el autor del hecho desdeña el perjuicio que puede ocasionar), al referirse, además de la intencionalidad, a la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos³⁸.

La ley 24.557 refiere al “dolo del trabajador” como causal de exclusión de cobertura, siendo preciso por ende analizar los alcances de la referencia a aquél término.

Consideramos que la ley especial utiliza la noción en cuanto se caracteriza como la intención de dañar. Es decir, aquella según la cual se obra con dolo cuando existe el afán de producir un daño³⁹. En tal supuesto, cuando la propia víctima del accidente o la enfermedad se inflinge el perjuicio intencionalmente (dolo directo), la ley no ampara las consecuencias del mismo.

Pensamos, por otra parte, que el sistema especial no está refiriendo a la hipótesis de dolo eventual, por una serie de circunstancias.

Bajo el régimen de derecho común vigente al sancionarse la ley 24.557, la mayoría de la doctrina nacional coincidía en señalar que el dolo eventual no entraba dentro de la categorización normativa del dolo delictual, por faltar el elemento intencional: en el dolo eventual la finalidad del agente no es la consecución del daño producido⁴⁰. Por ende, la referencia al término debe entenderse efectuada al alcance que poseía el mismo al momento de ser redactada la norma, no pudiendo alterarse por reformas sobrevinientes de otros cuerpos normativos mutando así la intención en torno a la remisión al vocablo.

Por otro lado, la nueva normativa común alude al dolo eventual en el caso de “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, es decir a la hipótesis de quien daña a otro sujeto desaprensivamente y no al auto-daño al que refiere la *LRT*.

En adición, es dable recordar que en el campo sistémico la imprudencia profesional o incluso la culpa en cualquiera de sus grados no configura una hipótesis que pueda desplazar la tutela legal⁴¹. De allí que una interpretación extensiva prescinde considerar que el dolo eventual se muestra como la modalidad más reprochable que puede asumir, en los hechos, la culpa civil y la que reviste mayor gravedad⁴², mientras que esta última, en cualquiera de sus grados, no es apta para activar la exclusión.

Corroborar lo expuesto el estudio de los antecedentes legales: la ley 9688 eximía al patrón de responsabilidad frente al accidente “cuando hubiere sido intencionalmente provocado por la víctima o proviniese exclusivamente de culpa grave de la misma” (inc. *a* del art. 4º). Previó como se ve dos hipótesis: el daño autoinfligido con intención y la culpa grave. Luego, la ley 24.028 eliminó el segundo supuesto, y sólo dejó subsistente la eximición “cuando el daño hubiere sido causado intencionalmente por el trabajador” (inc. *a* del art. 7º). De allí que, cuando la ley 24.557 remite al dolo, debe entenderse que de acuerdo a las leyes anteriores alude al daño que el trabajador se causa intencionalmente. No es, entonces, la hipótesis del dolo eventual.

Con todo ello, debe meritarse que en materia de leyes especiales de infortunios laborales las causales de exclusión son de interpretación restrictiva, por la materia que la normativa aprehende y la protección vasta que procura. Eso lleva a cuidar que no se amplíe la noción cuando justamente importa una causal de exclusión, dejando por ende al dolo eventual fuera del ámbito de la LRT como sostienen Fernández Madrid y Caubet⁴³.

La interpretación contraria llevaría a extender el supuesto de exclusión consagrando una causa de exoneración de la aseguradora que no fue prevista por el legislador (ceñido al daño autoinfligido a sabiendas y con intención de lastimarse). Criterio que no se compadecería con los principios que rigen en un sistema que se entronca con la seguridad social, y que además se opone a una regla expresa como lo es la que manda que en caso de duda en la interpretación del derecho debe estarse por la solución más favorable al trabajador (arts. 9º, *LCT*; 39, ap. 3º, Const. de la Provincia de Buenos Aires).

c) La alusión a las incapacidades preexistentes y su vínculo con la ocasión

En art. 6º de la ley 24.557, en su inc. *b*), excluye de tutela a las “incapacidades” del trabajador “preexistentes” a la iniciación de la relación laboral.

Como expresa Ackerman, conceptualmente esta exclusión nunca podría configurar una causal de eximición por cuanto “se trata de un caso de no daño o de daño anterior”⁴⁴.

La norma, sin embargo, se conecta con la ocasión laboral, pues exteriorizada una afección durante la vigencia de la relación, donde el trabajo habrá actuado como concausa, se activa la indiferencia de la misma para reputar indemnizable el total de la incapacidad.

El tema, por los debates y problemas que se suscitan en torno al mismo, lo tratamos autónomamente en un capítulo especial de la tesis.

Notas

- ¹ También contempla, dentro de la noción, a los accidentes “in itinere”.
- ² Maza - Cruz Devoto - Segura, *Comentarios sobre el Régimen de Riesgos del Trabajo*, 2013, p. 123.
- ³ Ramírez, *Riesgos del trabajo*, 4ª ed., 2008, p. 52.
- ⁴ Corte - Machado, *Siniestralidad laboral. Ley 24.557*, 1996, p. 277.
- ⁵ CSJN, 5/8/29, “Udeschini c. Gobierno Nacional”, JA, 30-569.
- ⁶ CSJN, 6/7/31, “Delliotti c. Gobierno Nacional”, JA, 36-11.
- ⁷ CSJN, 23/10/01, “Echavarría, Ana M. L. c. Instituto de Obra Social”, del voto del doctor Boggiano, CSJN-Fallos, 324:3602.
- ⁸ Véase Fernández Gianotti, *De nuevo sobre la indemnización de los accidentes ocurridos en el trayecto a la residencia del trabajador*, LL, 55-459.
- ⁹ SCBA, 8/9/53, “Castillo, Sandalio S. c. Caja Mutua Patronal de Panaderos”, DT, 1953-675.
- ¹⁰ CNAT, 9/11/53, “Guardia, Rogelio c. La Inmobiliaria (Cía. de Seguros)”, LL, 72-507.X2
- ¹¹ Ackerman, *Ley de Riesgos del Trabajo. Comentada y concordada*, 2017, p. 293.
- ¹² Sesión del 27 de julio de 1939.
- ¹³ Sesión del 27 de junio de 1940.
- ¹⁴ Cám. Apel. Rosario, Sala III, 9/9/38, “Cesarino, Antonio c. Celle y Cía. S.A.”, LL, 11-1061.
- ¹⁵ Anastasi, Nota al fallo “Colucci de Devoto c. Mullen”, JA, 3-112.
- ¹⁶ CSJN, 10/10/45, “Rabanillo, Fernando y otra c. Nación Argentina”, Fallos, 203:30.
- ¹⁷ Vázquez Vialard, *Accidentes y enfermedades del trabajo*, 2ª ed., 1989, p. 62 y 66.
- ¹⁸ Ramírez Gronda, *Examen crítico de las reformas introducidas a la ley 9688 de accidentes del trabajo*, LL, 19 (secc. leg.)-1.
- ¹⁹ Cám. Paz Letrada, Sala II, 8/11/37, “Aguirrebengoa, Domingo c. La Economía Comercial”, LL, 9-280.
- ²⁰ Corte - Machado, *Siniestralidad laboral. Ley 24.557*, 1996, p. 281.
- ²¹ Enseña Valisachis de Gialdino que la definición de enfermedad profesional según se halle o no incorporada a un listado, ya no se adopta en la legislación internacional comparada. A la época de la sanción en la Argentina de la ley 24.557, sólo Etiopía introdujo —en 1993— un sistema similar. La misma autora explica que en torno a la definición legal de enfermedad profesional, la legislación internacional demuestra una sólida inclinación a superar errores, lo que apareja las siguientes consecuencias: “a) no se define a las enfermedades profesionales ni con relación a su presencia en un listado, ni en vinculación con el ambiente físico, ni identificándolas con las indemnizables, ni suponiendo que pueden distinguirse claramente de las enfermedades ordinarias, ni presuponiendo que afectan sólo la salud física; y b) se define a las enfermedades profesionales por sus causas, en relación con los diversos aspectos de las condiciones de trabajo del puesto y de la empresa” (Vasilachis de Gialdino, *La definición legal de enfermedades y accidentes derivados de las condiciones de trabajo en la reciente legislación internacional*, en “*Doctrina Laboral*”, t. XII, p. 299).
- ²² Prueba cabal de ello son los supuestos de las “Fiebres hemorrágicas con síndrome renal” (FHSR), el “Síndrome pulmonar” (producidas por Hantavirus) y las enfermedades producidas por el “Trypanosoma cruzi” (Chagas) —incorporadas al Listado recién en el año 2003, mediante decr. 1167/03—.
- ²³ Antes de la modificación introducida por decr. 1278/00, el artículo exigía que la capacidad de determinar fuera “por sí”. En la actual redacción esa exigencia fue suprimida, lo que implicaría un cambio de criterio del legislador en orden a la relación de causalidad exclusiva, la concausalidad y la reparación. La modificación merece especial atención.
- ²⁴ Las enfermedades de los casos “Silva” (CSJN, 18/12/07, “Silva, Facundo J. c. Unilever de Argentina S.A.”, TySS, 2008-207) o “Butice” (SCBA, 17/12/08, “Butice, C. A. c. Du Pont Argentina S.A.”, Juba, L. 91.163).
- ²⁵ SCBA, 17/12/08, “Butice, C. A. c. Du Pont Argentina S.A.”, Juba, L. 91.163.
- ²⁶ En la causa “Silva”, la Corte Suprema declaró procedente la acción tendiente al resarcimiento de una afección no incluida en el listado al que remite la ley 24.557, indicando al revocar el pronunciamiento de Cámara que debió advertirse que la acción se fundó en el derecho común, dado lo cual, para su procedencia, debe probarse la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil. Dijo la Corte expresamente (consid. 3º, última parte) que, por lo tanto, si se demuestra que una enfermedad está vinculada causalmente a un hecho antijurídico, la acción procede con independencia del listado que prevea la Ley de Riesgos del Trabajo, que obedece a un régimen especial, diferente del derecho común (CSJN, 18/12/07, “Silva, Facundo J. c. Unilever de Argentina S.A.”, TySS, 2008-207).
- ²⁷ BO, 3/1/01.
- ²⁸ El art. 13 del decr. 1278/00 dispuso la creación del denominado “Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales”, cuyos antecedentes normativos pueden encontrarse en el decr. 590/97 (que establecía el entonces llamado “Fondo para Fines Específicos”). Este pasó a tener los siguientes destinos (conf. art. 14 del decr. 1278/00): a) Abonar las prestaciones dinerarias correspondientes a hipoacusias perceptivas consideradas según lo estipulado en el art. 6º, ap. 2º, a) de la ley 24.557 y su normativa reglamentaria. b) Abonar el costo de las prestaciones otorgadas por enfermedades no incluidas en el listado previsto en el art. 6º, ap. 2º, a) de la ley 24.557, aunque reconocidas como de naturaleza profesional, conforme las disposiciones contenidas en el art. 6º, ap. 2º, b) de la misma ley, hasta que resulten incluidas en el listado de enfermedades profesionales.
- ²⁹ BO, 20/1/14.
- ³⁰ Toselli - Marionsini, *Régimen integral de reparación de los infortunios del trabajo*, 2013, p. 295.
- ³¹ Schick, *Riesgos del trabajo. Ley 26.773*, ps. 268 y 269.
- ³² Schick, *Riesgos del trabajo. Ley 26.773*, p. 271. También advierte sobre dicha circunstancia Rodríguez Mancini, al consignar que en el debate parlamentario se hizo referencia a ello —La nueva Ley de Riesgos del Trabajo, LL, suplemento especial, “Nueva Ley de Riesgos del

Trabajo”, Juan J. Etala - Julio C. Simón (dirs.), nov. 2012, p. 10—.

³³ Que aun cuando importe la presunción del nexo causal, por su carácter originalmente cerrado fue creado para limitar la tutela de ciertas patologías en lugar de coadyuvar a la prueba de la relación entre el trabajo y la enfermedad.

³⁴ CNAT, Sala IV, 9/6/05, “Retamal, María B. y otros c. Sarrosa S.R.L.”, LD Textos, may. 2009.

³⁵ CNAT, Sala IV, 20/9/06, “Lucca de Hoz, Mirta c. Taddei, Eduardo y otro”, LD Textos, may. 2009.

³⁶ Picasso - Sáenz, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso (dirs.), 2015, t. IV, p. 437.

³⁷ Galdós, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Ricardo L. Lorenzetti (dir.) - Miguel Federico De Lorenzo - Pablo Lorenzetti (coord.), 2015, t. VIII, p. 412.

³⁸ Picasso, - Sáenz, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso (dirs.), 2015, t. IV, p. 437.

³⁹ CNCiv., Sala M, 29/10/01, “Pagura, Edgardo T. c. Ramírez, Fernando A.”, LD Textos, may. 2009.

⁴⁰ Picasso, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), 1999, t. 3A, p. 159, con cita de la posición de Jorge J. Llambías, Aída Kemelmajer de Carlucci, Jorge Bustamante Alsina y Atilio A. Alterini.

⁴¹ Bermúdez, “Sistemática legal”, en Riesgos del trabajo, Jorge Rodríguez Mancini - Ricardo Foglia (dirs.), 2008, p. 355.

⁴² CNCiv., Sala I, 6/4/93, “Carpinacci, Fernando C. c. Zanier, Arnaldo”, LD Textos, may. 2009.

⁴³ Fernández Madrid - Caubet, Riesgos del trabajo, 2015, p. 241.

⁴⁴ Ackerman, Ley de Riesgos del Trabajo. Comentada y concordada, 2017, p. 46.

La indiferencia de la concausa

1. Introducción

El régimen especial de reparación de daños sufridos en función de riesgos del trabajo contiene reglas particulares que lo diferencian del sistema resarcitorio del derecho común. Una de ellas estriba en la falta de discriminación entre las concausas, cuando en el marco del sistema se reputan indiferentes.

En efecto, la indiferencia de la concausa implica que el dependiente debe ser indemnizado no solo en la incidencia dañosa provocada en su salud por el hecho o la ocasión de la labor, sino también por todas las secuelas que el infortunio pone en ejecución en torno a lesiones ignoradas u ocultas. Resulta allí indiferente el *quantum* de la incidencia laboral, debiéndose indemnizar el total del daño actual si el trabajo incidió en alguna proporción en la causación de la incapacidad¹. Por lo tanto, de acuerdo a la misma no procede efectuar discriminaciones entre las producidas por el infortunio y las preexistentes, constitucionales o extralaborales. Basta al efecto que el trabajo actúe como factor concurrente o agravante del estado físico deficitario² para que la totalidad se considere indemnizable.

El abordaje del tema se hace necesario por múltiples razones:

- a) En primer término, por el debate acerca de la subsistencia de dicha teoría dentro de la ley 24.557. Aspecto que en muchas decisiones jurisdiccionales se soslaya, con los efectos que implica sobre los alcances de la indemnización tarifada.
- b) En segundo lugar, porque de aceptarse la vigencia de la teoría dentro del régimen especial, la normativa vigente impone diferencias según la clase de contingencia (accidente o enfermedad) y aún dentro del mismo grupo de estas (correspondiendo discernir entre las enfermedades).
- c) En tercer orden, pues la discriminación que en el tópico contiene el mismo sistema impone analizar la razonabilidad y validez de aquella.
- d) Por último, ya que la indiferencia de la concausa en el régimen especial tiene repercusiones a la hora de realizar las deducciones que impone el cúmulo relativo cuando a la vez se ha procurado y prospera la reparación plena.

Los tres primeros temas son tratados en este capítulo, difiriendo en análisis del último —por razones metodológicas— para la parte de la tesis en la que estudiamos la articulación entre los regímenes especial y común.

2. Los regímenes anteriores a la ley 24.557

La vigencia del principio de indiferencia de la concausa fue unánimemente admitida por la doctrina y la jurisprudencia como inherente al art. 1º de la ley 9688, situación que se mantuvo aun con las modificaciones introducidas por la ley 23.643, por lo que no correspondía exigir que el factor concausal laboral fuera el desencadenante, ni importaba en qué grado había participado la tarea en la configuración de la dolencia, bastando que haya actuado despertando, exteriorizando, facilitando el desarrollo o agravando una dolencia existente³.

En efecto, la redacción del art. 22 de la ley 23.643 que reformó la ley 9688 reflejó la intención del legislador de reemplazar la figura de la enfermedad profesional por la de la enfermedad accidente que, en realidad, fue una creación de la jurisprudencia y la doctrina. Dicha reforma no sólo no excluyó expresamente la teoría de la indiferencia de la concausa sino que implícitamente la admitió, precisamente en el párrafo final del inc. a) del artículo citado, al establecer la responsabilidad total del patrón en caso de agravamiento de una enfermedad causado por razones laborales. En consecuencia, en aplicación de la teoría de la indiferencia de la concausa, resultaba irrelevante si el trabajador era portador de factores de riesgo de origen congénito, cuando las tareas por él ejecutadas actuaban al menos como factor desencadenante, acelerante y/o agravante de su incapacidad: en ese caso resultaba íntegramente responsable la demandada.

Esa situación tuvo una sustancial modificación con la ley 24.028, porque de acuerdo a ella: “En caso de concurrencia de factores causales atribuibles al trabajador y factores causales atribuibles al trabajo, sólo se indemnizará la incidencia de estos últimos, la que será determinada por la autoridad administrativa o judicial según correspondiere” (art. 2º, párr. 3º). Por esta disposición normativa, en el ámbito de la citada ley 24.028, la concausa no era indiferente como en el régimen anterior.

3. La indiferencia de la concausa en el régimen de riesgos del trabajo

La ley 24.557 no contiene una disposición análoga a la del art. 2º, párr. 3º de la ley 24.028 que conduzca expresamente

a excluir la aplicación de la teoría de la indiferencia de la concausa a todas las contingencias cubiertas por la misma en su art. 6°.

Empero, conforme al ap. 3° de esta norma sólo resultan excluidos de sus alcances: “a) *Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales causados por dolo del trabajador o por fuerza mayor extraña al trabajo.* b) *Las incapacidades del trabajador preexistentes a la iniciación de la relación laboral y acreditadas en el examen preocupacional efectuado según las pautas establecidas por la autoridad de aplicación*”.

La hipótesis contemplada en el ap. 3°, b) del art. 6° de la ley 24.557 constituye una exclusión parcial de responsabilidad fundada en una acotada excepción a la aplicación de la teoría de la indiferencia de la concausa, que exige para su procedencia la acreditación de la preexistencia de la incapacidad mediante examen preocupacional cumplido según las condiciones indicadas⁴.

Sentado ello, el análisis relativo a la admisión de la citada teoría en el marco de la LRT requiere una disquisición entre las contingencias.

a) Accidentes de trabajo

En lo relativo a los accidentes de trabajo, el juego de las disposiciones contenidas en los aps. 1° y 3° del art. 6° de la ley 24.557 lleva a concluir que la teoría de la indiferencia de la concausa se encuentra firme en sus dos manifestaciones (la primera que implica el reconocimiento del daño como producto del accidente sufrido aún cuando aquél no sea única causa; y la segunda que dispone el deber de reparar el total del daño que el factor laboral contribuyó a instalar, sin matices ni fronteras). Contribuye a esa interpretación la propia definición de accidente de trabajo, que no contiene referencia alguna al carácter externo del hecho dañoso⁵ y el régimen concreto en materia de exclusiones.

b) Enfermedades

En lo que respecta a las enfermedades, en función de la metodología legal, cabe distinguir entre:

- a) Aquellas reconocidas como profesionales en el listado originario y su primera ampliación (decrs. 658/96 y 1167/03);
- b) las incorporadas al listado en último término (decr. 49/14);
- c) las que sean objeto de tutela en cada caso concreto por el reconocimiento que se efectúe de acuerdo al procedimiento especialmente previsto para ello (decr. 1278/00).

b.1) Enfermedades previstas en los decrs. 658/96 y 1167/03

Con relación a las enfermedades profesionales aludidas en los decrs. 658/96 y 1167/03, que son aquellas “listadas” reconocidas en el decreto original y en su primera anexión, opera la indiferencia de la concausa en torno a la determinación de la incapacidad resultante.

Es decir que una vez aceptada la existencia de enfermedad profesional en los términos del art. 6°, ap. 2°, de la LRT, no cabe discriminar cuánto de la incapacidad evidenciada por el damnificado responde al agente dañoso laboral y cuando a otros factores no laborales⁶.

Ello salvo que existiera preexistencia debidamente acreditada por examen preocupacional, caso en el cual la incapacidad determinada en aquel sería tenida en cuenta (art. 6°, inc. 3°, ap. b), LRT).

Se recuerda que en la normativa actual no se requiere la existencia de agente de riesgo, cuadros clínicos y actividades, en capacidad de determinar “por sí” (es decir, por sí misma) la enfermedad, pudiendo ser incluidas en la lista aquellas patologías que sean causadas al menos parcialmente por el empleo. Ello obedece a la modificación que introdujera el decr. 1278/00.

b.2) Enfermedades incorporadas por el decr. 49/14

En torno a las enfermedades listadas reconocidas por decr. 49/14, este último agrega ciertas afecciones pero a la par altera la pauta legal excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo, indicando que sólo se indemnizarán los factores causales atribuibles a este último.

Se trata de un exceso en la facultad que concede la ley al Poder Ejecutivo, alterando la pauta legal de exclusión que impone, para disgregar la concausa, que exista examen preocupacional probando preexistencia (art. 6°, ap. 3°, inc. b), LRT).

Además, la distinción sería en todo caso inconstitucional por violar la igualdad entre los trabajadores dañados (art. 16, Const. Nacional) y el principio de progresividad (cuando los anteriores listados no impusieron esa limitación y la ampliación viene a subsanar la omisión de amparo de comunes enfermedades profesionales). Esa discriminación entre dañados no resulta tolerable en el marco de protección especial que merece todo infortunio laboral (arts. 14 *bis* y 19, Const. Nacional).

b.3) Enfermedades reconocidas por la vía del decr. 1278/00

En cuanto a las enfermedades laborales que son consideradas resarcibles en cada caso concreto mediante el procedi-

miento incorporado por decr. 1278/00 al art. 6° de la *LRT* (es decir, de alcance circunscripto al caso individual resuelto y que no importa la modificación del listado de enfermedades profesionales), la norma refiere a “aquellas otras que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo” (art. 6°, ap. 2°, inc. *b*), párr. 1°, ley 24.557).

Esto quiere decir que estas enfermedades requerirían uncausalidad laboral y entonces no regiría la teoría de la indiferencia de la concausa⁷.

Sin embargo, entendemos que esta discriminación también es inaplicable, por diversas razones:

- a*) En primer lugar, pues sería inconstitucional la diversidad de tratamiento con respecto al resto de los infortunados, más aún cuando la mengua indemnizatoria obedecería a la propia mora del Estado en reconocer las dolencias;
- b*) en segundo término, pues la solución del decr. 1278/00 ha quedado desplazada en el punto por la ley 26.773, que impone garantizar trato igualitario a los damnificados cubiertos por el régimen (art. 9°);
- c*) en tercer orden, pues resulta injusto imponer duales regímenes en torno a la causalidad y alterar las eximentes previstas legalmente (art. 6°, ap. 3°);
- d*) por último, pues en el derecho común se indemnizan en principio también las consecuencias mediatas previsibles (art. 1726, *CCCN*) y el empleador y la aseguradora tienen el deber de realizar exámenes y evitar que las patologías aún inculpables despierten o se agraven en función de las tareas laborales.

Por todo ello conceptuamos a la limitación como irrazonable.

4. La incidencia de la regulación del “hecho de la víctima” como eximente en el CCCN

El nexa causal entre el hecho y el daño puede ser excluido, en el derecho común, por la existencia de un hecho del damnificado que tenga aptitud causal para producir el resultado o al menos para incidir en él⁸. En tales casos aparece un hecho que se constituye en la verdadera causa (o en concausa) adecuada del daño, impidiendo atribuir el total del resultado dañoso al sindicado como responsable o haciendo concurrir (en la concausa) a aquél con la víctima.

Sin embargo, el propio Código Civil y Comercial establece que la limitación de la responsabilidad por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño opera excepto que la ley disponga que debe tratarse “*de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial*” (art. 1729, *CCCN*).

El régimen de riesgos del trabajo (art. 6°, ap. 3°, ley 24.557) es explícito al aludir a especiales circunstancias para eximir de responsabilidad. Por ello, incluso desde la normativa común se confirma que en el sistema especial no es válido limitar el resarcimiento del daño aún cuando el mismo resulte de la existencia de concausas.

Notas

- ¹ Ackerman - Maza, *Ley sobre Riesgos del Trabajo. Aspectos constitucionales y procesales*, 1999, p. 285, nota 56.
- ² Vázquez Vialard, *Accidentes y enfermedades del trabajo*, 1986, p. 167.
- ³ Véase SCBA, 26/10/99, “Karle, Teresa A. y otros c. Palombella, Miguel C.”, Juba, L. 62.590.
- ⁴ CFed. Seg. Social, Sala III, 28/12/05, “Segovia, Raquel H. c. Liberty ART”, TySS, 2006-618.
- ⁵ Maza - Cruz Devoto - Segura, *Comentarios sobre el Régimen de Riesgos del Trabajo*, 2013, p. 138.
- ⁶ Maza - Cruz Devoto - Segura, *Comentarios sobre el Régimen de Riesgos del Trabajo*, 2013, p. 138.
- ⁷ Maza - Cruz Devoto - Segura, *Comentarios sobre el Régimen de Riesgos del Trabajo*, 2013, p. 158.
- ⁸ Picasso, en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Ricardo L. Lorenzetti (dir.) – Miguel F. De Lorenzo - Pablo Lorenzetti (coords.), 2015, t. VIII, p. 429.

Los daños que indemniza el sistema especial

1. Introducción

El régimen de riesgos del trabajo es un sistema especial de reparación que, aún cuando se base en la tarificación, resarce daños. La determinación de la naturaleza de estos últimos no es menor, máxime cuando el régimen impone opciones e incluso articula con el derecho común si progresa la reparación plena. Tampoco debe pasar desapercibido el tema en orden al análisis del posible cuestionamiento constitucional de las prestaciones que otorga y del baremo con el cual determina las incapacidades.

Sobre esos temas discurriremos en este capítulo, incursionando en aspectos que en general han pasado desapercibidos para la doctrina y la jurisprudencia.

2. El “daño biológico” y el “valor vida” como puntos de partida en el sistema

En la vía especial (sistémica) el régimen legal vigente consagra en la práctica un esquema de valuación de los daños de tipo esencialmente “biológico”, pues parte de observar la lesión a la integridad psicofísica de la persona según su incidencia negativa en la actividad cotidiana y en los aspectos dinámicos relacionales de la vida del damnificado.

En esencia el sistema parte entonces de considerar:

- a) La incapacidad existencial más que la incapacidad laborativa (no se centra únicamente en esta última como menoscabo a las potencialidades productivas del sujeto, sino que observa la incapacidad vital, que más ampliamente abarca las integrales proyecciones nocivas en la existencia individual e incluso de relación —prueba evidente de estos dos aspectos la incapacidad que el baremo de la *LRT* otorga al daño sufrido en los genitales—).
- b) La incapacidad con independencia de las eventuales repercusiones en la capacidad de rédito (pues el sistema indemniza el daño que afecta básicas potencialidades con prescindencia de que el sujeto continúe o no percibiendo ingresos).

Todo ello se corrobora en el caso de fallecimiento del trabajador, donde las prestaciones que se adeudan a los derechohabientes son superiores a las que corresponden en caso de incapacidad. Por medio de la tarificación (que en esencia impone una presunción *iure et de iure* de daño) se indemniza un “valor vida”.

Dado que el sistema otorga, además de la indemnización que corresponde por aplicación de la fórmula polinómica, otras prestaciones dinerarias, es preciso también analizar la naturaleza de aquellas.

3. Las prestaciones dinerarias y la naturaleza de los rubros que indemnizan

El sistema de riesgos del trabajo otorga, para el caso de incapacidad definitiva, una serie de “prestaciones” que en los fundamentos de las diversas normas (como así en el texto mismo de algunas disposiciones) invocan su carácter indemnizatorio.

Las incapacidades permanentes se indemnizan discriminando entre las parciales inferiores al 50% y las superiores al 50% e inferiores al 66%. Luego, también se indemnizan las incapacidades permanentes totales (que son las iguales o superiores al 66%) y el fallecimiento (donde los acreedores son los derechohabientes nominados por el mismo sistema). Es asimismo considerada la gran invalidez.

a) La prestación derivada de la fórmula

Como apuntáramos, el sistema parte de un daño biológico en función del baremo y de un valor vida en el caso de muerte, para presumir a partir de allí consecuencias materiales por la disminución de la capacidad o la pérdida del sujeto (fallecimiento).

Esas consecuencias materiales se presumen *iure et de iure*, calculándose a partir del ingreso del trabajador siniestrado, su edad y su incapacidad. En el régimen la incapacidad se evalúa en forma genérica, y la actividad laboral concreta del damnificado únicamente talla de manera residual cuando se computan los factores de ponderación (dificultad para realizar las tareas habituales y necesidad de recalificación). Se jerarquiza además la indemnización por fallecimiento. Y se colocan “pisos” a las indemnizaciones.

El art. 2° de la ley 26.773 expresa en su primer párrafo: “La reparación dineraria se destinará a cubrir la disminución

parcial o total producida en la aptitud del trabajador damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, así como su necesidad de asistencia continua en caso de gran invalidez, o el impacto generado en el entorno familiar a causa de su fallecimiento”.

Tenemos entonces que por decisión legislativa en caso de incapacidad se indemniza el daño material del art. 1746 del CCCN, y en caso de fallecimiento el previsto en el art. 1745 del mismo cuerpo legal. Reiteramos que la tarifación hace presumir sin admisión de prueba en contrario la existencia del daño y su cuantía. Como así que, en el sistema, la indemnización de las consecuencias materiales solo se adeuda al trabajador cuando media incapacidad o a los derechohabientes nominados en caso muerte.

b) La compensación dineraria adicional del art. 11, ap. 4º, de la ley 24.557

Para las incapacidades superiores al 50% y hasta la hipótesis de muerte, el sistema otorga asimismo una “compensación adicional” de monto fijo (es decir no sujeto a fórmulas), pero ajustable al mero efecto de conservar su valor, cuya naturaleza la doctrina no ha coincidido en precisar.

Analizando los citados pagos adicionales (art. 11, ap. 4º, *LRT*), por un lado se los ha considerado ajenos al resarcimiento de la pérdida de capacidad de ganancia, interpretándoselos como resarcitorios de rubros diferentes. Así lo entiende Machado, al indicar que la pérdida de capacidad de ganancia ya se encuentra contemplada en la fórmula¹. Por otra parte se piensa que el monto adicional indemniza el lucro cesante, pues así lo expresa el régimen cuando en el art. 2º de la ley 26.773 establece que la reparación dineraria se destinará a cubrir la disminución parcial o total producida en la aptitud del trabajador damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables².

En rigor, siguiendo el texto del citado art. 2º de la ley 26.773, la reparación dineraria se refiere a las consecuencias materiales de la incapacidad (el valor de la aptitud productiva o económica). Esa reparación dineraria se integra con las prestaciones correspondientes a la fórmula y con la compensación adicional, siendo dable pensar que en los casos de estas últimas existe un daño material que excede al relacionado con el propio empleo, ya que la entidad del perjuicio importa también la imposibilidad de realizar otras actividades económicamente valorables.

c) La indemnización adicional del art. 3º de la ley 26.773

El art. 3º de la ley 26.773 establece una indemnización adicional a las dinerarias previstas en el régimen, que se tarifa en un veinte por ciento sobre las parcelas anteriores (conforme lo ratifica el decr. 472/14).

Con ella se dice indemnizar “cualquier otro daño no reparado por las fórmulas” (debiendo recordarse que estas últimas resarcen daño material).

En función del porcentaje utilizado (20%) y de las condiciones que se colocan para que se devengue (daño en el lugar de trabajo o mientras el dependiente se encuentre a disposición del empleador), se ha identificado a este rubro con la indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Son aquellas que en el derecho común prevé el art. 1741 del CCCN.

La explícita introducción en el sistema de la reparación de daños diversos al material, entraña posibles consecuencias que luego analizaremos.

d) La prestación adicional por gran invalidez

Cuando el trabajador que padece una incapacidad permanente total necesita, en función de aquella, la asistencia continua de otra persona para realizar actos elementales de su vida (art. 10, *LRT*), el sistema le reconoce una prestación dineraria de pago mensual. Esa prestación resulta adicional a las que anteriormente detallamos, constituyendo un suplemento que se ajustará siguiendo las pautas del sistema previsional (art. 6º, decr. 1694/09) y se extinguirá a la muerte del damnificado (art. 17, ap. 2º, *LRT*).

Se encuentra destinada a atender la particular situación de “gran invalidez”, en la cual el trabajador requiere otro sujeto para afrontar su cotidianeidad actual, futura y hasta su fallecimiento. El sentido del adicional es garantizar, ante graves situaciones de salud, un ingreso que solvante la atención de auxiliares frente a la imposibilidad personal de satisfacer necesidades básicas.

De allí que esa prestación adicional resarce un daño que en modo alguno se identifica con el lucro cesante, sino con gastos derivados del hecho para mitigar la invalidez del damnificado intentando en tal parcela restituir la situación al estado anterior al hecho dañoso (art. 1740, CCCN).

4. La incidencia del baremo

En el régimen la incapacidad laboral permanente se determina de acuerdo al grado que para cada lesión establece la tabla de evaluación de incapacidades (art. 8º, ap. 3º, ley 24.557) que se halla fijada por el decr. 49/14 en su Anexo II.

Más allá de la igualdad de tratamiento para los damnificados mencionada normativamente (art. 9º, ley 26.773), de la aplicación del baremo a ciertos casos concretos pueden derivar consecuencias que deben contemplarse tanto en orden a

su posible cuestionamiento como así para la elección de la acción a seguir.

Es objetivo proclamado por el sistema especial reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 1º, ley 24.557), cuyo respeto por otro lado la propia Corte mandara asegurar³.

Teniendo ello presente existe la posibilidad de que en algunos casos concretos el baremo consagre una injusticia manifiesta y que el sistema se aparte allí de su objetivo citado.

Así, el baremo podrá ser irrazonable cuando no atienda a la ofensa física evidente, como sucede por ejemplo al otorgar incapacidad solo a una clase de cicatrices y no a otras ubicadas en otras partes del cuerpo y que también constituyen un daño a la integridad corporal del individuo (que es lo que el sistema indemniza). Por ello en tales casos los tribunales se han apartado del baremo sistémico⁴, cuando su aplicación importa en definitiva negar el resarcimiento a un daño evidente. Circunstancia a la que se asemeja aquella que ha llevado a la censura de la tabla de incapacidades cuando la misma se aparta, abierta e irrazonablemente, de los porcentajes que la ciencia médica tiene determinados en los otros baremos existentes.

Pero más allá del cuestionamiento al baremo legal por la falta de contemplación de ciertas lesiones, también puede profundizarse sobre correspondencia de la minusvalía que contempla (para la generalidad de los dañados) con el caso concreto del damnificado.

Es evidente que una misma invalidación no gravita siempre de manera similar, sino que se subordina (en muchos casos muy especialmente) a la clase e intensidad de dedicación o especialidad de la víctima. Ignorar esos factores que singularizan el detrimento puede conducir en ocasiones particulares a indemnizaciones mezquinas⁵.

Si la propia Corte ha dicho, para censurar los topes indemnizatorios en materia de accidentes de trabajo, que “la modalidad indemnizatoria que escoja el legislador para cumplir con la protección constitucional del empleado frente a los daños derivados de accidentes o enfermedades laborales bajo un régimen tarifado no puede válidamente dejar de satisfacer, al menos, la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima”⁶, cuando el baremo se convierte en un tope —pues idealmente atribuye una incapacidad cuando específicamente se padece otra (como podría ser el caso de un futbolista que sufre una lesión que lo retira de la práctica deportiva o de un pianista que padece una amputación)—, y los factores de ponderación son insuficientes, merece análisis la posibilidad de apartarse de la solución general. Ello pues, como también advirtió la Corte, la indemnización debe consagrar una reparación equitativa, o sea, que resguarde “el sentido reparador en concreto”⁷. Se produciría de otro modo, además, una discriminación a la inversa, por tratar situaciones diferentes como si fueran iguales⁸.

Ello sin perjuicio, obviamente, de argumentar sobre la necesidad de recurrir allí a la acción común. Cuestión que se anuda con la vigencia de la obligación de seguridad, ya que es injusto que la reparación plena (es decir, la que atienda a los perjuicios concretos) solo se logre de mediar responsabilidad subjetiva u objetiva por intervención de cosas o actividades riesgosas.

5. El daño extrapatrimonial en el sistema tarifado y la problemática que allí lo rodea

El sistema especial de riesgos del trabajo reposa en un régimen tarifado que en esencia: a) ampara la etapa de incapacidad temporaria sustituyendo allí la pérdida de capacidad de ganancia (durante el período en el cual el trabajador no puede prestar tareas); b) indemniza luego el daño biológico mediante una presunción *iure et de iure* de daño que se calcula con base patrimonial y sujeción al pasado (al atar el daño a la salud que fija un baremo con los salarios devengados con anterioridad al siniestro); c) otorga una suma adicional para los siniestros mas graves (cuya imputación se discute en doctrina); y d) calcula sobre los montos correspondientes a la incapacidad definitiva otro rubro adicional (20%) que se imputa a cualquier otro daño no reparado por las fórmulas.

Así, por voluntad legislativa y ante las directrices de la Corte Suprema, se trata de un sistema tarifado con características especiales.

Analizado desde la óptica del daño extrapatrimonial, puede advertirse en primer lugar que el régimen no lo contempla en la etapa de incapacidad transitoria, ya que la suma adicional solo se otorgará en caso de incapacidad definitiva. De allí se extraen dos conclusiones: a) que existiendo daño físico es indudable que mediarán consecuencias no patrimoniales (pues el propio derecho común las presume) que pueden ser reclamadas con independencia de la ausencia de daño biológico permanente y proceden con base en el Código Civil y Comercial; y b) que habiendo dicho la Corte que el sistema especial no puede observar a la víctima solo desde la faz patrimonial, y sentando el legislador que el régimen instaurado a partir de la ley 26.773 busca cierta plenitud reparatoria, podría cuestionarse su constitucionalidad cuando desampara a particulares casos de innegables y graves consecuencias extrapatrimoniales. Véase:

Es sabido que el daño extrapatrimonial es autónomo y puede existir aun frente a la ausencia de perjuicio material.

Teniendo presente ello, la Suprema Corte de Buenos Aires ha resuelto un caso⁹ que permite visualizar el problema que planteamos.

En el precedente aludido el actor, que se desempeñaba en el Servicio Penitenciario, observó a un interno agrediendo con una hoja de afeitar. Al procurar que este último cesara en su intento, en el forcejeo sufrió cortes en su mano izquierda con la misma hoja de afeitar. En razón de que el interno pertenecía al pabellón de sidóticos —estando él mismo afectado del síndrome de inmunodeficiencia adquirida—, el trabajador debió, a partir del accidente, someterse periódicamente a

los controles serológicos de rutina por la eventual posibilidad de un contagio de la enfermedad, cuyos resultados hasta el momento de la sentencia eran serológicamente negativos.

El tribunal del trabajo que tramitó la causa rechazó la demanda entablada por el actor persiguiendo la indemnización por accidente de trabajo en los términos del derecho común, admitiendo la defensa de la accionada que a su turno había alegado que el dependiente no experimentaba daño alguno. Argumento al cual adunó que el actor fundamentaba su pedido en función de un daño hipotético, futuro e incierto no indemnizable civilmente.

La Suprema Corte revocó el pronunciamiento en lo atinente al daño moral, sobre la base de las siguientes razones:

Los daños material y moral tienen naturaleza jurídica independiente en razón de que son distintos los bienes jurídicos afectados que se resarcen.

El objeto de la indemnización en el daño moral no lo constituye una incapacidad laboral, sino la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos.

En el caso tratado resulta evidente que la eventualidad de un contagio del sida con motivo del accidente que sufrió el actor, inocultablemente le trajo aparejado un sinnúmero de sinsabores, aflicciones, angustia, inseguridad y un cambio definitivo en su vida de relación, íntima, familiar y social.

Por consiguiente, siendo que todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra configura un daño moral indemnizable, correspondía hacer lugar a la petición en procura del resarcimiento por dicho rubro, tal como resolvió acertadamente el Superior Tribunal.

En el marco del derecho común era indudable que procedía la indemnización. La cuestión que proponemos pretende analizar el caso desde el sistema especial.

Resulta indiscutible que se trató de un accidente de trabajo (contingencia cubierta por el art. 6° de la LRT) que aún cuando no causara una incapacidad física provocó un profundo daño extrapatrimonial. Si el sistema correctamente resarce al damnificado directo que por un evento laboral porta un porcentaje ínfimo de incapacidad (1%), no podría negar toda tutela al mismo damnificado directo que, también en función de un accidente de trabajo, padece un grave daño extrapatrimonial. La idea reposa en los siguientes argumentos:

a) Si el objetivo del régimen es, por expresa consagración legal, “*reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales*” (art. 1°, inc. 2°, ap. b), LRT), no es lógico negar un daño tan grave y evidente, provocado por un accidente de trabajo incuestionable. Es sabido que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, y que las normas son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables —o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran—¹⁰.

b) De acuerdo al Mensaje de Elevación n° 1721 del proyecto confeccionado por el Poder Ejecutivo Nacional, que luego se convirtiera en ley bajo el n° 26.773, la indemnización de su art. 3° se estableció “*en compensación por cualquier otro daño*” no reparado por las fórmulas del sistema, “*de modo tal que el régimen ofrezca una reparación plena del daño*”. El mismo Mensaje concluía afirmando que las reformas tenían “el fin de instalar un sistema reparatorio que brinde prestaciones *plenas*, accesibles y automáticas”. En tal dirección, el art. 3° del texto legal sancionado recogió la previsión y cuantificó en un 20% de la tarifa “*la compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas*”. Se extrae de allí que el propio legislador decide que el sistema indemnice los daños no atrapados por la fórmula (que se identifica con el daño material presumido) pero consagra una solución parcial al calcular esa parcela sobre otra que, como hemos visto, podría no existir. En tal caso hay entonces mandato legal de indemnizar pero se carece de cuantía.

c) La Corte Suprema ha dicho que “la LRT no se adecua a los lineamientos constitucionales a pesar de haber proclamado que tiene entre sus objetivos, en lo que aquí interesa, ‘reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales’ (art. 1°, inc. 2°.b), y ha negado, a la hora de proteger la integridad psíquica, física y moral del trabajador, frente a supuestos regidos por el principio *alterum non laedere*, la consideración plena de la persona humana y los imperativos de justicia de la reparación, seguidos por nuestra Constitución Nacional y, de consiguiente por esa Corte, que no debe cubrirse sólo en apariencia...”. Claramente ha fijado, en el precedente “Lucca de Hoz”, que la reparación del sistema especial debe consagrar una reparación equitativa (que resguarde sentido reparador “en concreto”), evitando partir tan sólo de la base de criterios “exclusivamente materiales”. La conclusión es perfectamente aplicable al caso que proponemos.

d) Desde diversos sectores de la doctrina se ha cuestionado la tabulación de las consecuencias no patrimoniales a partir del daño material.

Expresó Foglia que la ley 26.773 “agrega un rubro adicional (...) denominado ‘pago único en compensación por cualquier otro daño’ (art. 3°) en clara alusión al daño moral y al proyecto de vida. El importe del mismo es equivalente al 20% de las fórmulas indemnizatorias (...) Esta forma de tasar puede dar lugar a cuestionamientos, ya que se cuantifica un rubro extrapatrimonial en función de un daño de distinta naturaleza, como es el patrimonial, lo cual resulta desajustado en caso de insuficiencia resarcitoria”¹¹.

De modo similar apuntó Machado que no hay un ligamen necesario entre la disminución de la aptitud para el trabajo y los rubros extrapatrimoniales. Por ello el porcentaje adicional puede resultar visiblemente insuficiente como lo sería, a modo de ejemplo, en el caso de la pérdida del pabellón auricular (es decir, de una oreja), donde el baremo asigna una incapacidad del 12%, por lo cual para resarcir “otros daños” se otorgaría un exíguo 2,4%¹².

Ambesi sostuvo que la ley 26.773 contiene criterios valorativos que se pueden utilizar para la resolución de casos donde las prestaciones no resulten una reparación suficiente, siendo posible explorar la mejora desde el interior del propio sistema, realizando un “intra-cúmulo”¹³.

Expresión recogida por Ackerman al mencionar que con base en los arts. 1º y 2º de la ley 26.773 podría ponerse en cuestionamiento la suficiencia de las prestaciones¹⁴.

Las ideas citadas cuestionan la suficiencia del rubro, partiendo de la base de la inexistencia de ligamen necesario entre la disminución de la aptitud para el trabajo y los rubros extrapatrimoniales. El caso que proponemos, entonces, profundiza la incongruencia del sistema, ya que aquí directamente se omite el resarcimiento. En síntesis: si para la doctrina nacional puede cuestionarse la cuantía indemnizatoria, mas claro debiera ser el caso ante la inexistencia de monto resarcitorio.

e) Es indudable que puede argumentarse que debiera recurrirse al derecho común para hallar la reparación. Pero ello deja carente de respuesta al problema que planteamos y los múltiples argumentos esgrimidos. En sustancia: la injusticia manifiesta que implica que un sujeto gravemente dañado por un accidente de trabajo carezca de la cobertura del sistema y que su contingencia no sea amparada (en la faz resarcitoria) por la ART que tuvo la obligación de tratar la etapa transitoria. Existirá allí una clara desprotección, ya no solo ante la necesidad de recurrir a la acción común (con sus particularidades) sino por la carencia misma de las garantías que ofrece el sistema (incluso ante la insolvencia).

En tales casos graves podría entonces argüirse la inconstitucionalidad del sistema en la medida que priva de resarcimiento, desconoce el perjuicio padecido (arts. 14 *bis*, 17 a 19, 33, 75, inc. 22, Const. Nacional) e importa una inadecuada reglamentación (art. 28, *ídem*).

Véase por último que la conjunción de los sistemas demuestra que el trato inconexo que se otorga al derecho de daños laborales por la vía de opciones carentes de fundamento, lleva a resultados absurdos:

El damnificado que padece una incapacidad transitoria que no muta a definitiva, cubre las consecuencias patrimoniales mediante la sustitución salarial durante la etapa de curación (ILT), y puede reclamar además el daño extrapatrimonial sin que el cobro dentro del sistema implique ejercicio de la opción (art. 5º, ley 26.773). Opción que sí rige para quien tiene una incapacidad definitiva, que entonces tiene derecho al resarcimiento de “otros daños” que quedan atados en su cuantificación a la tarifa (art. 3º, ley 26.776), con pérdida de toda indemnización si se equivoca en su elección (art. 4º, ley 26.773).

En el primer caso existirá siempre reparación plena (art. 1740, CCCN) y en el segundo la posibilidad de ausencia total de indemnización violando un derecho constitucional (art. 19, CN).

Notas

- ¹ Machado, La privación de resarcimiento de un daño permanente a la salud reconocido por el deudor: una inconstitucionalidad evidente de la ley 26.773, en “Revista de Derecho Laboral”, n° 2013-1, “Ley de Riesgos del Trabajo-IV”, p. 110)
- ² De Petre - Coppoletta, Los daños adicionales en el sistema de riesgos del trabajo, en “Revista de Derecho Laboral”, n° 2013-1, “Ley de Riesgos del Trabajo-IV”, p. 125 y ss.)
- ³ CSJN, 17/8/10, “Lucca de Hoz, Mirta L. c. Taddei, Eduardo y otro”, CSJN-Fallos, 333:1433.
- ⁴ Trib. Trab. n° 5 La Plata, 26/10/16, “Caratti, Santiago G. c. Galeno ART S.A.”, inédito, voto del doctor Barreiro.
- ⁵ Zavala de González, Desde la incapacidad laborativa a la incapacidad existencial, en “Revista de Derecho de Daños”, n° 2009-3, “Daños a la persona”, p. 91.
- ⁶ CSJN, 10/8/10, “Ascua, Luis R. c. Somisa”, CSJN-Fallos, 333:1361.
- ⁷ CSJN, 9/3/11, “Calderón de Loiza, Norma I. c. Eternit Argentina S.A. y otro”, CSJN-Fallos, 334:223.
- ⁸ Mosset Iturraspe, Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos (Violatorios de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales), en “Revista de Derecho de Daños”, n° 2001-1, “Cuantificación del daño”, p. 125.
- ⁹ SCBA, 23/2/00, “Villagrán Mamani, Norberto M. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, Juba, L. 65.757.
- ¹⁰ CSJN, 26/10/04, “Bustos, Alberto R. y otros c. Estado Nacional y otros”, voto de la doctora Highton, CSJN-Fallos, 327:4495.
- ¹¹ Foglia, Ley 26.773: un intento de ordenar un sistema desorganizado, en www.abogados.com.ar, newsletter del 2/10/14.
- ¹² Machado, La privación de resarcimiento de un daño permanente a la salud reconocido por el deudor: una inconstitucionalidad evidente de la ley 26.773, en “Revista de Derecho Laboral”, n° 2013-1, “Ley de Riesgos del Trabajo-IV”, p. 110.
- ¹³ Ambesi, Criterios valorativos de la ley 26.773, LL, suplemento especial, “Nueva Ley de Riesgos del Trabajo”, Juan J. Etala - Julio C. Simón (dirs.), nov. 2012, p. 44.
- ¹⁴ Ackerman, Conferencia brindada el 15/8/13 en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal bajo el título “El nuevo régimen de riesgos del trabajo”.

1. Introducción

Tal como profundizaremos en oportunidad de analizar las indemnizaciones correspondientes al derecho común, se trata fundamentalmente de deudas de valor.

Esa caracterización de la indemnización nacida producto del daño en la integridad psicofísica como una deuda de valor, tiene no solo efectos en relación a la acción común donde la cuantificación resulta diferida, sino también sobre las prestaciones sistémicas, que aún en el marco de una tarifa parten del mismo daño.

Como la operatoria de la tarifa convierte en dinero una deuda que antológicamente es de valor, petrificando el capital y haciendo operar las reglas propias de las deudas dinerarias (art. 772 y cctes., *CCCN*), es necesaria la existencia de mecanismos de ajuste. Por una parte, para evitar la violación constitucional que importa horadar la indemnización y reparar menguadamente (arts. 17 y 19, *CN*). Por otro, para no tratar peyorativamente a una indemnización del sistema especial laboral que se supone tuitivo con respecto al régimen del derecho común.

En definitiva, como ya se reconoce explícitamente, la realidad hace imperativo morigerar la estrictez del régimen previsto en los arts. 7º y 10 de la ley 23.928 a favor de una creciente flexibilidad, por cuya virtud se abren paso excepciones expresas que consagran la inaplicabilidad de tales textos¹.

En lo que hace al sistema de riesgos del trabajo, el legislador comenzó a prever la necesidad de una actualización automática de las prestaciones en la ley 26.773, para insertar otra metodología de ajuste con la ley 27.348.

Esta última, vigente en el régimen, padece de todos modos de oscuridades, defectos e inconsistencias, que es preciso analizar.

2. Incidencia de la naturaleza del crédito sobre la cuantificación en la acción especial

De acuerdo a lo dicho, cuando la ley tarifada cuantifica una deuda que en esencia es de valor, como es la que responde al resarcimiento de la integridad psicofísica, no puede omitir contemplar los ajustes pertinentes, ya que de lo contrario se afecta el patrimonio del dañado y la reparación que merece.

Si en una acción común la sentencia determina una deuda de valor (art. 772, *CCCN*), en una acción tarifada que responde al mismo daño jamás puede expoliarse parte del crédito del damnificado, pues ello implica dejar perjuicios al descubierto. Menos aún puede hacérselo en materia de legislación laboral, pues la tutela debiera ser preferente ante el derecho común.

Esa lógica lleva a la imposición de mecanismos de ajuste, a efectos de no tomar una anualidad distorsionada².

3. La operatoria del mecanismo de ajuste sobre la indemnización sistémica

En la parte final del inc. 1º del art. 12 de la *LRT* (en su redacción impuesta por la ley 27.348), el legislador reconoce la necesidad de ajustar los salarios mensuales tomados a fin de establecer el ingreso base. A tal efecto, dispone la actualización mediante la aplicación del índice RIPTE.

La redacción de la ley, sin embargo, abre una serie de interrogantes:

El inc. 1º del art. 12 manda considerar, para el cálculo del ingreso base, los salarios del año anterior a la primera manifestación invalidante. La ley 27.348, según se indicó en su debate parlamentario, buscó que “el ingreso base sea una representación actualizada del verdadero poder adquisitivo del trabajador”³ (agregándose luego: “Con respecto al tema de la inflación, se incorpora expresamente el índice RIPTE. Es decir, actualizar mes a mes por el índice RIPTE”⁴). De allí que en principio mediante la incidencia del RIPTE debería intentarse que la indemnización se calcule con base en salarios “actuales”, es decir ajustados.

Si la lógica legal, en el sistema tarifado, siguiera la verdadera naturaleza del crédito (que en el derecho común responde a una deuda de valor), esa actualización debería efectuarse tomando el salario de cada uno de los meses que integran el año a promediar, para aplicarles el multiplicador que resulte de dividir el índice relativo al mes de la liquidación de la indemnización por el índice correspondiente a dichos meses. A tal interpretación coadyuvaría la redacción de la norma cuando impone que los salarios se actualizarán “mes a mes” sin colocar una fecha de corte.

Es decir, en síntesis, que la actualización debería llevar al capital actualizado hasta la fecha de liquidación de la deuda, y a la vez reconocer los intereses relativos a la existencia del perjuicio desde que se produjo el daño. Ello pues la actualización se dirige de manera directa a mantener el poder adquisitivo del capital, mientras que los intereses conciernen fundamentalmente al daño por la indisponibilidad de aquél.

Sin embargo, con la mecánica que inserta en el art. 12 de la *LRT* (incs. 1º y 2º), la ley 27.348 pareciera confundir los

conceptos y, por la vía de actualizar mediante una tasa de interés, genera nuevas contradicciones:

La correlación entre los incisos citados del art. 12 llevaría a sostener la aplicación del RIPTE dentro del año anterior a la primera manifestación invalidante, y a partir de allí continuar con el cómputo de intereses. Así, el inc. 2° de la norma dice que “el monto del ingreso base devengará un interés”, mecánica que intentaría ajustar por la vía de una tasa (ya que el ingreso base no es un capital, aunque resulta un componente del cálculo de aquel).

La alternativa escogida por el legislador merece una pléyade de reproches:

En primer término, resulta contradictoria con la literalidad del inc. 1°, que a diferencia del inc. 2° no coloca fecha de corte.

En segundo lugar, viola la razón de ser del cambio legislativo. Si con la reforma se procuró calcular la indemnización sobre una base salarial actualizada (que responda por ende a la realidad al momento de la cuantificación), no tendría fundamento imponer un corte abrupto al ajuste (pues en definitiva ningún “salario actual” implica equilibrar los del año anterior a la contingencia, que puede ser a su vez muchos años anterior a la cuantificación).

En tercer orden, importa confundir las esencias entre los ajustes de capital y los intereses (cuando es sabido que se trata naturalmente de nociones distintas).

En cuarto lugar, viola la literalidad de la ley cuando dispone que se “devengará un interés” (ap. 2° del art. 12), expresión que jurídicamente es muy distinta a decir que se ajustará por vía de una tasa. Ya que, obviamente, el devengamiento de intereses es cuestión diversa a la actualización.

Más aún:

El ajuste del art. 12 de la LRT contempla solamente a una parte de las prestaciones dinerarias, pues en los casos de graves incapacidades o muerte la indemnización se integra con sumas fijas. Estas últimas resultan atrapadas por el art. 17 bis de la ley 26.773 (incorporado por la ley 27.348), que lleva su ajuste hasta la primera manifestación invalidante (y no contempla un ajuste por vía de intereses como lo hace el inc. 2° del art. 12 de la LRT).

Se afecta la igualdad entre los dañados, pues el total del capital de los incapacitados en menos de un 50% se actualiza hasta el momento de la liquidación, pero una parte del capital de los dañados en más de un 50% y los derechohabientes en caso de muerte, queda inmovilizado. La norma es en este aspecto doblemente discriminatoria pues perjudica a quienes han sufrido las secuelas más graves.

También se afecta el valor de los mínimos indemnizatorios, pues no tiene sentido actualizarlos hasta la fecha de la primera manifestación invalidante cuando paralelamente el ingreso base se va a ajustar mes a mes. Por la vía de este ajuste el ingreso base va a superar a los pisos, aun cuando se trate de salarios bajos.

La disposición porta además una incongruencia intrínseca, ya que por un lado dispone el ajuste “*hasta la fecha de la primera manifestación invalidante*”, pero luego alude a la consideración de “*la última variación semestral del RIPTE*” de conformidad con la movilidad jubilatoria. Si se ajusta hasta una fecha concreta, es incorrecto derivar luego a una variación semestral general. En este último caso la norma contendría una falsedad, dado que en rigor el ajuste no se haría hasta la fecha de la primera manifestación invalidante. Sería además injusta, desde que se horadaría en mayor medida a unos créditos que a otros al computarse el valor general de un semestre.

Por otro lado, si la intención fue derivar al citado valor general de un semestre, no se comprende entonces la derogación del sistema de publicación de pisos y sumas fijas reajustadas (art. 8°, ley 26.773).

Sentado todo lo anterior debe recordarse que el cómputo de intereses se había derivado de la redacción del art. 2° de la ley 26.773, y que en el derecho común la deuda se establece a valores actuales (art. 772, CCCN) y los intereses corren desde que se produjo el perjuicio (art. 1748, CCCN).

Notas

¹ SCBA, 18/4/18, “Vera, Juan Carlos c. Provincia de Buenos Aires”, Juba, C. 120.536.

² No solo la indemnización por daños en el derecho común constituye una deuda de valor. También el salario responde, en su esencia, a una deuda de esas características —como hace años explicaba Centeno (El salario como deuda de valor, LT, XX-598)—. El principio de la deuda de valor está por consiguiente en la esencia del crédito laboral y en su propia naturaleza (Goldenberg, El conflicto temporal de normas en el régimen de contrato de trabajo, DT, 1976-377).

³ Exposición del senador Pais, previa a la votación de la ley el día 21/12/16.

⁴ Intervención de la senadora Negre de Alonso, previa a la votación de la ley el día 21/12/16.

1. Introducción

Cuando se trata del resarcimiento de daños el cómputo de los intereses constituye un tema medular, ya que la determinación de los rubros correspondientes a la lesión física en sí misma o a la pérdida de la vida pueden demorarse por requerir de operaciones atinentes a su fijación, pero el damnificado porta el daño desde que el evento perjudicial acaece. Por eso el derecho común contiene al respecto una clara disposición (art. 1748, *CCCN*).

Aún cuando el tópico tiene por lo dicho profunda relevancia, ya que se relaciona directamente con la reparación adecuada y razonable del daño padecido (arts. 14 bis, 17, 19 y 28, *CN*), en el sistema especial navega entre contradictorias previsiones.

El tratamiento de los intereses en el régimen especial constituye el tema de este capítulo, con el objeto de armonizar las oscuras disposiciones existentes en orden al respeto del imperativo constitucional.

2. Inicio del cómputo

En materia de responsabilidad civil el art. 1748 del *CCCN* establece el cómputo de intereses desde que se produce cada perjuicio objeto de reparación.

El sistema especial, del mismo modo que el contenido por el derecho común, es también creación legislativa que supone la consagración de soluciones respetuosas de la máxima constitucional (art. 19, *CN*). Más aún cuando se trata de un régimen destinado a la protección de sujetos para quienes el constituyente impone especial tutela (art. 14 bis, *CN*).

El cómputo de los intereses, por otra parte, también se relaciona con el daño que se indemniza. Si el sistema repara en esencia daño biológico en caso de incapacidad, y valor vida en el supuesto de fallecimiento, la indemnización se devenga desde la contingencia misma aun cuando luego se impongan operaciones para su fijación.

Las normas del régimen especial, aunque algo oscuras, permiten confluir en aquella conclusión.

En la ley 27.348, con la regla que inserta en el inc. 2º del art. 12 de la *LRT*, legislador impone el cómputo de intereses sobre el monto del ingreso base mensual, desde la fecha de la primera manifestación invalidante y hasta el momento de la liquidación de la indemnización.

Aun cuando los intereses se imponen sobre el “ingreso base” y no sobre el monto que arroja la fórmula, el resultado práctico es el mismo. Es más, dichos intereses se devengan evidentemente sobre el capital pues de lo contrario no podrían integrar aquél (capitalizarse) ante la falta de pago de la prestación.

Pero las prestaciones dinerarias del sistema no se ciñen a las que arrojan las fórmulas, sino que además se integran con los montos adicionales destinados a los infortunios con consecuencias más graves, y al porcentaje adicional (20%) que pretende indemnizar los daños no previstos por las fórmulas citadas.

Los montos adicionales (establecidos para resarcir aquellos supuestos de mayor gravedad, desde la incapacidad superior al 50% y hasta la hipótesis de muerte), carecen de regulación propia en torno a los intereses (como se ha visto sí contiene el componente de la fórmula), y la solución surge entonces del art. 2º de la ley 26.773, que en su párrafo 3º establece: “*El derecho a la reparación dineraria se computará, más allá del momento en que se determine su procedencia y alcance, desde que acaeció el evento dañoso o se determinó la relación causal adecuada de la enfermedad profesional*”.

Si el derecho se computa desde que acaeció el evento dañoso, a la fecha del hecho se genera el crédito resarcitorio, que como dice la ley es independiente del momento en que se determine su procedencia (se admita la naturaleza laboral y la inexistencia de causales de exclusión) y alcance (el porcentaje de incapacidad). A partir de allí (es decir, desde que se sufrió el daño) se adeudan los intereses.

Como se advierte de su lectura, la citada norma de la ley 26.773 contiene una incongruencia interna al momento de remitir a la enfermedad, pues allí alude a la “determinación” de la relación causal, cuando debió estar a su “existencia”. Los intereses se adeudan desde que el ambiente laboral provocó la enfermedad, y no desde que se determina que ello fue así. De lo contrario, la disposición resulta inconstitucional por violar la tutela especial (art. 14 bis, *CN*), la igualdad entre los damnificados (art. 16), la propiedad de los enfermos (art. 17), el derecho a la reparación plena del daño (art. 19)¹ y la razonabilidad de la ley (art. 28). Si así no fuera se alentaría la controversia maliciosa, pues se beneficiaría al deudor en perjuicio del acreedor mientras más se dilate la discusión sobre la relación causal y el reconocimiento del derecho indemnizatorio derivado de la enfermedad.

La ley 27.348 permite cerrar el debate pues en el seno del art. 12 de la *LRT* (que hace al resultado de las fórmulas) no se distingue entre enfermedades y accidentes en torno al cómputo de los intereses (que se realiza desde la primera manifestación invalidante en todos los casos).

Puede advertirse, por otro lado y en la distinción entre las prestaciones derivadas de la fórmula y las adicionales del art. 11 (ap. 4) de la ley 24.557, que si sobre estas no se computaran intereses (como sí se hace con las primeras, al incluirlos en el ingreso base), la indemnización adicional (art. 3, ley 26.773) que se calcula sobre ambos rubros precedentes contendría intereses solo en parte (pues el 20% adicional se adiciona en base a los anteriores).

Ello sin perjuicio de considerar que los adicionales del ap. 4 del art. 11 de la LRT se destinan a paliar los casos más graves del sistema, y mal podrían ser tratados peyorativamente.

En conclusión, las prestaciones dinerarias por incapacidad definitiva y muerte devengan intereses desde la primera manifestación invalidante.

3. Tasa aplicable

Para las diversas clases de intereses el legislador ha establecido, en esencia, una misma lógica: se aplica la tasa que pacten las partes, luego la legal, y en ausencia de ambas la que se fije judicialmente (arts. 767 y 768, CCCN).

En materia laboral aquella directiva resulta alterada por la existencia de normativa que, en función del orden público, asegura mínimos. Por ello, en conclusión, ni las partes ni los jueces podrían fijar, en perjuicio del trabajador, una tasa inferior a la prevista legalmente.

Así entendida la cuestión, el régimen especial de riesgos del trabajo prevé como tasa legal la aplicación de la activa cartera general anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina en torno a la fórmula (art. 12, inc. 2, LRT).

No existe tasa legal sobre las sumas adicionales de pago único (art. 11, ap. 4, LRT), pero el art. 11 de la ley 27.348 (sustitutivo del art. 12, ley 24.557), tal como indica expresamente en su párr. 1º, establece pautas relativas al “*cálculo del monto de las indemnizaciones por incapacidad definitiva o muerte del trabajador*”. Ello quiere decir que los alcances de la norma no se encuentran ceñidos a la determinación del ingreso base, sino que, reiteramos, establece reglas (“criterio” las denomina la ley) aplicables para la fijación de la cuantía indemnizatoria a pagar. Y por ello, para evitar además la aplicación de tasas disímiles en el mismo siniestro, la aplicación de la tasa activa debiera extenderse por analogía.

4. Capitalización de los intereses

La capitalización de los intereses se encuentra regulada por el régimen general de derecho común en el art. 770 del Código Civil y Comercial. La norma citada inserta una serie de directivas que tienen relevancia en torno a los créditos objeto de nuestro estudio y se anudan a su vez con las disposiciones del régimen especial. Pueden observarse tres supuestos:

1.- El inc. *d*) del art. 770 del CCCN permite la acumulación cuando aquella se encuentre prevista por otras disposiciones legales.

El inc. 3º del art. 12 de la LRT (texto según art. 11, ley 27.348), por su parte, dispone la capitalización de los intereses “*a partir de la mora en el pago de la indemnización*”.

Se trata en consecuencia de un cúmulo impuesto por ley especial, tal como prevé el citado inc. *d*) del art. 770 del CCCN.

Ello implica que los intereses devengados se incorporarán al capital para fructificar en nuevos intereses desde la fecha en que la indemnización debió ser abonada.

La norma se establece a efectos de coaccionar al pago y sancionar el incumplimiento del deudor.

Sentado lo anterior, existe una cuestión central a considerar en la operatoria concreta de esta hipótesis en torno al crédito sistémico: lo atinente a los montos atrapa.

Con relación a este aspecto debe advertirse que el art. 11 de la ley 27.348 (sustitutivo del art. 12, ley 24.557), tal como indica expresamente en su párr. 1º, establece pautas relativas al “*cálculo del monto de las indemnizaciones por incapacidad definitiva o muerte del trabajador*”. Ello quiere decir que los alcances de la norma no se encuentran ceñidos a la determinación del ingreso base, sino que, reiteramos, establece reglas (“criterio” las denomina la ley) aplicables para la fijación de la cuantía indemnizatoria a pagar.

En el mismo sentido, el inc. 3º de la norma impone el anatocismo en relación al retardo “*en el pago de la indemnización*”, en expresión comprensiva del total resarcitorio.

En consecuencia, todos los intereses (los devengados sobre todos los rubros resarcitorios) son objeto de capitalización.

2.- De acuerdo al inc. *b*) del art. 770 del CCCN, cuando la obligación se demande judicialmente la acumulación operará desde la fecha de la notificación de la demanda.

Cabe en torno a ello advertir que habiéndose establecido por medio de la ley 27.348 (arts. 1º a 4º) un sistema recursivo que en algunas jurisdicciones se conduce por la vía de una demanda ordinaria, el cúmulo en principio no operaría mientras la decisión sobre el crédito no se halle firme. Pero sí directamente cuando la acción de cobro resulte necesaria por la falta de pago de lo establecido en sede administrativa (sin que esto implique profundizar sobre su validez, cuestión que tratamos en otra parte de la tesis).

Se trata de un nuevo supuesto legal que insertara el Código Civil y Comercial, y que como derecho común resulta

aplicable a las hipótesis en las que mediare demanda judicial.

3.- Aún transitada la vía recursiva puede ocurrir que el juez liquide el monto adeudado y mande pagar la suma resultante, siendo el deudor moroso en hacerlo (art. 770, inc. c), *CCCN*). También allí procede la acumulación de los intereses devengados al capital, para reeditar en nuevos intereses.

Notas

¹ El principio de la reparación integral importa que la condena por el capital debido se integre con los intereses correspondientes (SCBA, 18/4/89, "Pristera, Salvador c. Brossio y Cía.", AyS, 1989-I-701).

1. Introducción

La particular mecánica que posee la ley 24.557 en torno a la prescripción, ha sido alterada mediante la ley 27.348 y las adhesiones provinciales que a la misma se realizaran, afectándose tácitamente los plazos naturales que los particulares poseen para dirimir sus conflictos ante la justicia.

La cuestión merece tratamiento.

2. Efectos de la inexistencia de plazo para denunciar el hecho dañoso

La ley 24.557 regula la prescripción en su art. 44, cuyo inc. 1° establece: “*Las acciones derivadas de esta ley prescriben a los dos años a contar de la fecha en que la prestación debió ser abonada o prestada y, en todo caso, a los dos años desde el cese de la relación laboral*”.

La citada disposición, a su vez, queda atada a la norma que la precede, pues de acuerdo al ap. 1° del art. 43 de la ley 24.557, el derecho a recibir las prestaciones “*comienza a partir de la denuncia de los hechos causantes de daños derivados del trabajo*”.

Se ha dicho con acierto que ambas normas deben vincularse¹. Afirmándose al respecto que de la redacción del ap. 1° del art. 44 se desprende sin esfuerzo que la acción sujeta a prescripción es la tendiente a lograr el cobro u otorgamiento de una prestación dineraria o en especie. De tal suerte deriva que la acción para obtener el reconocimiento de haber sufrido un accidente del trabajo o enfermedad profesional que otorga derecho a cobertura es imprescriptible². La virtual imprescriptibilidad duraría mientras estuviese vigente el vínculo laboral, pues la misma norma posibilita la extinción de la acción “a los dos años del cese de la relación”³. Limitación que a su vez puede ser tachada de inconstitucional —por afectar el derecho constitucional (esencialmente arts. 17 a 19, CN)—, pues no puede permitirse que el cómputo comience cuando media ausencia de conocimiento del derecho (hipótesis que es capaz de presentarse especialmente en el caso de las enfermedades, donde el trabajador puede haber sido víctima del daño sin saberlo).

3. Prescripción de las prestaciones sistémicas (dinerarias y en especie)

Sentado lo anterior, cabe discernir según las prestaciones de que se trate: las acciones que persiguen el otorgamiento de prestaciones en especie prescriben a los dos años del momento en que debieron ser otorgadas, y las correspondientes a prestaciones de pago mensual a los dos años desde que se devengó cada crédito mensualmente⁴. Pero las acciones que corresponden al cobro de prestaciones de pago único (las derivadas de la incapacidad definitiva) quedan sujetas, frente al dictado de la ley 27.348, al paso por la vía administrativa (y su régimen de revisión aún en sede judicial). De allí que solo una vez firme el monto allí reconocido —momento en que la prestación debe ser abonada— iniciaría el cómputo de la prescripción para percibirlo. Hipótesis que no se aplicaría al caso de muerte (de considerarse que se encuentra excluido del trámite administrativo como podría extraerse de los arts. 1° de la ley 27.348 y 4° de la ley 26.773), cuyas prestaciones deberían colocarse a disposición dentro de los quince días del fallecimiento (art. 4°, párr. 1°, ley 26.773).

En aquellas provincias en las cuales no rige el sistema diseñado por inexistencia de adhesión (art. 4°, ley 27.348), pero donde la ley 24.557 aún sigue fijando la competencia de las comisiones médicas (arts. 21, 22 y 46, LRT), las aseguradoras tienen la obligación de abonar las prestaciones en forma inmediata una vez que la incapacidad se convierta en definitiva por acaecimiento de los supuestos de cese de la situación de incapacidad temporaria (art. 7°, LRT). Para el fallecimiento rige la misma prevención ya efectuada (art. 4°, párr. 1°, ley 26.773).

4. La trampa del trámite administrativo y la caducidad en relación a la prescripción

La insensata sanción de la ley 27.348, sin un serio tratamiento del tema ni consideración de los pormenores del sistema donde se viniera a insertar, ha producido un régimen caótico de difícil y compleja articulación.

El escenario creado a partir de las diversas normas que integran el régimen puede dar pábulo a la rápida pérdida de derechos. En efecto, a partir de que la aseguradora pone en marcha el trámite ante el ente administrativo (la comisión médica), se desarrolla un “proceso” que como luego veremos en la tesis (al tratar el sistema procesal) impide el ejercicio real de la garantía de defensa en juicio. En la generalidad de los casos (pues así se diseña el sistema), el damnificado debe presentarse, sin debido asesoramiento, ante la instancia que abre su deudor. Transitado ese organismo, se presenta una etapa de revisión ante los tribunales, que debe ser instada en plazos perentorios bajo apercibimiento de otorgar firmeza a lo “decidido” por la comisión. Ello, en las provincias, se instaura con la sanción de la “caducidad”.

La cuestión entonces resulta clara: si en la lógica de todos los esquemas jurídicos existe un plazo de prescripción para que los ciudadanos puedan acudir a los jueces en reclamo de sus derechos (lapso que el Código Civil y Comercial incluso decidiera ampliar de dos a tres años para las acciones derivadas de la responsabilidad civil —art. 2561—), el trámite administrativo previo y la pretendida “caducidad” se constituyen en una trampa que, en la práctica, acorta el tiempo para acceder a la tutela judicial.

El tema es de mayúscula gravedad, y lo abordamos extensamente al desarrollar el régimen procesal del sistema especial.

Demás está decir que al tratarse de un tema sensible como la prescripción, se exagera la interpretación restrictiva para la liberación, pues operando sobre de derechos irrenunciables y de indisponibilidad especial nacidos de infortunios laborales, se impone estar siempre por la subsistencia de la acción en cabeza del trabajador y sus derechohabientes.

Notas

- ¹ Ackerman, Ley de Riesgos del Trabajo. Comentada y concordada, 2ª ed., 2013, p. 529.
- ² Corte - Machado, Siniestralidad laboral. Ley 24.557, 1996, p. 311.
- ³ Corte - Machado, Siniestralidad laboral. Ley 24.557, 1996, p. 312; Schick, Riesgos del trabajo, 4ª ed., 2011, t. II, p. 470, con cita de Mario Ackerman.
- ⁴ CNAT, Sala II, 28/12/07, “Carabajal, Ana c. Servicio Penitenciario Federal”, en “Boletín Temático de Jurisprudencia de la CNAT”, “Ley de Riesgos del Trabajo (ley 24.557)”, abr. 2012.

1. Introducción

La cuestión de la aplicación de la ley en el tiempo constituye un tema medular para el derecho de daños laborales.

Allí su complejidad natural se proyecta sobre la existencia de contingencias y tarifas, leyes que amplían los resarcimientos en función de mejoras sustanciales o que simplemente reconocen ajustes en atención al fenómeno inflacionario, y la mecánica propia de la sucesión normativa en el derecho social (donde impera el principio de progresividad).

Todo ello, como es evidente, impone su estudio teniendo en miras las diversas naturalezas de aquello que se encuentra en juego. E incluso posibilita el control constitucional en torno a las modificaciones que las nuevas normas acarrearán, no ya desde el derecho común transitorio, sino en función de los eventuales agravios a normativa superior.

2. La norma general de derecho transitorio (art. 7º, CCCN)

El art. 7º del CCCN (norma que ha venido a reemplazar al art. 3º del Código Civil) regula sobre la “eficacia temporal” de la ley.

Se trata de la disposición general de derecho transitorio, que opera como derecho común cuando medie ausencia de previsión específica en el plano laboral.

Ello impone una serie de advertencias: a) el art. 7º del CCCN es una regla ordinaria que puede ser mutada por el Congreso en las diversas leyes también ordinarias que se dicten; b) queda aplazada cuando existe una solución concreta dentro de la especialidad; c) tiene el límite de la afectación de los derechos y garantías constitucionales (y ello no queda ceñido a la queja por afectación de derechos adquiridos cuando se altera el pasado, sino también cuando la nueva ley pretende operar solo hacia el futuro consolidando tácitamente violaciones constitucionales -en el caso de los ya dañados- y afectando la igualdad).

Para un estudio concreto del régimen general que establece la norma citada remitimos al tratamiento del derecho transitorio en relación al derecho común que efectuamos en la tesis. Ello para evitar reiteraciones ociosas. Pero reiteramos que, en el particular campo del derecho de daños laborales, la sustancia de los derechos en juego no admiten discriminaciones peyorativas, ni consentimiento de violaciones constitucionales, como así tampoco la afectación evidente de la persona del dañado por la vía de argumentar en torno a la afectación del patrimonio del dañante.

3. Algunos precedentes sobre la aplicación temporal de las leyes laborales

El alcance de las nuevas leyes laborales con relación al tiempo ha sido una cuestión reiteradamente tratada por los tribunales. No fue siempre juzgada de manera uniforme y en su interpretación también se observa, al igual que en el resto de las parcelas del derecho social, de qué modo la consolidación de pretendidos derechos “adquiridos” (que no son técnicamente tales) por el deudor, se arguye como límite muchas veces incongruente a los derechos del acreedor.

a) El fallo “Saltamartini” de la CSJN

En el año 1936 la Corte Suprema¹ debió expedirse sobre la constitucionalidad de la ley 11.729 (art. 2º) que modificara al Código de Comercio (art. 157, inc. 3º) para imponer la indemnización por antigüedad tomando en consideración los servicios prestados hasta cinco años antes.

El conflicto consistía, sencillamente, en la queja que entonces planteara el empleador recurrente al considerar que de computarse un tiempo de servicio anterior a la sanción de la ley (aun cuando la ruptura del contrato se produjera luego de ésta) se daba “efecto retroactivo” a aquélla.

La Corte, en errada visión, declaró que la norma violaba el derecho de propiedad del patrón (art. 17, CN) al imponerle “una nueva obligación en razón de servicios realizados y finiquitados con anterioridad a la ley”.

En minoría votaron los doctores Sagarna y Terán. Afirmó el primero que el criterio adoptado por la ley para fijar la indemnización por despido no afectaba garantías constitucionales. En definitiva, que ningún derecho adquirido tenían los empleadores para impedir al Congreso Nacional establecer las pautas para calcular la indemnización por los despidos ocurridos luego de la vigencia de la ley. Claramente preguntó: “ningún derecho patronal disponible, incorporado a su acervo económico o jurídico, resulta comprometido por la circunstancia de que si despide arbitrariamente a un empleado, en el futuro, se tome como norma para fijar la suma a pagar, el tiempo de servicios prestados antes de la ley y después de la ley, en lugar de adoptar sumas fijas para cada categoría de empleados u obreros, o de calcular esas sumas sobre la edad, situación civil de los mismos, giro comercial del negocio, beneficios obtenidos en el último año o quinquenio, et-

cétera, criterios más o menos prácticos, equitativos o lógicos pero que no se diferencian fundamentalmente y que ninguna garantía constitucional comprometen”.

Aquella postura minoritaria luego se convirtió en doctrina de la Corte².

Como se observa, el temor de los tribunales a vulnerar supuestos derechos adquiridos era capaz de llevar a soluciones irrazonables sentadas sobre el absurdo.

b) Los plenarios “Prestigiacom” y “Villamayor” de la CNAT

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se pronunció antiguamente por la inaplicabilidad de las modificaciones normativas a los accidentes con consecuencias no saldadas³, siendo valioso destacar las disidencias que allí mantuvieran los doctores Fernández Madrid y Capón Filas.

El Tribunal citado consideró, en los plenarios que se mencionan en el título de este apartado, que la ley aplicable al infortunio laboral era la vigente al momento de producirse el evento dañoso, sin que tal efecto sea alterado por la fecha en que se produjo la determinación de la incapacidad.

c) El fallo “Espósito” de la CSJN

En tiempos más cercanos, y a propósito de la metodología de ajuste sobre la cuantía indemnizatoria dispuesta por la ley 26.773, la Corte Suprema tuvo ocasión de expedirse sobre el tema de la aplicación temporal de aquella.

El fallo “Espósito”⁴ es útil para reseñar ciertas cuestiones en orden a lo que venimos exponiendo: a) la Corte ingresa por el ceñido carril de la arbitrariedad a interpretar derecho común, en función impropia de su cometido jurisdiccional como ella misma sentenciará⁵, pues la cuestión de la ley en el tiempo hace a la legislación ordinaria; b) desecha la existencia de concretas reglas de derecho intertemporal en materia de ajuste obrantes en la ley 26.773 (art. 17.5) para acudir a la norma general que por ello quedaba desplazada; c) soslaya a todo evento el control de razonabilidad del criterio de actualización de los créditos laborales utilizado por el legislador⁶.

La sentencia del Máximo Tribunal permite advertir sobre la íntima vinculación que existe entre el derecho transitorio en materia de daños laborales y el principio que enmarca a una indemnización justa (art. 19, *CN*). Cuando las leyes tarifadas son modificadas para corregir violaciones a la reparación de los dañados, son los derechos constitucionales los que se encuentran en juego. La cuestión del derecho transitorio es un carril para purgar aquellos agravios. Por ende las normas no pueden ser interpretadas en contra de sus fines, y aún así redactadas, debieran someterse al control de constitucionalidad, que la buena jurisprudencia no solo ha efectuado sobre los criterios de ajuste, sino incluso sobre la tarifa misma⁷.

4. Criterios de aplicación del derecho transitorio en materia laboral

En orden a la aplicación de las reglas generales del art. 7º del CCCN y de las normas de derecho intertemporal que las disposiciones especiales pudieran contener, corresponde adunar que la cuestión del derecho transitorio opera con particularidades en el ámbito laboral, donde existen otros elementos a considerar:

- a) Como regla las nuevas leyes deben aplicarse con la mayor extensión posible y producir todos sus efectos de inmediato, pues toda ley nueva se supone mejor y más justa que la anterior⁸.
- b) La aplicación de las nuevas leyes debe verificarse aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas a fin de brindar el máximo efecto útil al nuevo ordenamiento legal⁹.
- c) Incide la jerarquía constitucional de las normas que aseguran la satisfacción integral de las prestaciones originadas en nexos laborales, pues en esta problemática no debe perderse de vista la especificidad del derecho del trabajo y su finalidad proteccionista¹⁰.
- d) La interpretación en los conflictos de las leyes en el tiempo no podrá dejar de considerar las indicaciones que recibe de la orientación general del ordenamiento jurídico hacia fines sociales¹¹.
- e) Tampoco puede prescindirse de la urgencia de la reforma o gravedad de la injusticia que se quiere corregir¹².

5. La norma más favorable y el principio de progresividad en relación al derecho transitorio

El derecho transitorio es el terreno donde opera particularmente el principio de progresividad¹³, instrumentador del garantismo social¹⁴, que juega como límite al quehacer del legislador.

En función de aquél, en materia de derechos sociales la cuestión de las leyes en el tiempo tiene una mecánica propia de control, pues la aplicación de las nuevas normas de acuerdo a las reglas del derecho común es factible de ser desactivada por violatoria de la regla que impide la regresividad en los beneficios y la protección alcanzados.

Por ende, aun cuando se desactive formalmente la regla de la norma más favorable (art. 9º, *LCT*) al decir que no existirá hipótesis de concurrencia cuando una disposición sea reemplazada por otra que por ende pasa a ocupar su lugar borrando la posibilidad de coexistencia¹⁵, funcionará el principio de progresividad para impedir la regresión pretendida. Sólo la norma que ocupando el espacio material de otra pase a regir sin mella de derechos alcanzados la misma cuestión,

sorteará el *test* que obligatoriamente deberá realizar el juzgador¹⁶, en función del estatus constitucional de los citados derechos en juego.

6. El acceso a la tarifa sobreviniente frente al daño no resarcido

El ingreso en el tópicico que titula este apartado impone, como advertencia liminar, tener en cuenta lo expuesto en el anterior (la vigencia y operatoria del principio de progresividad). De allí que las articulaciones que seguidamente se esbozan llevan implícita esa premisa, y las nuevas tarifas solo podrán ser válidamente aplicadas en la medida que tutelén con mayor amplitud los derechos de los trabajadores y su familia (es decir, sean más beneficiosas que las reemplazadas).

Sentado ello, tratamos las vías que doctrina y jurisprudencia han desarrollado en pos de aplicar las mejoras tarifarias sobrevinientes al momento del infortunio.

a) *Aplicación inmediata de las mejoras introducidas en la tarifa*

La posición más extendida se ancló en la interpretación del texto del art. 3º del Código Civil (norma actualmente reemplazada por el art. 7º del *CCCN*).

En torno a ello ha afirmado Cornaglia que sólo la consumación del hecho reparativo *in fieri* —reparación mediante cumplida— quita virtualidad a la ley que rige en el momento de colocar las cosas en el lugar en que se encontraban antes del daño. Sosteniendo el mismo autor que no hay consecuencia consumada de un daño no reparado y que para la reparación del infortunio debe regir la ley vigente a la sentencia. Por ello la aplicación inmediata de la nueva ley a los infortunios acaecidos con anterioridad a ella, en función del acrecentamiento de las indemnizaciones producido, debe llevarse a cabo por cuanto se trata de “efectos no producidos de situaciones —o mejor dicho, relaciones jurídicas— ya constituidas, pero aún no concluidas”, máxime, pues, cuando el bien protegido es la reparación de un daño, la sistemática de la articulación de las normas en el tiempo debe ajustarse a ese fin¹⁷.

En concordancia con lo anterior, ha resuelto la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo sobre la aplicación inmediata del decr. 1278/00 a los efectos pendientes al día de su entrada en vigencia¹⁸. Dijo el doctor Maza en su voto que “aplicar la nueva ley a los efectos pendientes, es decir, no saldados a ese momento, no constituye un supuesto de retroactividad legal sino de aplicación inmediata de la nueva norma, aun cuando se trate de consecuencias vinculadas a un hecho jurídico anterior y reivindico la validez de esta interpretación en materia de infortunios del trabajo”. Aduando luego que “los propios considerandos del mentado decreto admiten que el régimen tarifado de prestaciones económicas previsto en la *LRT* no resultaba suficientemente justo, lo que implica que no estamos en presencia de una mutación de las reglas jurídicas básicas, sino del mejoramiento de las prestaciones ante el reconocimiento por parte del Estado de la mezquina insuficiencia del anterior sistema reparatorio”.

El mismo Tribunal aplicó aquella solución, no sólo respecto del decr. 1278/00¹⁹, sino también en relación a las mejoras introducidas por el decr. 1694/09, diciendo: “En el caso, el infortunio se verificó y generó instantáneamente consecuencias dañosas bajo la norma precedente y su reparación no fue cancelada a la fecha de entrada en vigencia de la nueva ley. En consecuencia, encontrándose pendiente la consecuencia jurídica, corresponde aplicar el decr. 1694/09”²⁰. Diversas salas se expidieron en similar sentido²¹, y el argumento volvió a utilizarse frente al incremento en las prestaciones dispuesto por la ley 26.773.

Consideramos por nuestra parte que el art. 7º del *CCCN* constituye una vía para aplicar la nueva legislación a las relaciones jurídicas existentes cuyas consecuencias no se encuentran consumadas.

Tomando una situación o relación jurídica pendiente (constituida pero no extinguida) el efecto inmediato supone alcanzar sus consecuencias con la nueva ley. Las derivaciones (“consecuencias”) de los hechos pasados se proyectan en el tiempo y siguen verificándose bajo el imperio de la norma nueva²². Ello es lo que ocurre en materia de daños, cuando lo que se indemniza es el daño material y extrapatrimonial (fundamentalmente moral) futuro, no cristalizado al momento del siniestro. Esas consecuencias (efectos que subsisten en el tiempo²³) no pertenecen al ámbito del pasado y pueden ser atrapadas por la nueva ley que las regula cuando no se encuentren indemnizadas.

Véase en adición que el art. 7º del *CCCN* alude a las “consecuencias”, idéntico término que utiliza al referir al daño resarcible (arts. 1738, 1741 y ctes., *CCCN*). Se distingue entonces entre el daño como presupuesto de la responsabilidad y la indemnización como consecuencia de la lesión dañosa²⁴. Ello atendiendo además a la presunción de constancia terminológica en el legislador y a la imposibilidad de considerarlo inconsecuente o imprevisor, adicionando que es requisito del daño que sea cierto pero que puede ser actual o futuro (art. 1739, *CCCN*), lo que permite indemnizar según la nueva ley cuando no mediara total resarcimiento.

La cuestión no se ciñe al derecho común sino que opera en el terreno de las indemnizaciones sistémicas por infortunios, máxime cuando en el ámbito de estas últimas la propia mecánica legal lleva a la indeterminación hasta tanto se cuente con fijación cabal de la minusvalía²⁵. Por ende no podría argumentarse que se trata de una circunstancia finiquitada bajo la ley anterior.

Ello cuando además el derecho constitucional existe para imponer la plenitud reparatoria y no para garantizar la inmutabilidad de una cuantía insuficiente, menos aún si no fue honrada.

b) *Inconstitucionalidad de las normas sobre aplicación temporal*

Siendo que las leyes pueden contener específicas disposiciones sobre la aplicación temporal de sus preceptos, se ha argumentado también la inconstitucionalidad de las normas que declararan aplicables las mejoras sólo para el futuro, por contradecir los fines sociales y protectorios que amparan al trabajo subordinado²⁶.

Las características de las normas laborales sobre infortunios, por las situaciones que aprehenden —pues están destinadas a resarcir la disminución psicofísica del trabajador y tutelar a su familia—, no toleran discriminación en perjuicio de los afectados, ni las mejoras que se introducen en virtud de la mezquindad de la tarifa anterior admiten demoras.

Ha afirmado Cornaglia: “No hay derecho constitucional a dañar, ni existe valor permanente e inamovible reparativo de los daños, a mérito de leyes que se reforman por ser reputadas injustas. La valoración de un daño hecha por la nueva ley, en la medida en que ella se trata de una norma más favorable a la víctima, operando conforme a los principios de progresividad y justicia social, vale para la reparación pendiente”²⁷.

La cuestión ha sido advertida también por la jurisprudencia. En torno a esto es aleccionador un fallo dictado por la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Laboral de Santa Fe²⁸ que, luego de puntualizar que la ley 26.773 incrementa la tarifa estableciendo una indemnización adicional, decreta la inconstitucionalidad del inc. 5º de su art. 17 que fija la vigencia a futuro. Y lo hace remarcando que si la ley 26.773 pretende responder a “estándares mínimos de equidad, legal y constitucionalmente sustentables” (según se afirma en el Mensaje de Elevación del Proyecto de Ley al Congreso) y a las tachas de la Corte Suprema, no deviene razonable que la ley proponga una “fecha de corte” conforme a la cual se purgue la inconstitucionalidad anterior bajo la promesa, ajena a los ya dañados, de que hacia el futuro el vicio será remediado. No se trata de que ante una ley constitucionalmente congruente se incorpore un mayor beneficio para las futuras víctimas, sino de remediar vicios existentes, por lo cual no resulta moral ni jurídicamente pensable que entre las atribuciones del legislador se halle cohonestar, oblicuamente, que la Constitución se viole para los casos anteriores.

En torno a esto último, como apuntara la doctrina, si el legislador justifica su quehacer reconociendo los agravios constitucionales y prevé que la reforma se aplicará a situaciones posteriores a su sanción, abre una puerta que sólo queda cerrada cuando la reforma analógicamente queda aplicada a todas las situaciones en curso. Cuestión que cobra aún más trascendencia cuando se la relaciona con la problemática del acceso a la justicia y el tiempo que lleva el procesamiento de los pleitos²⁹.

c) *Indeterminación de la incapacidad*

Fuera de las hipótesis citadas en los apartados anteriores (diferencia entre aplicación retroactiva e inmediata y eventual declaración de inconstitucionalidad de las normas sobre vigencia temporal que niegan las mejoras a los ya dañados) y de la que esbozaremos en el título que sigue (inconstitucionalidad de la tarifa anterior y reconocimiento de la nueva en función de la equidad), existe otra posibilidad práctica de acuerdo a cierta jurisprudencia de la Corte Suprema.

Aquella consiste en argumentar que, más allá de la fecha en que se presenta la primera manifestación invalidante, el pago se encuentra condicionado a la declaración del carácter definitivo de la incapacidad. Por ende, siendo peculiares las condiciones de cancelación de las prestaciones en la *LRT*, no existe derecho adquirido de la aseguradora mientras no ha efectivizado pago alguno, resultando razonable que se aplique la norma vigente al momento que es exigible el crédito para su cobro³⁰. Máxime cuando esta clase de leyes generalmente procura su aplicación perentoria³¹, ante el reconocimiento que su sanción importa de la insuficiencia del régimen que se reemplaza.

Todo ello no obsta al curso de los intereses desde que el daño efectivamente se porta, tal como emana del párr. 3º del art. 2º de la ley 26.773 y el resto de las normas que se enlazan con aquella.

d) *Indemnización equitativa por prestaciones no canceladas*

En el dictamen que la Procuración emitiera en la causa “Lucca de Hoz”³², se sostuvo la inaplicabilidad del decr. 1278/00 a un infortunio acaecido el año anterior (1999), por cuanto ello conllevaría, según se expresó, “la aplicación retroactiva de la ley nueva a situaciones jurídicas cuyas consecuencias se habían producido con anterioridad a ser sancionada”³³.

De allí que, aun cuando pueda argumentarse que la adhesión de la Corte Suprema a los términos del dictamen no alcanza a la cuestión de la aplicación intertemporal de las leyes comunes por no constituir —por regla— materia federal³⁴ y haberse ceñido el Máximo Tribunal al reproche constitucional de la tarifa sin que importara la opinión vertida por la Procuración sobre un tema de derecho común no incluido en la vista³⁵, resulta de interés observar otra arista del tema que permite evadir la solución restrictiva.

Es dable advertir, al efecto, que más allá de la forma, la Corte terminó imponiendo, en una acción puramente sistémica (donde se había desestimado la responsabilidad del empleador desde el derecho común y condenado a la ART con base en ley especial), la obligación de otorgar a los derechohabientes del trabajador fallecido una indemnización acorde al perjuicio sufrido.

Que una indemnización tarifada puede ser inconstitucional es de Perogrullo: la posibilidad de que una tarifa indemnizatoria determinada sea abiertamente irrazonable constituye un juicio o proposición que no se puede negar racional-

mente.

Es por ello que en el marco del régimen de riesgos del trabajo, y de cualquier otro que se sitúe en el campo de los daños a la integridad psicofísica de los trabajadores, deben procurarse reparaciones que compensen adecuadamente los perjuicios.

Cuando es el propio Estado el que mediante una mejora en las prestaciones reconoce la insuficiencia de la tarifa, se encuentra probado a la par que no puede resarcirse a un damnificado que todavía porta el daño con una suma inferior a la que se admite como piso mínimo al momento del pago. La fecha del infortunio no puede atar a la víctima a la injusta tabulación, menos aún cuando el responsable desconoce su derecho.

No será necesario aplicar retroactivamente norma alguna, sino declarar inaplicable la tarifa por resultar insuficiente en orden al principio protectorio establecido en el art. 14 *bis* de la Const. Nacional³⁶. Deberán entonces los jueces indagar sobre la indemnización justa en el caso concreto, jugando a nuestro parecer las siguientes pautas:

Opera la analogía cuando existe una laguna legal (art. 11, *LCT*), y en el supuesto que tratamos la norma existe pero resulta inconstitucional. Es por ello que uno de los fundamentos de la sentencia de la Corte en “Lucca de Hoz” se convierte en central: la mención a la “reparación equitativa”. Concepto ya esbozado en “Milone” al referir al “sentido reparador en concreto”³⁷, y reiterado en “Calderón de Loiza”³⁸.

Es equitativo lo fundamentalmente justo, y así la palabra equidad expresa una de las dimensiones de la idea de justicia: el principio de igualdad o proporcionalidad³⁹.

Volvemos así a la lógica positiva y tenemos entonces a la igualdad jugando en la materia: su respeto fue central para que un precedente como “Aquino” pudiera ser dictado, pues la discriminación contenida en el art. 39, ap. 1º de la ley 24.557, era intolerable; de allí que en materia de daños laborales se pudiese accionar por la reparación integral. Pero dicho principio también rige en el plano tarifario, pues censurada la norma por violatoria del principio *alterum non laedere*, el art. 16 de la Const. Nacional, de consuno con el art. 19 del mismo cuerpo, nos llevaría a aplicar la máxima indemnización posible frente al daño.

El *Digesto* sostenía que “la equidad es la religión de los jueces”⁴⁰, y ello es así puesto que los magistrados deben ponerla en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley a la norma concreta e individualizada de la sentencia dictada para un caso singular⁴¹.

La equidad es la expresión de lo justo natural en relación con el caso concreto. Es decir, la equidad es lo justo, pero no lo justo legal tal y como se desprendería de las palabras de la ley, sino lo auténticamente justo respecto del caso particular⁴².

Frente al aumento de la base mínima tarifaria, el fallo singular justo no será, para quien no ha sido resarcido, la aplicación de una regla vetusta. La clave está en la equidad (instituto al que Mosset Iturraspe ha calificado como uno de los más brillantes y diáfanos, a pesar de que se hubiera querido intencionalmente controvertirlo y oscurecerlo⁴³), la igualdad y el otorgamiento del monto superior que el ordenamiento prevé, no por directa aplicación, sino por tratarse de la solución justa para el caso. Equidad e igualdad borran allí la antinomia que sostienen, es decir, la contradicción entre justicia individual y solución general, pues esta última viene en auxilio de la víctima concreta para concederle una indemnización superior.

A similar conclusión ha arribado la Sala I de la CNAT en la causa “Orue, Gustavo A. c. Consolidar ART S.A.”⁴⁴. En dicho caso la contingencia se encontraba amparada por las prestaciones del decr. 1278/00, declarando entonces la Cámara la inconstitucionalidad de la exigua tarifa allí vigente y fijando la indemnización de acuerdo a las pautas del decr. 1694/09 y la ley 26.773 “no porque estos regímenes resulten aplicables, sino como parámetro de estimación del resarcimiento razonable (art. 165, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación)”. Es entonces la última tarifa vigente la que, salvo irrazonabilidad manifiesta⁴⁵, de consuno entre equidad e igualdad, permitiría reparar en la justa medida posible, comprendiendo además que indemnizar no es otra cosa que eximir de todo daño y perjuicio⁴⁶.

Si hay que atenerse a las intenciones que motivaron la acción del legislador y a los efectos que con la ley se quiso lograr, debemos analizar conjuntamente el objetivo reparador de aquella (arts. 1º, inc. 2º, *b*, ley 24.557; 2º y 3º, ley 26.773) con las ulteriores emanaciones del poder que en ejercicio de sus facultades advierte sobre la injusticia de la tarifa a fin de incrementarla.

Un principio matemático es válido sean cuales fueren las consecuencias que vaya a producir sobre la realidad. La ley no es uno de ellos, y por ende el juez debe verificar mentalmente si la aplicación de la norma jurídica que en apariencia cubre el caso producirá un tipo de resultado justo en la que se inspiró la valoración que es la base de aquella norma. La tarifa originaria podrá ser inconstitucional, y la más reciente indemnización que corresponda a los infortunados será la más fiel a la voluntad del legislador y al fin que éste propuso, tratándose de la opción que permitirá lograr el mayor grado posible de realización de la justicia⁴⁷.

La solución apuntada ha sido receptada en la jurisprudencia de la Corte Suprema:

Cuando el Tribunal debió mensurar el resarcimiento por la pérdida del empleo, consignó que aquél debía ser “equitativo”, llenando la reglamentación los requisitos de razonabilidad y adecuación a los fines perseguidos (meritando en relación a esto último que ese tipo de indemnizaciones suelen tener contenido alimentario y devengarse en situaciones de emergencia para el empleado). Decretada entonces la inaplicabilidad de la legislación que correspondía al momento del cese por hallarse en pugna con los preceptos constitucionales, adunó que no podía objetarse el criterio seguido por la

magistratura para fijar la indemnización a que tenía derecho el actor considerando la legislación posterior, “puesto que dicho criterio no comporta la aplicación retroactiva de la ley⁴⁸, sino la adopción de una pauta estimativa atendida a las circunstancias del caso”⁴⁹.

La misma Corte ratificó el criterio al convalidar también la comparación con otros ordenamientos, estableciendo que en el caso de un trabajador declarado prescindible podía cotejarse el resultado que arrojará el resarcimiento especial previsto con el derivado del art. 245 de la *LCT*, como medio para determinar si el primero reunía los recaudos que el tribunal exige para su legitimidad, es decir, la adecuación, suficiencia y “equidad” de la suma resultante⁵⁰.

Lógicamente que si operan las pautas citadas en materia de pérdida del empleo, juegan con ahínco en el plano del resarcimiento de los daños a la integridad psicofísica, donde se halla comprometida la salud y el intento siempre defectuoso de recomponer la situación desde lo material. Resta agregar que, amén de cualquier comparación, la indemnización deberá llenar entonces la finalidad reparadora y dentro de ese marco se exigirá un riguroso apego a pautas razonables que garanticen el principio de suficiencia⁵¹.

Notas

- ¹ CSJN, 10/9/36, “Saltamartini, Pedro c. Compañía de Tranways La Nacional”, CSJN-Fallos, 176:22.
- ² CSJN, 22/10/47, “Panic de Petrince, Gabriela c. Ferrum Industria Argentina de Metales”, CSJN-Fallos, 209:162.
- ³ CNAT, en pleno, 19/5/81, “Prestigiacomo, Luis c. Haroldo Pinelli S.A.”, LL, 1981-C-129; ídem, 28/2/91, “Villamayor, José D. c. La Franco Argentina S.A.”, LL, 1991-B-441.
- ⁴ CSJN, 7/6/16, “Espósito, Dardo L. c. Provincia ART S.A.”, en www.csjn.gov.ar.
- ⁵ CSJN, 22/12/09, “Benitez, Horacio O. c. Plataforma Cero S.A. y otros”, Fallos 332:2815.
- ⁶ CSJN, 3/5/79, “Valdez, Julio H. c. Cintioni, Alberto D.”, Fallos 301:319.
- ⁷ CSJN, 17/8/10, “Lucca de Hoz, Mirta L. c. Taddei, Eduardo C. y otro”, Fallos 333:1433.
- ⁸ Borda, Ponencia en el “III Congreso Nacional de Derecho Civil”, t. I, p. 72.
- ⁹ Spota - Mercader, Dictamen en el “III Congreso Nacional de Derecho Civil”, t. I, p. 74.
- ¹⁰ Goldenberg, El conflicto temporal de normas en el régimen de contrato de trabajo, DT, 1976-377.
- ¹¹ Krotoschin, Tratado práctico de derecho del trabajo, 4ª ed., 1987, t. I, p. 95.
- ¹² Borda, La reforma de 1968 al Código Civil, 1971, p. 34.
- ¹³ CSJN, 26/2/08, “Medina, Orlando R. y otro c. Solar Servicios On Line Argentina S.A. y otro”, CSJN-Fallos, 331:250; entre muchos otros.
- ¹⁴ Cornaglia, Reforma laboral. Análisis crítico, 2001, p. 315.
- ¹⁵ CNAT, en pleno, 28/2/91, “Villamayor, José D. c. La Franco Argentina S.A.”, voto del doctor Morando, LL, 1991-B-441.
- ¹⁶ CSJN, 19/8/04, “Banco Comercial de Finanzas S.A.”, CSJN-Fallos, 327:3117; ídem, 27/11/12, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino”, CSJN-Fallos, 335:2333.
- ¹⁷ Cornaglia, La aplicación inmediata y retroactiva de la ley laboral, LL, 2004-D-1306.
- ¹⁸ CNAT, Sala II, 31/7/09, “Graziano, Antonio y otro c. Trilenium S.A. y otro”, en www.cij.gov.ar.
- ¹⁹ CNAT, Sala X, 14/12/06, “Torales, Gustavo R. c. Provincia ART S.A.”, inédito.
- ²⁰ CNAT, Sala III, 19/4/11, “Castro, Sebastián M. c. La Segunda ART S.A.”, en “Boletín Temático de Jurisprudencia de la CNAT”, “Ley de Riesgos del Trabajo (ley 24.557)”, abr. 2012.
- ²¹ CNAT, Sala VII, 30/6/11, “Berazza, Leonardo A. c. Mapfre Argentina ART S.A.”, en “Boletín Temático de Jurisprudencia de la CNAT”, “Ley de Riesgos del Trabajo (ley 24.557)”, abr. 2012; ídem, Sala IX, 23/3/12, “Rovira, Viviana G. c. Consolidar ART S.A.”, inédito.
- ²² Morello, El daño moral en los cuasidelitos y el nuevo artículo 3º del Código Civil, JA, 1970-6-393.
- ²³ Según Pardo (El art. 3º del Código Civil según la ley 17.711, LL, 135-1354) es el caso típico del daño moral. Aunque en contraposición se ha dicho que el daño no es una consecuencia sino un presupuesto, y hace a la constitución del derecho.
- ²⁴ Conf. Juzg. Nac. 1º Inst. Civ. n° 37, 15/9/15, “P. P. I. y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro”, sentencia de la doctora Silvia Tanzi, en www.cij.gov.ar.
- ²⁵ CSJN, 29/4/14, “Calderón, Celia M. c. Asociart ART S.A.”, C.915.XLVI, en www.csjn.gov.ar.
- ²⁶ Schick, Riesgos del trabajo, 2ª ed., 2009, ps. 451 y 453.
- ²⁷ Cornaglia, La aplicación inmediata y retroactiva de la ley laboral, LL, 2004-D-1306.
- ²⁸ Cám. Apel. Laboral Santa Fe, Sala II, 14/6/13, “Gatti, Daniel A. c. Provincia de Santa Fe”, Rubinzal On Line, RC J 11667/13.
- ²⁹ Cornaglia, La aplicación inmediata de la ley laboral más benigna en relación con la ley 26.773, en “Doctrina Laboral y Previsional”, t. XXVII, p. 367.
- ³⁰ CSJN, 29/4/14, “Calderón, Celia M. c. Asociart ART S.A.”, C.915.XLVI, en www.csjn.gov.ar.
- ³¹ CSJN, 22/12/08, “Aveiro, Isabel c. Consolidar ART S.A.”, CSJN-Fallos, 331:2839.
- ³² CSJN, 17/8/10, “Lucca de Hoz, Mirta L. c. Taddei, Eduardo y otro”, CSJN-Fallos, 333:1433.
- ³³ Apartado IV, párr. 1º del dictamen de la Procuración al que adhirió la Corte en la causa citada.
- ³⁴ CSJN, 30/5/89, “Ayala Ganchegui, Juan C. I. c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda”, CSJN-Fallos, 312:764.
- ³⁵ CNAT, Sala II, 11/11/13, “Ronchi, Jorge H. c. Consolidar ART S.A.”, voto del doctor Maza, en www.cij.gov.ar.
- ³⁶ CNAT, Sala VI, 28/3/12, “Montenegro, Luis H. c. Mapfre Argentina ART S.A.”, en “Boletín Temático de Jurisprudencia de la CNAT”, “Ley de Riesgos del Trabajo (ley 24.557)”, abr. 2012.
- ³⁷ CSJN, 26/10/04, “Milone, Juan A. c. Asociart S.A. ART”, consid. 5º, último párrafo, CSJN-Fallos, 327:4607.
- ³⁸ CSJN, 9/3/11, “Calderón de Loiza, Norma I. c. Eternit Argentina S.A. y otro”, LL, 2011-B-271.
- ³⁹ Recaséns Siches, voz “Equidad”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, 1959, t. X, p. 427.
- ⁴⁰ “Aequitas religio judicantis”, conf. Saux, La equidad como factor objetivo de atribución, LL, 2008-F-118.
- ⁴¹ Recaséns Siches, voz “Equidad”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, 1959, t. X, p. 428.

- ⁴² Recaséns Siches, voz “Equidad”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, 1959, t. X, p. 429.
- ⁴³ Mosset Iturraspe, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), 2003, t. 1A, p. 43.
- ⁴⁴ Sentencia del 3/5/13, voto de la doctora Vázquez y adhesión del doctor Vilela, en www.cij.gov.ar.
- ⁴⁵ Pues bien puede hallarse aquella también, en ese momento, desfasada de la realidad. Esto sin perjuicio de argumentar que, en virtud del texto de la ley 26.773 y los fundamentos del caso “Lucca de Hoz”, la reparación adecuada podría hallarse con base en el cuestionamiento constitucional de la tarifa —véase Capítulo XIV—).
- ⁴⁶ CSJN, 26/6/67, “Provincia de Santa Fe c. Nicchi, Carlos A.”, CSJN-Fallos, 268:112.
- ⁴⁷ El juez es un “juzgador”, y a tal fin aplica la lógica de lo razonable (razón justificada), en el marco del derecho positivo tamizado por las circunstancias reales y caracterizadas por rasgos particulares que el contorno concreto de la causa ofrece.
- ⁴⁸ En el caso la ley 21.915.
- ⁴⁹ CSJN, 6/7/82, “Carrizo, Domingo y otros c. Administración General de Puertos”, consid. 8º, CSJN-Fallos, 304:972.
- ⁵⁰ CSJN, 17/5/88, “Marotta, Ricardo N. c. YCF”, CSJN-Fallos, 311:767.
- ⁵¹ CSJN, 19/4/11, “Cerigliano, Carlos F. c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control”, C. 1733. XLII, en www.csjn.gov.ar.

Parte tercera

Capítulo 1

Los damnificados legitimados

1. Introducción

Cuando el régimen de riesgos del trabajo establece la legitimación a efectos del cobro de la tarifa, otorga únicamente derecho al damnificado directo en el caso de incapacidad, y ciñe las prestaciones por fallecimiento a una nómina de damnificados indirectos que, catalogados como derechohabientes, en general se excluyen entre sí.

El sistema, por otra parte, no realiza distinciones entre las clases de daño: otorga todas las prestaciones dinerarias (que engloban a las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales) al mismo damnificado (directo o indirecto).

En definitiva: las consecuencias de las lesiones (cualquiera sea su dimensión) son resarcidas al trabajador, y las consecuencias del fallecimiento (todas ellas) al derechohabiente colocado en mejor grado de prelación.

Diversa es la legitimación que contempla el derecho común.

En este último todos los damnificados (directos e indirectos) pueden reclamar las consecuencias materiales que en forma personal experimentan a raíz del suceso (art. 1739, *CCCN*). Las consecuencias extrapatrimoniales, por su parte, pueden ser reclamadas por el damnificado directo (la víctima) pero también por los damnificados indirectos que convivan con aquel recibiendo trato familiar cuando la incapacidad fuera relevante. Esta última clase de consecuencias, en caso de muerte, podrán ser reclamadas por los damnificados indirectos que establece la ley (art. 1741, *CCCN*), pero sin que se excluyan o desplacen entre sí.

Ello implica que son grandes las diferencias entre el sistema especial y el régimen del derecho común en cuanto a la legitimación frente al mismo hecho. De allí se extrae que una contingencia del sistema puede dar lugar al cobro de prestaciones, y que de ese suceso se devenguen a su vez rubros indemnizatorios desde el derecho común.

La cuestión reviste interés más aún cuando se trata de damnificados diversos en función de un mismo hecho, ya que entonces la mecánica de la llamada opción excluyente queda desarticulada. Ello ya que resulta evidente que el cobro de un sujeto no puede importar para un tercero la pérdida de los derechos indemnizatorios que la Constitución Nacional (art. 19) le garantiza.

Por ende es central, en función de todo lo expuesto, analizar el esquema de la legitimación que rige en el derecho común, constituyéndose en objeto de este capítulo.

2. Legitimación para reclamar consecuencias patrimoniales

Se extrae del art. 1739 del *CCCN* (como antes se lo hiciera del art. 1079 del Cód. Civil) qué personas tienen acción resarcitoria por el daño: el derecho común acoge una solución amplia, otorgando legitimación a los damnificados directos y a los indirectos¹. La disposición citada constituye la norma que legitima a demandar frente al daño patrimonial, es decir por los perjuicios económicos sufridos a raíz del hecho.

La ley contempla a su vez ciertas presunciones de daño en torno a los perjuicios materiales padecidos por determinados sujetos (v.gr. art. 1745, inc. b), *CCCN*). Cuestión que no debe confundirse con la legitimación, ya que la existencia de daños presuntos en relación a ciertos damnificados no implica vedar el reclamo de otros sujetos, o la petición de mayores daños sufridos por quienes gozan del beneficio de la presunción.

Contrariamente a lo previsto en torno al daño material, existe legitimación acotada en materia de consecuencias no patrimoniales, donde la acción sólo puede ser intentada, en principio², por los reclamantes que habilita el art. 1741 del *CCCN*. Cuestión que entonces impone profundizar el análisis en torno a esa parcela.

3. Legitimación para reclamar consecuencias no patrimoniales

En materia de legitimación activa para reclamar las consecuencias no patrimoniales, la legislación común ha seguido un criterio diverso (más acotado) al considerado para el daño material.

Desde antiguo se aludió a la necesidad de evitar una “catarata” de reclamos frente a un evento dañoso, ante el cual frágiles susceptibilidades verían la posibilidad de obtener provecho económico a costa del responsable.

Con dicha visión, frente al dictado de la ley 17.711, Trigo Represas afirmó que “en principio no resulta censurable, sino por el contrario prudente, la limitación impuesta a la reparación del daño moral, ya que no es ocioso recordar que muchos individuos sólo se preocupan de sus afecciones y sentimientos cuando de indemnizaciones pecuniarias se trata”³.

Borda, por su parte y en su clásico estudio titulado “La reforma de 1968 al Código Civil”⁴, dijo que la aplicación al caso de la regla del art. 1079 “implicaba crear un verdadero semillero de pleitos por pretendidos o reales daños morales: cada muerte hubiera podido originar una cantidad muy indefinida y numerosa de demandas contra el responsable. Se hacía sentir la falta de una norma que regulara de modo claro, preciso y razonable, quienes tienen acción para reclamar este daño”.

La praxis judicial demostró que la limitación, aplicada rígidamente, carecía de la aludida razonabilidad. Por ello fue primero objeto de cuestionamiento constitucional (bajo el texto del Código Civil), para luego merecer una reforma que la flexibilizara (Código Civil y Comercial).

a) La inconstitucional limitación del Código Civil

En la mecánica del Código Civil derogado, cuando se tratara de daño material la ley otorgaba acción tanto al damnificado directo como a los indirectos (art. 1079). No ocurría lo mismo con el daño moral, pues allí su art. 1078 restringía la legitimación a la víctima, salvo caso de muerte de la misma, donde permitía también acotadamente solicitar resarcimiento por ese concepto a los herederos forzosos⁵.

La última disposición aludida fue reputada inconstitucional en los casos donde su férrea aplicación consolidaba situaciones de notoria injusticia, en contra de la realidad a normar. Por ello, el Código Civil y Comercial, rezeptando las críticas al articulado anterior, modificó legislativamente la cuestión en los términos de su art. 1741.

b) La ampliación de los legitimados por el Código Civil y Comercial

Dice el párr. 1º del art. 1741 del CCCN: “*Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible...*”.

La norma viene a reemplazar la solución del art. 1078 del Cód. Civil superando las limitaciones que este último portara.

Como ya hemos dicho, en la citada disposición del antiguo régimen la acción por indemnización del daño moral únicamente correspondía al damnificado directo y sólo si del hecho hubiera resultado la muerte de la víctima podían accionar los herederos forzosos.

Del allí se extraía:

- a) La legitimación restringida a la víctima salvo caso de muerte de aquélla.
- b) Una nueva restricción para accionar en caso de fallecimiento, al legitimar únicamente a los herederos forzosos.

En consecuencia, el art. 1078 del Cód. Civil denegaba el resarcimiento del daño moral a los damnificados indirectos que lo padecieran por causas distintas al homicidio y a su vez aún negaba la acción en caso de muerte a aquellos damnificados que no fueran herederos forzosos.

Del art. 1741 del CCCN, por su parte, se extraen las siguientes conclusiones:

- a) Legitima para reclamar las consecuencias no patrimoniales al damnificado directo, pero también permite accionar en caso de “gran discapacidad” de aquél (y no sólo en caso de muerte), a título personal, a los damnificados indirectos.
- b) Zanja definitivamente el debate que se creara en torno a la remisión a los “herederos forzosos” efectuada por el art. 1078 del Cód. Civil, al legitimar a los “ascendientes, descendientes y cónyuge”.
- c) Vuelve a ampliar la legitimación comprendiendo asimismo a quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible.

Al eliminarse las restricciones que dieran lugar a la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil (tanto en orden a la negación de la legitimación por no mediar muerte de la víctima cuando existían gravísimas secuelas⁶, como así por repeler las acciones de quienes no revistieran calidad de herederos forzosos⁷), los reclamos quedan habilitados en los supuestos que recoge el precepto. Ello no obsta a la posibilidad de sostener y acreditar la existencia de violación constitucional en algún caso no previsto por la norma⁸.

b.1) La nómina de damnificados indirectos legitimados

Tal como hemos visto, los damnificados indirectos ven ampliada su posibilidad de accionar desde un triple frente:

En primer lugar, ya no solo pueden reclamar frente a la muerte del damnificado directo, sino también ante su gran discapacidad.

En segundo término, la nómina de damnificados indirectos no se ciñe a los herederos forzosos. Recuérdese que ya bajo el texto del art. 1078 del Cód. Civil, la tesis restrictiva consideró que los únicos que podían accionar eran quienes fueran herederos legitimarios en el momento del fallecimiento de la víctima, mientras que la tesis amplia sostuvo que la ley refería a los herederos legitimarios “en abstracto”. Conflicto interpretativo que se superara en el ámbito de la justicia nacional civil con el plenario “Ruiz”⁹, decidiéndose que el Código Civil citaba allí a los herederos como todos aquellos que potencialmente invistieran ese carácter en el momento de la muerte del causante.

Ahora, con el texto del art. 1741 del *CCCN*, todos los ascendientes, los descendientes y el cónyuge tienen clara legitimación.

En tercer orden, la última norma citada amplía a su vez la legitimación al permitir accionar a quienes convivieran con la víctima recibiendo trato familiar ostensible. Con ello se incluye a quienes sin revestir la calidad de “cónyuges” son integrantes de una “unión convivencial” (los comúnmente denominados “concubinos”), a los “progenitores afines” (padrastro o madrastra), hermanos, tíos, primos y todo aquel que cumpla con los citados requisitos legales (convivencia y trato familiar).

b.2) La hipótesis de “gran discapacidad”

Como ya se ha dicho, existe una hipótesis en la cual los damnificados indirectos adquieren legitimación aún frente a la subsistencia de la víctima: la “gran discapacidad”.

Dado que el art. 1741 del *CCCN* no precisa los alcances de este último término, doctrinalmente se ha dicho que “debe entenderse aquellos casos en los cuales la víctima pierde toda posibilidad de sentir, o moverse por sí misma. Por ejemplo parapléjicos, tetrapléjicos o que han quedado en vida vegetativa, o personas que han sufrido la pérdida de un miembro o de un sentido. En esos casos puede percibir la indemnización el damnificado directo, pero también los demás legitimados”¹⁰. Por otro lado se ha brindado como ejemplo el caso “de una persona que a raíz de un accidente queda cuadripléjico o con parálisis cerebral”¹¹.

Recurriéndose como guía a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por ley 26.378), se incluyen a “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 1º de la citada Convención). Se halla discapacitada aquella persona que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas¹².

Teniendo presente el requisito de la medida especialmente relevante de la discapacidad que inserta el art. 1741 del *CCCN*, será labor de la jurisprudencia interpretar el precepto considerando el grado de certeza que ostenta el perjuicio padecido por los damnificados indirectos que mantienen con la víctima una íntima vinculación. Es indudable que el daño extrapatrimonial de éstos no se excluye por el mero hecho de sobrevivir el damnificado directo, sino que por el contrario puede ante la grave minoración de su integridad ser mayor el detrimento espiritual y el quebrantamiento al proyecto de vida de quienes lo acompañan¹³.

Se incluyen, en nuestra consideración, no sólo las secuelas de los accidentes sino también de graves enfermedades que pueden indudablemente repercutir en la esfera de los sujetos que rodean a la víctima (a modo de ejemplo, enfermedades infectocontagiosas que atentan contra la sexualidad de la pareja). Véase además que el propio art. 1741 confiere legitimación a los damnificados indirectos “según las circunstancias”, lo que impone apreciar los casos concretos.

c) Dos relevantes fallos de la CSJN relacionados con el art. 1741 del *CCCN*

El 5 de septiembre de 2017, la Corte Suprema dictó dos sentencias que guardan una íntima vinculación con el tema tratado (la legitimación activa atinente a las consecuencias no patrimoniales).

Lo trascendental de los precedentes se halla en la postura restrictiva que el Máximo Tribunal asume en aquellos, chocando en uno de ellos frontalmente con la solución que la Comisión integrada por los propios Ministros del Tribunal consagrara en el art. 1741 del *CCCN*.

En la causa “Lima c. Agon”¹⁴ trató la Corte un recurso de hecho deducido contra una sentencia de la Cámara Nacional Civil que había declarado la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil y otorgado legitimación a los damnificados indirectos para reclamar el daño moral frente a un accidente de tránsito que había causado a la damnificada indirecta un conjunto de afecciones y secuelas tales como fractura de muñeca, de cadera, acortamiento de pierna derecha, dificultad masticatoria, trastorno depresivo mayor de tipo grave y estrés postraumático, entre otras.

La Corte, con remisión al dictamen del Procurador, dejó sin efecto la inconstitucionalidad decretada en la instancia anterior, impidiendo en consecuencia el resarcimiento. Pese a resultar opinable la decisión por las características del caso, en función del vínculo de los reclamantes (hermanos y padres de la víctima) y la clase de lesiones (en orden a la configuración de gran discapacidad), es llamativa la ausencia total de consideración de las pautas brindadas por el nuevo ordenamiento civil (tributario de principios constitucionales), aún cuando no resultara ley aplicable al caso.

Esa negación sí resulta explícita en el otro precedente que la Corte suscribiera en la misma fecha.

En efecto, al fallar la causa “González c. Estado Nacional”¹⁵, trató la Corte un recurso interpuesto por la parte actora contra una sentencia que, revocando la de primera instancia, rechazara el resarcimiento por daño moral que procuraba un menor de edad producto de la muerte del esposo de su madre.

Para dejar sin efecto el resarcimiento, la Cámara Civil y Comercial Federal había dicho en el caso que la decisión judicial no podía apartarse del límite legal establecido por el art. 1078 del Cód. Civil, pues “aún cuando el trato familiar de hijo fuese ostensible, carecía del vínculo de derecho que lo colocase en la situación prevista por la ley”.

La Corte Suprema, con aplicación del art. 280 del CPCC y mediante el voto de los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, dejó firme aquella decisión, burdamente violatoria de las disposiciones constitucionales en juego.

Queda claro eso por los términos de los votos disidentes de Maqueda y Rosatti. El primero de ellos consignó en el considerando 7º de su voto que de las constancias de la causa se extraía que el menor había convivido durante años con el causante, que entre ambos existía una relación de padre e hijo, que el fallecido había iniciado los trámites para que se le otorgara la tenencia del menor (oportunidad en la que había declarado que lo tenía “a su cargo, bajo su único amparo y protección y viviendo bajo el mismo techo”), y que el demandante padecía trastorno por estrés postraumático crónico que tuvo como factor directo el hecho juzgado.

Aún cuando el conflicto no se rigiera por el art. 1741 del *CCCN*, se configuraron allí de forma concreta y clara los presupuestos que la Comisión que proyectara el nuevo cuerpo legal (integrada por Lorenzetti y Highton de Nolasco) consideró necesario receptor, para justamente salvar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil. La decisión de la Corte, en consecuencia, importó convalidar una explícita violación constitucional.

Notas

- ¹ Zavala de González, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), 1999, t. 3A, p. 219 y siguientes.
- ² Pues sería posible plantear la inconstitucionalidad del precepto limitante.
- ³ Trigo Represas, en Examen y crítica de la reforma del Código Civil, 1971, t. 2, Obligaciones, p. 170.
- ⁴ Borda, La reforma de 1968 al Código Civil, 1971, p. 203.
- ⁵ Existía mayormente coincidencia en afirmar que la regla que imponía el art. 1078 del Código Civil resultaba también aplicable frente al incumplimiento contractual, argumentándose que ello obedecía a la generalidad de sus términos y a la analogía de situaciones.
- ⁶ SCBA, 16/5/07, “C., L. A. y otra c. Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros”, Juba, C. 85.129.
- ⁷ Véanse, entre otros: SCBA, 14/9/11, “R., A. H. c. Kelly, Santiago y otros”, Juba, C. 100.285; Cám. 1ª Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, 23/11/04, “Rodrigo, Sandra E. c. Bustos, Esteban”, LLBA, 2005-133; CNAT, Sala V, 15/2/12, “Umaña Navarro, Carmen c. MyG Construcciones S.R.L. y otro”, LL, On Line.
- ⁸ Véase que el Proyecto de 1998, luego de abarcar a los legitimados que aprehende el art. 1741 del CCCN, disponía: “Los tribunales tienen atribuciones para asignar legitimación a otros sujetos, en los casos especiales en los que el hecho tiene un grado de repercusión en el reclamante que excede del ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y demás circunstancias” (art. 1689, último párrafo). Ese marco autorizaba a los jueces —capacitados para valorar el caso concreto— a prescindir del recaudo de la convivencia, que puede resultar limitante aun comprendiendo que el texto aprobado ha preferido una mayor determinación en la búsqueda de equilibrio en torno a la restricción —pero pudiendo aquélla tomarse injusta en ciertas hipótesis concretas que la multiforme realidad sea capaz de llevar a los estrados judiciales—.
- ⁹ CNCiv., en pleno, 28/2/94, “Ruíz, Nicanor y otro c. Russo, Pascual”, LL, 1994-B-678.
- ¹⁰ López Herrera, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Julio C. Rivera - Graciela Medina (dirs.), 2014, t. IV, p. 1075.
- ¹¹ Vázquez Ferreyra, Aspectos generales de la responsabilidad civil en el nuevo Código de derecho privado, RCyS, 2015-II-5.
- ¹² Diccionario de la lengua española, 22ª ed., en www.rae.es.
- ¹³ Pizarro, Daño moral, 2ª ed., 2004, p. 245.
- ¹⁴ CSJN, 5/9/17, “Lima, Maira J. c. Agon, Alfredo y otros”, Fallos, 340:1185.
- ¹⁵ CSJN, 5/9/17, “González, Marisa G. y otros c. Estado Nacional”, Fallos, 340:1154.

1. Introducción

Dentro del sistema no existe concurrencia de responsables para resarcir una misma contingencia: las prestaciones las adeuda la aseguradora contratada por el empleador, o este último en caso de carecer de cobertura.

En el derecho común, por el contrario, pueden existir múltiples obligados a resarcir, en función de causas distintas (responsables concurrentes) u originadas en una causa única que origine la posibilidad de exigencia total a cualquiera de los deudores (responsables solidarios).

Es decir que puede resultar el empleador quien deba afrontar la reparación de los daños sufridos desde el derecho común, pero también podrán cobijarse dentro de este último distintas hipótesis de responsabilidad que alcancen a otros sujetos.

En función de la norma de derecho común aplicable (atrapando dentro de esta última noción las generales civiles y comerciales y las propias laborales distintas a las del sistema especial de riesgos) la responsabilidad de aquellos podrá ser concurrente o solidaria, con los efectos prácticos que ello conlleva.

2. Los posibles obligados a reparar desde el derecho común

Para hallar responsabilidad desde el derecho común se observa clásicamente al empleador.

Siendo evidente que entre este último y el trabajador se establece un vínculo contractual, ello impone analizar en primer término si ese vínculo entraña alguna obligación en torno al resguardo de la integridad psicofísica del co-contratante, y en su caso las consecuencias de su incumplimiento.

La respuesta que se otorgue a aquel interrogante tendrá efectos sobre la naturaleza de la eventual responsabilidad (contractual o extracontractual) y las normas aplicables.

Puede suceder, por otro lado, que el infortunio laboral provoque el fallecimiento del trabajador. Habrá que indagar entonces sobre los legitimados desde el derecho común, y los alcances de las obligaciones contractuales más allá de las partes, en el plano de este derecho tan particular que también protege a la familia del dependiente. Ello sin olvidar, en su caso, las normas aplicables de la extracontractualidad.

Todo ello sin olvidar que el empleador puede ser múltiple, como expresamente admite el art. 26 de la *LCT*.

Por otra parte, el régimen especial coloca a las aseguradoras en contacto con el vínculo laboral y las condiciones en las que aquél se desarrolla. De los daños que en ese marco acaezcan (por el hecho o en ocasión del trabajo) nacerá su responsabilidad sistémica. Pero en función de la posición asumida también podrá comprometerse su responsabilidad desde el derecho común, y allí la reparación no será tarifada sino plena.

Más allá de la ART el contrato de trabajo es vehículo para que el empleador y el trabajador se conecten con otros terceros. La responsabilidad de aquellos también podrá indagarse desde las normas comunes laborales (arts. 29, 29 bis, 30, 31, 228 y ctes, *LCT*) o desde las comunes civiles.

Sobre todo ello profundizaremos en los capítulos donde se analiza la posibilidad de alcanzar, en pos de la reparación plena, al empleador, a la aseguradora y a otros terceros.

3. La concurrencia o la solidaridad frente a la obligación resarcitoria

Tal como apuntáramos al comienzo del capítulo, puede existir una concurrencia plural de responsables frente al daño sufrido por el dependiente en su salud o su vida. Interesa aquí, entonces, cómo se relacionan las distintas personas que componen el plural frente a los damnificados (las relaciones externas o verticales), cuestión que en parte dependerá de cómo se relacionan aquellas entre sí (las relaciones internas u horizontales).

Cuando el tema se encuentra tratado por la legislación laboral, esta última impone la solidaridad, que rige con la finalidad de tutelar al dependiente y a efectos de tornar operativo el principio protectorio. Son varias las normas, dentro de la Ley de Contrato de Trabajo, que así lo disponen (arts. 29, 29 bis, 30, 31, 136, 228).

Por otro lado, cuando el tópico se observa desde la responsabilidad civil, prima la existencia de obligaciones concurrentes, y así se lo establece en materia de responsabilidad directa con pluralidad de responsables (art. 1751, *CCCN*), responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753, último párrafo, *ídem*), o el dueño y el guardián por el daño causado por las cosas (art. 1758, párr. 1º, *ídem*).

La diferencia no es menor, ya que ambas clases de obligaciones se rigen por diferentes reglas, aunque a las concurrentes se les aplique las atinentes a las solidarias de manera subsidiaria (arts. 851 y 852, *CCCN*).

En efecto, operando el régimen de las obligaciones solidarias, la mora de uno de los deudores perjudica a los demás

(art. 838, CCCN) y la interrupción y la suspensión del curso de la prescripción extintiva es extensible (arts. 839, 2540 y 2549, CCCN).

Por ello, cuando exista responsabilidad del empleador y de terceros, será importante atender a la causa de la obligación resarcitoria y las normas aplicables. Cuestión que trataremos en los próximos capítulos.

4. La responsabilidad de sujetos distintos del empleador y la opción

Al derogar la veda que rigió durante la vigencia del texto originario de la ley 24.557 para accionar contra el empleador, la ley 26.773 mantuvo la habilitación para demandar a terceros (es decir, sujetos distintos del empleador).

En efecto, el art. 17 de la ley 26.773, en su ap. 1º, derogó los incs. 1º, 2º y 3º del art. 39 de la LRT, conservando el texto de su inc. 4º que establece: *“Si alguna de las contingencias previstas en el art. 6º de esta ley hubieran sido causadas por un tercero, el damnificado o sus derechohabientes podrán reclamar del responsable la reparación de los daños y perjuicios que pudieren corresponderle de acuerdo con las normas del Código Civil, de las que se deducirá el valor de las prestaciones que haya percibido o deba percibir de la ART o del empleador autoasegurado”*.

La opción (art. 4º, ley 26.773) sólo rige entonces para el caso de intentar comprometer la responsabilidad “común” del empleador. En esa inteligencia sería posible accionar contra los terceros responsables desde la órbita del derecho común, para obtener la reparación plena del daño, sin que ello implique renuncia del mínimo tarifado, que en su caso deberá deducirse¹.

Notas

- ¹ Según lo dispuesto por el art. 39, ap. 4º, ley 24.557.

Las fuentes de la responsabilidad y su cúmulo

1. Introducción

La acción común, en función de la cual el dañado procura la reparación plena, abre un catálogo más amplio de damnificados y obligados que el correspondiente a la llamada acción sistémica, donde el legitimado activo es el trabajador (salvo fallecimiento) y el responsable es la aseguradora (con excepción de los casos de ausencia de seguro o autoseguro).

Mutan también los daños resarcibles y su extensión, al salir de la tarifa que los presume.

En ese escenario, donde conviven distintos legitimados activos y pasivos, la conexión que existe entre ellos es diversa. El trabajador y el empleador se encuentran unidos por un contrato, que da ocasión al daño. Ese daño puede a su vez provenir de la intervención de cosas riesgosas, sobrevenir en función de una actividad peligrosa, o incluso ser producto de un actuar negligente.

El trabajador y el empleador se relacionan asimismo con terceros, que en marco de la ley laboral pueden ser responsables solidarios de las deudas derivadas del contrato. Pero aún fuera de aquella responsabilidad legal del derecho común del trabajo, la vinculación que ostentan los coloca en una posición que puede engendrar responsabilidad también desde el derecho civil.

El contrato de trabajo, que impone a su vez el contrato de seguro de riesgos del trabajo, sitúa en conexión también a la ART. La existencia de una contingencia amparada por la ley especial determinará su responsabilidad sistémica, pero su propio obrar le podrá deparar también responsabilidad desde el derecho común.

Si el hecho dañoso hubiera provocado la muerte del damnificado directo, los legitimados serán los damnificados indirectos, que pueden o no coincidir con los derechohabientes del régimen especial. La relación de aquellos con el empleador, los terceros y la aseguradora será un derivado del vínculo contractual que mantenía el difunto.

El daño podrá incluso ser causado por un tercero completamente extraño al contrato, como ocurre en el caso de los accidentes en la vía pública durante la traslación del dependiente (*in itinere*).

Esa multiplicidad de fuentes requiere analizar en cada caso la naturaleza de la responsabilidad, y la posibilidad de acumularlas.

2. Las diversas fuentes de la responsabilidad

Hemos visto que un mismo hecho jurídico puede generar diversidad de legitimados (activos y pasivos), donde la responsabilidad puede obedecer también a orígenes dispares.

Es clásico el caso resuelto por la Cámara Civil y Comercial de La Plata (con voto señero del doctor Roncoroni), donde una intoxicación botulínica provocada por la ingestión de palmitos cobrara tres vidas y dejara varios lesionados. Allí, en el célebre caso “Caprarella c. Boccabella”¹ por los fallecidos concurren a demandar los damnificados indirectos y por los lesionados ellos mismos por su propio derecho. A su vez, como la ingestión se produjera en las mesas del restaurante de los demandados (o fueran adquiridos allí para su consumo en domicilios particulares), con las víctimas directas se dirimió la cuestión en base a la responsabilidad contractual, mientras que al resto se les aplicó las normas de la extracontractualidad.

También es conocido el caso donde la Corte Suprema² reprochó al tribunal que había englobado indiscriminadamente en la misma solución a todos los demandados declarando prescripto el reclamo de la víctima transportada (por aplicación de la prescripción anual que regía en el contrato de transporte), cuando en el pleito se había demandado a su vez al conductor del rodado (que era ajeno al vínculo contractual entre empresa transportadora y transportado y había sido demandado con fundamento en la responsabilidad por su hecho propio —art. 1109, CC—). Quedó en claro allí que un pleito puede albergar responsabilidad contractual de un demandado y extracontractual de otro, del mismo modo que enseña que como transportista la acción podía hallarse prescripta, pero no en función de la responsabilidad refleja por el obrar de su dependiente.

La cuestión no es baladí en materia de daños laborales y permite las siguientes reflexiones:

- a) Consideramos que rige, a cargo del empleador, una obligación de seguridad que resulta anexa y tácita al contrato, que beneficia al trabajador. Este último podrá demandar por sus daños, en función de aquella.
- b) Cuando del accidente o de la enfermedad laboral resulta el fallecimiento del dependiente, podrán reclamar los derechohabientes en su calidad de damnificados indirectos. Sin perjuicio de que no se encuentran unidos directamente al contrato, consideramos que aquí se enerva el efecto relativo, desde que en el contrato de trabajo se protege al trabajador pero también a su familia, que no puede quedar desamparada en torno a la obligación de seguridad

que resguarda la integridad psicofísica de quien provee los alimentos.

- c) Sin perjuicio de lo anterior, recobra importancia a todo evento la existencia de una acción fundada en el art. 75 de la LCT, pues si la ley impone un obrar al empleador, no puede su incumplimiento ser indiferente si se tratara de un caso de muerte.
- d) Aún no aceptada la existencia de las acciones anteriores, o los alcances a los derechohabientes, en el marco contractual se admite ahora sin cortapisas la aplicación de la responsabilidad objetiva en función de las cosas y actividades riesgosas. Es muy común que allí encuadren las acciones derivadas de accidentes y enfermedades laborales, y que incluso su carácter riesgoso se presuma en función del propio daño. Operarán allí las normas que el CCCN dedica a la responsabilidad objetiva en tales supuestos.
- e) Lo mismo ocurrirá si demandado por un infortunio laboral y acreditado el hecho, no se probara la relación laboral, circunstancia en la que bien cabría condenar al accionado no ya como empleador, sino como dueño o guardián de la cosa, o responsable de la actividad.
- f) Podrá mediar también meramente culpa por el obrar negligente, o incluso dolo que se presume ante el daño padecido por mujeres y menores en ciertas circunstancias.
- g) Puede existir también responsabilidad refleja del principal por el obrar de otro dependiente que causa el daño, donde el empleador responderá por la mera relación ocasional entre el perjuicio y la función.
- h) La responsabilidad de terceros también es factible de ser comprometida: podrá ser solidaria en función de lo impuesto por la LCT en determinados supuestos (arts. 29, 29 *bis*, 30, 31, 225, 228 y ctes.), o concurrente si se arguyera en atención a lo decretado por el CCCN. Y aún negada la operatividad de las normas de solidaridad en las acciones comunes plenas, la vigencia de acciones contractuales (como la del art. 75 LCT) llevaría a la solución contraria. E incluso no podría discutirse que la relación fáctica que genera la relación existente entre empresas coloca los elementos que sirven en el derecho común para responsabilizar por la guarda intelectual o la guarda provecho.

Todas las cuestiones anteriores, que no agotan el catálogo de posibilidades, revisten entidad superlativa en la práctica del derecho de daños laborales. Sencillo es comprenderlo. Si la Suprema Corte de Buenos Aires sostiene obcecadamente que “deducida la acción con fundamento en normas del derecho común carece de relevancia la existencia de relación laboral entre las partes porque la eventual responsabilidad de la demandada por el daño ocasionado no deriva de aquel vínculo sino del acaecimiento de un suceso extraño al contrato, generador de responsabilidad de tipo extracontractual”³, cabe cuidar alegar en adición la configuración de los elementos de la responsabilidad civil. Más allá del error evidente de la citada doctrina, su conocimiento es central para impedir la ausencia de reparación frente a un daño injusto. En definitiva, para evitar una violación constitucional (arts. 14 bis y 19, *CN*).

3. Cúmulo entre los regímenes

Aún cuando bajo la vigencia del art. 1107 del *CC* se estableció una línea divisoria entre la responsabilidad contractual y extracontractual, y mientras la doctrina civil pugnara por la unificación de los sistemas, en materia de acción común laboral por reparación plena los autores que abordaran el asunto concluían en la derogación de aquella regla para esta rama particular. Llamativamente lo hacían en función de la norma que imponía la opción entre el sistema especial y el común (tarifa o reparación plena), pero que a la vez permitía entonces el cúmulo entre responsabilidad contractual y extracontractual.

La derogación del citado art. 1107 del Código Civil simplifica actualmente la cuestión.

a) El art. 1107 y la opción de las leyes 9688 y 24.028

El art. 1107 del Código Civil, que abriera el Título IX referido a las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos, establecía: “Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este Título, si no degeneran en delitos del derecho criminal”.

Se distinguían entonces en materia civil, de acuerdo a Vélez Sársfield, dos regímenes de responsabilidad: un sistema se aplicaba a la responsabilidad por incumplimiento contractual, y otro a la relativa a los ilícitos extracontractuales. El art. 1107 se colocaba a modo de valladar, y así se aplicaban principios diversos según el origen de la obligación de resarcir.

En el derecho de daños actual, centrado en la persona del damnificado, cuyo objetivo es evitar que queden perjuicios sin reparar, y donde la responsabilidad por culpa pasara a un segundo plano relegada por el deber objetivo de responder, la barrera resultó injustificada.

Más allá de resultar anacrónica, en materia laboral la disposición devenía inaplicable, en función de normas posteriores que implicaran una modificación al régimen general cuando se tratara de un infortunio sufrido por el trabajador.

En efecto, la ley 9688, al introducir la opción “entre la acción de indemnización especial que les confiere la misma,

o las que pudieran corresponderles según el derecho común”, hizo que tal cuestión no se hallase regida por el art. 1107 del Código Civil, sino por una norma específicamente laboral: el art. 17 de dicha ley⁴.

Así la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en pleno, resolvió que jugaba el art. 1113 del Código Civil en los infortunios laborales, destacando por mayoría que la remisión a las causas de “dolo o negligencia del patrón” obedecía simplemente al estado de la legislación vigente al momento de la sanción de la norma (año 1915)⁵.

A la misma conclusión se arribó en las “Primeras Jornadas Australes de Derecho”, celebradas en Comodoro Rivadavia con la presencia de la más conspicua doctrina civilista del país.

Afirmó allí Bustamante Alsina que la ley especial (9688), de igual jerarquía nacional que el Código Civil, había establecido para la opción una compatibilidad absoluta entre ambos sistemas, modificando así el criterio restrictivo del Código. Consignó en su ponencia que “en materia de accidentes del trabajo es inaplicable el art. 1107 del CC, pues éste exige para el ingreso en el campo aquiliano que la violación contractual sea a la vez un delito del derecho criminal y, en cambio, el art. 17 de la ley 9688 abre esa opción sin imponer ninguna condición”⁶.

A la misma conclusión arribó Kemelmajer de Carlucci, señalando que los contratos laborales no pueden estar regidos por las mismas pautas que los civiles. El art. 1107 del Código Civil tenía su basamento lógico en la existencia de relaciones de coordinación entre los contratantes; en el contrato laboral, en cambio, no existe ni la misma libertad ni la misma igualdad; las partes no fijan las pautas individualizadas. En suma, el art. 1107 no regía cuando el incumplimiento de la obligación convencional radicara en un contrato de trabajo⁷.

También se pronunció en aquellas Jornadas, en idéntico sentido, Mosset Iturraspe, expresando que “la opción admitida por la norma laboral importa una derogación, para el caso, de lo dispuesto por el art. 1107, Código Civil”⁸.

El criterio unitario fue sostenido por Perugini al votar en el plenario 266 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo⁹, donde afirmó: “No estoy de acuerdo con los que consideran el tema como si en materia de accidentes de trabajo hubiera una responsabilidad civil (...) y una responsabilidad laboral por otro. A mi entender hay en el ámbito del derecho del trabajo un solo tipo de responsabilidad que es, para llamarla de alguna manera, la responsabilidad laboral en torno a los accidentes del trabajo, que debe ser discernida en base a la ley 9688, al art. 75 de la LCT, y 1072, 1109, 1113 y concs. del CC (...) Dentro de mi concepción no hay, como se ve, una responsabilidad civil por un lado y una responsabilidad laboral por el otro, ni tampoco una responsabilidad contractual y otra extracontractual: todo ese complejo de normas laborales y civiles hechas laborales por la remisión del art. 17 de la ley 9688, debe ser interpretado conforme a los principios que informan la disciplina laboral, sólo que en base a dos posibilidades, la indemnización tarifada de la ley 9688 y la indemnización llamada de derecho común”.

Derogada la ley 9688 por la ley 24.028, esta última estableció la opción entre los derechos e indemnizaciones del sistema de responsabilidad especial y los que pudieran corresponder según el derecho civil, dirimiendo cualquier diferendo sobre la aplicación del art. 1113 del Código Civil y manteniendo a la vez la abrogación del art. 1107 del mismo cuerpo normativo, por los fundamentos ya citados.

b) La cuestión bajo la vigencia de la ley 26.773 y el CCCN

Hasta el 31 de julio del año 2015, reimplantada la opción por la ley 26.773, debió regir el mismo criterio expuesto en el título precedente, pues la opción de su art. 4º hace referencia a las indemnizaciones del sistema y a las fundadas en “otros sistemas de responsabilidad”.

La barrera del art. 1107 del Cód. Civil se hallaba inserta en legislación anterior y genérica, mientras que la ley 26.773 (normativa posterior y específica), eliminó la limitación más allá de la inconstitucionalidad del carácter excluyente de la previsión (no correspondiendo confundir la posible fuente múltiple de la responsabilidad común con la imposibilidad de acumular aquella con la acción especial). El reenvío se acordó, entonces, sin establecer distingo alguno.

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (1º de agosto de 2015) la cuestión se simplificó aún más, pues la antigua barrera (art. 1107, CC) se borró, para dar lugar a un sistema de unidad del fenómeno resarcitorio, donde continúa existiendo responsabilidad contractual y también aquella nacida fuera del contrato, pero sin incompatibilidad entre las reglas.

De todos modos, aún bajo el régimen restrictivo anterior, la doctrina había enseñado que la imposibilidad de acumular no impedía la subsidiariedad. Así Alterini dijo: “Aunque no cuadre acumular las acciones contractual y aquiliana, cabe que se accione por una vía y, subsidiariamente, por la otra”¹⁰. Del mismo modo afirmó Boffi Boggero: Habrá casos “en que el damnificado tenga interés en asegurar la condenación ante el posible rechazo de la demanda fundada en uno solo de los tipos de responsabilidad. Ante situaciones semejantes, puede accionarse con base en un sistema y, de manera subsidiaria, hacérselo simultáneamente con el otro... dado que ninguna norma se opone y la solución que se defiende sería un medio idóneo para asegurar en la mayor medida posible una reparación que se acerque al carácter integral de que se la quiere dotar”¹¹.

Es decir que aunque el precepto del Código Civil vedaba el “derecho a optar” entre uno y otro régimen (el que venía impuesto por la naturaleza de la responsabilidad)¹², ello no impedía la acción subsidiaria, aunque de todos modos sería el hecho fundante de la acción el que determinaría el régimen aplicable más allá del invocado. De allí que sería el juez quien, por el principio *iura novit curia*, determinaría el derecho aplicable (aunque siempre con el límite de la congruencia).

4. La inoperatividad de la regla de la previsibilidad contractual en materia de consecuencias indemnizables

Es menester aclarar que la ubicación de la fuente del responder en el plano contractual o extracontractual no es apta para limitar las consecuencias indemnizables.

De acuerdo al art. 1726 del CCCN, como regla la extensión del resarcimiento debe abarcar las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

Ello implica borrar la regulación diferenciada que previera al respecto el Código Civil. En este último, en el plano extracontractual se respondía por las consecuencias inmediatas y mediatas (arts. 903 y 904), pudiendo imputarse las casuales si el autor las previó en el caso concreto (art. 905). Y en la órbita contractual se respondía por las consecuencias inmediatas y necesarias (art. 520)¹³, siendo resarcibles las mediatas ante el incumplimiento malicioso (art. 521)¹⁴.

Aun cuando el art. 1728 del CCCN consagra la *regla de la "previsibilidad contractual"* para establecer que "*En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración...*", ello no permite limitar el resarcimiento del daño causado al dependiente en el marco del contrato de trabajo.

La norma se explica al aducirse que en el ámbito contractual son las partes las que mejor determinan el nivel de riesgos que quieren aceptar y también en función de ello fijan el precio, por ende la disposición remite a lo previsto al momento de la contratación y no al de la producción del daño. El daño imprevisible así no se repara porque no entra dentro del campo de la voluntad contractual.

Por ello su aplicación queda restringida al ámbito de los contratos celebrados paritariamente¹⁵, excluyendo por ende al contrato de trabajo que celebran empleador y dependiente sin paridad ni libre negociación de precio.

Es evidente, a todo evento, que en el plano laboral, donde el trabajador pone al contrato su salud y su vida, primariamente se habrá podido prever que frente al daño sufrido existe deber de responder para resarcirlo plenamente. El daño sería previsible para cualquier contratante cuidadoso y previsor (arts. 961 y 1725, CCCN), que habrá podido razonablemente prever que cualquiera que pone al contrato su fuerza de trabajo, que en definitiva es su integridad psicofísica, puede sufrir daño en aquélla.

Sin perjuicio de todo ello, la regla tampoco opera por la sencilla razón de que no se aplica cuando se trata de daños a la persona, causados con motivo del contrato¹⁶, pues allí el bien protegido no es el crédito, sino la persona misma. La citada regla de la previsibilidad resulta inadaptada a la reparación del daño corporal.

Por ende, en lo que hace a nuestro campo no rige limitación alguna al régimen general de imputación de las consecuencias que prevé el art. 1726 del CCCN.

Notas

- ¹ Cám. 1º Apel. Civ. y Com. La Plata, Sala III, 27/10/83, “Caprarella de Hernández Bardi, Beatriz c. Boccabella, José y otro”, LL, 1985-D-28.
- ² CSJN, 17/3/92, Maccia de Prieto, Juana c. Empresa de Transporte La Cabaña”, ED, 148-525.
- ³ SCBA, 27/4/04, “Torena, Carlos N. c. Antonetti, Oscar”, Juba, L. 79.121.
- ⁴ CNAT, en pleno, 26/10/71, “Alegre, Cornelio c. Manufactura Algodonera Argentina”, voto del doctor Justo López, LL, 144-380.
- ⁵ CNAT, en pleno, 26/10/71, “Alegre, Cornelio c. Manufactura Algodonera Argentina”, dictamen del procurador Humberto A. Podetti, LL, 144-380.
- ⁶ Bustamante Alsina, en Responsabilidad civil, Luis Moisset de Espanés (coord.), 1984, p. 258.
- ⁷ Kemelmajer de Carlucci, en Responsabilidad civil, Luis Moisset de Espanés (coord.), 1984, p. 264.
- ⁸ Mosset Iturraspe, en Responsabilidad civil, Luis Moisset de Espanés (coord.), 1984, p. 267.
- ⁹ CNAT, en pleno, 27/12/88, “Pérez, Martín I. c. Maprico S.A.”, LL, 1989-A-561.
- ¹⁰ Alterini, Responsabilidad civil, 3º ed., 1987, p. 58.
- ¹¹ Boffi Boggero, Opción o cúmulo, en Enciclopedia Jurídica Omeba, 1964, t. XXI, p. 17.
- ¹² Bianchi, El olvidado art. 1107 CC, JA, 1976-II-269.
- ¹³ Zavala de González afirmó que en materia contractual las obligaciones de resultado (categoría que comprende al daño sufrido por el dependiente) generaban responsabilidad objetiva y no tenían un régimen legal explícito de imputación de las consecuencias dañosas. Por lo tanto se aplicaba el principio general de la imputación de todas las consecuencias objetivamente previsibles, sean inmediatas o mediatas (arts. 901 y 905, CC). La misma autora advirtió que el art. 520 del CC, en tanto restringía la responsabilidad del deudor culpable sólo a las consecuencias inmediatas, era disvalioso e inconstitucional, pues: a) vulneraba el principio de la reparación integral en perjuicio de la víctima; b) el factor de atribución justificaba la imposición de responsabilidad, pero no decidía la amplitud de la reparación —regida por la causalidad adecuada—; c) afectaba la igualdad ante la ley al introducir diferencias según la índole contractual o extracontractual de la responsabilidad; d) era adverso a la buena fe contractual (art. 1198, CC); e) se transgredía nuevamente la igualdad ante la ley cuando según una correcta interpretación no se aplicaba el art. 520 a los casos de responsabilidad contractual objetiva, pero sin motivo plausible se otorgaba un tratamiento más benigno al deudor culpable que a quien respondía sin culpa (Zavala de González, Actuaciones por daños, 2004, ps. 157 y 158).
- ¹⁴ Se aclara que en los términos del art. 521 del CC malicia era equivalente a dolo obligacional, dolo contractual consistente en el incumplimiento deliberado de la obligación, sin intención de daño, es decir, sin necesidad de que el sujeto quiera causar el perjuicio —Compagnucci de Caso, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), 2006, t. 2A, p. 226, con cita de Bustamante Alsina, Cazeaux - Trigo Represas, y Alterini—.
- ¹⁵ Lorenzetti, Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad, JA, 2001-II-1207.
- ¹⁶ Lorenzetti, Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad, JA, 2001-II-1207.

La obligación de seguridad

1. Introducción

Mucho se ha escrito en torno a la naturaleza jurídica de la acción de derecho común derivada de un infortunio laboral. La cuestión ha sido abordada tanto por la doctrina civil como por la laboral, hallándose en las obras de Ricardo Cornaglia¹ e Isidoro Goldenberg una excelente síntesis de las diversas posiciones².

Ha dicho Cornaglia: “la lectura crítica de la jurisprudencia indica que perdida en la bruma de la ignorancia la razón de ser del responder por el daño sufrido en ocasión o con motivo del contrato que obliga al dañante, pasa a cobrar una importancia que no merece el art. 1113 del Cód. Civil, o se redescubre el daño culposo o doloso a mérito del art. 1109 del Cód. Civil, o las previsiones del art. 75 de la *LCT*. En esos fallos se trata de hacer méritos progresistas, señalando que el trabajador, como cualquier ciudadano, debe de estar protegido por el daño llevado a cabo con culpa, dolo o por medio de cosas riesgosas o el obrar de dependientes por los que se debe responder, pero por falta de tratamiento y debido procesamiento, se desactiva una forma de responsabilidad superior, más intensa, inteligente, generosa y razonable, y de pura raigambre laboral”³.

En materia de daños laborales el deber genérico de no dañar (presente en toda relación humana y que no exige un vínculo jurídico preexistente) se particulariza por la existencia de una obligación que impone resultado (ausencia de daño) como vía para tornar operativa la indemnidad adeudada por el empleador al dependiente.

La cuestión, sin embargo, no se ciñe a la responsabilidad del empleador y a la tutela del trabajador. El campo de los daños laborales abarca también, como ya hemos visto en esta tesis, a otros sujetos pasivos (que se relacionan con el empleador y el trabajador en función de la actividad) y a otros damnificados (en primer término a los derecho-habientes a los que tutela la ley especial, pero también a sujetos diversos que ostentan vínculo con el dependiente dañado).

Por otro lado, con la vigencia del Código Civil y Comercial se ha puesto en tela de juicio la vigencia de la obligación de seguridad, situación que merece ser desarrollada pues la doctrina civil que la tratara no ha referido en particular a la relativa al contrato de trabajo, marco donde paradójicamente los tribunales civiles la aceptarían en mayor proporción que los laborales.

2. Definición

La obligación de seguridad ha sido definida como una obligación contractual expresa o tácita, anexa e independiente del deber principal, que existe en todo tipo de contrato y por la cual el deudor garantiza objetivamente al acreedor que no le causará daños en bienes distintos al que fuera concebido como objeto del negocio, como consecuencia del desarrollo efectivo de la prestación principal⁴.

Halla su fuente en el principio general *alterum non laedere*, sin perjuicio de ser una emanación de la regla de la buena fe contractual. El deber genérico de no dañar a otro está presente en toda relación de alteridad y no exige vínculo jurídico preexistente, mientras que la obligación de seguridad existe sólo como consecuencia de una relación jurídica anterior; siendo por ello el primero propiamente un deber y el segundo técnicamente una obligación. El instituto bajo análisis no deja de ser una aplicación al ámbito convencional de aquella regla general, y que también se sustenta en la buena fe como líquido amniótico dentro del cual debe gestarse todo vínculo obligacional⁵.

Es en la órbita del contrato de trabajo donde esta obligación (que ha encontrado asiento, aún tácitamente, en una múltiple variedad de vínculos convencionales) halla su fuente perfecta: en el plano laboral el empleador debe garantizar la indemnidad de su dependiente. De allí que sólo el reconocimiento de su vigencia implica la operatividad de la protección especial que la Constitución Nacional impone asegurar.

3. Aplicación en materia de accidentes y enfermedades laborales

Tal como ya apuntara Tissebaum, desde que apareció en el campo de la doctrina y más tarde de la jurisprudencia el principio jurídico que dio base a la llamada teoría de la responsabilidad contractual, se ha suscitado debate sobre la misma⁶.

Las oscilaciones de dicho debate, en cuanto al predominio de las tesis favorables u opuestas, puede seguirse a través del derrotero de la opinión de los autores y de los fallos de los tribunales.

a) *La doctrina y la jurisprudencia que inicialmente acogió su vigencia*

La teoría del origen contractual de la obligación que impone el resarcimiento en materia de infortunios derivados de

la relación de trabajo, fue sostenida por lo mejor de la doctrina nacional.

Bialet Massé la desarrolló en sus obras, dedicándole un capítulo de su célebre “Informe”. Dijo allí con claridad: “Cuando se lucra, aunque haya sido imposible evitar el daño, se responde, porque es el colmo de la inmoralidad que el patrón se enriquezca con el peligro del obrero y no responda del daño que éste sufra”⁷. Su tesis se robusteció en nuestro medio con los aportes de Anastasi, quien consideraba, al igual que el anterior, que la obra de Vélez Sársfield otorgaba respuesta plena en la materia y lamentaba que “los estudiosos argentinos, con excepciones contadas (Quesada, Matienzo, Colmo, Tobal, Dobranich) no fueron a beber inspiración en las puras fuentes que apagaron la sed del codificador”⁸. Prematuramente desaparecido Anastasi, fue Mariano Tissebaum el defensor de aquellas ideas⁹.

La tesis también mereció múltiple acogida jurisprudencial, y resultó aplicada en la Capital tanto por la Cámara Federal¹⁰ como por la Cámara Civil¹¹. Tobal¹² y Colmo¹³ la sostuvieron en ilustradas disidencias. En base a ella también fallaba Quesada, quien con contundencia afirmaba que lo que funda la acción es el daño sufrido sin razón, cualesquiera sean las causas, por buena que sea la maquinaria empleada y por manifiesta que resulte la vigilancia de patrones y capataces¹⁴.

Merece destacarse, por su simpleza y claridad, una sentencia del doctor Dobranich. Decía este último, al resolver la causa “González c. Colombo de Grisetti”¹⁵: “Juzgo que el actor, de no haber sido portero de la casa de la señora de Grisetti, con obligación de atender a todas horas la portería, no hubiera tenido por qué prepararse su propia comida, en un calentador ‘Primus’ (puesto que no tenía cocina a su disposición) y, por lo tanto, no sufriría hoy las consecuencias lamentables del uso de éste”.

Recepción de la teoría expuesta esencialmente por Sainctelette en Bélgica y Sauzet en Francia, de la cual se desprendía que el contrato de locación de servicios (antecedente del contrato de trabajo) engendraba obligaciones para ambas partes, y en lo que interesa, imponía al empleador garantizar la completa seguridad del dependiente. Obligación que nacía del contrato, con prescindencia de la ley, pero que en nuestro medio esta última refrendaba (arts. 1953, 1954, 1870, inc. 4º y 1198, Código Civil).

b) *La posición de la Corte Suprema*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la vigencia de la obligación de seguridad, ínsita en el contrato que une a patrones y empleados, en la causa “Monreal de Lara de Hurtado”¹⁶.

En ese mismo expediente, la Cámara Federal había sostenido: “el principio que hace al patrón deudor contractual de la seguridad del obrero, que rige en el caso *sub litem* no es creación de las leyes modernas sobre accidentes de trabajo; entra en lo que se ha convenido en llamar por la doctrina de los autores, falta contractual”. Se dijo en el mismo pronunciamiento que el contrato de locación de servicios engendra para ambas partes derechos y obligaciones: entre ellas, y a cargo del patrón, “garantizar al obrero que obedece, una completa seguridad”. Recordando que las convenciones obligan no sólo a lo que está expresado en ellas, sino aún a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación, según su naturaleza.

A su turno, el Máximo Tribunal de la Nación confirmó el decisorio, destacando que “el obrero víctima de un accidente de trabajo, o sus derecho-habientes, pueden reclamar una indemnización sin tener que hacer la prueba de una falta especial cometida por el patrón”.

La doctrina fue más adelante dejada de lado por el Tribunal con un argumento que actualmente ha perdido vigencia. En efecto, en la causa “Galuf”¹⁷ la Corte hizo mérito de la redacción de la ley 9688, para decir que después de la promulgación de aquella “carece de importancia en el derecho argentino la discusión sobre el fundamento de la indemnización debida al obrero por accidentes del trabajo”, pues el art. 17 había consagrado un derecho de opción entre la ley especial o las acciones que pudieren corresponder según el derecho común “por causa de dolo o negligencia del patrón”. Surgía de allí, en la concepción del Tribunal, que “el legislador, en función propia, declara que la acción común de indemnización es la que emerge de los delitos o cuasidelitos —hechos causados con dolo, culpa o negligencia—”.

Actualmente, la ley 26.773 establece similar opción, pero fijándola entre las indemnizaciones del régimen especial o las que “pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad”. Como se lee, la posibilidad no se ciñe, en la esfera de la acción común, al “dolo o negligencia”, sino que juegan todas las hipótesis de responsabilidad y, entre ellas, la nacida de la obligación contractual de seguridad.

c) *La réplica de los argumentos esbozados contra su validez*

La doctrina que reconociera la vigencia de la obligación de seguridad, robustecida como se viera en nuestro medio por autores de nota y tribunales con selectas integraciones, fue desmontada a partir de posteriores precedentes jurisprudenciales y de la crítica que desde la doctrina se formulara argumentando desde el perimido prisma de la culpa. El paradigma de esta última posición lo constituyó la obra de Bielsa¹⁸.

Su tesis se sustenta en una serie de argumentos que pueden ser rebatidos, mas aún ante la vigorización de los principios tuitivos operada en el siglo transcurrido desde entonces, y la constitucionalización de los derechos.

Decía Bielsa¹⁹:

1 — “Por esfuerzos que se hagan para separar la culpa del concepto de responsabilidad, volveremos siempre a ella, pues es siempre generadora de la responsabilidad, su elemento inseparable y fundamento necesario”.

El principio que enuncia que no hay responsabilidad sin culpa carece de vigencia. Lo sostuvo Llambías, considerando su existencia como “una exigencia de justicia con respecto al responsable” y alegando que se trataba del “gran escudo que ampara a los inocentes”. Con ello argumentaba que un agente puede aparecer como “autor material del daño” sin ser “autor moral”²⁰.

Por el contrario, es actualmente incuestionable el fundamento objetivo. Oponiéndose a Llambías enseña Mosset Iturraspe que la auténtica responsabilidad es la que se origina en el riesgo, pues la otra —fundada en la culpa— está cargada de connotaciones morales y un acento individualista²¹.

La impronta moral (y aún religiosa) de la culpa sirvió durante siglos como fundamento de la responsabilidad-castigo, por fortuna superada en las últimas décadas del siglo XX y en lo que va del XXI por una saludable responsabilidad-justicia²².

2 — “El patrón ofrece al obrero un trabajo que por su misma naturaleza pone la vida de éste en constante peligro; el obrero, por su parte, acepta el trabajo, no ignorando el peligro a que se expone. El patrón no promete seguridad y el obrero acepta la inseguridad”.

En el reconocimiento del peligro constante que implica para el dependiente la realización de su labor en beneficio del principal, se encuentra el fundamento de la existencia implícita de la obligación de seguridad. Se impone en función del principio de buena fe que campea en todo contrato, y tiene incluso fuente normativa. Por ello es innecesario que exista una promesa expresa, pues el deber de protección surge con la dependencia.

La obligación de seguridad es tácita; se infiere del negocio a través de su interpretación sobre la base del principio de buena fe²³. Con dicha base, se ha afirmado que en materia de accidentes de trabajo el sustento de la responsabilidad se halla en el factor garantía, dimanante del art. 1198 del Cód. Civil —reeditado en el art. 961 del CCCN—, aclarándose que garantizar significa afianzar un resultado concreto y no una mera actividad diligente²⁴.

Tampoco puede admitirse que el obrero acepte inseguridad, pues aceptar riesgos de dañosidad, admitir un perjuicio que se sufre en el cuerpo, es algo insólito. La naturaleza humana es refractaria a los sufrimientos²⁵.

3 — “Se supone el consentimiento del obrero de someterse a las consecuencias del trabajo”.

Jamás puede suponerse consentimiento del obrero, pues no puede sostenerse razonablemente que sufre un daño quien quiere sufrirlo; no es normal, “no puede suponerse ni presumirse”²⁶. Menos aún en el campo laboral, donde la ley prohíbe las presunciones en contra del dependiente y opera el principio de ajenidad de los riesgos. El resguardo de su integridad psicofísica ingresa en el campo de lo irrenunciable, y no podría consentir daños.

4 — “Menos puede esperársela espontánea del patrón, porque ello es contrario al espíritu de lucro o, por lo menos, al propósito de obtener todos los beneficios posibles y no pérdidas o cargas”.

La afirmación del autor evidencia la mezquindad de la posición, y a la par contiene ínsita la razón de ser del responder. Al efecto es de prístina claridad la nota que Vélez Sársfield insertara al art. 2227 del Código Civil: “La responsabilidad, al parecer extraordinaria, que se exige en este capítulo de los posaderos, nace también de las circunstancias especiales del acto de introducción en las posadas de los efectos de los viajeros. El posadero en el hecho de abrir una posada al público se ofrece a recibir el depósito de lo que lleve el viajero, y este depósito no es sólo en interés del depositante, sino también en el interés del depositario: el posadero, que lleva un precio por la persona y efectos de los que se alojan en su casa”.

Es justamente el provecho económico que obtiene con la labor del dependiente el que obliga al patrón. Quien crea para sí una fuente de riqueza debe afrontar las reparaciones. Y la cuestión es independiente de la efectiva percepción de ganancias, pues sólo él carga con los riesgos. Son el poder, el provecho y la dirección los que exigen la responsabilidad.

Por otra parte, tal como enseñaba Biale Massé, si hubiera una industria que no pudiera soportar los riesgos debería desaparecer, porque no habiendo esclavos en la República nadie puede lucrar con la vida de los hombres²⁷.

5 — “La inclusión de una simple cláusula de irresponsabilidad, en virtud de la autonomía contractual que el Código establece, no siendo contraria al orden público, tendría completa validez”.

Por el contrario, ni la salud ni la vida pueden ser objeto de cláusulas de irresponsabilidad, pues no sólo desvirtuarían la esencia del vínculo obligacional sino que además comprometen derechos subjetivos no disponibles (como la integridad corporal).

La salud no está en el mercado y no es un bien sobre el que se pueda transar o renunciar. Se protege o se abandona, y la parcialidad es desprotección²⁸.

6 — “Supóngase que un mismo accidente hace dos clases de víctimas: un obrero y un tercero. Una polea se desprende y atravesando la pared alcanza y hiere a un transeúnte en la calle (...) En esas dos hipótesis, el patrón es responsable en razón del mismo hecho, tanto respecto de sus empleados, como de los terceros que no están ligados a él por el contrato de locación de trabajo. Y lo es porque la obligación existe independientemente del contrato”.

Es absurdo poner en un pie de absoluta igualdad al extraño a quien la mala suerte hace víctima por una consecuencia accidental de tiempo y espacio, con aquel que debe permanecer en su puesto, sujeto a una labor, y que recibe el daño como consecuencia y en ocasión del trabajo²⁹.

7 — “Si la obligación de garantizar la seguridad del obrero es obligación contractual, puesto que es deuda de seguridad, ella será exigible por la acción que nace del contrato. En consecuencia, ella prescribe en el tiempo determinado por el art. 4023 (...) Yo pregunto, este largo plazo ¿importa una ventaja para el obrero?, ¿le reporta alguna utilidad práctica? Creo que no. Si el obrero damnificado reclama una indemnización, es porque la necesita para proveer a las necesidades del día siguiente. No digo un año, tal vez ni un mes deje pasar sin promover la correspondiente demanda. Por lo demás, sólo entonces tendrá éxito en ella: la prueba se producirá fácilmente. La disposición de las máquinas y de las instalaciones, los testigos que son también obreros, etcétera; todo será de fácil comprobación inmediatamente de producido el accidente y no algunos años después, cuando ya se han modificado o cambiado hombres y cosas”.

La argumentación de Bielsa implica el claro reconocimiento del estado de necesidad del obrero accidentado, y ello refuta sus postulados anteriores. Más allá de eso, si el dependiente deja transcurrir el tiempo para accionar y el obligado no solventa el crédito que se halla automáticamente en mora desde que se viola el deber de no dañar, será la conducta de ambos la que juegue, y ello no muta la naturaleza de la responsabilidad, que no depende del plazo de prescripción. Aun así, éste no difiere (arts. 2562, inc. b), CCCN, y 258, LCT). Por otro lado, y a todo evento, no sería incongruente que la acción por reparación de los daños a la integridad psicofísica se rigiera por un plazo mayor, a mérito de los derechos comprometidos. De allí que la discriminación frente al nuevo plazo fijado para accionar en otros supuestos por responsabilidad civil (art. 2561, párr. 2º, CCCN), sea pasible de reproches de inconstitucionalidad.

d) *Su moderna aceptación*

Con fecha 21 de abril de 2012, en su “XIV Encuentro”, el Foro de Institutos de Derecho del Trabajo de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, aprobó sin disidencias la siguiente conclusión: “La responsabilidad del empleador es contractual, y sobre él pesa una obligación de seguridad, de resultado, en virtud del daño sufrido por el dependiente en ocasión del trabajo. Se trata del cabal respeto y operatividad del principio de indemnidad”. Afirmación concordante con la aprobada el 30 de septiembre de 2011 en las “II Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo” organizadas por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, celebradas en San Nicolás de los Arroyos.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por intermedio de dos de sus Salas.

Con voto de los doctores Carranza Casares, Bellucci y Areán, la Sala G ha expresado: “El empresario asume una obligación de seguridad mediante la cual garantiza que durante el desarrollo de su actividad ningún daño recaerá (...) Se trata de una cláusula implícita de indemnidad que ha encontrado aplicación en innumerables contratos, entre ellos el de trabajo”. Concluyendo que “en el caso Talleres del Fénix S.R.L. no ha dado cumplimiento a tal obligación de seguridad, prueba de lo cual es el daño padecido por el actor”³⁰.

Por otra parte, la Sala J³¹, mediante los sufragios de las doctoras Mattera y Wilde, ha resuelto con cita de nuestra posición³²: “la responsabilidad del empleador deriva del daño ocurrido en conexión con la tarea (...) Se ha sostenido, asimismo, que es preciso discernir el deber de previsión de la obligación contractual de seguridad, que en el plano de defensa de la integridad del obrero es más que previsión; es seguridad o garantía con imposición de un resultado concreto: ausencia total de daño. La obligación aludida integra imperativamente el sinalagma contractual; y aun tácita, es principal y no secundaria. La primera cláusula que corresponde al contrato de trabajo es el respeto irrestricto a la integridad psicofísica del obrero; todas las demás la secundan. El empleador no puede soslayar su cumplimiento —que implica además, acaecido el daño, la reparación integral del perjuicio, obligación que alcanza a la ART—, máxime en virtud del provecho económico que obtiene y la ajenidad del trabajador respecto del riesgo empresarial. Se trata del cabal respeto al deber de indemnidad”.

La misma postura ha fijado, en el seno de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, el doctor Juan Carlos Fernández Madrid. Su figura acrece la relevancia del precedente³³, donde ha dicho: “El empresario monta la empresa, organiza los medios personales de producción y obtiene la satisfacción con los resultados de dicha organización. De ahí que deba asumir los riesgos consiguientes. La otra cara de la ajenidad es la indemnidad, en virtud de la cual el trabajador no puede soportar daño alguno a raíz de su trabajo (...) a esta garantía corresponden precisos deberes del empleador que van desde los generales de previsión hasta la asunción de responsabilidad objetiva por daños físicos, morales y patrimoniales. La ajenidad del riesgo y la indemnidad expresan la ecuación económica del contrato y la centralidad de la persona humana”. Luego adunó: “La indemnidad, en el sentido que le reconozco, es una obligación de resultado, que se expresa en la obligación del empleador de dar seguridad al dependiente (...). Del principio de indemnidad derivan las siguientes reglas: a) que no es admisible que el trabajador soporte parte del daño originado causal o concausalmente por el trabajo; b) dicho daño es objetivamente injusto; c) la ausencia total de daño es la única vía posible para hacer efectiva la indemnidad del trabajador; d) el mismo principio impide entender que la percepción de una indemnización menguada lleve a la renuncia de los mejores derechos que puedan corresponder”³⁴.

4. La sanción del Código Civil y Comercial

Ante la vigencia del Código Civil y Comercial, parte de la doctrina civil ha discutido acerca de la subsistencia de la obligación tácita de seguridad.

Quienes aducen su supresión lo hacen sosteniendo, en esencia³⁵, que la consagración de la responsabilidad objetiva por riesgo para operar también en el ámbito contractual quita interés y actualidad al reconocimiento de aquella tácita obligación. Se afirma que por tal razón es innecesario recurrir a ella para objetivar la responsabilidad del deudor.

En la otra posición se dice que subsisten y no han variado en lo sustancial las razones que se invocaron en el régimen anterior para justificar la existencia, la conveniencia y la necesidad de la obligación tácita de seguridad, en el ámbito de los contratos cuya ejecución prestacional genere riesgos para la otra parte, con basamento entre otros argumentos, en el principio de la buena fe (arts. 9º, 729, 961 y conchs., CCCN)³⁶.

Lo cierto es que la postura restrictiva no importa desconocer la existencia de esa clase de obligaciones, sino su carácter tácito emanado del derecho común, y por ende para esta posición subsiste cuando así la reconoce la legislación (como ocurre en materia de consumo y, también adunan los autores, en materia laboral con cita del art. 75 de la LCT). Existirían allí deberes expresos de seguridad de orden normativo³⁷.

Aún cuando la doctrina civil sostiene la supervivencia de la obligación en materia laboral, lo hace fincando en una norma donde en realidad aquella no agota su existencia. En materia de responsabilidad por daños laborales, como desarrollamos en esta tesis, la obligación tiene virtualidad pues se encuentra incorporada al contrato, ya no solo por el principio de buena fe en la ejecución, sino por el principio de indemnidad que funda la disciplina.

Las disquisiciones que en materia de derecho común civil y comercial efectúa la doctrina de ese campo, son ajenas al específico del derecho del trabajo³⁸, donde la subsistencia de la obligación no depende de la posibilidad de argüir la aplicación de las normas atinentes al riesgo de las cosas o actividades (invocación que en esta esfera se reconociera incluso por vía del antiguo plenario “Alegre”³⁹). Más aún, la sanción de un Código que se aduce superior del anterior en materia de tutela de la integridad psicofísica (y que atiende a la constitucionalización de los derechos), jamás podría importar la desprotección del acreedor por los daños que pudieren derivarse de la ejecución de la prestación, en toda circunstancia. La cuestión no depende de la intervención de cosas o de la catalogación que se efectúe sobre la actividad, pues en esta materia laboral no corresponde discriminar entre trabajadores dañados por cosas o actividades riesgosas y aquellas que no lo sean. Lo que obliga al empleador a responder plenamente es el daño sufrido en función del trabajo, por la violación de la garantía de indemnidad que le accede.

El art. 1749 del CCCN establece: “*Sujetos responsables. Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión*”.

La primera parte de la norma refiere a la responsabilidad directa de quien incumple una obligación. Se trata de la existencia de incumplimiento contractual, que engendra responsabilidad por violación de la prestación debida.

Cuando el trabajador y el empleador celebran un contrato de trabajo, el primero pone al mismo su fuerza laboral (integridad psicofísica) y el segundo se obliga a garantizar seguridad (principio de indemnidad y ajenidad del riesgo).

Esa obligación resulta básica pues emerge del sustrato mismo del contrato: el patrón coloca al dependiente a realizar por él y en su beneficio la labor correspondiente a la actividad que aprovecha económicamente.

Existe pues se sustenta en los principios mismos de la disciplina, pero además campea siempre, aun tácitamente, pues necesariamente accede a la obligación de prestar tareas.

Por imperio del propio Código Civil y Comercial los derechos y obligaciones son accesorios “*cuando resultan esenciales para satisfacer el interés del acreedor*” (art. 856, *in fine*). En la obligación el interés del acreedor integra el objeto (art. 725, *in fine*).

El cumplimiento del deber accesorio de conducta que atañe al resguardo de la integridad psicofísica del co-contratante adquiere una importancia tal que ni siquiera se concibe el cumplimiento de la pretendida obligación principal sin el cumplimiento de aquella que, aun tácita, en realidad es cualitativamente superior.

La responsabilidad del empleador por los daños que el dependiente sufre en el marco del contrato es objetiva, pues así lo impone el art. 1723 del CCCN: “*Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva*”.

La norma se conecta en el caso con el art. 961 del CCCN (sustitutivo del art. 1198, CC), que expresa: “*Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor*”.

Las “circunstancias” de la obligación, en el marco del contrato de trabajo, imponen la garantía de seguridad, que es primaria pues concierne a los derechos a la salud y a la vida. Se trata de la única interpretación posible “de buena fe” (líquido amniótico en el cual debe gestarse la relación). Reiterando que por imperio legal el contrato no sólo obliga a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en él.

En consecuencia, lo único que debe probar el acreedor (trabajador) es el daño sufrido en el marco del contrato, pues aquél acredita el incumplimiento del deudor frente a la obligación.

La prueba de la diligencia es, en estos casos, inocua⁴⁰.

5. Vigencia

Aún cuando la existencia de la obligación de seguridad —de naturaleza contractual y parte inderogable del pacto laboral— es un tópico central de la materia, tribunales y autores suelen omitir su tratamiento. Ello importa la implícita desestimación de un tema insoslayable y con gran incidencia práctica.

El debate suele eludirse, también, al sustentar la naturaleza estrictamente extracontractual de la responsabilidad por daños laborales: se dice que la responsabilidad es extracontractual, pues surge de la ley⁴¹.

Es inválido sostener que el deber de resarcimiento del daño a la integridad psicofísica encuentra mero respaldo legal y no contractual. La sinrazón se evidencia cuando se advierte, como lo hace Vázquez Ferreyra, que a nadie se le ocurriría sostener que el deber del vendedor de entregar la cosa vendida fuera un deber legal por el hecho de que así lo mandara el art. 1409 del Código Civil (y actualmente lo reitera el art. 1147 del CCCN). Lo que sucede es que la ley viene a integrar el contenido del negocio con normas supletorias o bien de orden público, pero que en todo caso dan origen a obligaciones que se enmarcan dentro del contrato al igual que las asumidas expresamente por las partes⁴². Tal como enseñara Henoch Aguiar, basta que el contenido de la ley se actualice en razón de un acto de voluntad común de acreedor y deudor, para que la obligación que consagra no la tenga por su fuente, ya que ella nacería de ese común acuerdo; porque si la ley funciona en el caso no es por su propia voluntad, sino por el imperio de aquel acuerdo sin el cual habría permanecido en estado potencial⁴³.

Los contratos tienen un contenido tácito, que integra los mismos en base a su interpretación de buena fe. Ello es abiertamente reconocido por pacífica jurisprudencia que en otros ámbitos⁴⁴ reconoce lo que en el seno del contrato laboral niega.

Aun cuando técnicamente se la califique como accesoria o secundaria, esta obligación se ubica por encima de las demás, desde que su trasgresión implica la vulneración de derechos y garantías reconocidos constitucionalmente, siendo su salvaguarda presupuesto ineludible para el goce del interés mismo en la prestación principal⁴⁵.

La labor del dependiente es fuente de beneficios para el empresario, y por ello éste debe cargar con los daños que se produzcan por el hecho o en ocasión del contrato. Se trata de una responsabilidad inherente a la explotación, no a las personas (responsabilidad por culpa o dolo) ni a las cosas o a la clase de actividad (responsabilidad objetiva por su riesgo o su vicio). Los factores aludidos pueden jugar de todos modos, pero para pluridimensionar el infortunio en auxilio de la víctima dañada.

No es posible confundir a un extraño que sufre un accidente de tránsito (donde sólo pueden jugar los factores legales de atribución ante la ausencia de nexo entre las partes), con los daños padecidos por quien previamente ha entablado una relación contractual que entraña garantía.

La obligación de seguridad es consecuencia de la naturaleza tuitiva propia de esta rama del derecho. La doctrina comercial enseña incansablemente que el contrato de seguro es de ubérrima buena fe; el contrato de trabajo con más razón lo es. Por ello los recaudos de previsión no resultan suficientes cuando una persona trabaja para otra: es menester alcanzar el objetivo “no daño”, pues únicamente éste es el resultado que califica cabalmente la obligación. La atribución de responsabilidad al empleador surge sin hesitación frente a su provecho económico —más allá de la efectiva percepción o no de ganancias, pues el dependiente es ajeno a los riesgos— y la interposición de un sujeto para obrar por él.

Aunque se anide en la tesis de la naturaleza contractual de la responsabilidad, es preciso comprender que la cuestión no fenece con el reconocimiento de tal origen, pues la construcción es vana si se vuelve a ingresar en la culpa y se remite a la obligación de seguridad como sinónimo de deber de diligencia. La diferencia debe ser discernida: la obligación contractual en análisis, en el plano de defensa de la integridad del obrero, es más que previsión; es seguridad o garantía con imposición de un resultado concreto —ausencia de daño—.

La obligación de seguridad es, aquí, un deber de resultados. Su única ejecución conveniente es la obtención del resultado que constituye la restitución integral e inalterada de la persona del co-contratante. Cuando la seguridad es el objeto de la obligación, no puede admitirse término medio. A la seguridad se la garantiza mediante un típico deber de fines o lo que está en juego es otra cosa (obligación de medios, que sólo requiere prudencia y diligencia). Siendo la obligación de seguridad concebida en interés de las víctimas, su reconocimiento se justifica y su objetivo se alcanza cuando es de resultado⁴⁶.

Debe aclararse asimismo que la obligación opera con prescindencia de la peligrosidad dañosa que implique la prestación principal. Esto no importará extenderla en cualquier tipo de convención: si los daños sufridos como consecuencia de su infracción deben guardar una razonable relación con la prestación principal del contrato⁴⁷, rige en materia laboral donde la prestación del dependiente se ata a su fuerza de trabajo —y así el obrero pone al contrato su salud y su vida—

La obligación, que nace implícita del contrato, también reconoce soporte normativo. Su recepción legal no implica borrar la naturaleza contractual, habiéndose admitido la posibilidad de origen dual⁴⁸ o mixto⁴⁹. Juegan las siguientes disposiciones:

- a) El art. 14 *bis* de la Const. Nacional, en la medida que establece un estándar de protección especial que debe alcanzar su máxima expresión frente al infortunio, y que sólo se halla con la tesis aludida. Debiendo velarse por el cumplimiento de la normativa que “mejor” protege a los trabajadores⁵⁰, corresponde aplicar las disposiciones

en que se imbrica la obligación de seguridad.

- b) El art. 19 de la Const. Nacional, pues el reconocimiento de la obligación en análisis satisface la garantía de reparación frente al daño injustamente sufrido.
- c) El art. 39, ap. 3º de la Const. de la Provincia de Buenos Aires, que recepta el principio de indemnidad, refiriendo esta última al “estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio”⁵¹. La obligación de seguridad, como es evidente, se relaciona estrechamente con el deber de indemnidad.
- d) Los arts. 62 y 63 de la *LCT*, que imponen a las partes la obligación de obrar no sólo de acuerdo a lo que resulte expreso del contrato, sino de buena fe. Y el art. 76 del mismo cuerpo normativo, que manda al empleador resarcir al trabajador de los daños que éste sufra en sus bienes. Disposiciones citadas recientemente por la Corte Suprema en orden al deber de “indemnidad exigible en cualquier relación contractual”⁵². Parte de la doctrina ha considerado incluido, en el art. 76 de la *LCT*, a la integridad psicofísica del trabajador, en el convencimiento de que nada hay más propio del trabajador que su salud y vida⁵³. De todos modos, aun cuando se repunte que bajo tal denominación esta norma alude a “cosas”, es ella misma la que da pábulo a la vigencia de la obligación de seguridad en cuanto al resguardo de la integridad psicofísica, pues de lo contrario el plexo normativo contendría una contradicción insalvable: resarciría el daño sufrido por el trabajador en sus herramientas, ropas o vehículos, y variaría la regla frente al daño en su cuerpo.
- e) El art. 961 del *CCCN*, ordenando que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, obligando no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos.
- f) El art. 1723 del *CCCN*, que impone la responsabilidad objetiva cuando así resulta de las circunstancias de la obligación.
- g) Los arts. 1328, inc. b), y 1785, inc. c), del *CCCN*. Normas que en materia de mandato y gestión de negocios ajenos imponen al mandante y al dueño del negocio, respectivamente, indemnizar los daños que el mandatario y el gestor sufran como consecuencia de la ejecución del mandato o en ejercicio de la gestión. Regla que contemplara la normativa anterior (arts. 1953 y 1954, *CC*) y que se extendiera a la locación de servicios (art. 1870, inc. 4º, *CC*). Solución que se aplicara al obrero, pues se desempeña por y para otro, tal como sostuvo Quesada en sus pronunciamientos. Adunando que en el silencio de la ley sobre la especialidad accidentes de trabajo, los jueces debían resolver por analogía. Se evidencia entonces que obviamente más intensa, y no a la inversa, debe ser la protección cuando media un vínculo de dependencia laboral.
- h) El art. 1º, ap. 2º, b) de la ley 24.557, que enuncia como objeto reparar los daños derivados de accidentes y enfermedades laborales, y el art. 3º de la ley 26.773 que —en consonancia con los fundamentos de esta última— expresa la intención de garantizar reparaciones plenas.

La obligación de seguridad tiene origen contractual y su existencia es independiente del complejo normativo. Que el deber de indemnidad encuentre sustento positivo no quita carácter contractual a la responsabilidad⁵⁴, sino que refrenda la operatividad directa del resarcimiento pleno. La vigencia del principio es acorde a su calidad de fundante de la disciplina, y por ello incluso tiene recepción expresa en el más moderno derecho constitucional.

Kemelmajer de Carlucci refiere, en un interesante aporte de su autoría, a la jurisprudencia francesa que ha consagrado la “inmunidad” del dependiente y se interroga sobre su posible traslación al derecho argentino⁵⁵. Recuerda allí la doctrina de la Corte de Casación francesa en el caso “Costedoat” (del 25 de febrero de 2000), donde se decidió que “frente al tercero víctima, el dependiente autor de un acto dañoso que actúa dentro de los límites de su misión no ve comprometida su responsabilidad personal”. Los argumentos se hallan claros en el dictamen del abogado general ante la Corte —figura similar al procurador general—: “...para construir un régimen adaptado a las necesidades de las sociedades contemporáneas, es conveniente considerar la responsabilidad del comitente como un medio de imputar a la empresa la carga de los riesgos que ella ha creado por su actividad”. Agregando que el asalariado no trabaja para sí mismo y los actos que cumple bajo las instrucciones o para realizar aquellos que se le han demandado son cumplidos fundamentalmente en el interés de la empresa que lo emplea.

Consideramos que la inmunidad del dependiente, por su obrar en función de otro, es la contrapartida de la responsabilidad del empleador frente al mismo por los daños que por el hecho o en ocasión de su labor sufra. La inmunidad frente a terceros es la otra cara de su indemnidad garantizada por el empleador.

Repárese por último que aun cuando no se refiere sin tapujos a la indemnidad con toda la amplitud necesaria, constituye un avance cierto el reconocimiento en el seno de la Corte Suprema del llamado deber de protección o de previsión (relativo a la persona del empleado), de carácter fundamental, autónomo y sustantivo, cuyo beneficiario es el trabajador y siendo principal deudor la empresa⁵⁶. Interés que exhiben los ministros cuando afirman que la obligación de los que utilizan los servicios a la preservación de quienes los prestan, tiene un indudable sustento en criterios normativamente comprendidos en la Constitución Nacional, al paso que la subordinación de estos últimos hacia los primeros supone como correlato la

subordinación del interés de la empresa a las exigencias fundamentales de la dignidad humana —individual y familiar— de quienes trabajan en ella⁵⁷.

En síntesis, si se deja de considerar el daño injustamente causado para resarcir el daño injustamente sufrido, y se mira a la víctima antes que al victimario⁵⁸, se observará sin dubitaciones que no existe razón para cargar al dependiente un daño que no habría sufrido de no haberse colocado a disposición del empleador.

Este razonamiento, de sencillez y claridad meridiana, fue aceptado por los tribunales en los albores del siglo XX para indemnizar los accidentes acaecidos en función de tareas prestadas, cuando el único fundamento normativo se hallaba en la locación de servicios. Inadmisible sería que la tutela fuera retaceada ante el reconocimiento del contrato de trabajo, que siendo superador de su antecedente no podría ser protegido con menor intensidad.

6. La situación de los derechohabientes

Cuando del accidente o de la enfermedad laboral resulta el fallecimiento del dependiente, podrán reclamar los derechohabientes en su calidad de damnificados indirectos. Sin perjuicio de que no se encuentran unidos directamente al contrato, consideramos que aquí se enerva el efecto relativo, desde que en el contrato de trabajo se protege al trabajador pero también a su familia, que no puede quedar desamparada en torno a la obligación que resguarda la integridad psicofísica de quien provee los alimentos. Los sucesores serían, como dijera Borda y de Abelleira⁵⁹ con respecto al contrato de transporte ante la muerte del pasajero y con cita del art. 1195 del Código Civil (sustituido por el art. 1024, *CCCN*), “herederos de ese contrato” tan particular que por la implícita protección que también a ellos dispensa ejecutan ante el incumplimiento de la obligación, si bien reclamando los daños propios. Así lo admitió implícitamente la propia Corte Suprema, cuando confirmó la vigencia de la obligación en la causa “Monreal”⁶⁰.

Notas

- ¹ Cornaglia, Derecho de daños laborales, 1992.
- ² Goldenberg, Responsabilidad civil y su aplicación en los infortunios laborales, 1987, t. 1.
- ³ Cornaglia, La obligación contractual de resultado en la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557, RDLSS, 2008-19-1693.
- ⁴ Conf. Agoglia - Boragina - Meza, Responsabilidad por incumplimiento contractual, 2003, p. 172.
- ⁵ Saux, La obligación de seguridad en los vínculos contractuales, LL, suplemento especial, "Obligación de seguridad", 2005 (septiembre), p. 15.
- ⁶ Tissembaum, Los riesgos del trabajo industrial, 1938, p. 77.
- ⁷ Biale Massé, El estado de las clases obreras argentinas a comienzos del siglo, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1968, p. 402. El autor también desarrolló el tema en su Tratado de la responsabilidad civil en el derecho argentino bajo el punto de vista de los accidentes de trabajo.
- ⁸ Anastasi, comentario al fallo del doctor Dobranich en la causa "González, Manuel c. Colombo de Grisetti, Angela", LL, 4-1025.
- ⁹ Tissembaum, La responsabilidad contractual y las indemnizaciones por accidentes del trabajo. Las variantes producidas en la jurisprudencia argentina, LL, 46-736.
- ¹⁰ CFed. Cap., 1/4/18, "Teruel, Alvarez y otros c. Ferrocarril Central Buenos Aires", JA, 1-366; ídem, 22/2/24, "Conde c. Ferrocarril Central Norte Argentino", JA, 12-61; ídem, 28/6/33, "Visser c. Stinnes S.A.", JA, 42-459.
- ¹¹ CCiv. 1ª Cap., 30/12/46, "Gianeschi, Bartolomé c. Papini Hnos.", LL, 46-736.
- ¹² CCiv. 1ª Cap., 31/8/34, "Rached, José c. Cervecería Palermo S.A.", voto del doctor Tobal, JA, 47-586.
- ¹³ CCiv. 1ª Cap., 31/12/21, "Baldovino c. Obras Sanitarias de la Nación", voto del doctor Colmo, JA, 14-1346.
- ¹⁴ Palacios, El nuevo derecho, 5ª ed., 1960, p. 87.
- ¹⁵ Sentencia dictada el 20/12/36, LL, 4-1025.
- ¹⁶ CSJN, 30/11/16, "Monreal de Lara de Hurtado c. Gobierno de la Nación", CSJN-Fallos, 124:329 a 343.
- ¹⁷ CSJN, 19/10/34, "Galuf, Pablo J. c. Gobierno Nacional", CSJN-Fallos, 171:266.
- ¹⁸ Bielsa, La culpa en los accidentes del trabajo, 1919.
- ¹⁹ Véase, como resumen de su pensamiento, el artículo que publicara bajo el rótulo Teoría contractual: Exposición y crítica, JA, 12-61.
- ²⁰ Mosset Iturraspe, El riesgo creado en la responsabilidad contractual, en "Revista de Derecho de Daños", n° 2006-3, "Creación del riesgo-I", p. 19.
- ²¹ Mosset Iturraspe, El riesgo creado en la responsabilidad contractual, en "Revista de Derecho de Daños", n° 2006-3, "Creación del riesgo-I", p. 18, nota 4.
- ²² Bueres, en Bueres - Zaffaroni, Responsabilidad médica. Aspectos civiles y penales, 2009, p. 82.
- ²³ Conf. Mayo, Sobre las denominadas "obligaciones de seguridad", LL, 1984-B-949.
- ²⁴ Agoglia - Boragina - Meza, Responsabilidad por incumplimiento contractual, 2003, p. 140 y siguiente.
- ²⁵ Mosset Iturraspe, La aceptación de los riesgos, LL, 1978-D-1067.
- ²⁶ Mosset Iturraspe, La aceptación de los riesgos, LL, 1978-D-1067.
- ²⁷ Biale Massé, El estado de las clases obreras argentinas a comienzos del siglo, 1968, p. 415.
- ²⁸ Mosset Iturraspe, Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos. (Violatorios de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales), en "Revista de Derecho de Daños", n° 2001-1, "Cuantificación del daño", p. 125.
- ²⁹ CCiv. 1ª Cap., 31/8/34, "Rached, José c. Cervecería Palermo S.A.", voto del doctor Tobal, JA, 47-586.
- ³⁰ CNCiv., Sala G, 18/11/10, "Rodríguez, Ramón A. c. Talleres del Fénix S.R.L. y otro", inédito.
- ³¹ CNCiv., Sala J, 22/5/12, "Castillo, R. B. c. Emprendimientos Maccarone S.A.", AP, AP/JUR/ 1099/2012.
- ³² Formaro, La existencia de un derecho de daños laborales y las pautas que lo rigen, LL, 2011-D-902; ídem, El derecho de daños laborales a partir del análisis crítico de la jurisprudencia, LL, 2011-E-562.
- ³³ CNAT, Sala VI, 27/5/13, "Lorenz, Olinda L. c. Liberty ART S.A.", inédito.
- ³⁴ Esta última regla tiene incidencia capital en torno a la "opción" que analizaremos en la Parte Cuarta de la obra.
- ³⁵ Picasso, Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común, RCCyC, 2015 (julio), 1/7/15, p. 146.
- ³⁶ Pizarro, ¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?, LL, ejemplar del 21/9/15, p. 1.
- ³⁷ Boragina - Meza, La obligación de seguridad. Su vigencia y trascendencia en el Código Civil y Comercial de la Nación, RCyS, 2016-III-5.
- ³⁸ Con fecha 16 de abril de 2016, en su "XVIII Encuentro" celebrado en la Universidad Nacional de Avellaneda, el Foro de Institutos de Derecho del Trabajo de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires concluyó: "La obligación de seguridad mantiene vigencia ante la sanción del Código Civil y Comercial y rige en materia de daños laborales".
- ³⁹ CNAT, en pleno, 26/10/71, "Alegre, Cornelio c. Manufactura Algodonera Argentina", LL, 144-380.
- ⁴⁰ López Herrera, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Julio C. Rivera - Graciela Medina (dirs.), 2014, t. IV, p. 1031.

- ⁴¹ SCBA, 11/9/79, “Teves, Pedro M. c. Frigorífico Swift S.A.”, LL, On Line, AR/ JUR/5169/1979.
- ⁴² Cfr. Vázquez Ferreyra, La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y Ley de Contrato de Trabajo, 1988.
- ⁴³ Conf. Aguiar, Henoch D., Hechos y actos jurídicos. Actos ilícitos. Responsabilidad civil, citado por Pinto (h), Anastasi jurista, LL, 19-5, secc. doctrina.
- ⁴⁴ SCBA, 14/4/04, “Fernández, Fernando c. Roll S.R.L. y/o Soul Train”, Juba, Ac. 75.111.
- ⁴⁵ Stiglitz, El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados, LL, 1985-D-13, nota 9.
- ⁴⁶ Prevot - Chaia, La obligación de seguridad, 2005, p. 82 y s., y sus citas de doctrina extranjera.
- ⁴⁷ Conclusión aprobada por la Comisión n° 2 (presidencia del doctor Bueres) en las “VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal”, Junín, 1994. Conf. Saux, La obligación de seguridad en los vínculos contractuales, LL, suplemento especial, “Obligación de seguridad”, 2005 (septiembre), p. 15.
- ⁴⁸ Véase Formaro, Juicio por rendición de cuentas, 2010, p. 38, y jurisprudencia allí citada. También así lo admite Fernández Madrid, al reconocer su naturaleza “legal y contractual” por hallar fundamento normativo y constituir “una obligación implícita del contrato de trabajo según se infiere de los arts. 4º, 62 y 63 de la LCT” (CNAT, Sala VI, 27/5/13, “Lorenz, Olinda L. c. Liberty ART S.A.”, inédito).
- ⁴⁹ Tissebaum, La responsabilidad contractual y las indemnizaciones por accidentes del trabajo. Las variantes producidas en la jurisprudencia argentina, LL, 46-736.
- ⁵⁰ CSJN, 24/2/09, “Aerolíneas Argentinas S.A. c. Ministerio de Trabajo”, A.1792. XLII, consid. 6º, en www.csjn.gov.ar.
- ⁵¹ Diccionario de la lengua española, 22ª ed., en www.rae.es.
- ⁵² CSJN, 3/11/15, “Benítez, Andrés c. Eriday - UTE”, dictamen de la Procuradora Fiscal a cuyos “fundamentos y conclusiones” remitiera la Corte, en www.csjn.gov.ar.
- ⁵³ Cornaglia, La obligación contractual de resultado en la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557, RDLSS, 2008-19-1693.
- ⁵⁴ Cfr. Agoglia - Boragina - Meza, Responsabilidad por incumplimiento contractual, 2003, p. 132.
- ⁵⁵ Kemelmajer de Carlucci, La responsabilidad del comitente y la del dependiente. ¿Es trasladable al derecho argentino la tendencia jurisprudencial francesa que declara la “inmunidad” del dependiente, autor del daño?, en “Revista de Derecho de Daños”, n° 2003-I, “Responsabilidad del principal”, p. 55.
- ⁵⁶ CSJN, 18/12/07, “Silva, Facundo J. c. Unilever de Argentina S.A.”, del voto de los doctores Fayt y Petracchi, TySS, 2008-207.
- ⁵⁷ CSJN, 24/11/09, “Trejo, Jorge E. c. Stema S.A. y otros”, del voto de los doctores Fayt y Petracchi, LL, ejemplar del 14/12/09, p. 11.
- ⁵⁸ Véase Mosset Iturraspe, La prueba del daño injusto, en “Revista de Derecho de Daños”, n° 4, “La prueba del daño-I”, 1999, p. 21 y siguientes.
- ⁵⁹ CNCiv., Sala A, 7/7/64, “Sosa de Novas, Selva M. c. Ferrocarril General San Martín”, ED, 9-32)
- ⁶⁰ CSJN, 30/11/16, “Monreal de Lara de Hurtado c. Gobierno de la Nación”, CSJN-Fallos, 124:329 a 343.

Hecho de las cosas y actividades riesgosas

1. Introducción

Hemos visto que, desde el derecho común de daños laborales (que en nuestra concepción aprehende también las normas del trabajo aplicables en materia de responsabilidad pero ajenas a las de la ley especial), opera en primer término la posibilidad de invocar la existencia de la obligación contractual de seguridad para procurar la reparación plena del daño sufrido.

Aún reconocida aquella, se abre a su vez el debate en torno a los damnificados que pueden invocarla: es factible sostener que en este particular contrato alcanza a los derechohabientes, pero el tradicional carácter relativo de los efectos podría llevar a precisar acudir a las normas de la responsabilidad civil del Código Civil y Comercial.

Más importante aún es la vigencia de estas últimas cuando directamente se desconoce la posibilidad, incluso para el trabajador, de accionar en función de la obligación contractual citada.

Lo mismo sucede cuando en la causación del daño intervienen “terceros”. Esto pues una comprensión amplia del fenómeno del daño laboral requiere comprender que si se responde por las deudas salariales y las indemnizatorias derivadas de despidos (arts. 29, 30, 31, 225 y ctes., LCT), más aún la solidaridad alcanza a la reparación plena de los daños sufridos por el dependiente en su integridad psicofísica.

Como para cierta parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional esos problemas pasan desapercibidos, es importante demostrar que en las normas del Código Civil y Comercial atinentes a la responsabilidad derivada del hecho de las cosas y de las actividades riesgosas también puede hallarse un vehículo para alcanzar resarcimiento. Máxime cuando, en la metodología de este último cuerpo normativo, las normas de la responsabilidad objetiva pueden aplicarse tanto a las responsabilidades contractuales como a las extracontractuales, sin imposición de vallas ni opciones (como sí fijara el antiguo art. 1107 del CC).

Veremos, por otra parte, que aún cuando se sostuviera que las normas de solidaridad de la LCT no extienden aquella a las deudas generadas en materia de daños corporales, el vínculo que se genera coloca a los “terceros” en relación a las cosas y actividades, naciendo de allí la responsabilidad desde el Código Civil y Comercial.

2. El art. 1757 del CCCN

El clásico párr. 2° del art. 1113 del Código Civil ha sido reemplazado, en el Código Civil y Comercial, por el art. 1757.

La nueva norma, en esencia, eliminó la referencia a los daños causados “con” las cosas, mantuvo la aprehensión de los causados “por el riesgo o vicio” de aquéllas, y agregó expresamente a las “actividades que sean riesgosas o peligrosas” (incorporación al texto positivo de la ley que siguiera la ya efectuada por vía pretoriana bajo el amparo de la norma anterior).

El citado art. 1757 del CCCN concretamente establece: *“Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.*

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

Siendo la responsabilidad objetiva, resulta irrelevante la conducta subjetiva del agente.

3. Responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de las cosas

La primera parte del art. 1757 del CCCN establece la responsabilidad por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas.

Según el art. 16 del mismo Código, los bienes materiales se llaman cosas, siendo aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre las disposiciones referentes a aquéllas.

La norma no establece la categoría de cosas riesgosas o peligrosas en sí mismas. Adviértase que el artículo no dice daños causados por cosas riesgosas o viciosas, sino daños causados por el riesgo o vicio de las cosas¹.

a) Concepto de riesgo o vicio de las cosas

Sin perjuicio de lo expuesto es indudable que existen cosas que son peligrosas por su propia naturaleza, y en su normal empleo (conforme a su estado natural) pueden causar generalmente un peligro a terceros. Aun así, respecto de otras el

uso que les da el hombre puede tener especial significación para convertirlas en peligrosas. Este peligro no proviene tanto de la cosa misma, sino de su utilización o empleo. Juegan allí las circunstancias del caso².

Ambos supuestos son aprehendidos por la ley.

El “riesgo” se define como “contingencia o proximidad de un daño”³, mientras que el “vicio” es todo “defecto” de fabricación o funcionamiento que hace a la cosa impropia para su destino⁴. Una cosa riesgosa puede llegar a ser viciosa en caso de que se prueben los aludidos defectos. Sin perjuicio de que existe la posibilidad de la coexistencia de riesgo y vicio cuando acaee el siniestro⁵, aunque se demuestre concluyentemente que, a la fecha del accidente, la cosa (a modo de ejemplo, una máquina) se encontraba en correctas condiciones para su uso, ello no le quita su carácter de cosa riesgosa, en cuanto potencial productora de daño.

b) Legitimación pasiva

El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas (art. 1758, CCCN).

Siendo relativamente sencilla la determinación del primero (conforme preceptos legales que regulan la propiedad), es más compleja la figura del “guardián”.

b.1) El dueño

Es dueño quien ostenta el derecho real de dominio (art. 1941, CCCN) sobre la cosa al momento de producirse el evento dañoso.

Cabe atender, a los fines de discernir sobre la aludida titularidad de dominio, a la naturaleza de cosa inmueble o mueble y, en este último supuesto, a su carácter registrable o no.

Se considera dueño de un inmueble a su titular registral (arts. 1892 y 1893, CCCN; arts. 1 y 2, ley 17.801). Así como el citado titular no puede eximirse de responsabilidad alegando una venta que no se encuentre inscripta, el adquirente en tales condiciones no será considerado dueño pero podrá ser responsabilizado en calidad de guardián.

En cuanto a las cosas muebles, es menester recordar que el Código Civil y Comercial establece que la inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos (art. 1892).

Cobra relevancia entonces el caso de los automotores, que son cosas muebles con respecto a las cuales la inscripción es constitutiva del derecho real de dominio (arts. 1º y 6º, decr. ley 6582/58). En el supuesto de enajenación, el vendedor será responsable hasta la inscripción de la transferencia, pero si con anterioridad al hecho dañoso hubiera comunicado al registro la tradición del automotor, se considerará que el mismo fue usado contra su voluntad (art. 27 del citado decreto, texto según ley 22.977). En tal caso opera una eximente que el propio Código Civil y Comercial reconoce como la pérdida de la guarda no voluntaria por parte del dueño (art. 1758, CCCN).

En materia de muebles no registrables, se presume la titularidad de dominio de quien tiene la posesión de la cosa, salvo que ésta fuere robada o perdida (arts. 1892, 1893, 1895, 2258, 2259, 2260, CCCN).

b.2) El guardián

El art. 1758 del CCCN establece que será guardián quien ejerza “*por sí o por terceros*” el “*uso, la dirección y el control*” de la cosa. Seguidamente aduna que también se considera guardián a quien “*obtiene un provecho*” de ella.

Se ha dicho que la noción de guarda es una de las más sutiles del derecho y que la figura es difícil de aprehender⁶.

Siendo ello cierto, la redacción del citado art. 1758 del CCCN impone un análisis concreto de los términos que emplea.

b.2.1) La guarda intelectual

En relación a la guarda se han ido esbozando diversas concepciones que sintéticamente pueden resumirse del siguiente modo:

- a) La guarda “material”, que reposando en el lenguaje corriente del término identifica al guardián con aquella persona que tiene materialmente la dirección de la cosa (y entonces sería guardián por ejemplo el conductor del vehículo aún cuando actúe en calidad de dependiente y pese a que no rebase las funciones encomendadas).
- b) La guarda “jurídica”, que intentó circunscribir el concepto de guardián a la persona que por su situación jurídica tiene un derecho de dirección relativo a la cosa (siendo el poder de hecho relevado a un segundo plano). Conforme esta teoría el ladrón no sería guardián aunque tuviera el dominio material autónomo de la cosa, en función de la ausencia de derecho sobre aquella.
- c) La guarda “intelectual”, construida por la doctrina francesa a partir del caso “*Franck c. Connot*”, donde a tenor de un caso como el expuesto en el apartado anterior (accidente provocado por un ladrón al comando de un vehículo

robado), la Corte de Casación decidió que la persona desposeída de su automotor en razón de un robo, se encuentra imposibilitada de ejercer sobre la cosa cualquier tipo de control, pues fue privada del uso, la dirección y el control sobre la misma y, por ende, ya no reviste la cualidad de guardián de aquella. A partir de ese precedente se construyó, en el sistema francés, la noción de guarda intelectual de la cosa: es guardián la persona que, al momento de la producción del daño, ejerce, con independencia, un poder de uso, dirección y control sobre la cosa⁷.

Prevalece entonces la tesis que reputa guardián a quien detenta la guarda intelectual. En definitiva, es guardián la persona que tiene, de hecho, un poder efectivo de vigilancia, gobierno y contralor sobre la cosa que ha resultado dañosa⁸. A tenor del texto del art. 1758 del CCCN, que utiliza la conjunción copulativa “y”, deben reunirse los tres requisitos indicados en la norma (uso, dirección y control).

b.2.II) La guarda provecho

El mismo art. 1758 del CCCN contempla la noción de guarda “provecho”, pues luego de calificar de guardián a quien ejerce (por sí o por terceros) el uso, la dirección y el control de la cosa, también ubica en la figura a quien “obtiene un provecho de ella”.

Ya bajo el imperio del art. 1113 del Código Civil explicó Kemelmajer de Carlucci⁹ que la legislación argentina no recogía un concepto unívoco, sino que admitía una doble línea de legitimados pasivos: los que tienen la dirección de hecho y los que sacan provecho. Pizarro destacó por su parte que cuando el precepto citado disponía que toda persona debe resarcir el daño causado “por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado”, estaba fijando dos pautas de gran importancia: debe responder por el daño causado en razón de la intervención activa de la cosa tanto aquel que “se sirve” de la misma como el que la “tiene a su cuidado”. Y se sirve de la cosa quien se vale de ella, empleándola útilmente, obteniendo provecho o utilidades, ventajas de cualquier índole, que no necesariamente deben asumir contenido económico. Quien tiene la posibilidad de obtener un beneficio jurídico de ella¹⁰.

El citado art. 1758 del CCCN contempla el caso, y entonces queda establecido que es guardián quien se aprovecha u obtiene de la cosa un beneficio económico, de placer, o de salvaguarda de sus intereses. Aún cuando la norma indica este caso como otro tipo de guarda (y coloca la conjunción disyuntiva “o”), discriminando la guarda provecho de la guarda intelectual, la doctrina ha expresado que si bien resulta adecuado subsumir el primer supuesto dentro de el segundo, tampoco puede prescindirse completamente de las notas que caracterizan a la guarda intelectual. En resumen, se indica que a efectos de no otorgar a la figura de la guarda provecho un alcance ilimitado que arroje soluciones absurdas, será preciso que el guardián detente algún tipo de control o dirección sobre la cosa, aunado al provecho que obtiene de ella.

Debe quedar en claro que no puede con ello tornarse al concepto de guarda provecho en superfluo, lo que ocurriría de subsumirlo en la idea de guarda intelectual. Lo que se requiere es que exista la facultad de control o dirección. En síntesis, la doctrina mayoritaria exige que al beneficio (económico o no) se adune, a su vez, alguna de las calidades requeridas por la guarda intelectual (esto es, el uso, el control o la dirección de la cosa)¹¹.

4. Responsabilidad objetiva por actividades riesgosas o peligrosas

El art. 1113 del Código Civil refería específicamente, en la parte 2ª de su párr. 2º, a la responsabilidad del dueño o guardián por el riesgo o vicio de la cosa. Aun así, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias habían concluido sobre la posibilidad de efectuar interpretaciones extensivas del precepto a fin de amparar en aquél supuestos aparentemente no comprendidos por la letra de la ley, pero sí por su espíritu¹².

Se impuso entonces una interpretación de la norma acorde al fin de asegurar la operatividad de la protección frente al riesgo, dando cabida dentro de su seno a ciertas actividades riesgosas desplegadas sin cosas, o en las que las cosas jugaran un rol instrumental dentro del contexto de la actividad. Se trató, como explicara Pizarro, de una valoración que guardaba coherencia con el sentido amplio asignado a la responsabilidad objetiva y, en particular, a la fundada en el riesgo creado¹³.

Ello ha sido recogido expresamente en la redacción del párr. 1º del art. 1757 del CCCN, que impone la responsabilidad objetiva frente a “...las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización”.

No responsabiliza aquí la intervención de cosas (aunque éstas pueden también hallarse presentes), pues el vocablo “actividad” denota la existencia posible de uno o más hechos humanos, aislados o combinados con otros elementos mecánicos o inmateriales¹⁴. Es decir que no es esencial que en la actividad riesgosa o peligrosa (y en el daño que de ella deriva) intervenga una cosa, activa o pasivamente.

Ya bajo la interpretación dinámica —asentada en la idea del riesgo creado— que se diera al art. 1113 del Código Civil, la jurisprudencia sostuvo que cuando la actividad laboral fuera susceptible de producir daños en la salud del trabajador ocasionando una efectiva incapacidad, el caso debía considerarse bajo el régimen del precepto citado. Se dijo que “cosa riesgosa” no era una determinada maquinaria o aparato, ni un objeto concreto susceptible de ocasionar un daño. Podía ser todo un establecimiento, explotación, empresa o incluso también actividad la que generase vicio o riesgo¹⁵. A la luz de aquellas premisas se otorgó la correspondiente indemnización a un vigilador que resultara víctima de un asalto a mano

armada mientras se encontraba asignado a la custodia de una línea ferroviaria¹⁶, siguiéndose igual criterio para el caso de los trabajadores que se hallaran en permanente contacto con bienes de importante valor (mercaderías, dinero, *tickets* de recaudación, etcétera) que originaran un peligro potencial y latente¹⁷.

Ahora, hallándose en vigencia el Código Civil y Comercial, la importancia de su art. 1757 es tal que la doctrina ha dicho, sobre las consecuencias que arroja la existencia de una responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas, que “la mayoría de los infortunios laborales quedan comprendidos dentro del riesgo de la actividad desplegada”¹⁸.

a) Concepto de actividad riesgosa o peligrosa

El legislador argentino ha decidido regular la responsabilidad por actividades riesgosas o peligrosas mediante fórmulas generales, sin acudir a un sistema cerrado de tipicidad, y con ello coloca como función del intérprete analizar si la actividad dañosa encuadra en los supuestos legales. Son los siguientes:

a.1. Por su naturaleza

Una actividad es riesgosa o peligrosa “por su naturaleza” en función de sus características propias, ordinarias y normales.

La noción comprende entonces a aquellas actividades que resultan peligrosas por sí mismas, cualesquiera sean las circunstancias en las cuales se llevan a cabo. El peligro constituye, en ellas, una consecuencia inherente a la actividad. Y el daño es factible de acontecer, conforme el curso normal y ordinario de las cosas.

Se han colocado como ejemplos el transporte o manipulación de productos inflamables o contaminantes, la actividad minera o la llevada a cabo por dependientes de las fuerzas de seguridad, entre otros múltiples supuestos.

a.2. Por los medios empleados

La actividad es riesgosa “por los medios empleados” en razón de aquellos que se utilizan para alcanzar el fin.

Es decir que si bien la actividad normalmente es inocua, adquiere peligrosidad por la utilización de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que son peligrosas por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía que contienen, por el lugar anómalo en que se encuentran, o por otras causas análogas, o bien si han sido los medios utilizados los que han aumentado el riesgo¹⁹.

a.3. Por las circunstancias de su realización

El Código Civil y Comercial asume un criterio amplio -que no se registra en el derecho comparado- y admite al riesgo circunstancial de la actividad desarrollada. El riesgo circunstancial es significativamente más amplio que el derivado de la naturaleza de los medios empleados. Tales medios empleados son tan solo una de las circunstancias que pueden tornar riesgosa a una actividad, pero en modo alguno asume carácter excluyente. Existen otras circunstancias de tiempo, modo y lugar, que no son precisamente instrumentales y que razonablemente no pueden ser excluidas o tratadas de manera diferente.

En definitiva, una actividad será riesgosa “por las circunstancias de su realización” cuando, no obstante no revestir de forma ordinaria un peligro regular o constante, las modalidades de tiempo, modo y lugar en que se desarrolla la tornan peligrosa²⁰. El daño es producido no tanto por la actividad en sí misma, sino por las modalidades, particularidades o maneras de su realización²¹.

b) Legitimación pasiva

El art. 1758 del CCCN establece, en su último párrafo, que en los casos de actividad riesgosa o peligrosa responde “...quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros”.

Ya hemos visto que ante daños causados por el riesgo o vicio de las “cosas” responden el dueño y el guardián. Frente a los daños causados por una “actividad” riesgosa o peligrosa la obligación de indemnizar pesa sobre quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de aquella. A efectos de precisar los alcances de la legitimación pasiva conviene repasar el criterio de la guarda aplicable en torno a las cosas, que se aplicará en lo correspondiente a la actividad, como se verá.

b.1. Quien realiza la actividad

Es responsable quien realiza la actividad, es decir, quien materialmente la ejerce, por sí o por terceros²². Expresan Lucchesi y Sáenz, siguiendo la pauta relativa a la guarda intelectual, que no se trata del supuesto en que un subordinado desempeña su tarea en cumplimiento de la encomienda de su principal, sino de los casos en que se desarrolla la actividad con prescindencia de la idea de subordinación. Ello pues el deber de resarcir en estos casos presupone que el sindicato como responsable generó la actividad, e introdujo en el medio social el riesgo para terceros, ejerciendo un deber de fiscalización, supervisión y control sobre él. Dicen estos autores que de incluirse al dependiente en esta noción, se otorgaría a la idea de ejecutor de la actividad una amplitud mayor de la que la misma norma confiere a la figura de guardián, en donde se excluye a quien utiliza materialmente la cosa viciosa o riesgosa, pero sin ejercer una tarea de dirección sobre ella²³.

b.2. Quien se sirve de la actividad

Se sirve de la actividad riesgosa o peligrosa quien, sin realizarla o ejecutarla materialmente, utiliza en beneficio propio la acción del tercero ejecutor de la misma. Afirman Pizarro y Vallespinos que ello es “lo que sucede en los casos de delegaciones, intermediaciones, subcontrataciones, dependencias económicas y funcionales, etcétera”²⁴.

b.3. Quien obtiene provecho de la actividad

Al igual que sucede con la responsabilidad derivada de la intervención de cosas riesgosas o viciosas, la ley reputa responsable a quien obtiene un provecho, no ya de la cosa, sino de la actividad.

Igual que ocurre en el supuesto de la guarda provecho respecto del hecho de la cosa, la doctrina entiende que el “provecho” o “beneficio” (que puede ser de cualquier índole, y no estrictamente económico), debe ir acompañado de alguna posibilidad de control o fiscalización sobre la actividad, o participación en el hecho de haber introducido el riesgo. La responsabilidad recae, también en estos casos, sobre quien genera, fiscaliza, supervisa, controla o potencia en forma autónoma la actividad riesgosa²⁵. Al respecto señala Galdós que “así como la mera tenencia material es insuficiente para configurar la noción de guardián de la cosa, también es insuficiente atenerse únicamente a la realización, al servirse u obtener provecho de la actividad, lo que necesariamente debe estar acompañado de la facultad de control, dirección o dar directivas o indicaciones para organizar o efectivizar las tareas”²⁶. Es decir que para evitar que la interpretación literal de la norma multiplique la cadena de responsables infinitamente, se afirma que el mero provecho, en principio, es insuficiente por sí solo para generar responsabilidad. Para que esto último suceda es preciso que el agente tenga alguna posibilidad de dirección, control o fiscalización sobre la actividad riesgosa o peligrosa²⁷.

4. La presunción de riesgo y la prueba contraria a cargo del responsable

Existe una cuestión de suma importancia que hace a la operatoria práctica de la responsabilidad objetiva que sienta el art. 1757 del CCCN.

Se ha dicho que el damnificado por el hecho ilícito en el que intervienen cosas debe probar la existencia del daño y la intervención de la cosa con la cual se produjo. Según la amplitud otorgada a la expresión “riesgo de la cosa”, hay que aceptar la presunción de que el daño se ha producido por el riesgo de ella. Incumbe al dueño o guardián acreditar que el hecho obedeció a otra causa²⁸.

Afirmaba Llambías que el damnificado no está precisado a comprobar el carácter peligroso de la cosa que lo ha dañado, sino que le basta establecer la relación de causalidad entre la cosa y el daño ocurrido, pues ella demuestra también el riesgo de la misma; el riesgo de la cosa se establece por el daño ocurrido sin que medie autoría humana²⁹.

También indicó Kemelmajer de Carlucci que se exige la prueba de la relación causal adecuada entre el daño y la cosa, y no la prueba de que ésta era viciosa o peligrosa, como alguna vez se ha requerido, pues esto último es un retroceso que arguye desconocer el sentido de la normativa. Producido el daño, hay que presumir que lo fue por el riesgo de la cosa³⁰.

Teniendo en cuenta los antecedentes doctrinales citados, y ya en vigencia el Código Civil y Comercial, enseñan Pizarro y Vallespinos que si bien es cierto que corresponde al damnificado la acreditación de los extremos de su pretensión resarcitoria, la carga de la prueba de aquellos se edifica en derredor de presunciones. Y que en ese marco, probada la intervención de una cosa y su conexión causal con el daño producido es dable presumir –hasta que se pruebe lo contrario– que el detrimento se ha generado por el riesgo o vicio de la cosa³¹.

No está de más señalar que en la misma línea pareció inscribirse la propia Corte Suprema cuando afirmó, en diversos pronunciamientos, que “basta que el damnificado pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa, para que quede a cargo de la demandada, como dueño o guardián del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”³². Nótese que la Corte refiere a la relación entre el daño y la cosa “dañosa” (y no “riesgosa”), que llevaría a presumir el riesgo de aquella.

5. La actividad laboral, el riesgo implícito en aquella y la responsabilidad

La jurisprudencia laboral ha sido pionera al discernir entre la “cosa” y la “actividad” en relación a la responsabilidad objetiva, enseñando que el concepto estrecho de la primera no bastaba para dar respuesta a los daños que se relacionaban con la prestación laboral donde podía no mediar la intervención directa de un objeto.

Por ello ya en el célebre plenario “Pérez c. Maprico” sostuvo que “en los límites de la responsabilidad establecida por el art. 1113 del Código Civil, el daño causado por el esfuerzo desplegado por el trabajador para desplazar una cosa inerte, puede imputarse a riesgo de la cosa”. Precedente donde el dictamen del Procurador, que marcara los votos de los jueces, había sentado que el peligro “no proviene tanto de la cosa misma, sino de su utilización o empleo; y donde el riesgo no está tanto en la cosa que causa el daño, sino en la actividad desarrollada con ella”³³.

En el mismo sentido avanzó luego la Suprema Corte de Buenos Aires, y yendo más allá expresó que, tal como sostuvo en el precedente “Ferreyra”³⁴, las “tareas” específicas del trabajador podían ingresar en el concepto de cosa riesgosa,

situación donde “claramente se hacía referencia a las tareas que el asalariado lleva a cabo en forma regular, debiendo considerarse tales a aquéllas que, aun cuando se hacen de acuerdo a las reglas técnicas e instrucciones específicas, igualmente exponen a la contingencia de un daño”³⁵.

Es por ello que la propia doctrina civil, a partir del texto del art. 1757 del CCCN, ha dicho que “la mayoría de los infortunios laborales quedan comprendidos dentro del riesgo de la actividad desplegada”³⁶.

La actividad, como ya hemos visto, está constituida por la conjunción de acciones, conductas, operaciones o trabajos desarrollados por una persona, empresa u organización económica que puede (aunque esto no es excluyente) estar vinculada causalmente con cosas o conjuntos de cosas. El concepto de actividad es superador de la noción de cosa. La combinación o conjunción puede abarcar cosas, bienes y servicios, habiendo acudido nuevamente la doctrina civil (como argumento analógico complementario) a la definición que otorga el art. 5 de la LCT (“organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales”)³⁷.

En tal orden se abre naturalmente una nómina distinta de legitimados pasivos, pues en la actividad no basta la referencia al “dueño” o “guardián” como sucede con las cosas. Se trata entonces de trasladar y adaptar a las particularidades de la actividad las tipificaciones del guardián de la cosa, donde también tiene cabida la noción de guarda provecho.

No está en juego, como decía Zavala de González, la autoría de un daño sino la autoría de un riesgo³⁸. Es aleccionadora la lectura del fallo “Bogado”³⁹, emanado de la Suprema Corte de Buenos Aires, donde el Tribunal reputó responsable a Nordelta por haber creado, con su actividad, las condiciones riesgosas que produjeron la muerte de un niño arrollado por un camión que desplazaba tierra en función de su emprendimiento.

Por otro lado, aclaramos que compartimos la postura amplia en torno al art. 1757 del CCCN, y no aquella restrictiva que impone la presencia de una actividad “especialmente” riesgosa. Consideramos, con Galdós⁴⁰, que esta última posición se aparta del texto de la ley (pues la norma referida no efectúa distinción alguna) y de los antecedentes que dieron lugar a la misma (ya que el Anteproyecto se inspiró en la interpretación amplia, apartándose del único antecedente que ceñía la aplicación —Proyecto de 1998—). Las modalidades tipificadas expresamente (“por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización”) bastan para dar un marco razonable a la labor interpretativa.

Resta adunar, por último, que es perfectamente extensible al daño por “actividad” la teoría esbozada en el apartado anterior en torno a la presunción de riesgo de la “cosa” emanada de la prueba del contacto entre la víctima y aquella, y el daño padecido. En concreto, la prueba de la relación entre el daño y la actividad también debiera llevar a presumir el carácter riesgoso de la misma.

Notas

- ¹ Kemelmajer de Carlucci, en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Augusto C. Belluscio (dir.) - Eduardo A. Zannoni (coord.), 2002, t. 5, p. 458.
- ² Pizarro, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), 1999, t. 3A, p. 535.
- ³ Diccionario de la lengua española, 22ª ed., en www.rae.es.
- ⁴ López Herrera, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Julio C. Rivera - Graciela Medina (dirs.), 2014, t. IV, p. 1123.
- ⁵ Garrido - Andorno, El art. 1113 del Código Civil. Comentado. Anotado, 1983, p. 413.
- ⁶ Mosset Iturraspe, El cartel olvidado, LL Gran Cuyo, 2004-537, con cita de Jourdain)
- ⁷ Lucchesi - Sáenz, en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, 2018, t. 3F, p. 625.
- ⁸ Galdós, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ricardo L. Lorenzetti (dir.), 2015, t. VIII, p. 593.
- ⁹ Kemelmajer de Carlucci, en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Augusto C. Belluscio (dir.) - Eduardo A. Zannoni (coord.), 2002, t. 5, p. 471.
- ¹⁰ Pizarro, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), 1999, t. 3A, p. 526 y siguiente.
- ¹¹ Lucchesi - Sáenz, ob. cit., t. 3F, p. 632; Galdós, ob. cit., t. VIII, p. 595)
- ¹² Pizarro, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), 1999, t. 3A, p. 554.
- ¹³ Pizarro, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), 1999, t. 3A, p. 520.
- ¹⁴ Pizarro - Vallespinos, Compendio de derecho de daños, 2014, p. 414.
- ¹⁵ CNAT, Sala VII, 29/9/08, “Geiser, Isaías I. c. Seguridad Argentina S.A. y otros”, en “Boletín Temático de Jurisprudencia de la CNAT”, “Accidente de trabajo. Acción de derecho común”, abril 2012.
- ¹⁶ CNAT, Sala VII, 24/10/08, “Callapa, Luis P. c. Organización Centauro Servicios de Prevención y Vigilancia Privada S.A. y otro”, en www.cij.gov.ar.
- ¹⁷ CNAT, Sala VII, 24/10/08, “Jaime, Ludmilla N. c. Día Argentina S.A. y otro”, en www.cij.gov.ar.
- ¹⁸ Pizarro, Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código, LL, ejemplar del 12/8/15, p. 1)
- ¹⁹ Galdós, El art. 1757 del Código Civil y Comercial (el anterior art. 1113 Código Civil), RCyS, 2015-IV-176; Pizarro, Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código, LL, ejemplar del 12/8/15, p. 1.
- ²⁰ Galdós, El art. 1757 del Código Civil y Comercial (el anterior art. 1113 Código Civil), RCyS, 2015-IV-176; Pizarro, Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código, LL, ejemplar del 12/8/15, p. 1.
- ²¹ Lucchesi - Sáenz, en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, 2018, t. 3F, p. 616.
- ²² Pizarro - Vallespinos, Tratado de la responsabilidad civil, t. II, p. 318.
- ²³ Lucchesi - Sáenz, en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, 2018, t. 3F, p. 636.
- ²⁴ Pizarro - Vallespinos, Tratado de la responsabilidad civil, t. II, p. 319.
- ²⁵ Lucchesi - Sáenz, en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, 2018, t. 3F, p. 637.
- ²⁶ Galdós, Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código, LL, ejemplar del 3/3/16, p. 1.
- ²⁷ Pizarro - Vallespinos, Tratado de la responsabilidad civil, t. II, p. 319.
- ²⁸ Véase Kemelmajer de Carlucci, en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Augusto C. Belluscio (dir.) - Eduardo A. Zannoni (coord.), 2002, t. 5, p. 460.
- ²⁹ Llambías, Tratado de derecho civil. Obligaciones, 1976, t. IV-A, ps. 629 y 632.
- ³⁰ Kemelmajer de Carlucci, en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Augusto C. Belluscio (dir.) - Eduardo A. Zannoni (coord.), 2002, t. 5, p. 581.
- ³¹ Pizarro - Vallespinos, Tratado de la responsabilidad civil, t. I, p. 543.
- ³² CSJN, 11/7/06, “Rivarola, Mabel A. c. Neumáticos Goodyear S.A.”, Fallos, 329:2667; ídem, 21/4/09, “Rodríguez, Ramón c. Electricidad de Misiones S.A.”, Fallos, 332:857.
- ³³ CNAT, en pleno, 27/12/88, “Perez, Martín I. c. Maprico S.A.I.C.I.F.”, LL, 1989-A-561.
- ³⁴ SCBA, 29/9/04, “Ferreira, Gustavo R. c/ Benito Roggio e Hijos y otra”, TySS 2004-869.
- ³⁵ SCBA, 25/11/09, “Lezcano, José L. c. Panadería y Conf. El Progreso de Corripio, Jorge O.”, Juba, L. 93.818.
- ³⁶ Pizarro, Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código, LL, ejemplar del 12/8/15, p. 1.

- ³⁷ Galdós, Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código, LL, ejemplar del 3/3/16, p. 1.
- ³⁸ Zavala de González, La noción de actividades riesgosas en el Proyecto de Código Civil, JA, 1988-I-905.
- ³⁹ SCBA, 15/7/15, “Bogado, Juan J. y otro c. Toledo, Víctor A. y otros”, Juba, C. 118.411.
- ⁴⁰ Galdós, Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código, LL, ejemplar del 3/3/16, p. 1.

Capítulo 6

El art. 75 de la LCT

(texto según ley 27.323)

1. Introducción

A finales del año 2016 el Congreso Nacional sancionó la ley 27.323, otorgando al contenido del art. 75 de la LCT una redacción similar a la que poseyera bajo el art. 83 en el texto original de la ley 20.744.

La nueva norma eliminó a su vez del art. 75 de la LCT el ap. 2° que se le introdujera por vía de la ley 24.557 (art. 49, disposición adicional primera), que disponía que los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento a las premisas del ap. 1° de la misma norma, solo darían lugar a las prestaciones sistémicas. Regla que se sumaba al ap. 1° del art. 39 de la LRT para impedir cualquier acción por reparación plena más allá de su fuente.

La limitación a la acción común, como es sabido, fue declarada inconstitucional por violatoria del art. 19 de la CN, y luego abrogada por la ley 26.773.

Aun cuando el último cuerpo normativo citado, por vía de su art. 17, solamente derogó en lo pertinente el art. 39 de la ley 24.557 (no advirtiendo el legislador que el texto del art. 75 de la LCT mantenía la lógica de la LRT originaria), consideramos que ya entonces el ap. 2° del citado art. 75 resultaba abrogado de hecho. Ello pues tratándose de una “*disposición adicional*” (art. 49, ley 24.557) que accedía a un régimen determinado para adecuar el resto de la legislación a su objetivo limitante, derogada la prohibición de accionar renacía la posibilidad de acceder a una reparación diversa de las prestaciones de la ley especial.

Dicha conclusión reposaba además en otros dos argumentos de peso:

En primer término, permitiendo el art. 4° de la ley 26.773 acudir a los “*distintos sistemas de responsabilidad*”, y siendo que la misma ley (art. 6°) reconoce que en tal contexto no rige solamente la posibilidad de acceder a las prestaciones sistémicas, era evidente que la limitación del ap. 2° del art. 75 de la LCT estaba derogada.

En segundo lugar, el fallo “Aquino” de la Corte Suprema censuró que la existencia de un régimen especial pudiera obrar para impedir al trabajador el reclamo a su empleador de una indemnización justa en función de la vigencia del principio *alterum non laedere* (contenido en el art. 19, CN)¹. Por ende, la doctrina emanada del precedente no se había ceñido a habilitar la “acción civil”, sino todas las acciones comunes por reparación plena (en la medida que se decretara la inconstitucionalidad de la limitación). Resultando confirmado ello por el texto de la ley 26.773, que al posibilitar las acciones comunes remite a “*otros sistemas de responsabilidad*” y no a la “*responsabilidad civil*”.

Sin embargo y pese a ello, una parte de la doctrina entendió que la redacción del ap. 2° del art. 75 de la LCT se oponía a la consideración de acciones distintas a las de la legislación civil.

Dijo entonces Rodríguez Mancini: “Para que pudiera reabrirse el debate acerca de la creación de una tercera acción por violación del deber de seguridad, debería haberse vuelto, en el mejor de los casos, al texto anterior al que modificó la disposición adicional primera del art. 49 de la ley 24.557, cuya “*derogación tácita*” por efecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema, estimo que no puede válidamente predicarse ya que en todo caso, como lo señalé más arriba, los fallos a partir de “Aquino”, solo han habilitado la vía de la acción civil pero en modo alguno han hecho referencia a un tema tan particular como es el de ver una tercera acción de responsabilidad laboral en el art. 75 en cuestión”².

Con la reforma que efectúa la ley 27.323, quedó borrada la valla que inquietara a ese sector doctrinal. Ello a punto tal que el mismo Rodríguez Mancini afirmó: “La reforma introducida por la ley 25.323 significa afianzar con una norma especial, la posibilidad de acciones típicamente laborales ante tribunales del trabajo, ligadas al cumplimiento de las reglas de higiene y seguridad, así como las correspondientes al acatamiento de la jornada de trabajo, y en general las propias del respeto de la dignidad e integridad psicofísica del trabajador, sin perjuicio del funcionamiento separado, sea en lo sustancial o en lo formal, del sistema especial de riesgos del trabajo”³.

El objeto del presente capítulo es analizar entonces la existencia y alcance de la acción derivada del art. 75 de la LCT.

2. La acción fundada en el art. 75 LCT y la jurisprudencia de la CSJN

La Corte Suprema ha admitido recurrentemente la existencia de una acción especial por reparación plena fundada en el art. 75 de la LCT. Lo ha hecho por dos vías:

a) Por un lado, reconociendo una mutación en la “competencia” cuando la aludida reparación integral se procurara con base en dicha previsión. Ello, dejando en claro que no cabe confundir a la acción fundada en el derecho civil con aquella apuntalada en normas laborales.

Esa jurisprudencia, que se construyó bajo la vigencia de la ley 24.028 (en función de su art. 16), se mantuvo y refrendó con el actual régimen (en razón del art. 17, ap. 2°, de la ley 26.773). Son icónicos al respecto los fallos “Jaimes c. Alpar-

gatas S.A.”⁴.

En síntesis, si esa acción especial no existiera, sería absurdo asignarle una competencia diferenciada en función de su particularidad.

b) Por otro lado, ya dejando sin efecto, explícitamente, aquellos pronunciamientos que prescindieran de su concreto tratamiento, cuando el actor fundara su demanda en la responsabilidad contractual del empleador.

En “Costa c. Hilandería Algodonera Villa Devoto S.A.”⁵ decidió que era arbitraria la sentencia que omitiera el tratamiento de la responsabilidad de origen contractual con referencia al deber de previsión a cargo del empleador y con fundamento en la ley 20.744.

Y en “Benítez c. Eriday UTE”⁶, declarado arbitraria la sentencia que omitiera analizar de manera exhaustiva la totalidad de las cuestiones fácticas decisivas propuestas en el caso por el actor “y el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la parte empleadora en orden a los deberes de seguridad e indemnidad exigibles en cualquier relación contractual (arts. 62 a 65, 75 y 76, *LCT*)”.

Queda claro entonces que para un tribunal de la importancia de la Corte Suprema la existencia de la norma no es indiferente y aparea la posibilidad de acciones consecuentes.

3. El alcance del deber

En uno de sus clásicos trabajos sosteniendo el carácter extracontractual de la responsabilidad del empleador frente a los infortunios, Goldenberg afirmaba que si por “obligación de seguridad” debe entenderse aquella por la cual el operario debe ser reintegrado sano y salvo a su hogar, “resulta entonces dudosa la consagración legal de la misma a través del citado art. 75, no obstante el explícito epígrafe de dicha disposición ‘Deber de seguridad’. La norma en análisis parece más bien instituir un ‘deber de previsión’, distinto del ‘deber de seguridad’ propiamente dicho, que tiene adecuada expresión normativa en otro ámbito, en lo dispuesto por el art. 184 del Cód. de Comercio”⁷.

Se extrae de allí que la denominación no resulta indiferente, pues el alcance de la protección varía si lo que debe garantizarse es “seguridad” o “previsión”. La primera impone como resultado la ausencia de daño en conexión con la tarea; el respeto pleno de la indemnidad del trabajador, que no puede resultar perjudicado por el hecho o en ocasión de su trabajo (cuestión que no lleva el tema al cause de la acción sistémica, donde son otras las eximentes). Por otro lado, la previsión importa la adopción de las medidas que según las tareas sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica de los dependientes, cargando en alguna medida el riesgo al trabajador cuando el patrón argumente que hizo lo posible —pero ello no fue suficiente— para evitar el perjuicio. Así se ha dicho que en los términos del art. 75 de la *LCT* el empleador no se obliga a garantizar la salud del trabajador, sino a emplear los medios que la ley exige para preservarla⁸.

4. La naturaleza de la acción

A la hora de establecer la operatoria concreta de la norma cobra relevancia determinar la naturaleza (contractual o extracontractual) de la acción que deriva de aquella.

Fernández Madrid ha considerado que a partir de la misma puede originarse responsabilidad “contractual” del empleador frente al trabajador, sin perjuicio de las sanciones que pudiera imponer el Estado (que como garante del bien común está interesado en el cumplimiento de las medidas de higiene y seguridad en el trabajo)⁹.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por otra parte, sostuvo desde antiguo que la violación al deber del art. 75 de la *LCT* generaba “responsabilidad civil extracontractual en los términos del art. 1109 del Código Civil”¹⁰.

Cuando Vázquez Ferreyra comentó el precedente “Costa c. Hilandería Algodonera Villa Devoto S.A.” de la CSJN, al que mas arriba refiriéramos y donde esta última censuró la falta de tratamiento de la atribución de responsabilidad basada en el art. 75 de la *LCT*, explicó que aún cuando el contenido de la obligación venga impuesto por la ley, si ella se enmarca dentro del haz de derechos y obligaciones que nacen de un negocio jurídico, su incumplimiento seguirá siendo contractual y dará lugar a una responsabilidad de este tipo. No porque el contenido de la obligación esté impuesto por la ley que regula imperativamente el contrato, le quita a esta su naturaleza contractual transformándola en una obligación legal. Es el propio tipo negocial el que concretamente impone la vigencia de aquellas específicas obligaciones¹¹.

Ya hemos sostenido, al desarrollar lo atinente a la obligación de seguridad que es absurdo reconocer naturaleza extracontractual a un deber que, aun tipificado legalmente, nace justamente con el contrato.

La ley 27.323 deja en claro que el deber emergente del art. 75 de la *LCT* es típicamente contractual, pues ante el incumplimiento vuelve a otorgar expresamente la posibilidad de eximir al co-contratante de su débito sin pérdida salarial, aun cuando esa facultad siempre surgió indudable del derecho común y del resto de las normas que conforman la especialidad¹². Si la obligación no fuera contractual, su incumplimiento no permitiría excepcionar al otro sujeto de cumplir con su parte.

5. La operatividad de la norma

Sentado lo anterior, e ingresando en la operatoria concreta de la norma, se han sostenido diversas posiciones:

De la Fuente afirmaba que como regla el trabajador debía probar el contrato de trabajo y el daño, presumiéndose entonces que este último se produjo por un incumplimiento del empleador, que tendría a su cargo la prueba de haber actuado con la prudencia y diligencia que las circunstancias del caso exigían¹³. Pero siguiendo a su vez la posición de Llambías, consideraba que ello era así mientras las tareas se prestaran “en un lugar controlado por el dador de trabajo —que será lo normal—”, y que si aquellas se desarrollaran “en lugares que este no controla” debía el accidentado demostrar “que medió culpa del deudor en la falta de prevención del accidente”¹⁴.

Ambos situaban la cuestión en el campo contractual, pero distinguían el alcance de la obligación efectuando una diferenciación que no hallamos razonable.

Vázquez Vialard, sin efectuar esa distinción, decía concretamente que “probada la relación causal entre el daño que sufre el actor y las tareas que realizaba a las ordenes de la demandada, surge a mi juicio la responsabilidad de ésta. De acuerdo con el art. 75 de la LCT... estimo que acreditada la relación causal entre el daño físico que padece el actor y el desarrollo de su tarea, corresponde imputársela al empleador que al efecto, por los medios que establece la ley, debe acreditar lo contrario”¹⁵. Lo mismo sostuvo Fernández Madrid¹⁶.

El art. 75 de la LCT, según la ley 27.323, se titula “deber de seguridad” e impone al empleador “adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica” de los trabajadores.

La existencia del precepto no puede más que obedecer, entonces, a la necesidad de proteger a los dañados en esta clase de contratos, favoreciéndolos en relación al régimen general.

Hallándonos en el terreno contractual, el damnificado debe acreditar el incumplimiento, que en el caso se configura con la violación del deber de seguridad, presumida en función del daño padecido en el marco del contrato.

Si se considera una obligación de resultado, la responsabilidad es objetiva. Y si se la reputa de medios, será subjetiva, pero en el marco contractual la prueba del incumplimiento equivale a la prueba de la culpa del deudor. Lo que debe acreditar el acreedor es el incumplimiento; el concepto de factor de atribución queda entonces subsumido en él¹⁷.

Tal como se apuntara, el deber contemplado por la disposición se convierte en un deber activo del patrono, no limitado al simple cumplimiento de ciertos preceptos básicos en materia de higiene y seguridad, sino extensivo a todas las obligaciones implícitamente asumidas por el “buen empleador” que debe velar por la seguridad psicofísica de sus dependientes aun en el ámbito ajeno al establecimiento empresario (arts. 62, 63 y 75, LCT)¹⁸.

En función de la existencia del art. 75 de la LCT imponiendo al patrón actuar positivamente para resguardar la integridad psicofísica del obrero¹⁹, acreditado el contrato de trabajo y el daño sufrido, se presume el incumplimiento del empleador²⁰. El actor debe probar los hechos constitutivos en el plano de la norma citada: le corresponde la prueba del contrato de trabajo y el accidente, revelador de incumplimiento²¹. Al trabajador le basta con invocar la omisión del empleador respecto de su débito de seguridad y acreditar la relación causal entre el perjuicio sufrido y el desarrollo de sus tareas²².

Resta aclarar que si se la considera de medios, la existencia de la obligación no impediría invocar las fuentes de responsabilidad objetiva derivadas, por ejemplo, de la intervención de cosas²³ o realización de actividades riesgosas. La vía del incumplimiento contractual no enerva la posibilidad de acudir a las fuentes que antes parecían operar en el campo extracontractual (art. 1107, CC), como ya hemos desarrollado.

6. Los efectos de la utilización de esta acción

Decía Capón Filas que la acción buscando reparar un daño por incumplimiento del deber de seguridad (art. 75 LCT) surge del negocio jurídico laboral y debe discurrir ante los jueces laborales²⁴.

La existencia del precepto abre entonces ciertas posibilidades que influyen en la práctica:

- a) En primer lugar, elimina el debate en torno a la competencia, sin necesidad de planteos constitucionales (CSJN, “Faguada c. Alushow S.A.”).
- b) En segundo término, permite tutelar a los derechohabientes en su calidad de damnificados indirectos, pues sería un contrasentido presumir el incumplimiento en la acción emprendida por el trabajador y obligar a su familia a la férrea prueba de la culpa o restringir el resarcimiento a los casos de daños por cosas o actividades riesgosas.
- c) En tercer orden, borra las discusiones en relación a las responsabilidades solidarias. En efecto, si se trata de una obligación que por imperio legal integra el contrato (art. 75, LCT), frente a su incumplimiento es posible demandar a los responsables solidarios en función de las mismas normas de la LCT.
- d) En cuarto lugar, al tratarse de una acción en el marco de la LCT, ratifica los principios concretos que benefician a quien acciona, como aquél tan importante que opera en caso de duda sobre los hechos o el derecho (art. 9º, LCT).

Todas estas peripecias interpretativas no serían necesarias de comprenderse cabalmente, en toda su dimensión, la existencia de un derecho de daños laborales que borre las artificiosas diferencias. Mientras ello no suceda, será útil recurrir

a las posibilidades que otorgan los diversos preceptos capaces de operar frente al daño injustamente sufrido.

Notas

- ¹ Véase CSJN, 21/9/04, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, TySS, 2004-774, consid. 14, párr. 3°.
- ² Rodríguez Mancini, El art. 75 de la LCT frente a la ley 26.773, DT, mar. 2013, año LXXIII, n° 3, p. 447.
- ³ Tal como reconoce Rodríguez Mancini, Ahora sí, DT, 2017 (abril), 589.
- ⁴ CSJN, 5/11/96, “Jaimes, Juan T. c. Alpargatas S.A.”, CSJN-Fallos, 324:326) y “Faguada c. Alushow S.A.” (CSJN, 9/5/17, “Faguada, Carlos H. c. Alushow S.A. y otros”, CSJN-Fallos, 340:620.
- ⁵ CSJN, 5/9/85, “Costa, María J. c. Hilandería Algodonera Villa Devoto S.A.”, Fallos, 307:1634.
- ⁶ CSJN, 3/11/15, “Benítez, Andrés c. Eriday - UTE”, en www.csjn.gov.ar.
- ⁷ Goldenberg, La naturaleza jurídica de la acción de derecho común en materia de infortunios del trabajo, LL, 1979-D-1011.
- ⁸ CNAT, Sala I, 31/8/88, “Gómez, Vicente c. Consorcio de Propietarios del Edificio calle Jerónimo Salguero 613”, LD Textos, may. 2005.
- ⁹ Fernández Madrid, Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y anotada, 2009, t. II, p. 934.
- ¹⁰ SCBA, 25/4/89, “Ferreira, Alejandro c. Busti, Héctor V. e Hijo y otro”, AyS, 1989-I-742.
- ¹¹ Vázquez Ferreira, La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y Ley de Contrato de Trabajo, 1988.
- ¹² Tal como sostuviéramos en Formaro, Suspensión del cumplimiento de la prestación contractual en el Código Civil y Comercial. Su importancia en el derecho del trabajo, DT, 2016 (marzo), 469.
- ¹³ De la Fuente, Los accidentes de trabajo y la acción de derecho común, DT, 1980-597.
- ¹⁴ Llambías, La acción de derecho común originada en un accidente de trabajo, LL, 1979-C-852.
- ¹⁵ CNAT, Sala III, 19/2/80, “Pandiani, José M. c. Intela S.A.”, voto del doctor Vázquez Vialard, DT, 1980-701.
- ¹⁶ Fernández Madrid, Deber de seguridad personal, Doctrina Laboral Errepar, t. IV, p. 319.
- ¹⁷ Picasso – Cicchino, en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, 2018, t. 3F, p. 416.
- ¹⁸ CNAT, Sala VI, 11/8/95, “Florentin, Humberto c. Pedacci Mao S.A.”. En el mismo sentido: CNAT, Sala VII, 18/10/99, “Veloza, Ceferiana c. Latigo S.A. y otro”, LD Textos, may. 2005.
- ¹⁹ La norma debe ser leída de consuno con el art. 8° de la ley 19.587, que en su primera parte impone: “Todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores...”. Ambas obligan al empleador a la prevención eficaz de los riesgos del trabajo (véase CNAT, Sala VI, 30/9/04, “B., E. E. c. Orígenes AFJP”, inédito).
- ²⁰ Fredriks, El deber de seguridad en la Ley de Contrato de Trabajo, 1985, p. 10.
- ²¹ Rodríguez Saiach, Acción civil en accidentes de trabajo, 1986, p. 167.
- ²² CNAT, Sala III, 19/2/80, “Pandiani, José M. c. Intela S.A.”, voto del doctor Vázquez Vialard, TySS, 1980-386.
- ²³ Véase, en ese sentido, el voto del doctor Guibourg en CNAT, Sala III, 19/2/80, “Pandiani, José M. c. Intela S.A.”, DT, 1980-701.
- ²⁴ CNAT, Sala VI, 30/9/04, “B., E. E. c. Orígenes AFJP”, voto del doctor Capón Filas con adhesión del doctor Fernández Madrid, DJ, 2004-3-868.

Responsabilidad del principal por hechos de otros dependientes

1. Introducción

El art. 1753 del *CCCN* consagra la obligación de responder, en forma refleja, por los daños causados por un sujeto distinto, supuesto que regulara el párr. 1º del art. 1113 del Código Civil. Mayoritariamente se ha entendido que constituye una obligación legal de garantía (no fundada en el tradicional criterio de culpa *in eligendo* o *in vigilando*).

Es menester aclarar que si se trata de un daño ocasionado por el dependiente al acreedor del principal en razón de la ejecución material de las obligaciones asumidas por este último, hay responsabilidad directa (art. 732, *CCCN*) y no indirecta por el daño causado a terceros en ejercicio o con ocasión de sus funciones (art. 1753).

La norma posee de todos modos utilidad desde que se sostenga que el daño sufrido por un trabajador no importa violación de las obligaciones del contrato sino que engendra responsabilidad extracontractual. Allí, aun cuando el daño no haya sido causado directamente por el empleador, éste responderá en forma refleja, objetivamente.

2. Los requisitos para la existencia de responsabilidad refleja

En el marco del art. 1753 del *CCCN* se mantiene la interpretación amplia de la noción de “dependencia” que la doctrina desarrollara en torno al art. 1113 del Código Civil.

Aquella no se ciñe, en la hipótesis del derecho común, a la “dependencia laboral” (en la noción propia del derecho del trabajo), y puede responder a un encargo individual o transitorio (no permanente), sin precisar subordinación económica. Tampoco se exige que el dependiente haya sido elegido por el principal, bastando, en el caso de que haya sido impuesto, que el comitente haya aceptado su presencia. En definitiva, se requiere, con criterio de amplitud, que una persona confiera un encargo a otra, a punto tal que la ejecución de una función para alguien conlleva una presunción *iuris tantum* sobre la existencia de dependencia¹. Los tribunales incluso han responsabilizado en casos de dependencia “aparente”, cuando aquélla se presenta como real a la vista de terceros.

De todos modos, aún cuando la noción es amplia conforme lo expuesto, no debe confundirse la hipótesis con la responsabilidad directa que pesa sobre quien, sin ser técnicamente principal, causa daños a través de la conducta de terceros no dependientes que actúan con cierta autonomía en su interés, en el marco de riesgo de la actividad desplegada. Allí no se estará ante un caso de responsabilidad por el hecho del dependiente, sino de responsabilidad personal, también directa, por el riesgo de la actividad desplegada a través de terceros que obran con autonomía en el marco de la delegación practicada². La responsabilidad se asienta en el riesgo de la actividad (arts. 1757 y 1758, *CCCN*).

En torno a la vinculación entre las tareas propias del dependiente y el perjuicio, de conformidad con la fórmula amplia que receipta el art. 1753 del *CCCN*, el principal responde cuando el hecho dañoso acaece “en ejercicio” o “con ocasión” de las funciones encomendadas. La vastedad de la fórmula empleada coloca sobre la responsabilidad del principal hechos que exorbitan el mero ejercicio de las tareas encomendadas. Cuando el quehacer del dependiente ha sido la ocasión que lo ha hecho posible, debe ser soportando, en sus consecuencias, por el comitente³.

De conformidad con lo dispuesto en la parte final del citado art. 1753, la responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente.

Notas

¹ Vázquez Ferreyra, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), 1999, t. 3A, p. 485, citando la opinión de Matilde Zavala de González.

² Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, 2018, t. II, p. 128.

³ Mosset Iturraspe, Responsabilidad de la “agencia de remise”. Relación entre la agencia y el prestatario o encargado del servicio. Daños “con ocasión”, LL, 1981-B-162.

Responsabilidad por culpa o dolo

1. Introducción

El factor de atribución es el elemento axiológico o valorativo en virtud del cual el ordenamiento dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito *stricto sensu* a una determinada persona¹. Se trata de la razón jurídica del responder.

El art. 1721 del CCCN expresa: “Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”.

El hecho de que la responsabilidad pueda ser dirimida de acuerdo a un factor objetivo de atribución no quita la posibilidad de que medie culpa o dolo. Ello también opera en materia de daños laborales, en función de la “pluridimensión” según terminología de Cornaglia.

De todos modos, la responsabilidad ha quedado rezagada a un rol residual incluso en el derecho común de daños, razón que impone comprender incluso la vigorización de los factores objetivos que operan primordialmente cuando el daño se produce en el marco de la relación de dependencia.

2. El carácter residual de la responsabilidad subjetiva

Tal como se expresara en los Fundamentos de su Anteproyecto, el Código Civil y Comercial no establece una jerarquía entre los factores subjetivos y objetivos. Sin embargo, allí se reconoce que en la práctica la mayoría de los casos tiene relación con factores objetivos, razón por la cual se los regula en primer lugar, “lo cual es un signo claro del cambio de los tiempos en relación a la codificación decimonónica”.

Explica Bueres que los factores objetivos no son específicos y restrictivos como pensaran los defensores de la regla de la culpa y la excepción del riesgo. Más aún, los factores objetivos pueden extraerse por interpretación extensiva y analógica; todo es responsabilidad objetiva salvo cuando haya una laguna que resulte imposible de colmar, en cuyo caso aparece la culpa de manera residual, que no es lo mismo que ésta venga a ser la norma de cierre del sistema².

Esto último se reconoce así, explícitamente, en los citados Fundamentos del Anteproyecto, donde se expresa: “... cuando hay una laguna, es decir, no hay ninguna norma ni es posible una aplicación analógica, rige la culpa”. Adunándose que se consagra “la culpa como factor de atribución residual”.

Lo expuesto implica que la culpa no es norma de cierre o de clausura del sistema que impida aplicar, por vía de analogía, los factores objetivos de atribución. Al no consagrarse a la culpa como regla y a la responsabilidad objetiva como excepción, se permite la aplicación analógica de esta última. La culpa, como factor residual, queda entonces limitada a los casos donde exista una laguna y se carezca de norma aplicable analógicamente.

3. Responsabilidad por culpa o dolo

La responsabilidad subjetiva puede fundarse en el obrar culposo o doloso del agente, tal como establece el art. 1724 del CCCN.

Según este último precepto, la culpa consiste en la “...omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión...”.

La norma mantiene la conocida definición que portara el art. 512 del Código Civil, salvando la imperfección de este último cuando utilizaba la expresión plural “diligencias” (que en rigor significa tramitaciones) en lugar de “diligencia” (término que emplea el art. 1724 del CCCN).

La imprudencia se traduce en una conducta positiva, precipitada o irreflexiva, que es llevada a cabo sin prever sus consecuencias. La negligencia consiste en no prever lo que era previsible o, habiéndolo hecho, en no adoptar la diligencia necesaria para evitar el daño. Y la impericia es la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte³.

Opera también el art. 1725 del CCCN al establecer que: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias...”. Se trata, como se indica en los Fundamentos del Anteproyecto, de una regla que tiene un doble campo de aplicación (en la culpa y en la causalidad).

Una innovación importante que ha introducido el Código Civil y Comercial se halla en el terreno de la prueba de la culpa. En efecto, como regla la carga de la prueba de los factores de atribución (en rigor, de las circunstancias fácticas

conducentes a su aplicación) y de las eximentes corresponde a quien los alega (art. 1734). Sin embargo, como se apunta en los Fundamentos del Anteproyecto, esa regla “puede resultar rígida en algunos casos en los que existen dificultades en el acceso a los medios de prueba o en la presentación de la misma, y es por eso que se habilita una corrección para mitigar estos efectos”. Ello ocurre con relación a la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, donde se faculta al juez a distribuir la carga de la prueba ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Así lo autoriza el art. 1735 del CCCN, precepto cuya redacción, alcances y operatoria analizamos en capítulo especial de la tesis, en razón de su importancia.

En cuanto al dolo, a diferencia del Código Civil que refería únicamente (art. 1071) al directo (aquél dirigido a causar daño), el Código Civil y Comercial aduna la consideración del dolo eventual, pues luego de aludir al daño producido de manera intencional agrega el causado con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (donde el autor no ejecuta la acción para provocar el daño pero desdeña claramente el perjuicio que puede ocasionar con la misma).

4. La presunción legal de dolo en el trabajo de menores y mujeres

En materia de trabajo de menores, el art. 195 de la LCT expresa: “*En caso de accidente de trabajo o de enfermedad de una persona trabajadora, comprendida en el presente título, si se comprueba ser su causa alguna de las tareas prohibidas a su respecto, o efectuada en condiciones que signifiquen infracción a sus requisitos, se considerará por ese solo hecho al accidente o a la enfermedad como resultante de la acción u omisión del empleador; en los términos del art. 1072 y conchs. del Código Civil, sin admitirse prueba en contrario.*”

Si el accidente o enfermedad obedecieren al hecho de encontrarse circunstancialmente el trabajador en un sitio de trabajo en el cual fuere ilícita o prohibida su presencia, sin conocimiento del empleador, éste podrá probar su falta de responsabilidad”.

La solución que impone el precepto transcrito se extiende al trabajo de mujeres en función de lo normado en el último párrafo del art. 176 de la LCT. Y cabe entenderse ahora referida a la parte final del art. 1724 del CCCN, que suplanta en el punto al art. 1072 del Código Civil.

Se trata de una presunción legal de dolo que, una vez operada (por la comprobación de sus requisitos), sólo puede desactivarse acreditando el empleador (colocándose a su cargo la prueba) que el infortunio obedeció al hecho de hallarse el trabajador, sin su conocimiento y circunstancialmente (recaudos concurrentes), en un lugar en el cual fuere ilícita o prohibida su presencia.

Coincidimos con la doctrina que apunta que no basta al empleador probar su falta de conocimiento, pues por su posición jerárquica y el ejercicio de los poderes de organización, dirección y disciplina, deberá demostrar también que obró con la debida diligencia, de acuerdo a las circunstancias del caso, para que tal presencia circunstancial no se produjera⁴.

La operatividad de la presunción coloca al resarcimiento del siniestro en el ámbito del dolo, para sancionar al empleador que viola relevantes prohibiciones legales y asegurar a esta clase de damnificados —que merecen especial tutela— una reparación integral.

Cabe aclarar que aun cuando el empleador se libere de las consecuencias de un obrar doloso (mediante la acreditación que prevé el art. 195, párr. 2º, de la LCT), ello obviamente no importa la automática eximición de responsabilidad frente al infortunio, pues operan los restantes factores atributivos que analizáramos en la tesis.

Notas

- ¹ Pizarro - Vallespinos, Compendio de derecho de daños, 2014, p. 153.
- ² Bueres, La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, LL, 2013-A-835.
- ³ Pizarro - Vallespinos, Compendio de derecho de daños, 2014, p. 163.
- ⁴ Litterio, en Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada, Raúl H. Ojeda (coord.), 2ª ed., 2011, t. II, p. 653.

La responsabilidad de terceros relacionados con el empleador y el trabajador

1. Introducción

La realidad de las relaciones laborales demuestra que el daño no siempre se produce dentro de un establecimiento que explota por sí el empleador. Del mismo modo, aun cuando así fuera, es posible que la labor del trabajador, que en definitiva lo habrá dañado, beneficie también a sujetos distintos del citado empleador.

Puede suceder también que el perjuicio que sufre el trabajador guarde relación con la intervención de terceros, como en el caso de aquellos dañados en el marco de una prestación de servicios con notas de eventualidad. O que lo produzca otro dependiente, que responda entonces por sí y active la responsabilidad refleja del principal.

Lo concreto, a los fines de nuestra tesis, es que allí y en otras circunstancias similares se produce una yuxtaposición de normas (comunes civiles y laborales) que abren hipótesis de solidaridad o concurrencia entre los distintos responsables, que amplían la legitimación pasiva.

Así lo explicaremos y demostraremos en este capítulo.

2. Las normas que imponen la solidaridad en torno a las “obligaciones emergentes” de la relación laboral

No es desconocido que el art. 26 de la *LCT* permite considerar empleador a un conjunto de personas físicas o jurídicas¹, y que más allá de cuál sea la actividad y la forma en que se la lleve a cabo, lo que convierte al ente físico o ideal en “el empleador” es el hecho de ser la fuente de control de las decisiones, la unidad de dirección².

Sin embargo, cuestiones de solvencia y la habilitación de la posibilidad de accionar contra terceros sin ingresar al régimen de opción excluyente, torna aún más importante la vigencia de ciertas disposiciones laborales que responsabilizan también a sujetos distintos de aquel que reconoce la vinculación dependiente.

Se trata de normas tales como los arts. 29, 29 *bis*, 30³, 31 y concs. de la Ley de Contrato de Trabajo, como así toda otra que establezca la solidaridad o la responsabilidad directa de estos pretendidos “terceros”.

Así se ha dicho: “Resulta de aplicación el art. 30 de la *LCT* en el caso de los accidentes en los que se acciona con sustento en la normativa civil a los fines de extender en forma solidaria la condena. El encuadramiento de un infortunio laboral en los presupuestos de aplicación de los distintos regímenes de responsabilidad establecidos en el Código Civil hace viable la aplicación de los mismos, pero no modifica la naturaleza jurídica del daño, ni de la relación jurídica en cuyo marco se configura. La naturaleza laboral de las acciones derivadas de infortunios laborales fundadas en las disposiciones del Código Civil, torna aplicables distintas normas de la ley de contrato de trabajo. Así ocurre con la normativa en materia de interposición en la contratación, incluso a través de agencias de servicios eventuales (art. 29); los supuestos de contratación y subcontratación y cesión del establecimiento (art. 30)”⁴.

Habiéndose resuelto concordantemente: “El contratante responde, cuando así corresponde según las reglas de aplicación del art. 30 *LCT*, por toda obligación ‘emergente de la relación laboral’. En este sentido, la obligación de reparar íntegramente los daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo debe reputarse emergente de la relación laboral sin que desvirtúe esa referencia genética el régimen jurídico en base al cual se establezca la responsabilidad (ley especial o Código Civil, responsabilidad contractual o extracontractual, objetiva o subjetiva). La referencia a la relación laboral alude a que se trate de obligaciones que tengan su origen fáctico en el vínculo laboral, tal como acontece en un accidente de trabajo. El art. 30 de la *LCT* carece de limitaciones en cuanto a la naturaleza de las obligaciones sobre la que recae la garantía e, incluso, también se extiende sobre las obligaciones de carácter legal del contratado como las nacidas de los regímenes integrativos de la seguridad social que, como es obvio aclararlo, son de carácter legal”⁵.

También se ha hecho aplicación, en materia de infortunios, de la normativa laboral que responsabiliza en el ámbito del trabajo eventual: “A los fines de determinar la responsabilidad que le asiste a quien opera en el mercado en calidad de empresa de servicios eventuales, como proveedora de personal, cuando el dependiente acciona con fundamento en el derecho común, es necesario recurrir al párr. 2º del art. 29 de la *LCT*. La responsabilidad allí expresada resulta omnicomprendensiva alcanzando todos los daños que se produzcan al trabajador por el cumplimiento de la tarea encomendada”⁶.

Contrariamente se ha sostenido que “la solidaridad establecida en el art. 30 de la *LCT* se refiere a las obligaciones contractuales y no puede extenderse a responsabilidades extracontractuales como la que se deriva del art. 1113 del Cód. Civil, es decir, no resulta aplicable cuando se opta por la vía civil, atento que la ‘cosa’ debe ser propiedad del responsable o estar bajo su guarda”⁷.

La argumentación anterior puede ser rebatida pues: a) la responsabilidad del empleador frente al infortunio nace, en primer término, de una obligación contractual (tal como ya hemos desarrollado), y por ende, encuadraría en el requisito

que impone la última jurisprudencia citada; b) el art. 30 de la LCT no hace referencia a “obligaciones contractuales” sino a “obligaciones emergentes de la relación laboral”, lo que remite a la pléyade de obligaciones que desde el punto de vista fáctico se originen con motivo de la relación de trabajo; c) no cabe hacer distinciones donde la ley no las introduce; d) el derecho se interpreta, en caso de duda, de modo favorable al trabajador (art. 9º, LCT); e) en la especie no se responde por ser propietario de la cosa ni su guardián, pues aquí no es la normativa civil y comercial el soporte de la obligación, que opera en función del art. 30 de la LCT; f) a mayor abundamiento, con la sanción de la ley 26.994 pierde vigencia la valla que la jurisprudencia citada coloca entre responsabilidad contractual y extracontractual.

Más allá de todo eso, el tratamiento del asunto debidamente inserto en la idea del derecho de daños laborales ha llevado a sostener, para consolidar la aplicación de la solidaridad que emerge de las citadas normas tuitivas, que las distintas ramas o sectores del orden jurídico no pueden ser aprehendidos como compartimentos estancos; por el contrario, el orden jurídico debe ser captado en plenitud, es decir, como un todo orgánico y sistemático⁸.

3. Los efectos del régimen de legitimación pasiva del CCCN en su conexión con las situaciones que aprehenden las normas laborales

Hemos visto al desarrollar las hipótesis de responsabilidad objetiva derivadas de la intervención de cosas y actividades riesgosas, que la legitimación pasiva es plural en la medida que el derecho común puede obligar a diversos sujetos en función de la guarda intelectual y de la guarda provecho.

Es preciso advertir, entonces, que en las hipótesis donde la legislación laboral anuda la actividad de los diversos sujetos que se relacionan entre sí para la obtención de sus fines (casos de la delegación o la subcontratación), esas mismas circunstancias fácticas y jurídicas los está colocando en situación de responsables desde el derecho común.

En efecto, si el daño acaece por la intervención de una cosa riesgosa, será guardián quien obtenga un provecho de aquella. Habiendo dicho la doctrina que, a efectos de no otorgar a la figura de la guarda provecho un alcance ilimitado que arroje soluciones absurdas, será preciso que el guardián detente algún tipo de control o dirección sobre la cosa, aunado al provecho que obtiene de ella. Es el caso típico de la subcontratación o delegación, donde incluso la propia ley laboral impone la existencia de controles.

Por otro lado, cuando el daño deriva de una actividad riesgosa, el propio art. 1758 del CCCN hace responsable a quien “se sirve” de aquella. Se trata de quien, sin realizarla o ejecutarla materialmente, utiliza en beneficio propio la acción del tercero ejecutor de la misma. Afirman Pizarro y Vallespinos que ello es “lo que sucede en los casos de delegaciones, intermediaciones, subcontrataciones, dependencias económicas y funcionales, etcétera”⁹. Esta norma también responsabiliza, nuevamente, a quien obtiene provecho de la actividad. Operan entonces, para este último supuesto, las mismas nociones que dan coherencia a la guarda provecho.

Es interesante destacar, en adición, que la parte final del art. 1758 del CCCN establece el principio de la responsabilidad múltiple, con amplitud de criterio, para solo permitir excepcionar aquella cuando la legislación especial negara la legitimación pasiva. Por ello es importante destacar que en materia laboral es justamente la legislación especial aquella que, como regla, impone la responsabilidad de terceros (incluso solidaria, y no meramente concurrente). De allí que es razonable interpretar la legitimación pasiva, cuando se trata de daños laborales, con óptica amplia.

En concreto, sostenemos que en los casos donde la ley laboral impone la solidaridad (arts. 29, 29 bis, 30, 31 y concs., LCT), las directrices normativas están configurando a la vez la responsabilidad plural en los términos de la normativa común (art. 1758, CCCN).

Si la cuestión ofreciera dudas, sólo a modo de ejemplo pueden citarse, en adición, múltiples normas que imponen un obrar concreto: el art. 3º de la ley 19.587 de Higiene y Seguridad en el Trabajo (“*Cuando la prestación de trabajo se ejecute por terceros, en establecimientos, centros o puestos de trabajo del dador principal o con maquinarias, elementos o dispositivos por él suministrados, éste será solidariamente responsable del cumplimiento de las disposiciones de esta ley*”) o el art. 4º del Anexo del decr. 911/96 en el marco de la industria de la construcción (“*El comitente será solidariamente responsable, juntamente con el o los contratistas, del cumplimiento de las normas del presente decreto*”).

Ha dicho una parte de la jurisprudencia, tal como hemos citado en el título anterior, que deducida la acción de derecho común los presupuestos de la responsabilidad deben ser establecidos con arreglo a las normas que la integran, lo cual descarta la posibilidad solidaria que emerge de la Ley de Contrato de Trabajo¹⁰. La solución que proponemos permite respetar incluso dicha posición, pues encuentra el fundamento de la responsabilidad en la mera conexión entre la situación fáctica y jurídica que crea la relación laboral, con las pautas que exige la ley civil para hallar legitimación pasiva.

4. El caso de la “transferencia” y la razonabilidad del régimen de solidaridad

Es sabido que la ley laboral (art. 225 y sgtes., LCT), a efectos de tornar operativo el principio protectorio, extiende la responsabilidad a quienes sucedan al empleador cuando media transferencia del establecimiento, en torno a “todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el transmitente tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia”.

Cuando la cuestión se analiza en relación al derecho de daños, fácil es la solución si se admite que la obligación de

resarcir tiene fuente contractual y nace del quebrantamiento del pacto tácito de indemnidad que integra el sinalagma.

Tampoco debería ofrecer dudas la deuda indemnizatoria nacida del incumplimiento de una obligación legal que también integra el contrato (como la que emerge a texto expreso del art. 75 de la LCT).

Sin embargo, es sabido que algunos tribunales (y paradigmáticamente la Suprema Corte de Buenos Aires) sostienen que incitada la acción por la vía del derecho común son las normas de este último las que operan, adunando incluso que “la violación del deber de seguridad previsto en el art. 75 de la ley 20.744 configura una transgresión de origen legal, extraña al contrato, constituyendo el sustrato de la responsabilidad civil extracontractual”¹¹.

En ese marco, y aun cuando dichos tribunales no se han expedido por la aplicación de tales principios en acciones de extensión de responsabilidad derivadas de una transferencia (art. 225 y sgtes., LCT), es allí donde se demuestra la inconsistencia de la solución que plantean, ya que es evidente que el crédito indemnizatorio (aún cuantificado según el derecho común, que como ya hemos visto solo torna operativa una garantía constitucional) no puede quedar desamparado ante el cambio de empleador, cuando el dependiente se ha dañado en función de las tareas prestadas para el mismo establecimiento.

En síntesis, una interpretación restrictiva de los arts. 225 y 228 LCT podría sugerir que si la deuda indemnizatoria que se persigue se funda en las normas del Código Civil y Comercial, o aún en las propias de la Ley de Contrato de Trabajo que hemos citado, no se aplicaría la responsabilidad solidaria del adquirente.

Debe decirse en torno a ello que incluso más allá de la naturaleza contractual de la responsabilidad (que hace a la obligación estrictamente “emergente del contrato de trabajo”), lo relevante a efectos de la solución específica del legislador laboral (art. 225 y sgtes., LCT) es que la deuda se haya devengado con motivo de la ejecución del contrato de trabajo.

Tal como enseñan López, Centeno y Fernández Madrid, la ley dice “contrato” pero esa expresión significa aquí “relación”¹². Cuando la ley refiere a todas las obligaciones emergentes del “contrato” de trabajo, debe entenderse como relativa a la “relación de trabajo”, criterio más amplio que da paso a las obligaciones de fuente contractual como a las de fuente extracontractual, siempre que se originen con motivo de la relación de trabajo. Si en la ejecución de las obligaciones contractuales asumidas por el trabajador en el marco de su relación de trabajo aquel sufre daño a su integridad psicofísica por el que debe responder el empleador (a la postre transmitente), estaremos ante una obligación “emergente del contrato de trabajo”, porque tal como interpretamos esta locución legal la obligación surge (emerge) del cumplimiento del contrato de trabajo por parte del trabajador¹³.

Ello otorga una solución razonable que se mantiene aún sin ingresar en el debate acerca de carácter eminentemente contractual del deber de indemnidad del empleador, sobre el que no albergamos dudas.

Por otro lado, una interpretación contraria podría conducir a resultados absurdos y violatorios de la protección que merece el crédito derivado del menoscabo a la integridad psicofísica, que no puede resultar discriminado en relación al nacido de la misma prestación de tareas que conllevaran daño. En el más burdo de los ejemplos, el adquirente se haría de las maquinarias y la actividad dañosa, sin asumir la obligación emergente de aquellas (por el daño que habrían causado).

5. La importancia de la responsabilidad de terceros frente al régimen de opción

Al derogar la veda que rigió durante la vigencia del texto originario de la ley 24.557 para accionar contra el empleador, la ley 26.773 mantuvo incólume la habilitación para demandar a terceros (es decir, sujetos distintos del empleador).

En efecto, el art. 17 de la ley 26.773, en su ap. 1º, derogó los incs. 1º, 2º y 3º del art. 39 de la LRT, conservando el texto de su inc. 4º que establece: “*Si alguna de las contingencias previstas en el art. 6º de esta ley hubieran sido causadas por un tercero, el damnificado o sus derechohabientes podrán reclamar del responsable la reparación de los daños y perjuicios que pudieren corresponderle de acuerdo con las normas del Código Civil, de las que se deducirá el valor de las prestaciones que haya percibido o deba percibir de la ART o del empleador autoasegurado*”.

La exhumada opción (art. 4º, ley 26.773) sólo rige entonces para el caso de intentar comprometer la responsabilidad “común” del empleador (tal como desarrollamos al tratarla en forma particular).

Consecuentemente es posible accionar contra los terceros responsables desde la órbita del derecho común, para obtener la reparación plena del daño, sin que ello implique renuncia del mínimo tarifado, que en su caso deberá deducirse¹⁴.

6. Dos limitaciones inconstitucionales en torno a la acción contra terceros

En el marco de la acción contra los terceros la legislación coloca dos limitaciones que es preciso analizar.

a) *Parcial remisión del inc. 4º del art. 39 de la LRT*

La primera limitación resulta involuntaria y es producto de la ausencia de rigor científico del legislador: el inc. 4º del art. 39 de la LRT permite reclamar del tercero responsable “*de acuerdo con las normas del Código Civil*”.

Se trata de una remisión parcial: en efecto, no son únicamente las disposiciones del Código Civil y Comercial (actual recipiendario del envío) las que contienen el fundamento de la responsabilidad de terceros frente al damnificado, pues la

obligación puede reconocer puro origen normativo laboral (a modo de ejemplo, lo dispuesto en el art. 30 de la *LCT*).

La omisión nace de la histórica asimilación —errónea— entre “acción civil” y “acción de derecho común”; en modo alguno ha sido la intención del legislador excluir la aplicación de otras normas vigentes. De lo contrario, la limitación debe considerarse inconstitucional por resultar arbitraria e irrazonable, al no tener fundamento y borrar justamente la fuente laboral de la responsabilidad en un infortunio del trabajo. Se violan los arts. 14 *bis*, 16, 17, 18, 19, 28, 75, inc. 22 y concs. de la Constitución Nacional.

b) *Exceso reglamentario del decr. 491/97*

La segunda limitación sí es intencional y resulta inconstitucional.

Es evidente que el legislador del año 1995, al sancionar la *LRT*, no quiso permanecer ajeno a la avalancha flexibilizadora. Pero en su afán de desobligar al empleador, dejó habilitados los reclamos contra cesionarios, contratistas y subcontratistas.

Las normas y sus defensores se esforzaban por afirmar que esos sujetos no podían identificarse con el empleador, y cuando se intentaba comprometer su responsabilidad alegaban sin tapujos que eran “terceros”. Por ello mal podía desviarse el argumento cuando, en atención a los términos del ap. 4º del art. 39 de la ley 24.557, se consideraba que no existía valla para accionar contra los mismos en virtud de su responsabilidad común.

De allí que, violándose una vez más la Constitución Nacional (art. 99, inc. 2º), se dictó el decr. 491/97 que, so pretexto de reglamentar los aps. 4º y 5º del art. 39 de la *LRT*, dispuso en su art. 12: “*Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, actividades o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento del pago de las alicuotas a la aseguradora correspondiente, o bien constancia indubitable de la resolución que los habilita para autoasegurarse. En todos los casos serán solidariamente responsables de la obligación de pago de las alicuotas a la aseguradora, pudiendo incluso retener de los pagos que deban hacerles por sus servicios las alicuotas adeudadas de plazo vencido, depositándolas en la forma y condiciones que establezca la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.*”

No se considera tercero a los fines de las acciones previstas en los aps. 4º y 5º del artículo que se reglamenta, al empresario principal que ceda total o parcialmente, o que contrate o subcontrate, trabajos o servicios dentro o fuera del establecimiento habilitado a su nombre.

La afiliación del contratista, subcontratista o cesionario a una aseguradora autorizada a funcionar, o su habilitación para acceder al régimen de autoseguro, exime al empresario principal, contratante o cedente de toda responsabilidad por riesgos del trabajo frente al personal ocupado por aquéllos y a sus derechohabientes, con la sola excepción del supuesto de dolo previsto en el art. 1072 del Código Civil.

Idénticos principios regirán en los supuestos de ocupación de personal a través de empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente”.

Cuando la legislación insiste en tratar como tercero¹⁵ a quien se vincule con “el empleador” (empresario principal, contratante o cedente, en los términos de la reglamentación), y a la par impide también considerarlo tercero a los fines de los incs. 4º y 5º del art. 39 de la *LRT*, está estableciendo una exoneración total de responsabilidad que resulta abiertamente inconstitucional: quien se beneficia económicamente no respondería, en ningún supuesto, frente a la víctima trabajadora que se desempeñó en su provecho.

La norma no resiste análisis, pues: *a)* ambiciona borrar todo el esquema de responsabilidad vigente y atenta contra el carácter tuitivo y abarcador que debe imperar (art. 14 *bis*, Const. Nacional) en un sistema que pretende cubrir los daños laborales; *b)* establece un supuesto de irresponsabilidad inconstitucional afectando el deber de no dañar y el correlativo de indemnizar (art. 19, Const. Nacional); *c)* se trata de una mera reglamentación que no es apta para normar como pretende, constituyendo un exceso reglamentario (art. 99, inc. 2º, Const. Nacional) al crear por esa vía una arbitraria exoneración no prevista legalmente. Esta posición, avalada por la doctrina¹⁶, impone como consecuencia de la inconstitucionalidad de la reglamentación la aplicación de la ley (ap. 4º, art. 39, *LRT*), por lo cual los trabajadores podrán reclamar las indemnizaciones plenas a los pretendidos “terceros”. Resulta objetivo que el texto reglamentario efectúa una extensión incompatible con su carácter de norma de jerarquía inferior y con la índole restrictiva del instituto de la eximición¹⁷.

“Tercero”, en un contrato de trabajo, es todo sujeto de derecho que no sea el empleador ni el trabajador. Contra aquél puede accionarse sin limitaciones, planteando en su caso la inconstitucionalidad del art. 12 del decr. 491/97, sea por la eximición de responsabilidad como por la modificación del contenido del contrato de trabajo que supone. En definitiva, por la verdadera excentricidad jurídica que constituye la creación de la figura del “tercero no tercero”¹⁸.

7. Diversos ejemplos de responsabilidad de terceros

La obligación de resarcir a cargo del tercero puede encontrar nacimiento en diversos ámbitos del derecho. A modo de ejemplo:

Los arts. 1710, 1749 y concs. del *CCCN* para responsabilizar plenamente en caso de daños por violar el deber de prevención (incluyendo como sujeto pasivo a la aseguradora de riesgos del trabajo).

El art. 1724 del *CCCN* que opera ante el obrar culposo. El art. 1753 frente al daño causado por dependientes¹⁹. Y los arts. 1757 y 1758 en relación a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de actividades riesgosas o peligrosas. Normas que permiten accionar por reparación plena contra usuarias o contratistas que causan el daño al trabajador (por intermedio de sus dependientes, las cosas de su propiedad o bajo su guarda, la actividad que desarrollan, etcétera). O que habilitan la acción civil en los casos de infortunios sufridos *in itinere* (fundamentalmente por accidentes de tránsito, demandando a conductores y dueños de rodados embistentes).

El art. 1724 del *CCCN*, ya citado, para la hipótesis del daño producido de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (obrar doloso).

Los arts. 1286, 1289, 1291 y concs. del *CCCN* en el caso de daños sufridos por el trabajador en ocasión del transporte.

Los arts. 961, 1027 y concs. del *CCCN* en virtud de garantía y la estipulación a favor de tercero en la hipótesis de daños causados por mala praxis (pudiendo afectar al trabajador la deficiente atención proporcionada por la ART y sus prestadores).

El débito de seguridad genérico (art. 961, *CCCN*) y específico (ley 23.184) en materia de espectáculos deportivos (tal como ha sido aplicado por la Corte Suprema en el caso “Mosca”, en relación a un trabajador que sufrió daños mientras se desempeñaba en las inmediaciones de un estadio)²⁰.

Ello entre otros casos que bien pueden darse en el complejo mundo de la realidad, como ser los daños causados por animales (arts. 1757 y 1759, *CCCN*), menores (arts. 1754 y 1755, ídem), o cualquier otro supuesto.

Como se observa, múltiple puede ser la fuente de la responsabilidad de terceros.

Notas

- ¹ CNAT, Sala I, 23/2/09, “Fernández Galarido, Javier A. O. c. Telefonía Pública Modular S.A. y otros”; ídem, Sala IV, 19/8/09, “De Vicenzi, Marcos C. c. Buso, Bruno R. y otros”, inéditos.
- ² Cañal, *Controversias en el derecho laboral*, 2004, p. 177.
- ³ Por vía plenaria se ha establecido que en virtud del art. 705 del Código Civil (concordante con el actual art. 833 del CCCN) es dable demandar a la totalidad de los deudores solidarios o a cada uno (CNAT, en pleno, 3/2/06, “Ramírez, María I. c. Russo Comunicaciones e Insumos S.A. y otro”, TySS, 2006-105).
- ⁴ CNAT, Sala V, 15/7/11, “Gómez, Jorge L. c. Rodbau S.R.L. y otros”, del voto del doctor Zas, en “Boletín Temático de Jurisprudencia de la CNAT”, “Accidente de trabajo. Acción de derecho común”, abr. 2012.
- ⁵ CNAT, Sala II, 3/11/11, “Cantero, Ramón J. c. Estudimar S.R.L. y otros”, en “Boletín Temático de Jurisprudencia de la CNAT”, “Accidente de trabajo. Acción de derecho común”, abr. 2012.
- ⁶ CNAT, Sala II, 26/7/91, “Santillán, Gustavo c. Buro Arsbitem S.A.”, LD Textos, may. 2009.
- ⁷ CNAT, Sala I, 2/6/06, “Rodas, Irma por sí y en representación de su hija menor c. CFT Agrupación de Colaboración Empresaria y otros”, en “Boletín Temático de Jurisprudencia de la CNAT”, “Accidente de trabajo. Acción de derecho común”, abr. 2012.
- ⁸ STJ Jujuy, 19/3/85, “Silva, Juan c. Pogliacomí, Arturo L. y otros”, voto del doctor Wayar, TySS, 1986-154.
- ⁹ Pizarro - Vallespinos, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, p. 319.
- ¹⁰ SCBA, 4/3/15, “Q., J. A. c. Sergio Alfaro Construcciones y otros”, L. 117.025.
- ¹¹ SCBA, 22/12/98, “Barraza, Marta I. c. Asociación Hospital Italiano Regional del Sur”, Juba, L. 66.073.
- ¹² López – Centeno – Fernández Madrid, *Ley de contrato de Trabajo comentada*, 1978, t. II, p. 868.
- ¹³ .Curutchet, *Aspectos sustanciales y procesales de la responsabilidad solidaria por transferencia del establecimiento*, en *Jurisprudencia Laboral*, t. 3, p. 51.
- ¹⁴ Según art. 39, ap. 4º, LRT.
- ¹⁵ Véase, a modo de ejemplo, que incluso el decr. 762/14, que impone en materia de empleo eventual la cobertura de los trabajadores por intermedio de la ART de la empresa usuaria (con cargo a la empresa de servicios eventuales), dice expresamente en sus considerandos que se trata de “trabajadores que, con carácter eventual, prestan servicios para terceros distintos de su empleador directo”.
- ¹⁶ Schick, *Riesgos del trabajo*, 2ª ed., 2009, p. 75.
- ¹⁷ Gelber, *Acciones civiles del trabajador en el régimen de la ley 24.557 (LRT)*, 1998, p. 60.
- ¹⁸ Ackerman - Maza, *Ley sobre Riesgos del Trabajo. Aspectos constitucionales y procesales*, 1999, p. 117.
- ¹⁹ Advertimos, además, que como dañantes de un compañero los dependientes son terceros (y por ende no rige la opción), pero además el empleador puede responder por ellos.
- ²⁰ CSJN, 6/3/07, “Mosca, H. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, TySS, 2007-413.

La responsabilidad de la ART desde el derecho común

1. Introducción

El contrato suscripto entre el empleador y la ART obliga a esta última a solventar las prestaciones que el sistema prevé frente a las contingencias que puedan sufrir los trabajadores. Se crea así una relación contractual que, enmarcada en la ley 24.557, contempla un resarcimiento tarifado para empleados y derechohabientes, otorgando a estos acción directa contra el asegurador.

Esa obligación sistémica coloca a su vez a la aseguradora frente a la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil (y así tener que reparar plenamente), con fundamento en el incumplimiento de los deberes que para ella impone genéricamente la ley y cuyo nacimiento particular concreta el contrato.

Dicha situación engendra una serie de cuestiones conflictivas:

1. En primer lugar, la posible existencia de responsabilidad más allá de la ley especial, y los términos de su configuración.
2. Luego, la naturaleza contractual o extracontractual de aquella responsabilidad, en el marco del derecho común, frente al trabajador y sus derechohabientes.
3. En tercer orden, el factor de atribución aplicable y la distribución de la carga probatoria.
4. Por último, la vigencia del régimen de opción (art. 4º, ley 26.773) en estos supuestos.

Aquellos temas son analizados en el presente capítulo.

2. La obligación de prevención

La ley 24.557 obliga a las ART a “adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo” (art. 4º, inc. 1º).

La norma se integra con el art. 31, inc. 1º, de la misma ley, que les impone denunciar ante la SRT los incumplimientos del empleador a las normas de seguridad e higiene y promover la prevención.

Los preceptos aludidos son complementados por disposiciones tendientes a tornar operativo el mandato legal, y que refrendan la obligación de obrar activamente a fin de prevenir los daños en la integridad psicofísica de los dependientes.

Así, el decr. 170/96 (reglamentario de los arts. 4º, 24 y 31 de la ley 24.557), exige a las aseguradoras en su art. 18 brindar asesoramiento y asistencia técnica (en especial en la determinación de la existencia de riesgos y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores, como así en la selección de elementos de protección personal), y en el art. 19 les impone realizar actividades permanentes de prevención de riesgos (entre las que incluye la capacitación de los dependientes) y control de condiciones y medio ambiente de trabajo.

Las medidas “legalmente previstas” para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo no se limitan a la ley 24.557 y sus reglamentos¹. Juegan también las normas que obligan al empleador a resguardar a sus dependientes: el art. 8º de la ley 19.587 impone el deber de adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores, y la Ley de Riesgos del Trabajo conmina a las aseguradoras al control de todo aquello (pudiendo efectuar denuncias al respecto).

Por eso, de modo concordante con la obligación de prevención eficaz del art. 4º, el ya citado art. 31 de la LRT obliga a las aseguradoras a promover la prevención y a “exigir” a las empresas el desarrollo de planes que tiendan a ella.

La actividad que se exige no abarca solamente los puestos de labor o el establecimiento, en general y en abstracto. El deber se extiende a verificar las condiciones de cada trabajador, considerando sus particularidades. La protección se adeuda a los sujetos, no a la empresa, y por ello es también obligatoria la realización de exámenes periódicos de salud (res. 37/10, SRT) para evitar que el dependiente desarrolle o agrave patologías.

La suscripción del contrato de afiliación, entre el empleador y la aseguradora, engendra para aquella la obligación de prevenir. Esta última forma parte inderogable del citado contrato, pues así viene impuesto por vía legal (arts. 4º, ap. 1º, y 31, LRT).

Es sabido que las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible (art. 962, CCCN). La obligación de prevenir aquí es imperativa en razón de la terminología legal, de los sujetos protegidos, y del propio objetivo que de-

clamara el régimen que instauró esta clase de seguro².

Frente a su incumplimiento, tanto el empleador que lo ha suscripto como los beneficiarios del contrato (el trabajador y sus derechohabientes) pueden accionar. Ello no solo para lograr que se lleve a cabo esa prestación contractual (la prevención), sino también para obtener el reconocimiento de la indemnización de las consecuencias dañosas que el incumplimiento de aquella genere.

Conviene recordar, en relación a lo expuesto, que el Código Civil y Comercial establece en materia de eficacia vinculante de los contratos una fórmula legal que supera las normas derogadas, sin conceder al llamado efecto relativo un carácter invariable³. Reconoce que los contratos pueden tener efectos con relación a terceros que no los han suscripto en los casos previstos por la ley (art. 1021, CCCN). Así ocurre en el seguro de riesgos del trabajo, donde la estipulación es en beneficio del trabajador y sus derechohabientes⁴, que son los únicos legitimados frente a las prestaciones y que gozan a tal efecto de acción directa autónoma contra la aseguradora.

3. Responsabilidad civil derivada del incumplimiento

El art. 1749 del CCCN establece la responsabilidad directa de quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión.

De allí se extrae que la responsabilidad de las aseguradoras de riesgos del trabajo, por daños derivados de la omisión de la prevención a su cargo, resulta incontrovertible tanto si la cuestión se sitúa en el campo contractual, como si se la coloca en el plano extracontractual. Advertencia necesaria cuando sobre el tópico relativo a la órbita de su ubicación no existió consenso doctrinal.

En materia de riesgos del trabajo, donde la cobertura ampara al trabajador y a su familia frente a las contingencias que esos riesgos engendran, el dependiente y sus derechohabientes son acreedores de la obligación de prevención. Por ende, si su incumplimiento genera daños, existe responsabilidad directa de la ART (art. 1749, primera parte, CCCN). El perjuicio se produce como consecuencia del incumplimiento de una obligación preexistente entre el dañador y los damnificados.

La solución no varía si el análisis se efectúa desde la órbita extracontractual, pues también es responsable directo quien ocasiona un daño injustificado por acción u omisión (art. 1749, segunda parte, CCCN). Por ello, tanto si se tratara de omisiones puras (que implican una total ausencia de acción) como de comisión por omisión (donde hay una omisión que se inserta en el marco de un curso general de acción positivo), se responde. Recordándose no solo que el deber de prevención es incluso genérico y alcanza a cualquier persona en cuanto de ella dependa (art. 1710, CCCN), sino también que el ilícito civil es atípico, porque no es necesario que la ley describa en cada caso con detalle la conducta prohibida. Será antijurídica cualquier acción u omisión que cause daño, pues para la existencia de dicho presupuesto bastará que se viole el deber general de no dañar a otro (art. 1717, CCCN).

Por lo expuesto, los incumplimientos de las aseguradoras en materia de prevención, cuando de aquellos deriven daños en conexión causal, las obligan a responder por la reparación plena (art. 1740, CCCN) en el derecho común.

4. El factor de atribución

En materia obligacional (contractual) la responsabilidad puede ser subjetiva u objetiva.

El Código Civil y Comercial recepta de manera expresa la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, a la que asigna un papel protagónico a la hora de determinar el factor de atribución aplicable⁵.

Dispone al respecto el art. 774 del CCCN: *“Prestación de un servicio. La prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso. Si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales”*.

En el inc. a) están conceptuadas las obligaciones de medios, o de diligencia, en las que el deudor se compromete a realizar la prestación debida, consistente en desplegar cierta actividad con la diligencia apropiada, independientemente de la concreción de un resultado exitoso. Es, como regla, la obligación asumida por el prestador en la locación de servicios (arts. 1252 y 1256, CCCN).

En los incs. b) y c) se regulan supuestos de obligaciones de resultado (en el segundo caso opera un afinamiento en su determinación).

En las obligaciones de medios el deudor se compromete a realizar una conducta diligente, orientada a la obtención de un resultado, esperado y querido por el acreedor, pero no asegurado. El deudor cumple con la obligación desplegando diligentemente la conducta comprometida. El factor de atribución es subjetivo.

En las obligaciones de resultado el deudor compromete su actividad para el logro de un interés final del acreedor, no contingente o aleatorio, de modo que su falta de obtención importa incumplimiento. El deudor asegura un resultado ex-

itoso. Por ello el factor de atribución es objetivo (art. 1723, CCCN), ya que no le es dable al deudor la prueba de la ausencia de culpa para eximirse de sus consecuencias. Solo puede liberarse acreditando la ruptura del nexo causal.

Corresponde entonces, para situar el caso en una u otra alternativa, analizar cuáles son las pautas en función de la cuales se determina si la obligación es de medios o de resultado.

En primer lugar rige el contrato: las partes pueden pactarlo, siempre que no se contradiga una norma de orden público.

En segundo término, puede la ley determinar la obligación como de medios o de resultado.

La cuestión se torna mas compleja cuando nada se ha pactado al respecto y no es posible inferir de la normativa el carácter de la obligación. Se recurre entonces a otros parámetros, complementarios entre sí:

- a) El carácter aleatorio del resultado (si la obtención del interés del deudor depende para su concreción de un factor aleatorio, que va mas allá de la conducta comprometida por el deudor, la obligación es de medios. En cambio, cuando el fin perseguido puede ser normalmente alcanzado merced a técnicas que dispone o debería disponer el deudor, la obligación es de resultado).
- b) El riesgo contractual (en los contratos en los cuales el deudor no puede por si solo garantizar un resultado tiene derecho a una retribución como contraprestación por su actividad. En aquellos contratos en los cuales garantiza resultado, solo tiene derecho a contraprestación si logra el mismo).
- c) La buena fe, la equidad, la confianza generada en el otro contratante y la finalidad social (son parámetros que se utilizan para complementar a los anteriores).
- d) El papel activo o pasivo del acreedor en el cumplimiento (según este elemento, cuando el acreedor tiene papel activo, la obligación parece de medios; y cuando es meramente pasivo, de resultado. Pero el criterio debe atarse a los anteriores, pues analizado en soledad puede llevar a conclusiones equivocadas, como pensar que las obligaciones de los médicos son de resultado por el papel pasivo del paciente).

Si la obligación de la aseguradora se sitúa en el plano contractual, debe determinarse si aquella es de medios o de resultado.

La ley les impone “adoptar las medidas legalmente previstas” para prevenir “eficazmente” los riesgos del trabajo (art. 4º, ley 24.557).

Consideramos que su deber es de diligencia pues se obligan a cumplir las disposiciones referentes a la prevención, no pueden asegurar la ausencia de daño pese a la adopción de todas las medidas, perciben su retribución por la labor de prevención y no por el resultado, y dependen del papel del empleador y el trabajador. Pero existe un estándar agravado en cuanto a la diligencia exigible y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias, al tratarse de entes profesionales con alto grado de especialización (art. 1725, CCCN).

5. La prueba

Situados en materia contractual, la obligación puede ser de medios o de resultado.

Si se la considera de medios, se encuentra atrapada por el principio de la culpa (arts. 1721, 1724 y cctes., CCCN). Allí la carga de la prueba, excepto disposición legal, pesa sobre el acreedor (art. 1734, CCCN).

Si la obligación se considera de resultado (en cualquiera de sus dos variables), la responsabilidad es objetiva. En estos casos solo es desvirtuable mediante la demostración de la causa ajena, con prueba a cargo del deudor (arts. 1722 y 1723, CCCN).

Por otro lado, si la cuestión se ubica en el terreno extracontractual (ya sea porque se considere que el damnificado no tiene vínculo contractual con el obligado, o se argumente que la ligazón solo alcanza al trabajador y no a los derechohabientes), la responsabilidad será subjetiva. La prueba, nuevamente, se encuentra en cabeza del acreedor (art. 1734, CCCN).

Sin embargo, aun colocando la cuestión en el marco de la responsabilidad subjetiva (ya sea contractual o extracontractual), corresponde colocar la prueba de haber actuado con la diligencia debida sobre la aseguradora, pues indudablemente se halla en mejor situación para aportarla. Se trata de un caso típico para la aplicación del art. 1735 del CCCN.

Esta última norma, de obvia importancia por incidir en cuestión central como la carga de la prueba, requiere de un análisis particular por los interrogantes que su redacción acarrea. Dedicando un capítulo especial de la tesis al tema, allí remitimos.

Se reitera, de todos modos, que la diligencia exigible a la aseguradora será agravada (art. 1725, CCCN), es decir que no se eximirá probando una mera actividad, sino un verdadero despliegue de medidas acordes con los derechos en juego y tendientes a la eficacia de la prevención como impone la ley (art. 4º, ley 24.557).

6. Inaplicabilidad de la opción excluyente

La obligación de resarcir a cargo de la ART, sobre la base del derecho civil, tiene origen en deberes propios y espe-

cíficos, y puede demandarse con prescindencia de la responsabilidad del empleador⁷.

El art. 4° de la ley 26.773 instauró para el damnificado, cuando decidiera accionar contra el empleador, la opción entre las prestaciones del régimen de riesgos del trabajo y la reparación nacida en otros sistemas. Pero la misma ley mantuvo habilitada la vía del derecho común cuando el daño hubiera sido causado por un tercero, es decir, un sujeto diferente al empleador (art. 39, ap. 4°, *LRT*, que se mantuvo fuera de la derogación dispuesta por el ap. 1° del art. 17 de la ley 26.773).

Allí la normativa no impone “opción” y permite la acumulación relativa, pues de la reparación plena deben deducirse las prestaciones.

La aseguradora, desde el prisma de la responsabilidad civil, es un tercero diferente del empleador. Por ende el trabajador o sus derechohabientes pueden requerir las prestaciones dinerarias y en especie del sistema especial, e intentar comprometer la responsabilidad civil de la aseguradora para arribar a una reparación plena a cargo de aquélla. Ello sin perder la base tarifaria (que constituirá el mínimo de la indemnización), ni las garantías que acceden a esta última (art. 34, *LRT*).

Lo expuesto no obsta al planteo subsidiario de inconstitucionalidad de la opción, en resguardo de la mejor defensa del derecho de los damnificados.

Notas

¹ Gelber, Acciones civiles del trabajador en el régimen de la ley 24.557 (LRT), 1998, p. 79.

² La ley 24.557 declamó como objetivo principal la reducción de la siniestralidad laboral, y para lograrlo indicó poner el acento en la prevención. El mensaje de elevación del proyecto de ley afirmaba que la prevención constituía el “objetivo primario”, el “eje central”, ubicándose los restantes en un “segundo orden de prioridades” (Véase LL, “Antecedentes Parlamentarios”, 1996-A-408, 409 y 411))

³ Hernández, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Ricardo L. Lorenzetti (dir.) - Miguel Federico De Lorenzo - Pablo Lorenzetti (coord.), 2015, t. VI, p. 11.

⁴ La doctrina es clara al admitir que la mecánica de estipulación en favor de terceros que establece el Código Civil y Comercial no implica negar aquella surgida de las leyes especiales (v.gr., contrato de seguro) -Hernández, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Ricardo L. Lorenzetti (dir.) - Miguel Federico De Lorenzo - Pablo Lorenzetti (coord.), 2015, t. VI, p. 32-

⁵ Pizarro – Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, 2018, t. II, p. 454)

⁶ Pizarro – Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, 2018, t. II, p. 441 y sgtes.

⁷ CNAT, Sala V, 15/4/10, “Silva, Zunilda I. c. Provincia ART S.A.”, inédito.

Distribución de la carga probatoria de la culpa

1. Introducción

El Código Civil y Comercial inserta, dentro del Capítulo donde regula la “responsabilidad civil”, una norma que expresamente recepta la denominada “carga probatoria dinámica”.

El precepto (art. 1735) porta una redacción que ha dado lugar a diversas interpretaciones y mereciera reparos de la doctrina, a la vez que pese a su importancia no resultó atendido judicialmente en la medida que merece.

Su vigencia a partir del 1 de agosto de 2015 impone el tratamiento de una serie de cuestiones que llevan a delimitar el campo donde la norma juega, como así a sentar ciertas bases para su operatoria concreta.

2. La carga probatoria dinámica

Es sabido que, como regla general, las partes se hallan sujetas a una carga procesal genérica de probar los hechos que adujeran como fundamento de su pretensión, defensa o excepción (art. 377, CPCCN). De allí que la importancia de la “carga” de la prueba se concreta cuando la actividad probatoria producida en el expediente no ha sido suficiente para generar la convicción sobre la efectiva existencia de los referidos hechos, pues entonces opera la norma para indicar al juzgador quien se perjudicará ante la omisión.

Sin embargo, la doctrina construyó y la jurisprudencia aceptó la mutación de tal criterio ordinario, cuando una de las partes se hallara en mejor condición para aportar la prueba y para la contraria su obtención fuera dificultosa, con prescindencia del carácter de actor o demandado.

Se reconoció entonces que, en tales casos, la carga de la prueba adquiriría un carácter dinámico.

Tal reconocimiento advino incluso desde los más altos tribunales del país, y fue aplicado en múltiples materias (casos de mala praxis médica, acciones de simulación, reclamos por actos discriminatorios, entre otros ejemplos paradigmáticos).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha receptado el criterio, entre otras, en la causa “Plá”¹, donde recogiera la posición del ministro Vázquez en el precedente “Pinheiro”², y se declarara arbitraria una sentencia desestimatoria de un reclamo por mala praxis médica. También lo deslizó en el caso “Pellicori”³, ahora en el plano de un despido discriminatorio, cuando la parte actora probara indicios que impusieran a la demandada acreditar concretamente entonces que no mediaba un acto discriminatorio.

La Suprema Corte de Buenos Aires, por su parte y entre otros múltiples casos, acudió a la alteración de las reglas clásicas del *onus probandi* cuando se trató de determinar la responsabilidad de una aseguradora frente a la imputación que el trabajador efectuara en orden al incumplimiento del deber a cargo de aquella de prevenir los riesgos del trabajo (causa “Bordessolies”)⁴.

Es innegable, entonces, que el instituto ha prestado un importante servicio por la vía de flexibilizar ciertas reglas para adecuarlas a la realidad en especiales supuestos y permitir el dictado de resoluciones más justas y compatibles con principios superiores.

3. El alcance material del art. 1735 CCCN

La primera cuestión a delimitar es el alcance material del art. 1735 del CCCN.

La norma reconoce la posibilidad de alterar la regla común atinente al *onus probandi* previendo la existencia de una comunicación a las partes.

Lo hace para operar, concretamente, en torno a la prueba “de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida”.

Ello quiere decir que el campo de la norma se ciñe a la prueba del factor subjetivo de atribución de responsabilidad denominado “culpa” (arts. 1734 y 1735, CCCN).

De allí se extraen ciertas conclusiones:

1. El legislador impone una metodología para la aplicación de la carga probatoria dinámica, estrictamente cuando se trata de la prueba de la culpa y nos hallamos en el ámbito de la “responsabilidad civil”.
2. Las demás situaciones capaces de ser atrapadas por la doctrina pretoriana de las cargas dinámicas, y donde no existe precepto particular, continúan con el tratamiento que se les diera con anterioridad a la vigencia de la ley 26.994.

Si esta última conclusión no fuera aceptada, habría que concluir que la admisión legal de la teoría en el art. 1735 del CCCN ha impuesto tácitamente, a la vez, que el legislador prohíbe su aplicación en los campos no atrapados por aquella norma.

4. La facultad normativa del Congreso para la efectividad del derecho de fondo. Doctrina de la CS a partir de la causa “Bernabé Correa”

En función de la naturaleza particular del art. 1735 del CCCN, es preciso recordar que la Corte Suprema ha establecido, desde el fallo “Bernabé Correa”⁵, que si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y por ende para legislar sobre procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que le incumbe dictar.

Doctrina que fuera reiterada por el Máximo Tribunal en diversas oportunidades⁶ y continúa vigente.

5. El “aviso” durante el proceso y las cuestiones vinculadas

Luego de prever la posibilidad de dinamizar la carga probatoria de la culpa, el art. 1735 del CCCN inserta en tal supuesto una “comunicación” a las partes para que estas últimas puedan ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

Dicho “aviso” se establece para evitar la invocación de agravios al derecho de defensa, argumento que se utilizara para acotar la utilización de la doctrina al decirse que su invocación por el juez al momento de la sentencia implicaba un perjuicio a la parte que no habría podido prever dicho proceder.

El argumento es endeble, pues como apuntara Peyrano⁷ difícilmente podría sostenerse en ciertos casos (como los de mala praxis médica) que mediaría sorpresa de la parte ante la aplicación del criterio de carga dinámica. Por el contrario, es principio ya consolidado que ante el deber de conducir el proceso hacia el esclarecimiento de la verdad objetiva, la buena fe impone a las partes no refugiarse en meras negativas (terreno de los hechos) ni ser pasivas frente a la posibilidad de demostración (terreno de lo probatorio).

Sin perjuicio de ello, la comunicación se encuentra en estos casos prevista por la ley, pero la redacción del art. 1735 del CCCN carece de claridad.

En efecto, la norma dice que si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicarlo a las partes.

Frente a tales términos ha dicho el ya citado Peyrano que la norma en “su texto definitivo ha mejorado un poco las cosas al conceder prudencialmente al juez la facultad (y no imponerle el deber), y si lo considera pertinente, de llevar a cabo la comunicación examinada”⁸.

Consideramos que más allá del acierto o error de la decisión legislativa, la facultad se enlaza con la primera parte de la norma (es decir, la decisión sobre la flexibilización de la carga probatoria) y no con la segunda parte pues allí el precepto es imperativo (“debe comunicar”). Es decir que ante la facultad de dinamizar la carga, su ejercicio impondría la notificación.

Aquella conclusión se confirma con los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial, donde se consignara: “Uno de los problemas que se ha discutido en relación a esta última posibilidad, es que las partes recién conocen esta decisión del juez al dictar la sentencia, con lo cual puede ocurrir que la parte demandada sufra un resultado adverso por incumplir una carga que no sabía que tenía. Por esta razón se señala que el juez debe hacer una valoración de las posiciones probatorias, y si va a aplicar el régimen de las cargas probatorias dinámicas, debe comunicarlo a las partes para evitar la afectación de la defensa en juicio”.

En función de lo anterior se ha dicho⁹ que la facultad a la que refiere el del art. 1735 del CCCN (“Si el juez lo considera pertinente”) se relaciona con la posibilidad de distribuir dinámicamente la carga, y no con una “facultad” de antoñiar a las partes (comunicación que “debe” realizar si decide apartarse de la regla general del *onus probandi*).

La norma, en la práctica, opera entonces condicionando el uso de una herramienta valiosa y necesaria para que en el proceso se arribe a la verdad y aquella no se obstaculice a quien se halla en situación desventajosa para acceder al material probatorio. Ello surge de un cúmulo de circunstancias:

1. La inserción de una norma que coloca como una “facultad” judicial un proceder arraigado en doctrina y jurisprudencia, sometida luego al “deber” de una notificación expresa, concluye condicionando la operatoria efectiva de la teoría. Ello ocurrirá si el juez omite advertir sobre la necesidad de recurrir a la figura al momento de sentenciar. Véase, por otro lado, que el mismo legislador reconoce el juego de la carga dinámica en los procesos de familia sin condicionamientos (art. 710, CCCN).
2. Es sabido que la valoración sobre la carga de la prueba se realiza al final del proceso, en la sentencia de mérito. Una decisión preliminar sobre el punto implica, en la práctica, un análisis anticipado de los escritos con los que se ha trabado la litis y cierta anticipación en torno a las reales posibilidades de producción de la prueba durante el proceso. Requiere entonces una labor que no condice, lamentablemente, con la realidad de una parte de los tri-

bunales del país.

3. La disposición no indica en que oportunidad debe producirse la comunicación y prevé que el juez puede advertir la necesidad “durante el proceso”. Los ordenamientos procesales no han sido adaptados a la existencia de esta clase de normas y ello engendra problemas cuando el ofrecimiento de prueba está previsto para realizarse con la demanda y su contestación. Por otro lado, múltiples normas procesales provinciales prevén la flexibilización de la carga, sin colocar esta clase de condicionamientos.
4. La norma podría permitir, bajo el pretexto de un resguardo al derecho de defensa, la introducción de pruebas oportunamente omitidas (importando, a la inversa, una situación ventajosa para el adversario).
5. La resolución judicial que decidiera la utilización de la “facultad” sería una disposición relativa a la prueba, sin perjuicio de lo cual debería reputarse apelable pues importa una decisión sobre la actitud a seguir al momento de resolver el fondo del asunto. Con ello, podría la parte que se considera perjudicada con dicho proceder intentar una impugnación. Indica en tal sentido Peyrano que “está por verse si la trascendencia de una resolución que influye sobre el *onus probandi* no legitima, inclusive, su apelabilidad”¹⁰.
6. La distribución de la carga de la prueba no es una “facultad” del juez, ya que aquella resulta distribuida en función de principios constitucionales y valores incuestionables como la igualdad, la verdad, la buena fe, a partir de la situación comparativa de los litigantes, que el magistrado debe evaluar para un correcto ejercicio de la actividad jurisdiccional¹¹. De allí que no puede resultar una decisión discrecional.
7. Tampoco puede ser una cuestión reservada al juez de primera instancia, que deje cerrada la interpretación sobre un punto central (como es la carga de la prueba) y obligue a las instancias posteriores. Si así fuera ni las cámaras ni los superiores tribunales podrían entender en la cuestión, salvo apelación oportuna frente a la decisión que sobre el punto se adopte (no en la sentencia definitiva, sino en la resolución que dinamiza la carga).

Por las razones expuestas, es útil advertir que la parte que pretendiera que el magistrado dinamice la carga, podría formular la concreta petición fundamentando la misma (y así argumentar sobre el desnivel probatorio y la razón por la cual se halla la contraria en mejores condiciones para acreditar los hechos de que se trate)¹².

Ello sin perjuicio de que las múltiples objeciones apuntadas deberían superarse mediante una interpretación sistemática y valorativa¹³. De allí que, no verificada en concreto una violación al derecho de defensa, es indudable que se trata de una herramienta que impone únicamente atender a las “circunstancias particulares del caso” como preveía el art. 1619 del Proyecto de Código Civil de 1998, sin condicionar a los tribunales.

Notas

- ¹ CSJN, 4/9/01, “Plá, Silvio R. y otros c. Clínica Bazterrica S.A. y otros”, Fallos, 324:2689.
- ² CSJN, 10/12/97, “Pinheiro, Ana María y otro c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario”, Fallos, 320:2715.
- ³ CSJN, 15/11/11, “Pellicori, Liliana S. c. CPACF”, Fallos, 334:1387.
- ⁴ SCBA, 25/11/09, “Bordessolies de Andrés, M. c. Consolidar S.A.”, Juba, L. 98.584.
- ⁵ CSJN, 22/6/23, “Bernabé Correa”, Fallos, 138:157.
- ⁶ CSJN, 26/8/60, “Perelló, Miguel c. Almeida, Félix A.”, Fallos 247:524; ídem, 18/8/66, “Cabañez Arce, Abelardo”, Fallos, 265:211.
- ⁷ Peyrano, Las cargas probatorias dinámicas, hoy, RCCyC, 2016 (marzo), p. 15.
- ⁸ Peyrano, Las cargas probatorias dinámicas, hoy, RCCyC, 2016 (marzo), p. 15.
- ⁹ Quadri, Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial: primeras reacciones jurisprudenciales, RCyS, 2016 (marzo), p. 155.
- ¹⁰ Peyrano, Las cargas probatorias dinámicas, hoy, RCCyC, 2016 (marzo), p. 15.
- ¹¹ Iturbide, Las cargas probatorias dinámicas y su alcance en el Código Civil y Comercial, LL, 2017-C-718.
- ¹² Quadri, Incidencia del Código Civil y Comercial en materia probatoria, RCCyC, 2015 (agosto), p. 38.
- ¹³ Iturbide, Las cargas probatorias dinámicas y su alcance en el Código Civil y Comercial, LL, 2017-C-718.

1. Introducción

Es sabido que para que exista responsabilidad en el derecho común deben cumplirse y verificarse sus clásicos presupuestos: antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad y daño.

Las eximentes operan como antagonistas, pues justamente hacen a la liberación del sindicado como responsable en la medida que importan la negación o destrucción de alguno de los presupuestos que conforman la responsabilidad.

Por su importancia práctica interesan a nuestro estudio las causales liberatorias que obran enervando la antijuridicidad, como así las que llevan a considerar quebrado el nexo causal.

La cuestión merece tratamiento pues, en el terreno de los daños laborales, opera con particularidades.

2. Causas de justificación del acto antijurídico

Las causas de justificación son aquellas circunstancias previstas por el legislador que enervan la antijuridicidad de la conducta y, bajo ciertas circunstancias, pueden actuar como eximentes de responsabilidad (por ejemplo, la legítima defensa) o justificar una reparación de equidad y no plena (caso del estado de necesidad)¹.

Son causas de justificación:

- a) El ejercicio regular de un derecho (arts. 10, primer párrafo, y 1718, inc. a), CCCN).
- b) El cumplimiento de un deber legal (art. 10, primer párrafo, CCCN).
- c) La legítima defensa (art. 1718, inc. b), CCCN).
- d) El estado de necesidad (art. 1718, inc. c), CCCN).
- e) El consentimiento del damnificado (art. 1720, CCCN).

Se trata de causas ajenas a la praxis ordinaria del derecho de daños laborales.

Reviste interés, sin embargo, precisar los alcances de la noción “consentimiento del damnificado”, para evitar un tratamiento superficial de las disposiciones del Código Civil y Comercial que pretenda su aplicación como eximente en esta materia.

El art. 1720 del CCCN establece: *“Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles”*.

No son bienes disponibles aquellos de carácter personalísimo como son la vida y la integridad física. El consentimiento, como expresa la norma, solo puede ser prestado sobre derechos e intereses que sean disponibles, siempre y cuando estos sean de contenido eminentemente patrimonial. La excepción al principio general lo constituye el consentimiento informado para prácticas médicas (siempre que se lleve a cabo en las condiciones previstas por las leyes especiales –art. 5º, ley 26.529-), ya que en tal caso la agresión que sufrirá el paciente en su integridad física tiene como correlato la búsqueda de un mejoramiento de su salud².

Por otro lado, el Código Civil y Comercial se ocupa de aclarar, en el último párrafo del art. 1757 sobre la responsabilidad objetiva, que no son eximentes:

- a) La autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad.
- b) El cumplimiento de las técnicas de prevención.

Es sabido que, generalmente, el uso de las cosas riesgosas o la realización de actividades peligrosas están autorizadas por el derecho vigente, como así por las autoridades públicas.

Ello no enerva la antijuridicidad de la conducta, en principio lícita, que produce un daño a tercero, por violación del *alterum non laedere*.

Lo mismo ocurre en el caso de cumplimiento de las técnicas de prevención, pues el daño padecido por la víctima pese a ello, importa la violación del deber de no dañar³.

Sin dejar de mencionar que en materia contractual el incumplimiento es una conducta objetivamente antijurídica.

3. Interrupción e interferencia del nexo causal

La relación causal adecuada que debe existir entre la acción y el daño puede verse alcanzada por la presencia de factores extraños con idoneidad para suprimir o aminorar sus efectos. En el primer supuesto se configura una interrupción del nexo causal; en el segundo, cuando solo se opera una disminución de los efectos de un hecho antecedente, se trata de una concausa. En ambas hipótesis, el vínculo de causalidad entre la conducta del supuesto autor y el daño no alcanza a configurarse, sea en forma total (en el caso de interrupción del nexo causal) o de manera parcial (tal lo que sucede en materia de concausas)⁴.

a) El hecho del damnificado

El art. 1729 del CCCN expresa: *“La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial”*.

La norma regula específicamente la exclusión total o parcial de responsabilidad en los supuestos en que el “hecho del damnificado” ha interrumpido el nexo adecuado de causalidad.

El texto modifica la locución del Código anterior, y alude al “hecho” del damnificado y no a la “culpa” de la víctima, consagrando expresamente lo que ya fuera aceptado por la doctrina mayoritaria aún bajo la ley anterior: la alusión a la culpa tenía un sentido figurado, pues la eximente se sitúa en relación a la causalidad. No se requiere una conducta “culpable”, sino que el acento se coloca en la incidencia causal del hecho (culposo o no). La cuestión se vincula con el presupuesto de la autoría (no se trata de ponderar culpas sino autorías materiales). Ello sin perjuicio de que pueden el contrato o la ley exigir la configuración de una circunstancia especial para eximir (como la culpa, el dolo, u otra), tal como acontece en la normativa de riesgos del trabajo (art. 6º, ley 24.557) para brindar una protección más intensa.

El hecho del damnificado, para actuar como eximente, debe tener incidencia causal “adecuada” en la producción del resultado (y no ser mera causa “necesaria”)⁵. Por ello el art. 1729 del CCCN dice claramente que el hecho del damnificado debe tener “incidencia” en la “producción del daño”.

Por otro lado, y ello es de central importancia en relación a los infortunios laborales, el hecho de la víctima no debe ser imputable al demandado, objetiva o subjetivamente. Cuando este último es quien lo provoca, la acción de la víctima se presenta como una mera consecuencia del acto del ofensor y resulta inapta para liberar de responsabilidad. Es que la falta de adopción de medidas adecuadas puede ser una circunstancia determinante para que se produzca el hecho del damnificado. Esas omisiones deben ser severamente valoradas por los jueces teniendo en cuenta, justamente, la ya apuntada vinculación e incidencia causal que tienen con el hecho de la víctima⁶.

Es por ello que la Corte Suprema, bajo la vigencia del Código anterior, ha dicho que no pueden dejar de tenerse en cuenta los preceptos legales que operan en función de la relación de dependencia existente entre las partes, como ser la Ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo y su decreto reglamentario, por cuanto tales reglamentaciones son esenciales para no solo para determinar la responsabilidad sino también para “descalificar (o aún graduar) la eventual culpa de la víctima” en el hecho⁷.

De allí que resolviera que en materia de reclamos de derecho común por accidentes de trabajo, “la culpa de la víctima con aptitud para cortar —totalmente— el nexo de causalidad entre el hecho y el detrimento... debe aparecer como la única causa del perjuicio, aparte de revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor”. Agregando que en tales casos no pueden preterirse “extremos vinculados con el control efectivo, concerniente a los deberes del empleador, sobre la observancia de las medidas adecuadas de prevención”⁸.

Es decir que el hecho de la víctima debe ser objeto de evaluación a la luz de las circunstancias y condiciones de trabajo que rodearon al accidente⁹.

En relación a dichos fallos, ha dicho Machado que la Corte Suprema dispuso aplicar “la doctrina de la familiaridad con el riesgo profesional, que en realidad nació en el contexto de la ley especial y que luego se exportó a la acción de derecho común por constituir la dependencia del trabajador una circunstancia personal que no se evapora por el hecho de que se intente la pretensión civil”¹⁰.

Más atrás en el tiempo y también más radicalmente, sostuvo Morando en un interesantísimo aporte que en la acción de derecho común el empleador, para eximirse, debía probar la culpa “grave” de la víctima. Ello en función de que las “circunstancias del caso” para evaluar la culpa (que imponía meritar el art. 512 del CC y hoy también recepta el art. 1724 del CCCN) incluyen como presupuestos “a priori” que la fatiga y la imprudencia profesional participan, en alguna medida, en la producción de la mayoría de los accidentes de trabajo¹¹.

En síntesis, pesando actualmente sobre el empleador y la aseguradora la obligación contractual y legal de prevenir los daños (arts. 4º y 31, ley 24.557; art. 75 LCT), en materia laboral solo eximirá el hecho de la víctima que no pudo ser previsto o que previsto no pudo ser evitado, es decir que reúna las características del caso fortuito o fuerza mayor.

Resta adunar que si bien el Código Civil y Comercial alude específicamente a la “asunción de riesgos”, no lo hace para establecer una eximente autónoma, sino con la intención pragmática de dejar clara la solución adoptada de situar la cuestión en la faz de la causalidad. Por ello el art. 1719, en su primer párrafo, enuncia: “La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el

nexo causal”. Es decir que solo eximirá en la medida que constituya un hecho propio con virtualidad para interrumpir el nexo causal¹². Cuestión que en materia laboral exige, como se advirtiera, contemplar de manera previa el deber del empleador y de la aseguradora de obrar positivamente, interponiéndose incluso ante las posibles conductas del trabajador, para evitar los daños.

Ello sin dejar de recordar que incluso, como expresara Mosset Iturraspe, la necesidad de lograr un bien o un servicio, cuando se padece su carencia, fuerza a obrar, debiendo diferenciarse el proceder temerario por puro capricho o antojo, del temerario por necesidad¹³.

Debe decirse por último que la incidencia del hecho de la víctima es oponible a los damnificados indirectos, pues si bien estos reclaman un daño propio, aquel se produce en función del sufrido por el damnificado directo.

b) El hecho de un tercero

Indica el art. 1731 del CCCN: “*Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito*”.

Aquí, al igual que en la eximente “hecho de la víctima”, la norma pone el acento en la causalidad, de allí que hace referencia al “hecho de un tercero” que es una noción más amplia que la “culpa de un tercero”.

Debe tratarse de un tercero por quien no se deba responder. Por ende no entran dentro de la noción los daños causados por dependientes en ejercicio u ocasión de sus funciones, ni todos aquellos cuya responsabilidad concorra o resulte solidaria. Ello sin perjuicio de las acciones de regreso que tengan entre sí (arts. 840, 841 y 851 inc. h), CCCN).

La disposición establece que para eximir, el hecho del tercero debe revestir las características del caso fortuito. Se ha dicho que con ello se busca preservar el derecho indemnizatorio del damnificado y poner el acento en la prevención de los daños¹⁴.

Se exige entonces, además del hecho de un tercero, que aquél no haya podido ser previsto o que previsto no fuera posible evitarlo. La solución refleja la postura doctrinal mayoritaria, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema¹⁵.

Debe tenerse en cuenta además, en materia de responsabilidad por actividades peligrosas, que no exime el accionar de un tercero que no es extraño al riesgo, es decir, del tercero que participó de su desarrollo, como profundizaremos en la parte final del título que sigue.

c) El caso fortuito o fuerza mayor

El art. 1730 del CCCN establece: “*Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos*”.

Para que un hecho constituya caso fortuito o fuerza mayor, debe reunir ciertos requisitos y de acuerdo a ellos ser¹⁶:

- a) Imprevisible (para el agente, de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas, atendiendo razonablemente a las circunstancias y recordando la regla del primer párrafo del art. 1725 del CCCN: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”).
- b) Inevitable (o irresistible, es decir, no susceptible de ser contrarrestado por el sujeto de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas y las circunstancias del caso).
- c) Actual (es decir que el hecho constitutivo tenga incidencia actual y no trasunte una mera amenaza o imposibilidad eventual).
- d) Ajeno al presunto responsable y, en su caso, extraño al riesgo o vicio de la actividad desarrollada (supone que se produzca fuera de la esfera de actuación del sindicado como responsable, sin que haya colocado ningún antecedente causalmente idóneo que haga posible el suceso lesivo sobreviniente).
- e) En materia obligacional debe, además, ser sobreviniente al nacimiento de la obligación y representar un obstáculo insalvable para el cumplimiento (es decir, no ser genético y provocar un obstáculo absoluto e insuperable para el cumplimiento de la obligación).

Es importante reiterar que el propio Código Civil y Comercial indica expresamente que aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable “si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad” (art. 1733, inc. e), CCCN).

Es decir que el suceso debe ser totalmente ajeno al riesgo o vicio de la cosa o de la actividad, y no conexo o inherente a dicho riesgo, ya que si está dentro o es propio de aquél no será, por ende, extraño o ajeno al responsable (de allí que no sea imprevisible).

Aún antes de la vigencia del nuevo Código, la jurisprudencia ha dicho que en el marco del riesgo propio de deter-

minadas tareas (como por ejemplo las atinentes a los agentes de seguridad), no puede ser aprehendida como eximente de la responsabilidad del empleador una contingencia inherente al riesgo de aquella (como por ejemplo la lesión causada por un tercero agresor), ya que el daño aparece como consecuencia previsible de la acción encomendada estatutariamente al dependiente¹⁷.

En definitiva, si la actividad riesgosa opera como factor objetivo de atribución de responsabilidad, en la medida que el accionar de un tercero o el caso fortuito integran el riesgo propio de la tarea asignada al dependiente, ese accionar no puede operar al mismo tiempo como eximente de responsabilidad.

4. Las eximentes en la responsabilidad objetiva por intervención de cosas o actividades riesgosas

El Código Civil y Comercial consagra ciertas pautas en orden a las eximentes relacionadas con la responsabilidad derivada de la intervención de cosas y actividades riesgosas.

De acuerdo a la parte final del primer párrafo del art. 1758 del CCCN, cuando se trata de responsabilidad “por el hecho de las cosas”, el dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.

En la interpretación de esta limitación la doctrina suele distinguir: a) Si la privación de la cosa contra su voluntad la sufre el dueño o el guardián por un tercero, la tendencia es hacia la exoneración salvo que el desapoderamiento se haya producido como consecuencia de la negligencia en el cuidado de la cosa. b) Si la transmisión de la cosa por parte del dueño o el guardián al tercero es voluntaria, se presume que aquellos han autorizado el uso de la misma. En consecuencia, el dueño o guardián debe acreditar en debida forma que existió la prohibición.

De todos modos, y en lo que hace a los supuestos que mayormente podrían aplicarse en materia de daños laborales (el caso del dependiente que utiliza la cosa que le ha sido conferida por su principal e incurre en abuso de confianza) la cuestión es distinta. En efecto, cuando se trata de un uso no autorizado de la cosa por parte del dependiente, aunque el dueño o guardián quisieran exonerar su responsabilidad en torno a este supuesto, de todas maneras podrían ser responsables en razón del sistema de responsabilidad refleja o indirecta del comitente por el hecho de sus subordinados (art. 1753, CCCN), lo que quita virtualidad a la exención¹⁸.

La causal anterior (uso contra la voluntad) se encuentra ceñida a la responsabilidad en función de las “cosas”, y no se aplica en materia de “actividades” riesgosas¹⁹.

Sí es aplicable en ambos casos (intervención de cosas y daños por actividad) el segundo párrafo del art. 1757 del CCCN que expresamente indica que “no son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”. Ello es claro, pues tratándose de responsabilidad objetiva, no incide la prueba de la diligencia.

5. Las eximentes en materia de responsabilidad subjetiva

Si la responsabilidad es subjetiva, además de la prueba de la ruptura del nexo causal (caso fortuito, hecho de un tercero extraño o de la propia víctima), se admiten las eximentes propias que impiden la configuración de la “culpa”.

En ese orden se admiten las causas de inculpabilidad debidamente invocadas y probadas: error de hecho esencial (arts. 265 y 266, CCCN), dolo (art. 271) y violencia o intimidación (art. 276). El acto allí deviene sin intención y libertad, respectivamente, desvaneciéndose el argumento de la voluntariedad sobre el que se asienta el juicio de culpabilidad. Por otro lado, obviamente, se admite la prueba de un obrar diligente, es decir apropiado en función de las circunstancias de persona, tiempo y lugar²⁰.

6. La carga de la prueba de las eximentes y su interpretación restrictiva

Es claro el Código Civil y Comercial al expresar que, excepto disposición legal, la carga de la prueba de las circunstancias eximentes corresponde a quien las alega (art. 1734).

La norma concuerda a su vez con la regla procesal (art. 377, CPCC), a la que corresponde adunar que aquella prueba es de interpretación rigurosa²¹.

Tal como expresara la Corte Suprema, para eximir de responsabilidad es preciso una prueba concluyente²². Es así que las eximentes son de restrictiva aplicación y rigurosa acreditación²³.

Notas

- ¹ Pizarro – Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, 2017, t. I, p. 458.
- ² Calvo Costa, Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el Código Civil y Comercial, en www.nuevocodigocivil.com.
- ³ Lucchesi – Sáenz, en Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, 2018, t. 3F, p. 618.
- ⁴ Pizarro – Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, 2017, t. I, p. 475.
- ⁵ Indican Tanzi y Papillú: “Ninguna influencia tiene el hecho de la víctima, como eximente de responsabilidad, cuando carece de influencia causal en el resultado dañoso. En tales casos, el hecho irrelevante actúa como una mera circunstancia en la producción del hecho dañoso pero carece de virtualidad eximitoria para el sindicado como responsable. Por ejemplo, si un joven duerme en el balcón de un edificio de departamentos en una noche calurosa y el balcón se desploma por una falla de solidez en la construcción no debieran liberarse de responsabilidad el constructor o el dueño del edificio. Si bien el hecho de la víctima ha sido condición necesaria del resultado, no fue causa adecuada” (Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.), 2018, t. 3F, p. 374).
- ⁶ Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, 2017, t. I, p. 487.
- ⁷ CSJN, 11/7/06, “Rivarola, Mabel A. c. Neumáticos Goodyear S.A.”, Fallos, 329:2667.
- ⁸ CSJN, 24/11/09, “Trejo, Jorge E. c. Stema S.A. y otros”, Fallos, 332:2633.
- ⁹ CSJN, 21/4/09, “Rodríguez, Ramón c. Electricidad de Misiones S.A.”, Fallos, 332:857.
- ¹⁰ Machado, La actividad riesgosa y la responsabilidad civil, en Revista Derecho Laboral, 2015-2, El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, t. I, p. 421.
- ¹¹ Morando, La culpa del trabajador como eximente de la responsabilidad patronal en la acción indemnizatoria fundada en el art. 1113 del Código Civil, en p. 655.
- ¹² Tolosa – González Rodríguez, Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el nuevo Código Civil y Comercial, RCyS, 2015-IV-46.
- ¹³ Mosset Iturraspe, La aceptación de los riesgos, LL, 1978-D-1067.
- ¹⁴ Tanzi - Papillú, en Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, 2018, t. 3F, p. 382.
- ¹⁵ Picasso, Sebastián, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ricardo L. Lorenzetti (dir.), 2015, t. VIII, p. 440.
- ¹⁶ Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, 2017, t. I, p. 515 y siguientes.
- ¹⁷ SCBA, 1/7/15, “C. , C. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro”, Juba, L. 116.645.
- ¹⁸ Lucchesi - Sáenz, en Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, 2018, t. 3F, p. 635.
- ¹⁹ Pizarro – Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, 2018, t. II, p. 322.
- ²⁰ Pizarro – Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, 2017, t. I, p. 542.
- ²¹ Cam. Civ. y Com. San Isidro, sala I, 17/11/02, “Kucyi c. Edenor”, causa 75.068, reg. 637.
- ²² CSJN, 21/4/09, “Rodríguez, Ramón c. Electricidad de Misiones S.A.”, consid. 3º, R.134.XLIII.
- ²³ Cam. Civ. y Com. San Isidro, sala II, 14/10/04, “Pérez c. Edenor S.A.”, causa 75.609, reg. 234.

Solidaridad o concurrencia

1. Introducción

El art. 724 del CCCN define a la obligación como “...una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”.

El modelo legal propuesto presupone un acreedor y un deudor, mas la realidad demuestra que en la mayoría de las situaciones en alguno, o en ambos polos, existe más de una persona. Se configuran, entonces, las obligaciones de sujeto plural. Estas obligaciones plantean en esencia dos problemas a resolver: cómo se relacionan las distintas personas que componen el plural frente a la otra parte, que también puede ser plural (las relaciones externas o verticales) y cómo se relacionan las personas que componen el plural entre sí (las relaciones internas u horizontales)⁴⁰.

En el terreno del derecho del trabajo interesan especialmente las obligaciones solidarias, y dentro de ese campo, su régimen de solidaridad pasiva.

La cuestión toca especialmente al derecho de daños laborales, pues las normas aplicables en su campo pueden llevar a soluciones diversas: la solidaridad la marca como regla la LCT (debatándose, tal como ya hemos visto, si aquella directriz se extiende al campo de las acciones comunes fundadas en normas laborales o aún civiles) y la concurrencia la menciona el CCCN en materia de responsabilidad civil.

2. Obligaciones solidarias

Son varias las normas dentro de la Ley de Contrato de Trabajo (arts. 29, 29 bis, 30, 31, 136, 228), como así fuera de ella (arts. 4º, ley 12.713 —Trabajo a domicilio—; 77, ley 12.908 —Estatuto del periodista—; 6º y 15, ley 20.160 —Estatuto del jugador del fútbol profesional—; 32, ley 22.250 —Personal de la industria de la construcción—, entre otras), que hacen referencia a la responsabilidad solidaria.

No contándose con una definición expresa del término dentro de la regulación especial, la doctrina mayoritaria abrevó entonces en el régimen de las obligaciones solidarias del Código Civil (art. 699 y ss.), que el Código Civil y Comercial recepta en los parágrafos 2º, 3º y 4º de la Sección 7ª del Capítulo 3 —“Clases de obligaciones”— correspondiente al Título I —“Obligaciones en general”—.

La solidaridad legal se impone, por lo general, en situaciones en que el legislador quiere proteger con el máximo rigor posible la posición del acreedor, de manera de asegurarle el cobro del crédito⁴¹.

Tal como surge de la ejemplificación meramente enunciativa que efectuáramos *supra*, en materia laboral la solidaridad la impone la propia ley, por una cuestión sencilla y lógica: el trabajador no se encuentra en igualdad con el resto de las personas (físicas o jurídicas) que con él interactúan o de él se benefician y, por ende, la solidaridad no puede pactarla. Es por ello mismo que la legislación —a efectos de tornar operativo el principio protectorio— viene a imponerla, aun en la ausencia de fraude o ilicitud, con la finalidad de tutelar al dependiente, para lo cual crea sujetos pasivos múltiples.

Operando el régimen de las obligaciones solidarias, la mora de uno de los deudores perjudica a los demás (art. 838, CCCN) y la interrupción y la suspensión del curso de la prescripción extintiva es extensible (arts. 839, 2540 y 2549, CCCN). Cabe sin embargo advertir lo siguiente: siendo que la vocación de aplicación del derecho civil al derecho laboral cede no sólo ante la existencia de una norma distinta dentro del régimen especial sino también ante la confrontación con los principios tuitivos del derecho del trabajo, no toda la regulación puede trasladarse automáticamente, pues a modo de ejemplo, no podría imponerse al trabajador la renuncia a la solidaridad (arts. 836 y 837, CCCN). Del mismo que tampoco debería exigirse una duplicación de procesos ordinarios cuando se tratase de deudas alimentarias reconocidas y, por ello, la cosa juzgada sí sería oponible (contrariamente a lo dispuesto por el art. 832), por ejemplo y salvo hipótesis especiales, a quien adquiere un establecimiento sobre el que pesa una deuda laboral ya reconocida sin su participación pero con defensa de su antecesor (art. 228, LCT). Ello pues lo que se estaría juzgando en el nuevo pleito sería la responsabilidad derivada de la transferencia sobreviniente (que impone la asunción de las deudas anteriores) y no el crédito mismo.

Es dable destacar, por otra parte, que las obligaciones solidarias se caracterizan por la posibilidad que confieren al acreedor de perseguir el pago a cualquiera de los deudores (solución que mantiene el art. 833 del CCCN).

Sin embargo, en el plano laboral, una corriente minoritaria —que fuera recogida jurisprudencialmente en algunos precedentes⁴²— pretendió otorgar al trabajador un trato peyorativo y discriminatorio en la materia: así, se dijo que cuando se tratase de créditos laborales, el dependiente debía necesariamente demandar a su empleador para lograr activar la responsabilidad solidaria reconocida normativamente.

Dicha interpretación es opuesta a la propia finalidad de las obligaciones solidarias, que justamente refiere a la posibilidad de elegir el deudor al que se le pretende cobrar y a la irrelevancia del negocio que une a los sujetos pasivos entre

si frente al incondicionado derecho del acreedor. Por ende, cuando el derecho laboral recurre a la institución para garantizar el cobro del dependiente, deviene ociosa (e ilegal, por carecer de respaldo normativo) la creación de barreras que limiten el juego de la solidaridad.

De allí que no cabe privar al acreedor laboral de ese derecho esencial de elegir que tienen todos los acreedores de obligaciones solidarias (caracterizadas justamente por la ausencia de un deudor “principal”) y que consiste en demandar simultánea o sucesivamente, como se reconoce en el citado art. 833 del *CCCN* (solución que fuera aceptada, en fallo plenario, por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo⁴³).

3. Obligaciones concurrentes

Tal como informara en sus “Fundamentos”, el Código Civil y Comercial “introduce una regulación de las llamadas obligaciones concurrentes, que tienen amplia aplicación en la práctica jurisprudencial”.

Se trata de las obligaciones también denominadas conexas, indistintas o convergentes (utilizándose asimismo la calificación de *in solidum*, que fuera criticada por su impropiedad).

En el derecho del trabajo, la literalidad de la terminología legal (imponiendo expresamente la “solidaridad”) y la lectura de aquélla en su marco especial tuitivo (donde no caben interpretaciones peyorativas para el dependiente), excluyen de plano la posibilidad de recurrir a las reglas menos protectorias de otras clases de obligaciones cuando, reiteramos, la remisión de la ley es al régimen de las solidarias.

En adición, la causa de la obligación será la misma (la prestación de tareas por parte del trabajador⁴⁴), la obligación es única aunque esté compuesta por varios vínculos coligados⁴⁵, y teniendo en cuenta que la “solidaridad” ha de surgir “de la ley” o del título constitutivo de la obligación es perfectamente factible que el legislador decida dar ese tratamiento⁴⁶, como sucede por ejemplo, en la Ley de Contrato de Trabajo.

Esta categoría antes innominada de deudas conjuntas se aplicó, en lo que nos interesa, en los casos de responsabilidad civil, al concurrir la responsabilidad directa del autor del daño con la de una persona que sin haber intervenido en la comisión del hecho es obligada por la ley a indemnizar en su carácter de principal del autor del daño, o como propietario de la cosa en concurrencia con el guardián (arts. 1122, 1123 y 1113, *CC*).

Siendo que suele acudir a las reglas del “derecho civil” para tramitar los pleitos por reparación de daños laborales, es imperioso advertir que el Código Civil y Comercial dispone la aplicación de las reglas de las obligaciones concurrentes en diversos casos.

En materia de responsabilidad directa, el art. 1751 expresa: “*Pluralidad de responsables. Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes*”.

Por otra parte, la responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente (art. 1753, último párrafo), y el dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas (art. 1758, párr. 1°).

4. La importancia práctica de la distinción y su crítica en materia de daños

La distinción entre solidaridad y concurrencia no es menor, puesto que aquella produce efectos según la clase de obligación (art. 851), sin perjuicio de la aplicación subsidiaria de las normas relativas a las solidarias (art. 852).

Por ello es importante, tal como se insiste en la tesis, tener en cuenta el complejo espectro de disposiciones capaces de aprehender la responsabilidad laboral y que, según un sector importante de la jurisprudencia, permiten también alcanzar la reparación plena del daño como así la solidaridad en función de las normas laborales⁴⁷.

Es importante destacar que aún situados en el Código Civil y Comercial, cuando se trata de hipótesis de responsabilidad objetiva por la intervención de cosas o actividades riesgosas (supuesto que comúnmente podría aplicarse en materia de daños laborales), la solución adoptada es insuficiente. Ello por una serie de razones, que bien concretan Pizarro y Vallespino⁴⁸: a) la solidaridad protege mejor al damnificado; b) la concurrencia pudo ser razonable ante la ausencia de posición expresa de la ley (es decir, solidaridad legal omitida por el legislador); c) no se presenta uno de los presupuestos básicos de la concurrencia (la causa de la obligación del dueño y del guardián es la misma: el vínculo que tienen con la cosa o la actividad); d) la solidaridad existe en sistemas especiales de reparación de daños de sujetos especialmente tutelados (prueba de ello el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, que impone la solidaridad a toda la cadena).

Por todo ello queda claro que es ajustada la solución de la ley laboral. Existen por ende serias razones para dejar de lado la posición que reniega de las normas de la especialidad cuando se trata de un reclamo de daños con marco en el derecho común. La cuestión, por otro lado, es sencilla: el daño sufrido en la integridad psicofísica genera un crédito que debe gozar del máximo amparo. Si la solidaridad se reconoce frente a la deuda salarial o por despido, no puede tratarse peyorativamente a la obligación resarcitoria nacida del daño a la salud.

Notas

¹ Márquez, Las obligaciones con sujeto plural en el Código Civil y Comercial de la Nación, LL, suplemento especial, “Nuevo Código Civil y Comercial”, 2014 (noviembre), p. 83.

² Cazeaux - Trigo Represas, Derecho de las obligaciones, 1971, t. II, v. 1, p. 75.

³ A simple modo de ejemplo véase: CNAT, Sala I, 18/12/89, “Terradillos, Julio c. Edit. Nueva Gente S.R.L.”, DT, 1991-A-62; ídem, Sala IV, 20/12/00, “Cristaldo, Daniel G. c. Cooperativa de Trabajo El Alcázar Ltda.”, DT, 2002-A-976.

⁴ CNAT, en pleno, 3/2/06, “Ramírez, María I. c. Russo Comunicaciones e Insumos S.A. y otro”, TySS, 2006-105.

⁵ Foglia, El fallo plenario nº 309 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se ajusta a derecho, TySS, 2006-193. Véase en especial lo sostenido en la p. 200.

⁶ Las obligaciones concurrentes, en cambio, “siempre son dos o más, sin que exista conexión alguna entre los distintos deudores de ellas” (Calvo Costa, Obligaciones solidarias y obligaciones concurrentes: Similitudes y diferencias, LL, 2010-B-1111).

⁷ Véase que incluso se ha considerado preferible unificar como de “solidaridad pasiva” a todos los supuestos de obligaciones concurrentes, exponiéndose que así puede decidirlo el legislador (Trigo Represas, Obligaciones concurrentes, indistintas o conexas en el derecho vigente y en el Proyecto de Código, LL, 2013-C-782).

⁸ En este último sentido, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo exhibe precedentes donde se han aplicado los arts. 29 y 30 de la LCT para responsabilizar solidariamente en el marco de acciones por reparación plena, tal como exponemos en la tesis (CNAT, Sala V, 15/7/11, “Gómez, Jorge L. c. Rodbau S.R.L. y otros”, voto del doctor Zas, en “Boletín Temático de Jurisprudencia de la CNAT”, “Accidente de trabajo. Acción de derecho común”, abril 2012; ídem, Sala II, 3/11/11, “Cantero, Ramón J. c. Estudimar S.R.L. y otros”, en “Boletín Temático de Jurisprudencia de la CNAT”, “Accidente de trabajo. Acción de derecho común”, abril 2012; ídem, Sala II, 26/7/91, “Santillán, Gustavo c. Buro Arsbitem S.A.”, LD Textos, may. 2009).

⁹ Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, 2018, t. II, p. 271.

Los daños que indemniza el derecho común

1. Introducción

Cuando se intenta la reparación plena del daño con base en el derecho común que congloba, en la terminología de nuestra tesis, a las normas ajenas al sistema especial tarifado, aquella se establece de acuerdo a la regulación efectuada por el Código Civil y Comercial.

Dicho cuerpo legal concreta los rubros indemnizatorios y brinda las pautas para su cuantificación en la sección que dedica al “daño resarcible”, comprensiva de los arts. 1737 a 1748.

La complejidad del tema se halla en la dificultad que entraña la traslación del daño desde su faz “naturalística” (el propio menoscabo fenoménico o natural a los bienes) hacia su aspecto o sentido “jurídico” (las consecuencias indemnizables).

Siendo que el daño se indemniza por las secuelas (por las consecuencias), pueden existir numerosos menoscabos fenoménicos o naturales a los bienes, pero habrá dos categorías de daños: el patrimonial y el extrapatrimonial².

La cuestión consiste entonces en desentrañar si aquellos menoscabos fácticos contienen un valor en sí mismos o una medida económica presumida, o si pueden existir en ciertos casos con ausencia de repercusión patrimonial. El tema lleva, inexorablemente, al debate sobre la existencia del daño biológico (en el caso de incapacidad) o valor vida (en el caso de muerte). Controversia que parece superada pero que siempre renace aun en pequeña medida, pues la jurisprudencia se resiste a tolerar la existencia de un daño natural a la salud sin indemnización cuando no existe lucro cesante. Ello lleva a la elaboración de soluciones mixtas o híbridas, que sin perjuicio de reposar en la tesis negatoria, dejan abierta una hendidura para el otorgamiento de un valor económico a la integridad psicofísica considerada en sí misma.

Los debates no se agotan en el campo de los perjuicios materiales, pues en materia de daño extrapatrimonial también existen controversias en función de la ampliación de esta parcela tradicionalmente subordinada a la anterior, y que actualmente se reconoce dotada de autonomía y aptitud por el ensanchamiento de su ámbito para satisfacer el imperativo constitucional de la justa reparación.

Dado que el objeto de la tesis es el abordaje de ciertos temas que, atinentes al derecho de daños laborales, se suelen abandonar irresueltos, el presente capítulo se divide para el tratamiento concreto de dos subtemas: la indemnización por incapacidad (en especial en ausencia de lucro cesante relativo al empleo en que acaece el daño) y la indemnización de las consecuencias no patrimoniales (y los alcances de esa noción superadora del antiguo daño moral, como así la problemática que la rodea).

Queda claro con ello que no desconocemos la existencia de los diversos componentes que hacen a la clasificación tradicional de los daños materiales (daño emergente, lucro cesante y pérdida de chances), sino que consideramos de interés para un estudio de estas características bucear en los temas conflictivos y no reiterar conceptos conocidos o abordar cuestiones de sencilla resolución.

Notas

¹ Bueres, La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, LL, 2013-A-835. Véase además que al referir a la exclusión de la indemnización de la garantía común de los acreedores (inc. f del art. 744), el CCCN alude a la que corresponde al deudor “por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica”.

Reparación por incapacidad (daño biológico, lucro cesante o híbrido)

1. Introducción

Determinar si la incapacidad de una persona constituye un daño resarcible en sí mismo es una de las cuestiones más profundas del derecho.

Aún cuando pudiera decirse que en la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país prevalezca, en lo discursivo, la posición negatoria, lo cierto es que en la práctica se abreva en la concepción del daño lesión, ya que constatada la incapacidad se da por probada la afectación patrimonial.

El tema tiene central importancia pues incide en múltiples aspectos de la responsabilidad, desde el comienzo (la legitimación activa) hasta el final (la cuantificación) de los temas a considerar, pasando por aquellos intermedios (como ser la prueba).

La indeterminación sobre el punto se halla abonada por la doctrina de la Corte Suprema, y su estudio se integra con las disposiciones que introdujo al derecho positivo el Código Civil y Comercial.

La cuestión se anuda asimismo con el sistema especial, en cuanto allí el esquema normativo valora el daño biológico, y mientras existe a la par una pretendida opción (art. 4º, ley 26.773) que resulta censurable.

2. Daño lesión y daño consecuencia. Sus proyecciones

El análisis de la cuestión que tratamos parte desde el concepto mismo de daño resarcible.

En principio, si se indemniza el daño lesión, cuando el suceso provoca una incapacidad aquella es resarcible por sí misma, con abstracción del perjuicio concreto (patrimonial o extrapatrimonial).

Por otro lado, si se atiende al daño consecuencia, habrá de estarse a las efectivas pérdidas.

A tenor de ello, el tema se bifurca entre indemnización por incapacidad o básicamente indemnización por lucro cesante en el aspecto patrimonial.

Aquello tiene, a su vez, una posible repercusión para el caso de muerte: si la integridad tiene un valor en sí misma frente a la incapacidad, ante el fallecimiento la cuestión se aproxima al valor vida, con su incidencia en los perjuicios reclamables y la legitimación.

3. La jurisprudencia durante la vigencia del CC en su redacción original y la incidencia de la reforma por la ley 17.711

La doctrina clásica que se abocara en su tiempo al estudio de este sensible tema, fue conteste al afirmar que la jurisprudencia sentada bajo el imperio del Código Civil en su redacción originaria, según la cual la vida humana tiene un valor económico o patrimonial en sí misma (con prescindencia de lo que produzca o pueda producir), halló su razón de ser en la redacción del primitivo art. 1078 del CC (sin la reforma de la ley 17.711) que exigía, para la reparación del daño moral, que el hecho causante se tratara de un delito de derecho criminal.

Sucedía entonces que, frente a dicha exigencia, se llegaba al rechazo de toda indemnización en ciertos casos (por ejemplo, en el de ancianos que sobrepasaran el período de actividad lucrativa) donde no existiera delito de esa índole.

De allí que así se fallara, otorgando un valor a la vida misma, a efectos de no consagrar tal desprotección.

Con la vigencia de la ley 17.711, mutado el esquema normativo, dijo al respecto Orgaz: “Esta doctrina, verdaderamente de emergencia, ha prestado un gran servicio en la vida jurídica práctica de nuestro país; pero, al variar radicalmente sus presupuestos de hecho, ha perdido toda justificación y se ha vuelto, en verdad, anacrónica”¹.

4. El daño biológico en el derecho italiano y la recepción nacional de la doctrina

Los orígenes de la concreta autonomía conceptual del llamado daño biológico se hallan en el derecho italiano².

Obedecen a la limitación impuesta por el art. 2059 de su Código Civil, estableciendo que el resarcimiento del daño no patrimonial será indemnizado solo en los casos previstos legalmente, requiriéndose entonces que se trate de un delito criminal (conforme lo dispuesto por el art. 185 del Código Penal italiano, que hace referencia a los daños morales subjetivos provocados por un delito).

Cuestionada allí la constitucionalidad del citado art. 2059 del CC, la jurisprudencia resolvió que el mismo resultaba válido, pero ingresó a su vez en la concepción de nuevas categorías. Y sentó entonces que el daño biológico está com-

prendido en el art. 2043 del Código Civil, que impone la obligación de indemnizar todo daño injusto, y su carácter resarcible deriva de una lectura constitucional del Código Civil, a la luz del art. 32 de la Constitución Italiana que ampara la salud (“La República tutela la salud como derecho fundamental del individuo... La ley no puede, en ningún caso, violar los límites impuestos al respeto de la persona humana”).

Aquella doctrina fue importada a nuestro país, ya vigente el texto del art. 1078 del Código Civil según reforma por la ley 17.711, en un fallo que dictara la doctora Highton de Nolasco como jueza de primera instancia, el 22 de abril de 1992, y que fuera confirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil mediante sentencia del 11 de febrero de 1993³.

Dijo entonces la doctora Highton, con cita de la jurisprudencia italiana: “Entiendo que ha existido cierto daño biológico como consecuencia del accidente, en ambos actores, entendiendo por tal el que parte de la base de una integridad corporal que no ha quedado intacta y se proyecta sobre las esferas no laborales”.

El análisis doctrinal de aquella sentencia fue asumido por Borda⁴, que en su comentario al fallo consignó: “Del prolijo y erudito fallo de la Dra. Highton de Nolasco, que la Sala B de la Cámara Civil de la Capital ha hecho suyo, es preciso destacar una tesis que, al menos en nuestra jurisprudencia, es novedosa: que existe un tercer género de daño reparable, además del material y del moral: el daño biológico”. El jurista interrogó seguidamente: “¿Hay algo resarcible como consecuencia de las lesiones sufridas por una persona, que no pueda comprenderse dentro del daño material y del moral?”. Posteriormente concluyó: “Hay en la citada jurisprudencia italiana y en el fallo que comento, una inspiración ciertamente plausible: que los daños físicos sufridos como consecuencia de una lesión, no se juzguen con un criterio rigurosamente patrimonial. Pero esto depende, más que de admitir este tercer género de daño resarcible, de la sensibilidad de los jueces. Sensibilidad de la que la doctora Highton de Nolasco ha dado una prueba acabada. Y estoy persuadido de que hubiera llegado al mismo resultado y a los mismos montos, aún sin compartir la idea del daño biológico como concepto independiente”.

5. Los plenarios de las Cámaras de Rosario y Mar del Plata

Otro hito jurisprudencial sobre el tema se encuentra, dentro de los antecedentes nacionales, en el fallo plenario dictado por la Cámara Civil y Comercial de Rosario con fecha 12 de noviembre de 1992⁵.

El Tribunal en pleno fue convocado en torno al siguiente interrogante: “¿Corresponde establecer un monto indemnizatorio mínimo e igualitario por privación de vida humana con prescindencia de todo otro perjuicio cierto?”

El caso concreto que convocaba la unificación de la jurisprudencia versaba sobre un accidente de tránsito donde la víctima fatal del mismo tenía 78 años y 11 meses, era jubilado, viudo, y se hallaba internado en una residencia geriátrica. El actor, su hijo de 48 años, era viajante de comercio.

La cuestión aquí, como se observa, no residía estrictamente en el daño biológico (daño a la salud del damnificado directo cuando este reclama) sino en una noción que se ata a la anterior cuando el evento provoca la muerte: la existencia de un valor vida.

Así planteado el tema, tuvo el Tribunal que decidir movido por la indignación ante la muerte injusta y la eventual falta de perjuicio material concreto que obligue a reparar esa parcela.

Se concluyó entonces, por mayoría, que tratándose de relamos *iure proprio* (y no *iure hereditatis*), la inexistencia de daño real impedía el resarcimiento (sin perjuicio de la existencia de presunciones, como ser las de los arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil y las que hoy acepta el art. 1745 del CCCN).

En sentido diverso se había expedido, años antes, la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, mediante sentencia del 21 de octubre de 1986⁶. La cuestión propuesta al pleno del Tribunal fue la siguiente: “¿Tiene la vida humana, por sí misma, un valor económico cuya pérdida debe ser indemnizada?”. El interrogante, por mayoría, fue votado allí en sentido afirmativo.

6. La jurisprudencia tradicional de la CSJN

La jurisprudencia de la Corte Suprema debe analizarse diferenciando las hipótesis.

Ha sido clara, por un lado, al rechazar la existencia de un valor vida con prescindencia del concreto daño material para los supuestos de fallecimiento, sosteniendo que “en los casos en que el hecho dañoso produce la muerte de la víctima principal, quienes reclaman en razón de esa muerte no invocan el daño del difunto sino el daño personal que ellos sufren en virtud de su muerte”⁷.

Sin embargo, distinto criterio ha sostenido en caso de lesiones (es decir, ya no pérdida de la vida sino daño a la salud), al decir que “la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable” y su lesión comprende “a más de la actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida”. Dijo así, en el célebre caso “Pose”⁸, que por tal razón “aunque no se haya acreditado la existencia de lucro cesante, ello no es óbice para resarcir la incapacidad”, otorgando luego una indemnización en concepto de “daño material”. En momento alguno del fallo se alude a la pérdida de la chance (sí luego al daño moral), y por ello doctrinalmente se dijo que la Corte se inscribía en la jurisprudencia que establece que “el menoscabo permanente de la integridad psicofísica de la persona es un daño resarcible *per se* dentro de la categoría de daño patrimonial y des-

vinculando el concepto de patrimonialidad de la mera pérdida de ganancias”⁹.

Esos conceptos abiertos, vertidos por la Corte Suprema sin alusión concreta a las normas comunes (Código Civil), han sido reiterados en múltiples ocasiones. Dijo el Máximo Tribunal en el caso “Mosca” que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta “incapacidad” debe ser objeto de reparación “al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo a la actividad productiva y por el daño moral”, pues la integridad física tiene “por sí misma” un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida¹⁰.

Tales afirmaciones constituyen una constante en la jurisprudencia del citado Tribunal.

7. La jurisprudencia de la SCBA y la sutil modificación de su doctrina

La Suprema Corte de Buenos Aires sentó su posición en torno a la inexistencia de un “valor vida” que prescindiera de los concretos perjuicios sufridos por el reclamante en el precedente “Barca de Carretoni”¹¹. Sostuvo allí, versando el caso sobre un fallecimiento, que no se trataba de una acción *iure hereditatis*, explicando concretamente que “el derecho al resarcimiento no nace en cabeza de un muerto, sino en la de un vivo porque otro muere (*iure proprio*)”.

En la misma posición negatoria de un valor abstracto se situó en la causa “Fontana”¹² a la hora de evaluar la ausencia de lucro cesante cuando, en un caso de lesiones incapacitantes, la demandada alegara que el importe indemnizatorio no debía computar los períodos en los cuales el actor había continuado con la percepción de haberes.

El acuerdo en la citada causa lo abrió el doctor Genoud, que sostuvo en lo particular: “El mantenimiento del dependiente accidentado en su trabajo -o eventualmente en uso de la licencia por enfermedad que corresponda- con el correspondiente pago de la remuneración responde a una causa jurídica diferente a la que deriva de la obligación de resarcir por el daño ocasionado por un hecho ilícito (arts. 21, 22, 103, LCT; 1113 Cód. Civil). De manera que la percepción de salarios en virtud de las tareas desempeñadas por Fontana no obsta a que el cálculo indemnizatorio se compute desde la fecha del infortunio, ni implica superposición de períodos o enriquecimiento ilícito del acreedor. Ello es así dado que el derecho a la reparación del daño se consolida, resulta exigible y forma parte del patrimonio del trabajador en el mismo instante en que aquél se produce. Por lo tanto ese daño debe mensurarse en su cuantificación de conformidad con el existente al momento de la exigibilidad del crédito porque el importe resultante, calculado en su integridad, se adeuda desde entonces”.

Dicha posición resultó minoritaria, ya que los restantes ministros adhirieron al voto del doctor Hitters que expresó: “Sin desconocer, como lo afirma el magistrado que se ha expedido en primer término, que la obligación de reparar el daño por un lado, y el pago de remuneraciones en períodos en los que el trabajador está en uso de licencia por el otro, reconocen o derivan de causas jurídicas diferentes (arts. 1077, 1109, 1113 del Código Civil y 103, 208 de la LCT); ello no conlleva, y aquí mi discrepancia, a que el empleador sea condenado por un daño que no se ha producido o que en definitiva no se llegó a configurar”.

El Tribunal mantuvo aquella doctrina en la causa “Pereyra”¹³, donde falló en igual sentido.

En ambos casos, es importante destacarlo, la detracción de los salarios percibidos sobre el rubro lucro cesante se realizó hasta lo efectivamente acreditado como abonado. Ello implica que sin prueba concreta del cobro, el lucro cesante continúa presumido.

Sin perjuicio de aquel derrotero jurisprudencial, la Suprema Corte ha efectuado una sutil alteración de su doctrina en lo que atañe al llamado “valor vida”.

En efecto, con fecha 11 de febrero de 2015 dictó sentencia en una causa¹⁴ donde los damnificados indirectos por el fallecimiento de un abogado reclamaban a los civilmente responsables.

El primer voto correspondió allí al doctor de Lázari, que comenzó expresando al referir al daño material: “En el caso del rubro indemnizatorio controvertido por los aquí accionantes, cabe considerar que lo que se llama elípticamente “la valoración de la vida humana” no es, en principio, otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos para los que el causante producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue; o sea que lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que recaen sobre otros patrimonios por la brusca interrupción de una actividad creadora y productora de bienes”. Más luego agregó: “Lo dicho no debe interpretarse, sin embargo, como único parámetro de mensura del daño. Un ser humano no sólo vale por lo que gana y entrega a los suyos, sino que también un ser humano vale ‘per se’, porque es un único y maravilloso fenómeno, dotado de potencialidades que, aunque no generen ingresos, ganancias o cualquier otra forma de lucro, representan una presencia que provoca sensaciones de seguridad, de protección o de amparo, cuya privación o alteración debe integrar este rubro”. Confirmando el punto (y continuando con el análisis del mismo rubro indemnizatorio que en la sentencia se denominó “valor vida”) se refrendó lo expuesto: “Sobre tal base, en ejercicio de la competencia positiva (art. 289, CPCC), entiendo que los elementos de prueba señalados supra deben traducirse en la cuantificación del daño en análisis. En este sentido, en primer lugar, ha de quedar claro que la vida humana posee un valor en orden a lo que produce o puede producir (conf. causas C. 97.184, sent. del 22-IX-2010; C. 108.764, sent. del 12-IX-2012; C. 110.499, sent. del 26-III-2014) y también -como ya dije- en cuanto provee a sus directos familiares de una sensación de seguridad, certeza y cobijo no exclusiva-

mente crematística”.

Del voto citado surge claro, por otra parte, que los conceptos vertidos no se efectuaron en lo atinente al daño moral, pues el mismo sufragio pasó luego a tratar dicho rubro en forma diferenciada.

Aquel voto, que mereciera la adhesión sin disidencias del resto de los ministros, introdujo así una sutil variación en la doctrina del Máximo Tribunal¹⁵, pues impone tener en cuenta otros elementos diversos a la pérdida material concreta.

Esa postura fijada por de Lázari no ha quedado ceñida al valor vida en el caso de muerte, pues en el supuesto de lesiones dijo: “A los efectos de calcular la indemnización por incapacidad no debe tenerse en cuenta exclusivamente la calidad de los ingresos que el damnificado poseía al momento del accidente -tal como pretenden los quejosos- ya que ello podría implicar una confusión entre la reparación por incapacidad y la correspondiente al daño lucro cesante (conf. causa C. 95.167, “Flores”, sent. de 5-XII-2012). La incapacidad es objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable (conf. mi voto en A. 70.603, “Rolón”, sent. de 28-X-2015)”. Afirmación seguida por la mayoría del Tribunal¹⁶, demostrando un viraje en su jurisprudencia.

La importancia de los decisorios se incrementa desde que los mismos fueron dictados con el texto del Código Civil y Comercial ya aprobado, y sus directivas ya explicitadas en el texto positivo aun cuando no se aplicaran por razones temporales a los casos resueltos.

8. El fallo “Ontiveros” de la CSJN

El 10 de agosto de 2017 la Corte Suprema falló la causa “Ontiveros c. Prevención ART S.A. y otros”¹⁷, dictando un pronunciamiento trascendente con relación al tema que tratamos en este capítulo.

Allí, por la vía de la arbitrariedad, el Máximo Tribunal se avocó al análisis de la indemnización por incapacidad o lesiones, en un caso donde se discutiera en torno al daño material frente a la ausencia concreta de lucro cesante.

La actora, de 48 años al momento de sufrir el infortunio que le provocara un 60% de incapacidad, se desempeñaba como jueza, y con posterioridad al accidente había continuado prestando tareas sin merma en sus salarios. Con dicha base, la Suprema Corte de Mendoza redujo la condena por daño material.

El caso arribó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante un recurso de queja interpuesto por la actora, revocándose la decisión apelada.

Sostuvo al efecto la Corte, en el considerando 5 de su sentencia (voto mayoritario de los doctores Rosatti y Maqueda), que la indemnización integral “por lesiones o incapacidad física” debe reparar la disminución permanente de la “aptitud” del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables. Agregando que “este daño específico” se debe indemnizar “aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada”.

Advirtió para ello, en el considerando siguiente, que la reducción del resarcimiento “por daño material” no puede justificarse bajo el argumento de que la actora continuó desempeñando su cargo sin sufrir merma en sus salarios, pues la conclusión del peritaje médico que daba cuenta de la disminución en la “aptitud física para realizar actividades productivas” debió llevar a considerar que mediaba un “daño específico” que debía repararse aun cuando la víctima, pese a las dolencias, hubiera continuado ejerciendo la actividad remunerada.

Luego, la Corte reiteró los conceptos tradicionales de su jurisprudencia al decir que los perjuicios derivados de la incapacidad física deben ser “objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y del daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable” (consid. 7).

En el voto concurrente de Lorenzetti se vierten otra serie de afirmaciones, entre las que cabe destacar que el daño a la persona da derecho a una indemnización que no necesariamente debe ser menor que en el caso en que hubiera consecuencias económicas (consid. 5); y que la incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que se desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable (consid. 7).

Luego, este ministro inserta en el considerando 8 una pequeña diferenciación al afirmar que frente a una incapacidad permanente el hecho de que siga ejerciendo una actividad remunerada no empece a que se obtenga la indemnización “por las restantes proyecciones nocivas del ilícito”. Agrega en ese andarivel que deben resarcirse las repercusiones que la alteración de la salud genera “aún de modo instrumental e indirecto” sobre sus “potencialidades o sus otros bienes jurídicos con aptitud para la consecución de beneficios económicos”. Pero seguidamente alude a las manifestaciones del espíritu. Más adelante, en el considerando 9, vuelve a la consideración del “daño a la persona sin consecuencias estrictamente económicas”, pero señala explícitamente a la “pérdida de la chance”.

El doctor Rosenkranz acompaña la solución mayoritaria pero en disidencia parcial. Afirma que “la disminución de la aptitud para realizar actividades productivas es un daño específico que debe indemnizarse a pesar de que no se cause perjuicio por lucro cesante” (consid. 4). Advierte que ello es así “en parte” porque la disminución influye en las posibilidades de reinscripción en el mercado en caso de que por cualquier razón la víctima tuviera que abandonar las tareas desempeñadas, pero que siendo escasa esa probabilidad en el supuesto concreto, las razones invocadas por la sentencia recurrida para reducir el daño material serían atendibles, pero no así la cuantificación.

Luego agrega este ministro que “la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable” y que “deben evaluarse, en ese marco, las proyecciones de la incapacidad en el ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente

frustración del desarrollo pleno de la vida”. Propone entonces revocar el pronunciamiento apelado, por no atender a ello y cuantificar arbitrariamente con fundamentos genéricos.

En disidencia vota la doctora Highton, declarando inadmisibile el recurso en los términos del art. 280 del CPCC.

Del análisis del fallo de la Corte y los diversos votos que lo conforman, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

Para el Máximo Tribunal existe un daño material derivado de las lesiones que derivan en incapacidad psicofísica permanente, más allá de la existencia de lucro cesante.

La Corte afirma que la integridad tiene un valor en sí misma, y ello resulta explícito en los votos de Rosatti y Maqueda.

El voto de Lorenzetti contiene afirmaciones en varios sentidos. Por un lado se alude al valor de la integridad en sí misma, pero luego parece referir genéricamente a los beneficios económicos distintos de la actividad productiva del empleo concreto, para concluir mencionando a la pérdida de la chance (aunque aludiendo antes a consecuencias no estrictamente económicas).

El voto del ministro Rosenkrantz también resulta ambivalente. Adhiere en principio a la existencia de daño específico por la disminución de la aptitud, pero aclara que la indemnización ante la falta de lucro cesante se explica “en parte” por la posibilidad de una chance inversa (es decir, no la posibilidad de ascender, sino la de perder el puesto). Sin embargo, agrega otro elemento para considerar a la hora de valorar el daño por la incapacidad: las proyecciones de aquella en otros ámbitos distintos al laboral.

Debe quedar claro que, en los pasajes anotados, los ministros no están aludiendo al daño moral, pues en todos los votos esa parcela resulta abordada luego, autónomamente. Es decir que las afirmaciones vertidas son atinentes, en la lógica de los votos, al daño material.

Es importante advertir, por otro lado, que la Suprema Corte de Mendoza, pese a la inexistencia de lucro cesante, había otorgado una indemnización por “daño material” (por las otras repercusiones de la incapacidad en el patrimonio), aunque reduciendo la de la instancia anterior. En el fallo de la Corte, entonces, se censura que la inexistencia de lucro cesante se utilice como argumento para disminuir la parcela.

También es relevante que la Corte no ingrese en la consideración de la deducción que el tribunal anterior hiciera de lo percibido en el marco del sistema, pero sí efectúe la comparación entre lo que el régimen especial otorga como resarcimiento tarifado y lo condenado en el marco del derecho común.

Por último, reviste trascendencia el hecho de que la Corte aluda implícitamente a los conceptos que en torno a la cuantificación porta el Código Civil y Comercial, aun cuando no se apoye explícitamente en sus disposiciones. Ello cuando una parte de la doctrina nacional sostiene que aquellas normas son de aplicación inmediata por alcanzar a las consecuencias (art. 7, CCCN). Posición que expresamente se niega en el voto del doctor Lorenzetti, al decir que las normas del nuevo Código no son aplicables “por razones de derecho transitorio” (consid. 6 del voto del citado ministro).

9. Las disposiciones del CCCN

Al comenzar el capítulo indicamos que el análisis del tópico abordado en el mismo imponía distinguir entre el daño-lesión y el daño-consecuencia.

La doctrina mayoritaria coincide en afirmar que el Código Civil y Comercial alude en primer término al daño en sentido amplio (daño lesión), pero en orden a la concreta reparación hace referencia a las consecuencias disvaliosas de la lesión (daño resarcible).

El Código Civil y Comercial define al daño en su art. 1737, que expresa: “*Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva*”.

Se ha apuntado que el Código refiere allí al daño desde un punto de vista material pues alude a la lesión que tiene por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva (es decir, sobre qué puede recaer el daño fáctico). También se refiere al menoscabo desde un punto de vista “naturalístico” el art. 1738, al considerar resarcibles “...*las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida*”. Todos estos supuestos importan la afectación de los derechos de la víctima en cuanto al perjuicio fáctico ocasionado, y el citado art. 1738 establece que son resarcibles “*las consecuencias*” jurídicas de dicho menoscabo ocasionado a esos bienes o derechos¹⁸.

Así, en los Fundamentos del Anteproyecto se expresa que el mismo distingue entre daño-lesión e indemnización. Hay daño cuando se causa una lesión a un interés individual del legitimado (sobre su persona o su patrimonio) o respecto de los derechos de incidencia colectiva. La indemnización es una consecuencia de la lesión.

Sin embargo, cuando el Código avanza en la concreción de las reglas atinentes a la reparación de los daños, la redacción de los preceptos lleva nuevamente a cuestionar: ¿corresponde indemnizar la incapacidad o el lucro cesante? Si se resarce la incapacidad la deuda se genera aunque dicha incapacidad no genere una merma patrimonial. De lo contrario, si se indemniza el lucro cesante se requiere la existencia de una consecuencia concreta.

Juarez Ferrer¹⁹ ha dicho que hay razones tanto para considerar que, a la hora del resarcimiento, el Código Civil y Comercial adopta la concepción de daño-lesión, como para interpretar que reposa en la concepción de daño-consecuencia.

Para sostener que adopta la concepción del daño-lesión se alude al texto del art. 1737, como así al art. 1746 que se

titula “indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica” y al hecho de que la norma refiere a la disminución de la “aptitud” para realizar actividades productivas o económicamente valorables. Más aún, el precepto establece que se “debe” indemnizar el “daño” aunque el damnificado continúe ejerciendo una actividad remunerada (donde aludiría al supuesto fáctico de incapacidad sin consecuencias).

Por otro lado, para sostener que el Código adopta la concepción del daño-consecuencia se alude a los arts. 1726, 1727 y 1728 (que hacen referencia a las consecuencias dañosas que son reparables), 1738 (que refiere también a las consecuencias), 1741 (que se titula indemnización de las consecuencias no patrimoniales) y 1745 (que sin perjuicio de aludir inicialmente a la indemnización por fallecimiento, en el contenido de la norma remite a las consecuencias derivadas de la muerte que son resarcibles y no a la indemnización del hecho mismo).

Otros autores son terminantes al concluir que pese a su perfectible técnica legislativa, el Código no deja dudas y solo se indemnizan las consecuencias patrimoniales o extra-patrimoniales. En esta línea se inscriben Pizarro²⁰, Ossola²¹ y Calvo Costa²², entre otros, todos con ineludible referencia a Bueres.

Sin embargo otros elementos llevan a concluir que en el derecho común argentino se indemniza un híbrido, pues el legislador impone el resarcimiento y los propios autores enrolados en la corriente mayoritaria concluyen aceptando una indemnización a la “capacidad vital” que excede a la laboral, y que se constituye en una presunción iure et de iure de daño material. Véase:

La Corte Suprema ha resuelto, con recurrencia, que la integridad corporal tiene en sí misma un valor más allá de lo que produce y que, sin relación con el daño moral, debe ser indemnizado. Esa doctrina se ratifica en la causa “Ontiveros”, donde el Máximo Tribunal es colocando sin ambages frente a la inexistencia de lucro cesante pese a la incapacidad.

Pizarro, al negar la existencia de nuevas categorías de daños, acepta el ensanchamiento del daño patrimonial cuando expresa que sin extraños conceptos puede llegarse a la misma conclusión mediante una adecuada utilización del concepto lucro cesante o pérdida de chances, calibrando la entidad del perjuicio más allá de una ya delineada realidad productiva. Agrega el autor: “Repárese en que, entre nosotros, algunos autores y una nutrida jurisprudencia han sostenido que la vida humana tiene un valor económico per se, o que el perjuicio debe calibrarse más allá de una concreta realidad económica, lo que demuestra que puede arribarse a la misma conclusión, sin acudir a nuevas construcciones, ajenas a nuestra realidad”²³.

Ossola expresa que la incapacidad sobreviniente no constituye un daño distinto al menoscabo patrimonial o extrapatrimonial, pero agrega: “Ahora bien, sin perjuicio del rubro contemplado en la primera parte del art. 1746 del CCCN (sea lucro cesante o pérdida de chances) y del daño moral, es claro que se impone un resarcimiento por otras consecuencias derivadas de la incapacidad, y que es lo que se contempla como daño en el artículo citado: las que son producto de la lesión a las potencias vitales de la persona, que de modo actual o futuro afectan al sujeto con la invalidez y se traducen en detrimentos económicos”.

Bajo la vigencia del Código Civil, había expuesto Galdós²⁴ que la incapacidad sobreviniente comprendía tres aspectos: a) la capacidad laborativa o productiva, o sea, la pérdida de ingresos o la afectación a la concreta aptitud productiva o generadora de ingresos, rentas o ganancias específicas; b) la capacidad vital o la aptitud o potencialidad genérica, es decir, la que no es estrictamente laboral; c) el daño a la vida de relación o a la actividad social, muy estrechamente vinculado con la capacidad intrínseca del sujeto. Agregaba el mismo autor que “la integridad psicofísica tiene un valor indemnizable per se que no solo comprende las efectivas y concretas ganancias dejadas de percibir sino que además incluye la afectación vital de la persona en su mismidad, individual y social, por lo que a la víctima se le debe resarcir el daño a la salud que repercute en su significación vital”.

Concretando su idea, afirmaba que los arts. 1083 y 1086 del Código Civil otorgaban andamiaje normativo al “trípode que abarca la incapacidad”: la fase productiva, laboral o rentística, que constituye un lucro cesante a acreditar en cada caso; la aptitud vital, el valor intrínseco de la propia capacidad, esto es, un subcomponente cuya contextura ontológica es equivalente al daño biológico; el daño a la vida de relación o daño social, el que a veces se desplaza al ámbito del daño moral.

El autor concluía así que “la aptitud vital y la vida de relación operan como un daño emergente presunto” y están “natural y habitualmente computadas a la hora de ponderarse la existencia y la reparación del daño por la aptitud y la potencialidad tronchadas. Se ha superado sin ambages la tesis que circunscribía la incapacidad al daño económico laboral. Tan es así que se reconoce la patrimonialidad inherente a la propia integridad”.

Ahora, bajo la vigencia del art. 1746 del CCCN y refiriendo a la norma el mismo Galdós expresa: “La referencia a un capital que genere rentas no es la única e infalible modalidad de determinación del quantum del daño por discapacidad permanente, física o psíquica, porque ésta comprende no solo la capacidad laborativa o productiva, o sea la pérdida de ingresos o rentas por la afectación a la actividad productiva o económicamente valorable, sino que también contempla, conforme inveterada jurisprudencia, la capacidad vital o intrínseca de la persona, más allá de su idoneidad laboral o para generar ingresos, y el daño a la vida de relación... Es decir, en suma y definitivamente, la plenitud y aptitud vital tiene un valor económico presunto”²⁵.

Todas las argumentaciones anteriores corresponden al resarcimiento de la incapacidad.

En cuanto al fallecimiento se ha postulado la aplicación analógica de la fórmula prevista por el art. 1746 del CCCN²⁶. Habiéndose dicho que esta última norma puede extender su campo de aplicación a los supuestos de indemnización por

fallecimiento²⁷ o daño patrimonial por muerte²⁸. Sin embargo, los fundamentos son necesariamente diversos, pues allí cabe evaluar la incidencia de la pérdida de la vida ajena en el patrimonio de los damnificados indirectos. Y por ende las pautas citadas requieren la consideración de otras variables, como ser la edad de los reclamantes (damnificados indirectos) al momento del hecho ilícito²⁹, y la medida de la pérdida económica para estos acreedores (fundamentalmente en función de la naturaleza del vínculo).

Notas

- ¹ Orgaz, La vida humana como valor económico, ED, 56-849. En el mismo sentido puede leerse: Borda, La vida humana ¿Tiene por sí sola un valor económico resarcible?, ED, 114-849.
- ² Puede verse al respecto Visintini, Tratado de la responsabilidad civil, 1999, t. 2. La traducción de la obra citada pertenece a Aída Kermelmajer de Carlucci, de quien también pueden leerse sus trabajos: El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Daños a la persona - 1, 1992, p. 69; El “daño existencial”, como daño a la persona, en la casación italiana a fines del año 2008, Revista de Derecho de Daños, 2009-3, Daños a la persona, p. 61.
- ³ Fallo de primera instancia (del 22/4/92) y de la CNCiv., Sala B (del 11/2/93), en autos “García, Gustavo A. y otro c. Dos Santos Gonçalves, María A.”, ED. 152-490.
- ⁴ Borda, Acerca del llamado daño biológico, ED. 152-491.
- ⁵ Cám. Civ. y Com. Rosario, en pleno, 12/11/92, “Franchi, Juan C. c. Ferrer, Héctor R. y otro”, JA, 1993-I-521.
- ⁶ Cám. Civ. y Com. Mar del Plata, en pleno, 21/10/86, “Marghiano, Juan P. c. Díaz, Gustavo I. y otro”, LL, 1987-B-30.
- ⁷ CSJN, 13/12/78, “Fuentes de García, María E. c. Estado Nacional”, Fallos, 300:1254.
- ⁸ CSJN, 1/12/92, “Pose, José D. c. Provincia del Chubut y otra”, Fallos, 315:2834.
- ⁹ Compiani, La incapacidad permanente es indemnizable “per se” como daño patrimonial, LL, 1994-B-432.
- ¹⁰ CSJN, 6/3/07, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, Fallos, 330:563.
- ¹¹ SCBA, 14/5/91, “Barca de Carretoni, Zunilda E. c. Maciel, Mario A.”, Juba, Ac. 35.428.
- ¹² SCBA, 6/9/06, “Fontana, Nicolás H. c. Agropecuaria Argentina del Centro Sud S.A. y otro”, Juba, L. 82.416.
- ¹³ SCBA, 27/6/07, “Pereyra, Miriam del Valle c. Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires”, Juba, L. 85.714.
- ¹⁴ SCBA, 11/2/15, “P., M. G. y otros c. Cardozo, Martiniano B. y otros”, Juba, C. 117.926.
- ¹⁵ Scoles, La cuantificación del “valor de la vida humana” según la Suprema Corte de Buenos Aires, RCyS, 2015-XI, p. 33.
- ¹⁶ SCBA, 21/6/18, “Flandes Riquelme, Juan I. c. Contreras Inostroza, Raúl A. y otros”, ap. IV.2 del voto del doctor de Lázzari, con la adhesión del resto de los ministros con excepción del doctor Negri.
- ¹⁷ CSJN, 10/8/17, “Ontiveros, Stella M. c. Prevención ART S.A. y otros”, Fallos, 340:1038)
- ¹⁸ Sáenz, El daño resarcible en el Proyecto de reforma del Código Civil, en “Revista Derecho Privado”, Infojus, año I, n° 3, ps. 146 y 147.
- ¹⁹ Juárez Ferrer, ¿De qué hablamos cuando hablamos de daño resarcible?, RCyS, 2016-XI, p. 51.
- ²⁰ Pizarro, El concepto de daño en el Código Civil y Comercial, RCyS, 2017-X, p. 13.
- ²¹ Ossola, El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño moral. Dificultades y propuestas, RCyS, 2017-XI, p. 11.
- ²² Calvo Costa, La reafirmación del principio de la reparación plena. El fallo “Ontiveros”, RCyS, 2017-X, p. 90.
- ²³ Pizarro, El concepto de daño en el Código Civil y Comercial, RCyS, 2017-X, p. 13.
- ²⁴ Galdós, ¿Hay daño biológico en el derecho argentino?, Lexis n° 0003/012653.
- ²⁵ Galdós, Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 CCCN), RCyS, 2016 (diciembre), portada.
- ²⁶ CNCiv., Sala A, 28/10/15, “A., A. R. c. G., A. M.”, RCCyC, 2016 (abril), p. 150.
- ²⁷ Negri, Reparación por daños a la integridad psicofísica en el Código Civil y Comercial, RCCyC, 2016 (marzo), p. 44.
- ²⁸ Galdós, Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 CCCN), RCyS, 2016 (diciembre), portada.
- ²⁹ Sagrama, Fernando A., Las fórmulas matemáticas del art. 1746 del Código Civil y Comercial, RCyS, 2017-XI, p. 5.

Daño extrapatrimonial

1. Introducción

En la clásica división entre consecuencias patrimoniales y no patrimoniales, la práctica ha reservado a las segundas un rol que pareciera meramente complementario de las primeras.

Dicho aserto se corrobora con una pléyade evidencias, entre las que se destacan: a) la usual determinación del daño extrapatrimonial en función de la otra clase (por la vía de calcularlo con aplicación de un porcentaje sobre aquella); b) la errada tendencia a relacionarlas con la necesaria existencia de daños corporales permanentes y definitivos; y c) la limitación en torno a la legitimación activa.

Aquello, por otra parte, no se ciñe al derecho común, ya que también el sistema especial ha implantado esa corriente: el adicional que más explícitamente pretende indemnizar esa parcela (art. 3º, ley 26.773) sólo se otorga sobre la prestación que corresponde a incapacidad definitiva, y además se calcula en un 20% de aquella.

Es sabido que el derecho de daños impone desde hace décadas observar a la víctima antes que al victimario. Ello se relaciona no solo con la imputación por vía objetiva, sino también con el daño resarcible.

Por otro lado, también es conocido que el derecho todo ha virado desde la inviolabilidad del patrimonio a la tesis de la inviolabilidad de la persona¹. Y que la existencia de un contrato ya no entraña artificiosas limitaciones cuando acaecen daños (como aconteciera, en esta parcela, con las diferencias entre los arts. 522 y 1078 del CC).

Por ende, un derecho de daños laborales moderno y consecuente con su función, debe atender prioritariamente al tratamiento de las consecuencias no patrimoniales. Estas no pueden ser tratadas como subsidiarias.

La cabal comprensión de los alcances de la noción permite extraer resultados que la práctica suele pasar por alto. Sobre todo ello trataremos en este capítulo.

2. Incongruencia de las divisiones asistemáticas. La dualidad del Código Civil

Aún cuando la legislación de Vélez Sarsfield fue en su tiempo un cuerpo de avanzada, la creciente valoración de los intereses extrapatrimoniales fue ampliando las reglas de reparación del llamado daño moral, tanto por vía autoral y judicial, como así legislativa.

Pese a ello, el Código Civil derogado mediante la ley 26.994, atendía al allí llamado “daño moral” otorgándole un tratamiento dual, contemplando por un lado al campo contractual (art. 522) y por otro al extracontractual (art. 1078).

En esa parcela, como en muchas otras, quedaban en evidencia la inconveniencia de la dualidad y los problemas que se producen cuando el derecho de daños no armoniza sus disposiciones.

En efecto, el criterio del legislador partía de la intención de restringir el daño moral en el ámbito contractual, y entonces en la redacción de la ley la indemnización parecía ser potestativa del juez (art. 522, CC).

Dicha solución, inconstitucional ante la existencia de un daño cierto, imputable y en relación causal, dejaba sin embargo abierta la legitimación activa, desde que no colocaba limitaciones al respecto como sí lo hacía la norma aplicable en el campo extracontractual (art. 1078, CC).

Sin embargo, existía general coincidencia al afirmar que la regla del art. 1078 del Cód. Civil resultaba también aplicable frente al incumplimiento contractual, argumentándose que ello obedecía a la generalidad de sus términos y a la analogía de situaciones.

Ese aserto, a nuestro criterio, podía ser controvertido de acuerdo a los siguientes argumentos: a) En el ámbito contractual existía norma específica (el art. 522, CC), que no establecía cortapisa alguna en lo atinente a la legitimación; b) en materia contractual, así como existían preceptos limitantes, jugaban otros mas favorables al acreedor (v.gr. en materia de prescripción); c) la aplicación analógica violaba el principio *pro homine* y restringía un derecho constitucional como el atinente a la reparación; d) el art. 522 del Cód. Civil otorgaba al juez la posibilidad de condenar al responsable a la reparación del daño moral, pero conforme doctrina mayoritaria no se trataba de una facultad discrecional, sino que acreditada la existencia del daño moral derivado del incumplimiento contractual, y siempre que mediara petición de parte, el juez debía ordenar su reparación²; e) se trataba de una interpretación acorde a la buena fe contractual (art. 1198, CC); f) la solución se compadecía con la vigencia del adagio *alterum non laedere*, era funcional a la reconocida dimensión suprallegal del derecho a la reparación, y evitaba el remedio de tachar de inconstitucional una ley formal.

Los inconvenientes de la dualidad quedaban a la vista y podían llevar en la práctica a restringir el daño moral al damnificado directo amparado por el vínculo contractual, mientras los damnificados indirectos (no atados al contrato) accionarían sin limitaciones en caso de muerte de aquél.

Mencionamos todo ello, pese a la derogación del régimen citado, para demostrar la desarmonía que acarrea la división bipartita y aquellas otras barreras que se introducen en los regímenes resarcitorios que, más allá de sus fuentes, no pueden

engendrar contradicciones.

3. Regulación en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial, al otorgar un tratamiento unificado a la responsabilidad, regula lo atinente a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales (daño extrapatrimonial) en su art. 1741.

Dicha disposición debe ser leída en conjunto con las restantes que integran la Sección 4ª, en especial lo previsto en los arts. 1737 a 1740, que también brindan las pautas para su resarcimiento, y el art. 1744 atinente a la prueba.

Sobre ello discurriremos en los títulos sucesivos, derivando en relación a la legitimación al capítulo de la tesis donde tratamos sobre los damnificados que pueden accionar en el derecho común.

4. Consecuencias no patrimoniales. Superación de la antigua noción “daño moral”

Tanto en el art. 522, como en su art. 1078, el Código Civil utilizaba la expresión “agravio moral”.

Tradicionalmente se ha dicho que el daño moral es aquel que hiere o menoscaba los llamados “bienes ideales”³. Constituye toda modificación disvaliosa del espíritu —su alteración no subsumible sólo en el dolor—, afectando el equilibrio anímico sobre el cual los demás no pueden avanzar, de modo que todo cambio del bienestar de una persona por hechos atribuibles a otra configura daño moral⁴. Habiéndose sostenido que la indemnización del daño moral tiene por objeto reparar el quebranto espiritual que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos⁵.

Recogiendo la interpretación dominante que ya bajo el imperio de los citados preceptos expandiera los contornos del concepto, el art. 1741 del CCCN alude a la indemnización de las “consecuencias no patrimoniales”.

Es que a fin de cumplir con el imperativo constitucional (art. 19, CN), resulta necesario aceptar una ampliación del perimido término “daño moral”, para que puedan obtener resarcimiento todos aquellos perjuicios de índole extrapatrimonial que afectan a la persona.

La cuestión no se ciñe a la reparación del *pretium doloris* (a modo de ejemplo, el daño causado por el sufrimiento físico resultante de las heridas y de las curaciones médicas —insomnio, tristeza, angustia, sufrimiento—), pues aquella debe ser omnicompreensiva de todos los perjuicios extrapatrimoniales que pueden aquejar al ser humano⁶.

El otrora “daño moral” debe considerarse en su más amplia dimensión conceptual extendiéndose a todas las frustraciones y limitaciones que el evento acarrea al sujeto para realizar en plenitud su proyecto de vida.

En el específico caso de los daños laborales no sólo existe incapacidad para trabajar, la hay también para vivir, pues frente al daño media quebrantamiento genérico de la normalidad vital. Ambas aristas deben valorarse, y tienen incidencia sobre las consecuencias extrapatrimoniales del daño (que es preciso observar desde la afrenta que se configura para cualquier persona, y la que revisten el hecho y sus consecuencias dentro del particular contexto subjetivo del damnificado).

5. Carácter resarcitorio

La doctrina debatió desde antiguo entre el carácter resarcitorio y el carácter punitivo del antes llamado “daño moral”, inclinándose en su mayoría por la primera de las opciones al decir que no constituye una pena⁷. Se han sustentado incluso posiciones eclécticas y propuesto una “consideración funcional”⁸ del asunto.

El art. 1741 del CCCN, como se confirma en los Fundamentos de su Anteproyecto, “recoge la opinión mayoritaria en el sentido de que esta indemnización tiene una función satisfactiva y compensatoria”.

6. Autonomía conceptual

Existe cierta inclinación jurisprudencial que quita autonomía al daño extrapatrimonial en la medida que lo anuda (en su existencia y estimación) al daño material.

La independencia de los conceptos permite comprender que pueden mediar consecuencias extrapatrimoniales derivadas de una lesión que no causa incapacidad definitiva.

Así se ha dicho, con acierto, que en los casos en que se acredita la existencia temporaria de una dolencia relacionada con la labor, generadora de incapacidad transitoria pero que a la postre no fija incapacidad definitiva, corresponde la indemnización por el daño extrapatrimonial sufrido (agravio que originan el evento y sus consecuencias)⁹.

La comprensión de la existencia de un derecho de daños laborales, que articula los regímenes legales, habilita fácilmente acciones que pocas veces se intentan.

7. Prueba relativa a esta clase de daño

Aún cuando se aplica la regla general sobre la prueba del daño que establece el art. 1744 del CCCN, en materia de le-

siones o muerte la existencia de consecuencias extrapatrimoniales surge notoria “de los propios hechos”. En tales casos el daño se infiere por vía inductiva.

Por ende, al igual que se concluyera en torno al “daño moral”, no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenerse demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica —prueba *in re ipsa*¹⁰ y la titularidad del derecho del accionante, incumbiendo al responsable acreditar la presencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de su existencia¹¹.

La prueba del damnificado debe tender entonces a demostrar las particularidades de su situación subjetiva a efectos de permitir al juzgador contar con los elementos necesarios para mensurar las consecuencias del daño y así arribar a la reparación plena.

La cuestión probatoria también tiene importancia en los reclamos intentados por los damnificados indirectos pues allí se alude a “las circunstancias” e incluso, en los casos de convivencia, con la recepción de “trato familiar ostensible”.

8. Cuantificación

El art. 1741 del CCCN establece, en su parte final, que el monto de la indemnización correspondiente a las consecuencias no patrimoniales debe fijarse ponderando “*las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas*”.

De allí se extrae, en primer término, que resulta censurable el difundido criterio de establecer el resarcimiento por esta parcela en un porcentaje (generalmente 20%) de lo que se otorga por el daño material. Ello constituye una práctica arbitraria, capaz de violar el principio de la reparación plena, y que subordina el daño extrapatrimonial a la existencia y cuantía del material.

En segundo lugar, y allí se halla la novedad normativa, el Código manda ponderar para la cuantificación las satisfacciones que el monto a otorgar permite alcanzar.

El legislador asume el problema de la ausencia de consenso en torno a este rubro de difícil fijación, receptando la idea de relacionar los montos otorgados por daño extrapatrimonial con los bienes o servicios que pueda adquirir el damnificado y, con ellos y sus beneficios, compensar la modificación disvaliosa sufrida¹².

Por esta vía se limita además, frente al deber de relacionar los montos, la posibilidad de otorgar indemnizaciones ínfimas o simbólicas. Y se permite al accionante argumentar y probar en torno al monto de su pedimento.

Sin dejar de tener en cuenta todo ello, debe también tenerse en cuenta que tratándose de la indemnización de consecuencias no patrimoniales, concurre una notoria variabilidad circunstancial, según, entre otras cuestiones, las particulares condiciones del damnificado.

Es central considerar lo impuesto por el art. 1738 del CCCN según el cual la indemnización “...*incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida*”.

Son elementos objetivos (entre ellos la magnitud y naturaleza de las lesiones psicofísicas) y subjetivos (centralmente, el proyecto de vida¹³) que necesariamente deben ponderarse para formar un juicio sobre el resarcimiento del daño de acuerdo al grado de quebrantamiento.

Si ninguna valoración de la medida e índole de las afecciones incumbiera hacer, bastaría preestablecer un monto constante y rígido de indemnización para cada clase de ofensa. El daño extrapatrimonial no puede ser tabulado sin contrariar su propia esencia, por ello es vital atender a las circunstancias del caso. Son los hechos particulares los que deben ser tenidos en consideración, para cumplir con el imperativo de la plenitud en la reparación (art. 1740, primera parte, CCCN). Todo ello considerando, reiteramos, que la noción no queda circunscripta al tradicional *pretium doloris*, razón por la cual el resarcimiento debe mensurarse de conformidad con la amplia dimensión conceptual que ahora la ley reconoce.

Con ello se observa que resulta incompleto aludir a la función “sustitutiva” y “compensatoria” como ceñida a la satisfacción de “placeres”. A modo de ejemplo, la reparación del daño al proyecto de vida —en su faz extrapatrimonial— debe permitir la reconducción del mismo de acuerdo a las posibilidades actuales del dañado y a ello podría tender, en ese caso, la indemnización que se otorgue. Como se observa, la comprensión de las parcelas del daño resarcible requiere una visión amplia y no estrecha de sus componentes.

9. La inconsistencia de la opción cuando se analiza esta parcela

El objeto de la presente tesis es demostrar, a lo largo de sus diferentes capítulos y desde el abordaje de diversos temas, que no es razonable un tratamiento parcializado y asistemático en materia de daños laborales.

En tal sentido, uno de los más claros ejemplos de las incongruencias que generan las artificiosas divisiones se configura ante la “opción excluyente” que el legislador intenta como modo de cercenar los reclamos, y ello queda en evidencia también frente al daño extrapatrimonial.

Como hemos visto en este capítulo, el art. 1741 del CCCN permite accionar a los damnificados indirectos por el daño extrapatrimonial que implica para ellos (daño personal) la gran discapacidad sufrida por el damnificado directo.

En tal caso, si la víctima del accidente decidiera reclamar las prestaciones sistémicas sin cuestionamiento de la opción

(art. 4º, ley 26.773), los damnificados indirectos podrían a su vez reclamar la reparación plena (no solo las consecuencias extrapatrimoniales). Tratándose de acciones personales, y no *iure hereditatis*, ninguna opción de otro sujeto podría alcanzarlos, y menos aún limitarles derechos establecidos por la legislación común y con anclaje constitucional.

Por otro lado, en la lógica asistemática de la ley, el trabajador debería transitar las comisiones médicas y luego una eventual revisión judicial para recién allí poder accionar (arts. 1º, 2º y 15, ley 27.348), pero los damnificados indirectos podrían demandar directamente.

Esto quiere decir que los damnificados indirectos tienen acción por reparación plena y vía judicial directa mientras el trabajador tiene opción excluyente y tránsito administrativo.

Similar escenario se presenta ante el fallecimiento del trabajador, pues la nómina de derechohabientes del sistema especial (art. 18, *LRT*) no es equivalente a los damnificados indirectos del derecho común. Operando el mismo principio ya citado: la opción de unos no alcanza a otros.

Otra cuestión interesante se plantea ante una contingencia que provoca incapacidad que se declara como permanente, pero que luego termina causando (o concausando) la muerte. Si el trabajador demandó la reparación plena, habiendo interpuesto acción el daño extrapatrimonial de la víctima se transmite a sus herederos (art. 1741, párr. 2º, *CCCN*¹⁴). Estos herederos pueden a su vez reclamar el daño moral propio, y también podrían reclamarlo todos aquellos damnificados indirectos que aún sin ser herederos encuadran en el texto del nuevo art. 1741 del *CCCN* (por un lado aquellos desplazados en su vocación hereditaria, y además quienes convivieran con la víctima recibiendo trato familiar ostensible).

Por último puede advertirse que el portador de una incapacidad temporaria puede procurar sin barreras la reparación plena de su daño (ya que cubre las consecuencias patrimoniales desde el sistema y persigue las extrapatrimoniales desde el derecho común), mientras que el damnificado que padece incapacidad definitiva se halla en principio sujeto a la opción (art. 4º, ley 26.773), salvo las hipótesis de inaplicabilidad de aquella. La cuestión no es baladí, puesto que en tales casos el régimen especial no otorgaría prestaciones más allá de las temporarias sustitutivas de salarios, y el cobro de aquellas por expresa disposición legal no entraña ejercicio de opción alguna (art. 5º, ley 26.773).

Como se observa, las construcciones arbitrarias como la opción excluyente, que pretenden constreñir derechos básicos, resultan siempre superadas por la teoría general de la responsabilidad como tributaria de la dimensión constitucional en la que se asienta la reparación.

Notas

- ¹ Goldenberg - López Cabana, De la inviolabilidad del patrimonio a la tesis de la inviolabilidad de la persona, RCyS, 2016-XII, p. 251.
- ² Zavala de González, en Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) – Elena I. Highton (coord.), 2004, t. 2A, p. 233.
- ³ CNCiv., Sala D, 22/4/76, “Ramos de Casale, María J. c. García de Cordero, Benedicta”, LL, 1977-A-154.
- ⁴ SCBA, 19/9/95, “Toledo, Noemí E. c. Municipalidad de La Matanza”, AyS, 1995-III-635.
- ⁵ Cám. 1ª Apel. Civ. y Com. San Martín, Sala II, 22/8/00, “Hergert c. Rodríguez Paniagua”, LD Textos, mar. 2004.
- ⁶ Calvo Costa, Daño resarcible, 2005, p. 352.
- ⁷ Orgaz, El daño resarcible, 1952, p. 230.
- ⁸ Morello, Carácter resarcitorio y punitivo del daño moral. En pro de una posición funcional, JA, 27-1975-342.
- ⁹ CNAT, Sala I, 28/2/14, “T., F. S. c. Atento Argentina S.A.”, elDial.com, AA871C)
- ¹⁰ SCBA, 10/12/91, “Peralta, Benigno V. c. Igar S.A.”, Juba, L. 47.452.
- ¹¹ SCBA, 15/5/88, “Juárez, Ramón c. La Jirafa Azul”, AyS, 1988-II-114.
- ¹² Márquez, La reparación del daño extrapatrimonial a través de placeres compensatorios o sustitutivos. Una vía para encontrar patrones comunes, RCyS, 2016-VI, tapa.
- ¹³ El perjuicio aquí no se infiere en abstracto a un sujeto indistinto (las proyecciones vitales son ínsitas a la libertad consustancial al hombre) y a los fines resarcitorios corresponde indagar específicamente los proyectos emprendidos o a los que razonablemente el afectado podía aspirar (Zavala de González, Daño a proyectos de vida, LL, 2005-D-986).
- ¹⁴ “...La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste”. Se mantiene por ende el criterio de la doctrina elaborada oportunamente en torno al principio del art. 1099 del Cód. Civil cuando se trata de una acción resarcitoria emprendida por el damnificado directo y continuada por sus herederos frente a su muerte. En la inteligencia de que lo que se transmite a los sucesores son los derechos patrimoniales derivados de la acción ejercitada por el damnificado, se había establecido por vía plenaria que la acción en curso por reparación del daño moral podía ser continuada por los herederos¹⁶

La fijación de los créditos a valores actuales

1. Introducción

La distinción entre deudas de dinero y deudas de valor es una cuestión que ha sido largamente tratada por los autores y por la jurisprudencia¹. Desatendida en ciertos períodos, profundiza su importancia práctica durante los procesos inflacionarios, máxime cuando existe prohibición de indexar.

Por ello es central reconocer el distingo entre ambas clases de deuda (cuestión a la que en materia de daños laborales no se le ha prestado en general la atención que merece), pues permite en alguna medida escapar del encorsetamiento y paliar la degradación de los créditos.

La caracterización de la indemnización nacida producto del daño en la integridad psicofísica como una deuda de valor, que el Código Civil y Comercial explícitamente reconoce, tiene efectos en la acción común por reparación plena y repercusión, como ya hemos visto, en los ajustes que con la misma lógica la tarifa exige.

El objetivo del presente capítulo es analizar la regulación concreta que trae el nuevo derecho común (art. 772, CCCN) y advertir sobre el alcance de los límites que el legislador le ha otorgado.

2. Deudas de dinero (art. 765 CCCN) y de valor (art. 772 CCCN)

Según define el Código Civil y Comercial, la obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de la constitución de la obligación (art. 765, parte 1ª).

Por otro lado, si la deuda no consiste en la obligación de entregar cierta cantidad de moneda sino que “*consiste en cierto valor*” (art. 772), nos hallamos en el terreno de las denominadas obligaciones de valor.

En la obligación de dar dinero se debe un *quantum*, en tanto que en las obligaciones de valor se debe un *quid*; en las primeras el dinero actúa *in obligatione* e *in solutione* y, en las segundas, *in solutione* pero no *in obligatione*².

Deuda de dinero es la que tiene por objeto la entrega de una cierta cantidad de moneda o de signos monetarios, siendo en un sentido lato una obligación de dar cosas muebles inciertas y fungibles. En las deudas de valor la moneda no constituye en rigor el objeto de la deuda, sino que sólo sirve de medio para restaurar en el patrimonio del acreedor un valor o utilidad comprometido por el deudor: un valor abstracto a ser determinado en algún momento en una suma de dinero, pero cuya expresión habrá de cambiar hasta tanto eso no ocurra³.

3. Regulación atinente a las deudas de valor en el CCCN

Tal como se indicara en los Fundamentos del Anteproyecto, en el Código Civil y Comercial “se recoge el distingo entre obligaciones de dar dinero y de valor, ampliamente reconocido en la doctrina”.

El art. 7º de la ley 23.928 (texto sustituido por el art. 4º de la ley 25.561) prohibió la actualización de las deudas de dinero. Como la citada prohibición alcanza a la “*obligación de dar una suma determinada de pesos*” en las cuales el deudor se libera entregando al vencimiento “*la cantidad nominalmente expresada*”, se hallan excluidas las deudas de valor (en las cuales la obligación no consiste en una suma determinada de moneda ni existe cantidad nominalmente expresada en origen).

En dicho marco y bajo el título “Cuantificación de un valor”, el art. 772 del CCCN establece: “*Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección*”.

La norma produce, de acuerdo a su redacción, una serie de efectos:

a) Fijación del crédito a valor actual. Inaplicabilidad de la ley 23.928

Estas deudas deben fijarse a valores actuales. Se encuentran al margen de la Ley de Convertibilidad y continúan siendo susceptibles de experimentar los ajustes pertinentes, que permitan una adecuada estimación y cuantificación en moneda, del valor adeudado⁴.

b) Posibilidad de fijar el crédito en moneda extranjera fuerte

La deuda de valor puede ser expresada en una de las denominadas “monedas fuertes”, posibilidad concordante con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ha dicho el citado tribunal al respecto que “uno de los efectos de las medidas de reparación debe ser conservar el valor real de la suma percibida, para que ésta pueda cumplir su finalidad compensatoria”, añadiendo que “una de las vías más accesibles y comunes para lograr ese propósito es la conversión de la suma a una de las llamadas divisas duras”⁵. La alternativa puede ser de todos modos vacua si el deudor se libera dando el equivalente en moneda nacional (art. 765, CCCN) y esta última no refleja efectivamente las oscilaciones del valor real de la moneda extranjera.

c) Conversión a deudas de dinero una vez cuantificadas

Una vez cuantificadas reciben el tratamiento de las obligaciones de dinero, solución que no fuera unánimemente aceptada por la doctrina al afirmarse que entonces se esteriliza la virtualidad y el funcionamiento del concepto de deuda de valor, postulándose que aquélla debe subsistir como tal si una vez cuantificada no sobreviene el pago inmediato⁶. La conversión se realiza allí, obviamente, sin considerar la disparidad que podría generarse de no mediar cumplimiento. En efecto, cuando en el “III Congreso Nacional de Derecho Civil” su Comisión n° 8 abordó el tema planteado bajo el n° 11 (“Cláusulas de estabilización y la depreciación monetaria”), parte de la más conspicua doctrina advirtió sobre la cuestión citada⁷. Frente el despacho de la Comisión que establecía que “la ley autoriza y aun impone la solución que permite el reajuste de las deudas de valor de acuerdo con el momento en que se dicta la sentencia definitiva”, Guaglianone advirtió que el reajuste “debe ser al día del pago”, siendo posible que “sentencias posteriores a la principal reajusten el monto que debe abonarse”, adhiriendo a ello Sandler. En el mismo sentido se expidieron, en el seno de la Comisión citada, juristas de la talla de Busso y Risolía. El primero advirtió que si la sentencia demorara en hacerse efectiva, volvería a renacer el principio de la necesidad de integrar o de ajustar el valor de la obligación en el momento en que el pago deba efectuarse. El segundo afirmó tajantemente: “La deuda de valor que no se paga sigue siendo de valor mientras el pago no la extinga”.

Por lo expuesto, en el marco del art. 772, se impone una correcta cuantificación a valores actuales⁸ y luego, ante la conversión en dinero y las reglas atinentes a éste, la aplicación de una tasa de interés acorde a la realidad (actualización por vía indirecta) y la naturaleza alimentaria de los créditos laborales en juego.

4. La aplicación del art. 772 CCCN a las acciones comunes por daños

Tal como hemos visto, en las llamadas deudas de valor el objeto de la obligación no es una suma de dinero: el deudor debe un determinado valor, una utilidad, un beneficio cierto, y esto es lo que ha de procurarse al acreedor para que la obligación se reputé cancelada. En esa clase de obligaciones “la moneda sirve de medio para restaurar, en el patrimonio del acreedor, un determinado valor comprometido por el deudor”⁹.

Cuando el trabajador dañado materialmente o en su esfera extrapatrimonial recurre a la acción común por reparación plena, es indudable que reclama una deuda de valor. Ello pues la reparación que persigue tiene por objeto debido un valor, un *quid* y no un *quantum*, debiendo cubrirse el valor del daño sufrido por la víctima.

En las “XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil” celebradas en el año 2015 se afirmó: “El régimen previsto por el art. 772 del CCCN para las obligaciones de valor implica determinar qué obligaciones quedan comprendidas en esta categoría”. Concluyéndose seguidamente: “Deben encuadrarse como obligaciones de valor las indemnizaciones de daños”¹⁰.

Ya en el año 2011 y en el seno del “II Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” convocado por la F.A.C.A., se había sostenido que “la deuda indemnizatoria por infortunio del trabajo es una deuda de valor y como tal no se encuentra alcanzada por la ley 23.928”¹¹.

Notas

¹ El primer precedente en la jurisprudencia nacional puede hallarse en un voto del doctor Safontás como juez de la Sala I de la Cámara I^a en lo Civil y Comercial de La Plata (15/4/52, “Delgado, Consuelo c. Martegani, Luis H.”, LL, 66-659).

² Alterini - López Cabana, Soluciones jurídicas para el problema inflacionario, LL, 1986-D-984.

³ Trigo Represas, Deudas de dinero y deudas de valor. Significado actual de la distinción, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, n° 2001-2, “Obligaciones dinerarias. Intereses”, p. 25.

⁴ Pizarro - Vallespinos, Instituciones de derecho privado. Obligaciones, 2009, t. 1, p. 384.

⁵ CIDH, 27/11/98, “Loayza Tamayo c. Perú” (reparaciones y costas), en www.corteidh.or.cr.

⁶ Casiello, Incorporación al Proyecto de Código de la “deuda de valor”, LL, 2014-B-514.

⁷ Véase: “III Congreso Nacional de Derecho Civil”, Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. I, p. 196 y siguientes.

⁸ Reiteramos que la fijación de la deuda “a valores actuales” no importa actualización monetaria, porque el reconocimiento de esta categoría de obligaciones (de valor) supera aquel problema, ya que no es el dinero sino un valor a que tiene derecho el acreedor, y sólo para liquidar será preciso tener presente el valor de cambio de la moneda que se utilizará al momento del pago. En la obligación de valor no se “indexa” ni se “reajusta” nada. Sólo se determina cómo se paga un “valor” debido.

⁹ Casiello, La deuda de valor, LL, 104-957, con cita de Francesco Messineo.

¹⁰ Conclusiones de la Comisión n° 2 (Obligaciones de dar dinero) de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, octubre de 2015).

¹¹ Conclusión aprobada en el “II Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, convocado por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, celebrado en San Nicolás de los Arroyos, septiembre de 2011.

1. Introducción

Es sabido que una indemnización no satisface el derecho constitucional a la reparación justa (art. 19, Const. Nacional)¹ si deja de contemplar los intereses.

Es por ello que en materia de resarcimiento la existencia de estos últimos hace a la justicia de la reparación, ya que el damnificado porta los daños que dan sustento al capital indemnizatorio desde que sufre el hecho que lo perjudica. Es allí cuando nace la obligación de resarcir, aun cuando la suma final se halle ilíquida y deban practicarse diligencias para establecer la cuantía total del crédito.

En el derecho común la temática de los intereses encuentra su base regulatoria general en el Código Civil y Comercial, sin perjuicio de las disposiciones especiales que el Congreso Nacional pudiera dictar para regir a diferentes situaciones.

El citado cuerpo normativo debe ser, en el punto, objeto de análisis.

Ello pues mientras receptó las directrices jurisprudenciales en torno al momento del inicio del cómputo de los intereses, innovó sin precisión en la redacción de una norma capital como es la atinente a la fijación de la tasa aplicable.

En efecto, para la indemnización de daños en el marco del derecho común rige la pauta legal atinente a los intereses moratorios que ha establecido el art. 768 del CCCN. La redacción del precepto difiere de la arraigada disposición que contenía el art. 622 del Código Civil, y por su importancia y complejidad requiere un examen detallado.

Por otro lado, el Código Civil y Comercial también creó nuevas reglas en torno al “anatocismo”, de clara incidencia práctica.

Analizaremos todo ello en el presente capítulo.

2. Inicio del cómputo

El día del evento dañoso constituye un hito temporal que importa, para el damnificado, la existencia de perjuicios. Es a partir de allí que nace un crédito resarcitorio a su favor, que aun cuando se encuentre ilíquido luego se corporizará en una suma dineraria al producirse la cuantificación.

En materia de responsabilidad civil (régimen unificado para los daños contractuales y los extracontractuales) el art. 1748 del CCCN establece que “*el curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio*”.

La directriz impone, como regla, el cómputo de intereses desde el evento dañoso, aun cuando es posible que dentro de un mismo juicio deban considerarse momentos diferentes para el curso de los intereses según los capítulos parciales del daño.

3. Tasa aplicable. Los conflictos interpretativos que suscita el art. 768 del CCCN

Cuando se demanda en función de un siniestro laboral procurándose la reparación plena del daño, los intereses se fijan de acuerdo a la norma correspondiente del derecho común.

El art. 768 del CCCN innovó en la redacción de su inc. c), pues en ausencia de tasa pactada y de tasa legal ya no deriva como en la norma que reemplazara (art. 622, CC) a lo decidido por los jueces, sino que establece la aplicación de las “*tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central*”.

Lo expresado en tal inciso ha merecido distintas interpretaciones, sin lograrse consenso doctrinal sobre los alcances de la previsión legal.

Desde una posición se ha dicho que “ya no se difiere a los jueces la fijación de la tasa moratoria, sino que se sustituye la determinación judicial por la del Banco Central de la República Argentina, en un intento patente de que sea la autoridad monetaria, dentro de sus políticas sobre la materia, quien fije una tasa que puede tener importantes efectos macroeconómicos”². Concordantemente se ha expresado: “Se innova respecto a la determinación de la tasa de interés. En el art. 622 del Código derogado, en defecto del pacto de las partes o de una disposición de la ley, es el juez quien debe establecerla. Ahora, para tal supuesto, lo hace el Banco Central de la República Argentina”³.

Comentando la disposición, Compagnucci de Caso ha expresado, desde otro ángulo, que la misma “tiene alguna dificultad en su interpretación porque el Banco Central fija diferentes tasas”. Agregando que “por lo tanto, a mi juicio, quedará como tarea de los jueces, en ausencia de pacto o de la ley, la aplicación de la tasa de interés que corresponda”⁴.

Consideramos por nuestra parte, interpretando el precepto a la luz de las directivas del propio Código (art. 2º, CCCN), que la finalidad de la norma no se orienta a dejar librado al Banco Central el tipo de tasa aplicable a cada crédito judicialmente reclamado⁵. No puede ser facultad de una mera autoridad monetaria establecer, a modo de ejemplo, si a un crédito laboral impago nacido de un despido o a aquel que se encuentra en mora y deriva del daño a la integridad psicofísica

producto de un accidente de tránsito, se le aplicará la tasa pasiva o la activa (y dentro de ellas, cuál de sus variantes).

Nuestra conclusión se apoya asimismo en los propios Fundamentos del Anteproyecto, pues expresa allí la Comisión su decisión de no aludir en la norma a una tasa específica⁶ “porque se considera que hay supuestos de hecho muy diversos y es necesario disponer de mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso”⁷.

Mientras la parte final del art. 622 del Cód. Civil aludía a la tasa de los “bancos oficiales”, el precepto vigente (art. 768, inc. c, *CCCN*) remite a las reglamentaciones del Banco Central. Del mismo modo se procede al remitir, en materia de sumas debidas por alimentos, a la “tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central” (art. 552, *CCCN*), al igual que se lo hace, por ejemplo, en el ámbito de los contratos bancarios (art. 1381, *CCCN*). Es decir, se deriva a las reglamentaciones para seleccionar la tasa (con mayor precisión en torno a los alimentos) y en modo alguno se delega a la entidad monetaria la fijación de intereses moratorios para los diversos supuestos que la realidad lleve a los tribunales.

El objeto de la solución legal no es quitar la posibilidad de seleccionar la tasa pertinente, sino establecer la elección entre las tasas que acepta el Banco Central de la República Argentina. Y en torno a ello se presentan dos posibilidades interpretativas: la primera, acudir a las tasas que aplican las diversas entidades bancarias⁸ —públicas o privadas⁹, provinciales o no— según autoriza el Banco Central; la segunda, recurrir a las tasas publicadas directamente por el citado Banco Central —reduciéndose entonces la variedad de tasas posibles en las distintas jurisdicciones del país—. Ninguna de esas soluciones implica librar a la decisión del BCRA, reiteramos, el tipo de tasa aplicable a cada crédito judicial.

No seguimos la posición que sustenta que se ha atribuido a la entidad monetaria la fijación de las tasas judiciales, librando a su decisión macroeconómica la aplicable a las diferentes clases de deudas que se reclaman y reconocen en los tribunales (la propia realidad demuestra además que, arribado el 1º de agosto de 2015, ninguna reglamentación en tal dirección se ha dictado)¹⁰.

Como hemos señalado, los Fundamentos del Anteproyecto son explícitos en el sentido contrario. Siendo útil recordar, en adición y a todo evento, que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado sin rodeos que “no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre”¹¹. La mecánica economicista que importaría en la práctica la solución que descartamos sería además abiertamente contradictoria con el paradigma protectorio que sostiene el nuevo Código¹².

Por lo expuesto, de acuerdo a la interpretación armónica de las palabras del precepto, su finalidad (refrendada además en los Fundamentos del Anteproyecto) y su lectura coherente con el resto del ordenamiento (pautas interpretativas que impone el art. 2º del *CCCN*), son los jueces ordinarios quienes quedan dotados de amplia flexibilidad para adoptar la solución justa para el caso concreto sometido a decisión particular, atendiendo a las tasas que acepta o publica el Banco Central¹³.

Tal como se ha dicho, el nuevo Código Civil y Comercial ratifica que en ausencia de tasa aplicable (convencional o legal), es el juez a quien compete fijarla. A partir de ello, el mismo Código aporta normas que clarifican y delimitan el modo de establecer la tasa¹⁴. Interpretación que también ha comenzado a ser reconocida por parte de la jurisprudencia¹⁵.

Tal modo de proceder queda claro, por otra parte, cuando se fijan las indemnizaciones a valores actuales y se aplican las llamadas tasas “puras”, pues allí los tribunales tampoco han remitido a tasas fijadas por la autoridad monetaria ni a puntuales reglamentaciones, sino que han recurrido a los porcentajes tradicionalmente utilizados por la jurisprudencia¹⁶.

4. Capitalización de los intereses

Tanto en el Código Civil como en el de Comercio -aunque con diferencias entre sí y con excepciones- se establecía la prohibición de capitalizar intereses o, lo que es lo mismo, la incorporación de los intereses devengados al capital, para fructificar a su vez en nuevos intereses¹⁷.

La ley 23.928 reformuló el texto del art. 623 del Cód. Civil, que desde entonces dispuso: “No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes, o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés en plaza”.

La evolución normativa demuestra que la capitalización de intereses fue considerada históricamente como un mecanismo en principio disvalioso, ya que permitía el injusto crecimiento de las deudas a favor de los acreedores. Esto se tradujo en reglas prohibitivas, aun cuando actualmente las excepciones son tan amplias que el principio resulta el opuesto. Es que desde hace tiempo la ya aludida visión disvaliosa ha perdido terreno, dando paso a una mirada distinta del fenómeno de la obligación de dar suma de dinero, en particular con relación al contexto económico argentino donde el efecto de la inflación ha obligado a tomar este tema con especial atención¹⁸.

La cuestión del denominado “interés compuesto” se regula ahora en el art. 770 del *CCCN*.

La norma inserta una nueva hipótesis de anatocismo a efectos de otorgar una mayor fuerza y sanción al incumplimiento y mora del deudor¹⁹: cuando la obligación se demande judicialmente la acumulación operará desde la fecha de la notificación de la demanda (art. 770, inc. b, *CCCN*).

El Código Civil y Comercial mantuvo a su vez una hipótesis de acumulación ya prevista en el texto original del art.

623 del Cód. Civil: se adeudan intereses sobre intereses en caso de que la obligación se liquide judicialmente, produciéndose la capitalización desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo (art. 770, inc. c, CCCN).

Es decir que en caso de litigio judicial podrían existir dos momentos donde mediara acumulación: los intereses devengados desde el perjuicio (art. 1768, CCCN) se convierten en capital al momento de la notificación de la demanda. Sumado a aquél, vuelven a fructificar en intereses hasta que el juez manda a pagar el monto adeudado y el deudor incumple la directriz, hipótesis en la cual los intereses volverán a acumularse al capital, para luego continuar devengándose hasta el efectivo pago.

5. El pedido de acumulación de los intereses

Aún cuando la cuestión suscitara cierto debate por tratarse de accesorios del capital, es sabido que resulta doctrina mayoritaria aquella que considera que los intereses constituyen un rubro autónomo cuyo pago no puede ser objeto de condena de no mediar concreto pedimento bajo pena de afectar el principio de congruencia²⁰.

Con remembranzas en dicha idea, existe dubitación en los tribunales laborales sobre la aplicación de las causales de capitalización del interés, en particular aquella novedosa que impone la acumulación de los intereses devengados hasta la notificación de la demanda.

Consideramos por nuestra parte, y así lo ha entendido la doctrina, que la acumulación que se produce contemplando el momento de la notificación de la demanda no requiere de un requisito especial en orden a su procedencia. Es decir, no precisa que el actor peticione de modo expreso la capitalización o que formule una reserva en torno a ello. La norma (art. 771, inc. b), CCCN) no contiene ningún tipo de requisito en cuanto a su planteamiento²¹.

Más aún, las leyes procesales laborales establecen la obligación de liquidar a cargo del juzgado (art. 132, ley 18.345; art. 48, ley 11.653), cálculo que debe efectuarse de acuerdo a derecho razón por la cual en aquél momento deberían capitalizarse automáticamente los intereses siempre que, obviamente, la procedencia de aquellos hubiera integrado la condena.

Notas

- ¹ Cám. Apel. Trelew, Sala A, 27/5/09, “M., M. B. c. L. ART S.A.”, del voto del doctor López Mesa, ED, 235-686.
- ² Márquez, Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial, LL, ejemplar del 9/3/15, p. 1.
- ³ Ossola, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Ricardo L. Lorenzetti (dir.) - Miguel Federico De Lorenzo - Pablo Lorenzetti (coord.), Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V.
- ⁴ Compagnucci de Caso, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Julio C. Rivera - Graciela Medina (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III.
- ⁵ Ni siquiera la ley 23.928 intentó imponer una tasa por la vía de la delegación a la autoridad monetaria. Es más: aún cuando en su decreto reglamentario mandó al Banco Central publicar mensualmente la tasa de interés pasiva promedio, indicó seguidamente que “los jueces podrán” disponer se aplique aquella a los fines previstos en el art. 622 del Código Civil (art. 8º, de cr. 529/91, texto según de cr. 941/91).
- ⁶ Apartándose así de la solución que se propiciara en el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 1998 (inc. c) de su art. 716).
- ⁷ Sería un contrasentido absoluto que el legislador renunciara a la fijación de la tasa para permitir establecer la más justa en cada caso, y a la par privara a los jueces encargados de meritar ello para delegar la estimación de aquella solución justa en el Banco Central.
- ⁸ Solución a la que parece derivar el art. 552 del CCCN pues se alude a la tasa que “cobran los bancos a sus clientes” según las reglamentaciones del BCRA.
- ⁹ Véase, reiteramos, que la parte final del art. 622 del Código Civil aludía a la tasa de los “bancos oficiales”, mientras que ahora se elimina esa remisión, derivándose al Banco Central (que obviamente autoriza la operatoria de bancos públicos y privados, que varían en las tasas ofrecidas dentro del marco que impone la entidad). Por otro lado, no existe razón para presumir que el acreedor judicial tomaría un préstamo o colocaría su capital inexorablemente en un banco público.
- ¹⁰ De todos modos, aún cuando la entidad monetaria pretendiera fijar tasas para los diferentes créditos reclamados judicialmente, se impone el control de su suficiencia (arts. 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 75 inc. 22 y concs., Const. Nacional) y la cuestión quedaría nuevamente dirimida por los jueces. De más está decir que si se ha censurado por inconstitucional una tasa legal insuficiente (v. gr. art. 61, ley 21.839 de honorarios profesionales), del mismo modo corresponde proceder frente a una hipotética tasa “reglamentaria”.
- ¹¹ CSJN, 14/9/04, “Vizzoti, Carlos A. c. Amsa S.A.”, consid. 11, CSJN-Fallos, 327:3677.
- ¹² Véase Lorenzetti, Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación, LL, 2014-E-1243.
- ¹³ Existen otros cuerpos legales que remiten a las tasas del Banco Central (así lo hace, por ejemplo, el art. 36 de la ley 24.240 de Defensa del consumidor).
- ¹⁴ Drucaroff Aguiar, Los intereses en los contratos bancarios y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, RCCyC, 2015 (agosto), p. 162.
- ¹⁵ Véase Cám. Apel. Lab. Santa Fe, Sala II, 28/8/15, “Ibarra, Eduardo A. c. Supermercados May Makro S.A.”, voto del doctor Coppoletta donde con referencia a los intereses del art. 768 del CCCN se indica que “según la legislación vigente, corresponde su determinación judicial conforme la reglamentación del BCRA”, Rubinzal On Line, RC J 5705/15. Véase asimismo Trib. Trab. nº 5 La Plata, 11/9/15, “Pino, Diego N. c. Liebeskind, Alejandro”, consideraciones del voto del doctor Barreiro, inédito.
- ¹⁶ SCBA, 18/4/18, “Vera, Juan Carlos c. Provincia de Buenos Aires”, Juba, C. 120.536)
- ¹⁷ Palacio, Hacia el fin del “anatocismo”, LL, 1989-B-784.
- ¹⁸ Juárez Ferrer, Capitalización de intereses en juicio, LL, 2017-E-1206)
- ¹⁹ Compagnucci de Caso, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Julio C. Rivera - Graciela Medina (dirs.), 2014, t. III, p. 100.
- ²⁰ SCBA, 11/2/15, “Depicolzuane, Roberto P. c. Municipalidad de Quilmes”, Juba, B. 59.421.
- ²¹ Juárez Ferrer, Capitalización de intereses en juicio, LL, 2017-E-1206.

1. Introducción

La interacción que existe entre el sistema de riesgos del trabajo y el régimen de derecho común aplicable a los mismos hechos se hace patente, también, en materia de prescripción.

En este tema, como en los demás, el esquema que anudan las leyes 24.557, 26.773 y 27.348 hace que la prescripción de la acción por reparación plena no pueda estudiarse sin ataduras al régimen especial que componen las normas citadas.

La cuestión se integra asimismo con la posibilidad de no ceñir la reparación plena a las disposiciones del Código Civil y Comercial, pues la propia legislación vigente permite abreviar en otros sistemas de responsabilidad.

Por todo ello se impone la atención sobre las cuestiones que tratamos en este capítulo.

2. El plazo de prescripción para la acción común y su posible inconstitucionalidad

El Código Civil y Comercial establece en tres años el plazo de prescripción para los reclamos de indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil (art. 2561, párr. 2º, CCCN).

Luego, fija en un plazo menor (dos años) el plazo atinente al “*reclamo de derecho común de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo*” (art. 2562, inc. b), CCCN).

Ese plazo de dos años coincide con el consagrado en el art. 258 de la LCT para las “*acciones provenientes de la responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedades profesionales*”, y que se ha dicho juega para los reclamos fundados en otros sistemas de responsabilidad diversos del derecho civil¹.

Del juego de las tres normas la cuestión queda planteada entonces de la siguiente manera:

El Código Civil y Comercial establece un plazo especial para el reclamo de derecho común por infortunio laboral, en una norma posterior y concreta que replica a la Ley de Contrato de Trabajo.

Ya sea que se entienda que la acción común refiere solamente a la acción civil, o que ampara a toda acción por reparación plena distinta por ende a la reclamación sistémica, el plazo es el mismo.

La cuestión se centra entonces en el trato peyorativo que recibe el dependiente dañado en comparación con el resto de los ciudadanos que procuran reparación. Advierte al respecto Foglia que si un trabajador reclama la reparación civil por un infortunio del trabajo la prescripción es de dos años, y en cambio si quien reclama no es un trabajador la prescripción es de tres años. De allí que, afirma el autor citado, la norma parecería entonces abrir una fisura constitucional, ya que el trabajador sujeto de preferente tutela según la Corte Federal, está en una situación desventajosa respecto de quien no lo es. En atención al texto de los arts. 14 *bis* y 16 de la CN se plantea una cuestión de raíz constitucional ya que no hay ninguna razón objetiva que justifique el trato desigual en perjuicio del acreedor laboral².

El interrogante también se abre en relación a los demandados. Si el plazo bianual se aplica solo a la acción del trabajador contra el empleador, podría atribuirse responsabilidad “civil” a la ART o a otro tercero invocando el plazo de tres años.

Es evidente que la doctrina y jurisprudencia que no reconocen la existencia de un derecho de daños laborales que atrapa a la multiplicidad de reclamos, jamás podría argumentar válidamente en contra del trabajador para afirmar, en materia de prescripción (de interpretación restrictiva) que allí sí existe esa noción que aglutina a las diversas acciones para entonces aplicar a todos los casos el plazo mas corto.

En síntesis: el plazo de tres años es consecuente con el trato que dispensan aquellos a las acciones que insisten en colocar en el campo de la responsabilidad civil.

Lo cierto, en definitiva, es que el plazo de acuerdo a las normas especiales es bianual, y que el de tres años podría invocarse entonces con el correspondiente planteo constitucional o argumentando que ciertas acciones constituyen meros reclamos de responsabilidad civil.

3. El comienzo del cómputo de la prescripción

En relación al comienzo del cómputo del plazo de la prescripción de la acción por reparación plena, varias normas confluyen para su determinación.

El Código Civil y Comercial establece como regla general que el transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible (art. 2554). Es decir, aunque el derecho exista no corre el curso de la prescripción hasta que no se halle expedita la posibilidad de demandar judicialmente al deudor, toda vez que no puede prescribir la acción que aún no ha nacido («*actio non nata non praescribitur*»)³. Luego, el mismo Código prevé directivas expresas, según

los diferentes institutos.

En lo que aquí interesa, la cuestión a dilucidar —en relación al comienzo del cómputo de la prescripción—, se halla en torno a los infortunios laborales. Ello en función de la vigencia de dos normas especiales: los arts. 258 de la *LCT* y 4º de la ley 26.773.

La ley 26.773 dispone en su art. 4º: “*Las acciones judiciales con fundamento en otros sistemas de responsabilidad solo podrán iniciarse una vez recibida la notificación fehaciente prevista en este artículo*”, y “*agotada la vía administrativa mediante la resolución de la respectiva comisión médica jurisdiccional o cuando se hubiere vencido el plazo legalmente establecido para su dictado*”. La primera parte corresponde al texto original del párr. 4º, y el agregado a la adición efectuada mediante el art. 15 de la ley 27.348.

La misma norma luego agrega que “*la prescripción se computará a partir del día siguiente a la fecha de recepción de esa notificación*” (art. 4º, párr. 5º, ley 26.773).

Ello implica en los hechos que, en la lógica legal, la acción común no puede promoverse antes de que el deudor de la prestación sistémica notifique fehacientemente al acreedor (trabajador o derechohabientes) el importe que a este último le corresponde percibir en virtud del régimen especial, precisando cada concepto e indicando que el monto se encuentra a su disposición para el cobro (art. 4º, párr. 1º, ley 26.773). Pero además, dentro del sistema modificado por la ley 27.348, quiere decir que en los casos sujetos al paso obligatorio por las comisiones médicas habría que esperar su finalización, ya que no existirá hasta entonces puesta a disposición.

Como se lee, es la propia ley la que impide accionar colocando vallas a la acción. Por lo tanto, no puede correr plazo alguno.

Podrá la parte afectada plantear la inconstitucionalidad de la limitación que le espera aguardar para plantear una acción común, y entonces con la demanda donde se incoe la petición y se entable directamente la acción resarcitoria, se habrá interrumpido la prescripción (art. 2546, *CCCN*) con efectos permanentes salvo desistimiento o caducidad (art. 2547, *CCCN*).

Todo lo antedicho tiene relevancia práctica, pues reiteramos que es la propia ley la que coloca la imposibilidad para obrar e indica que la prescripción no corre hasta tanto se cumplan los requisitos que impone.

Cabe advertir por otro lado en torno a la situación de terceros responsables que podrían argumentar que frente a ellos la prescripción no se encuentra supeditada. La cuestión se ata con la opción, pues para que esa posición resulte coherente debieran aceptar que a su respecto la opción es inaplicable y que puede intentarse sin limitaciones un cúmulo relativo.

Es decir, a modo de ejemplo: la acción común podría intentarse contra la aseguradora sin esperar a lo decidido por la comisión médica, pues una cosa es su responsabilidad sistémica y otra su responsabilidad civil (donde, reiteramos, no juega la opción).

Fuera de ello, en la materia se han aplicado tradicionalmente los siguientes criterios respecto del inicio del cómputo del plazo bianual:

En función de los términos del art. 258 de la *LCT*, la prescripción comienza a partir de la determinación de la incapacidad o el fallecimiento de la víctima.

Si la ley refiere a la “determinación”, cabe interpretar que el plazo debe comenzar a contarse desde que el trabajador tomó conocimiento de la certeza del daño en su verdadera dimensión⁴. Habiéndose dicho que el plazo de prescripción de la acción de derecho común debe computarse desde el momento en que el trabajador pudo ejercitarla, luego de haber apreciado con objetividad la real magnitud del daño sufrido⁵, sin que pueda suplirse esta exigencia sobre bases inciertas⁶.

Existiendo una norma específica no derogada por el régimen general, la prescripción se computa en principio desde la determinación de la incapacidad o el fallecimiento de la víctima (art. 258, *LCT*), salvo que se trate de una acción civil pura —iniciada “exclusivamente por la vía del derecho civil”— y no se tache la constitucionalidad del precepto que entonces rige (art. 4º, último párrafo, ley 26.773), pues allí habrá de estarse a las normas de fondo de aquel y comenzando el cómputo desde que la prestación es exigible (art. 2554, *CCCN*). Destacándose, sin embargo, que en la interpretación correcta de esta última hipótesis también corresponde meritarse la exteriorización del daño, ya que mal puede obrar quien no tiene conocimiento de la minusvalía.

Notas

¹ Foglia, El plazo de prescripción de la acción civil por infortunios del trabajo conforme el Código Civil y Comercial de la Nación, en www.abogados.com.ar, publicación del 27/10/15.

² Foglia, El plazo de prescripción de la acción civil por infortunios del trabajo conforme el Código Civil y Comercial de la Nación, en www.abogados.com.ar, publicación del 27/10/15.

³ Calvo Costa, Prescripción extintiva o liberatoria en el Código Civil y Comercial de la Nación, LL, suplemento especial, “Nuevo Código Civil y Comercial”, 2014 (noviembre), p. 237.

⁴ CNAT, Sala IX, 16/9/05, “Pérez, Francisco c. Estado Nacional - Armada Argentina y otro”, en “Boletín Temático de Jurisprudencia de la CNAT”, “Accidente de trabajo. Acción de derecho común”, abr. 2012.

⁵ CNAT, Sala V, 15/7/11, “Ortiz, Marcelo D. c. Nobleza Piccardo S.A.”, en “Boletín Temático de Jurisprudencia de la CNAT”, “Accidente de trabajo. Acción de derecho común”, abr. 2012.

⁶ CNAT, Sala VI, 27/10/11, “Aguirre, Hugo A. c. Consolidar ART S.A. y otro”, en “Boletín Temático de Jurisprudencia de la CNAT”, “Accidente de trabajo. Acción de derecho común”, abr. 2012.

1. Introducción

El llamado “derecho transitorio” regula la aplicación de la ley en relación al tiempo. Constituye un tema central de la teoría general del derecho¹, cuyo estudio se efectuara aludiéndose al ámbito de aplicación temporal de las normas o conflicto de las leyes en el tiempo.

Bajo tal denominación se sitúa una cuestión de interés permanente, pues de continuo existen leyes que se suceden, mutan, o vienen a ocupar un espacio carente de regulación.

Sin perjuicio de aquella importancia constante, el tema tiene especial vitalidad y se sitúa como medular ante la modificación de los cimientos normativos del derecho privado. En efecto, la ley 26.994 derogó el Código Civil y el Código de Comercio, junto a otra serie de leyes, implantando nuevos textos legales como derecho común que viene a mutar sobre relaciones y situaciones jurídicas existentes.

La cuestión del derecho intertemporal en relación a las normas comunes es motivo de análisis en este capítulo.

2. La norma general de derecho transitorio (art. 7º, CCCN)

El Código Civil y Comercial regula sobre la “eficacia temporal” de la ley en su art. 7º.

La norma sigue en esencia el modelo del art. 3º del Código Civil derogado (texto que tuviera según la ley 17.711), con el agregado de la regulación que atañe al derecho del consumidor.

Se trata de la regla general que juega para enlazar las leyes que se suceden, para cuyo análisis es preciso memorar sus antecedentes.

En su redacción originaria (ley 340), el Código Civil regulaba la aplicación de la ley en el tiempo haciendo pie, fundamentalmente, en la distinción entre derechos adquiridos y derechos en expectativa.

Su art. 3º expresaba: “Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efectos retroactivos ni pueden alterar los derechos ya adquiridos”.

A su vez, el art. 4044 decía: “Las nuevas leyes deben ser aplicadas a los hechos anteriores cuando sólo priven a los particulares de derechos en expectativa; pero no pueden aplicarse a los hechos anteriores, cuando destruyan o cambien derechos adquiridos”.

El Código, como se lee, fundaba su sistema de derecho transitorio en el principio de la intangibilidad de los derechos adquiridos.

Debatida la cuestión en el “III Congreso Nacional de Derecho Civil” (antecedente de la reforma que se introdujera mediante la ley 17.711), se concluyó, sobre la base de la ponencia oficial de Borda, que la expresión aludida (“derechos adquiridos”) era imprecisa, no tanto en su noción estricta sino en su vinculación con el sistema de irretroactividad de la ley.

Según se expuso allí “es muy difícil en verdad que una nueva ley modifique otra anterior, sin afectar de una manera u otra los derechos adquiridos al amparo de aquélla”, siendo ello inconciliable con la necesidad de hacer posible el progreso jurídico por medio de una reforma legislativa. Se trataba entonces de hallar una solución entre los dos extremos dados por la protección absoluta de todos los derechos adquiridos y el imperio, sin limitaciones, de la nueva ley.

La confusión de criterios existente sobre ese álgido tema fue en parte esclarecida a partir de los estudios de Roubier², al precisar el concepto de retroactividad y distinguirlo de los efectos inmediatos de la ley (fincando en la diferencia entre situaciones agotadas y en curso).

La ley 17.711, a su turno y sobre la base de lo expuesto, derogó los arts. 3º, 4º, 5º, 4044 y 4045 del Código Civil original, sustituyendo el primero de aquéllos por el siguiente: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

El Código Civil y Comercial (art. 7º) sigue el modelo de la norma transcripta con sutiles modificaciones, pues la Comisión encargada de la redacción del Anteproyecto pensó inadecuado apartarse de un esquema normativo que, requiriendo las normales interpretaciones casuísticas, no generó mayores inconvenientes según se consideró. Ello sin perjuicio de que el propio estudio de Roubier fue motivo de interpretaciones encontradas³, llegándose a admitir soluciones contrarias con la misma invocación de ese autor⁴. De todos modos, la posición extendida es dejar librado al criterio judicial la delicada tarea de establecer cuándo una ley tiene efecto inmediato⁵, sin hacer distingos ni condicionar su aplicación.

Lo cierto es que, para ser adecuadamente comprendido, el tema debe ser estudiado con especial detenimiento sobre

los tópicos que siguen.

a) *Situaciones y relaciones jurídicas. Sus fases*

Ante el texto que consagra el art. 7º del CCCN, refiriendo a las “*relaciones y situaciones jurídicas*”, es preciso analizar su alcance.

La “situación jurídica” es aquella organizada por la ley, de carácter permanente, igual para todos los que se encuentren en ella (por ejemplo, los derechos reales o de familia). La “relación jurídica”, en cambio, está organizada por la voluntad de las partes, es esencialmente modificable por éstas, varía de caso a caso (tales son las relaciones nacidas de los contratos)⁶. La diferencia, de todos modos, pierde sentido práctico pues en ambos supuestos la solución del legislador es la misma⁷.

Lo importante, siguiendo la doctrina de Roubier, es distinguir las fases en que se encuentran aquellas al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley. Para el profesor francés la fase dinámica corresponde a los momentos de constitución y extinción, y la fase estática a la que atrapa la producción de los efectos. Aunque pueda llevar a confusión (pues podría pensarse en distinguir justamente a la inversa —es decir, denominar estático al momento de constitución y al de extinción, y dinámico al correspondiente a los efectos—), en concreto se pretende lo siguiente: la constitución y la extinción de las relaciones y situaciones jurídicas se rigen por las leyes vigentes en el momento en que acaecen; y las consecuencias de aquellas relaciones y situaciones no agotadas (*in fieri*) que se producen durante la nueva ley quedan alcanzadas por esta (aunque las relaciones o situaciones de que deriven se encuentren constituidas con anterioridad).

c) *Aplicación inmediata*

La aplicación inmediata, lejos de ser una excepción, es el efecto propio y normal de la ley.

Es evidente que la nueva legislación se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro (es decir, a partir de la vigencia de la nueva ley). Pero también atrapa a las relaciones y situaciones que se encuentran en curso de constitución, y a aquellas ya constituidas y existentes en cuanto no estén agotadas.

El esquema puede sintetizarse del siguiente modo⁸:

- a) Las situaciones o relaciones que ya se han agotado totalmente —por haber cubierto las etapas de constitución, modificación, consecuencias y extinción— se rigen por la ley antigua (es decir, la vigente en aquel momento).
- b) Las situaciones o relaciones jurídicas en curso de constitución —mediante la producción de ciertos hechos aptos para comenzar su gestación que no se han consumado íntegramente— al momento de entrar en vigencia la nueva ley, son regidas por esta última.
- c) Las consecuencias de una situación o relación ya constituida que se producen a partir de la vigencia de las nuevas normas, son atrapadas por éstas.
- d) Las situaciones o relaciones que son íntegramente posteriores a la nueva ley, serán reguladas por ella en todos sus aspectos.

d) *Aplicación retroactiva*

La ley es retroactiva cuando su aplicación se proyecta temporalmente al pasado. Se trata de una suerte de ficción de preexistencia de la normativa, para atrapar estadios superados.

En torno a ello es preciso aclarar que la irretroactividad de las leyes no es un principio estrictamente constitucional, sino de índole legal. En efecto, a diferencia de lo que acontece en materia penal, en la que aquella irretroactividad está consagrada por la Constitución (art. 18), y a salvo el beneficio de la ley más benigna (art. 2º, CP), en materia civil es un principio legislativo⁹ antes normado en el art. 3º del Código Civil y ahora replicado en el art. 7º del CCCN. Por eso la propia ley inferior permite al legislador disponer la aplicación retroactiva del nuevo ordenamiento (art. 7º, párr. 2º, CCCN).

La cuestión se halla enraizada con la Constitución sólo en la medida que la posible aplicación retroactiva importe en el caso el agravio efectivo de una garantía allí amparada. Si bien esa limitación (prohibición de violar garantías constitucionales) resulta obvia de la propia estructura del sistema normativo, la aclaración en el texto de la ley obedece a lo dictaminado por Orgaz en el ya citado “III Congreso Nacional de Derecho Civil”, en orden a la función docente de la ley, para claridad y precisión de la doctrina. Es por ello que la disposición general de derecho transitorio no omite la mención expresa de ese límite que surge de la Ley Suprema¹⁰.

e) *Ultraactividad de las normas supletorias en materia contractual*

El principio general del efecto inmediato cesa en el caso de las normas supletorias (art. 7º, párr. 3º, CCCN), donde rige la ultraactividad de las vigentes al momento de celebrar los contratos que se hallan en curso de ejecución (con la ex-

cepción que se incorpora para las relaciones de consumo).

El fundamento de la regla de la sobrevida de la ley antigua¹¹ es sencillo, pues siendo que las leyes supletorias son aquellas que tienen como misión suplir la voluntad de las partes cuando éstas no la han manifestado expresamente, en ese caso formarían parte del contrato. Los contratantes habrán callado porque la ley ya preveía lo que querían estipular, por consiguiente ante una reforma legislativa los contratos en curso deberían ser juzgados, en ese aspecto, por la vieja ley que forma parte de ellos, a efectos de respetar la voluntad de las partes.

El límite a la regla de la ultraactividad en materia de consumo (art. 7º, última parte, CCCN) es también congruente con los principios de la especialidad, donde rige la norma más favorable al contratante tutelado, solución que eventualmente se aplicaría analogía en el derecho del trabajo (art. 11, LCT), aún cuando la regla carece de campo de actuación donde justamente existen normas de ordinario imperativas¹².

Cabe agregar, en torno a lo expuesto en este apartado, que aún cuando parte de la doctrina pretendió distinguir entre leyes imperativas (frente a las cuales los particulares no pueden acordar un régimen distinto), dispositivas (desechables en el caso concreto pero creadas teniendo en miras el interés general) y supletorias (tocantes al mero interés del individuo porque sirven simplemente para suplir su falta de declaración), la mayoría de los autores y de la jurisprudencia no ingresó en aquella diferenciación. La excepción a la aplicación inmediata de la nueva ley fue aplicada a las normas supletorias y a las dispositivas, sin distinguir entre ellas. El Código Civil y Comercial tampoco ingresa en esa discusión¹³, incluso colocando un precepto para evaluar el carácter de las normas legales relativas a los contratos (art. 962, CCCN).

3. La vigencia de las normas del CCCN en materia de responsabilidad

Comprendidas las reglas que para la sucesión normativa adoptara el legislador es relevante particularizarlas frente a la vigencia de la ley 26.994 que suplanta los medulares textos anteriores del derecho privado.

A tal fin, analizaremos como opera la sucesión normativa en torno a ciertas modificaciones novedosas y de importancia que contiene el Código Civil y Comercial.

a) *Presupuestos de la responsabilidad*

La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia civil entiende que los presupuestos de la responsabilidad (antijuridicidad, factores de atribución, relación causal y daño) se rigen por la ley vigente al momento del acaecimiento de los hechos dañosos, aplicando la misma regla a las normas atinentes a la legitimación para reclamar¹⁴. Por ende se aplicarían las normas del Código Civil y Comercial solo a los hechos ocurridos a partir del 1º de agosto del año 2015.

Existe debate en torno al “daño”. Por un lado se dice que no es una consecuencia, sino un presupuesto de la relación, quedando por ende alcanzado por la ley vigente al momento del siniestro. Por otra parte se ha sostenido que las derivaciones (“consecuencias”) de los hechos pasados se proyectan en el tiempo y siguen verificándose bajo el imperio de la norma nueva¹⁵ y que ello ocurre en materia de daños cuando lo que se indemniza es el daño material y extrapatrimonial (fundamentalmente moral) futuro, no cristalizado al momento del siniestro. Esas consecuencias (efectos que subsisten en el tiempo¹⁶) no pertenecen al ámbito del pasado y pueden ser atrapadas por la nueva ley que las regula cuando no se encuentren indemnizadas.

Puede advertirse en adición que el art. 7º del CCCN alude a las “consecuencias”, idéntico término que utiliza al referir al daño resarcible (arts. 1738, 1741 y ctes., CCCN). Se distingue entonces entre el daño como presupuesto de la responsabilidad y la indemnización como consecuencia de la lesión dañosa¹⁷. Ello atendiendo además a la presunción de constancia terminológica en el legislador y a la imposibilidad de considerarlo inconsecuente o imprevisor, adicionando que es requisito del daño que sea cierto pero que puede ser actual o futuro (art. 1739, CCCN), lo que permitiría indemnizar según la nueva ley cuando no mediara resarcimiento.

b) *Cuantificación*

La doctrina ha dicho que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión¹⁸. Se afirmó así que el art. 1746 del CCCN constituye una norma aplicable aún a los procesos en trámite para juzgar los efectos no consumidos de hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código¹⁹.

La jurisprudencia ha considerado por su parte que la norma citada es aplicable a una acción de daños intentada antes de su entrada en vigencia, en tanto la norma no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino solo a las consecuencias de ella (art. 7, CCCN), máxime cuando la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, sino que únicamente sienta una pauta para su liquidación. Por lo demás, el empleo de fórmulas matemáticas para cuantificar la reparación era ya el método más adecuado bajo la vigencia del Código Civil derogado aunque –a diferencia de lo que sucede actualmente– la ley no estableciese expresamente la necesidad de su empleo²⁰. La cuestión, como se advierte, impone analizar en la toma de posición si los daños resarcibles son los mismos en los cuerpos legales que se han sucedido.

c) *Carga de la prueba de la culpa*

Otra cuestión que merece tratamiento concreto es la aplicación temporal del art. 1735 del CCCN, desde que el principio general de derecho transitorio, cuando se trata de cuestiones procesales, es la aplicación inmediata.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, con el afán de escapar de la crítica que imputa al nuevo cuerpo el tratamiento de cuestiones procesales ajenas al legislador nacional, se dice que en este caso “no son procesales, sino directivas sustantivas dirigidas al juez”.

Lo cierto es que más allá de esa catalogación, si se trata de una directiva hacia el juez, la misma se activa con la existencia de un proceso. Más aún, si regulara una cuestión de fondo habría quien podría sostener la aplicación de la normativa vigente al momento del acaecimiento del hecho, alegando que al atarse al factor de atribución se estaría de lo contrario alterando el derecho sustantivo que era aplicable cuando se produjo el hecho. De allí que solo atraparía a los eventos sucedidos con posterioridad al 1 de agosto de 2015.

Con relación a los hechos anteriores a dicha fecha, pero demandados con posterioridad, la norma jugaría al reconocerse su carácter de directiva procesal aún situada en un cuerpo esencialmente sustantivo²¹, pero tendría el límite de la etapa procesal precluida cuando el momento alcanzado en el pleito concreto no permitiera retrotraer lo actuado²².

d) *Capitalización de los intereses*

Ha afirmado Kemelmajer de Carlucci “se aplica a los juicios en trámite el nuevo supuesto de anatocismo autorizado (art. 771, inc. b); acumulación desde la fecha de notificación de la demanda)”²³.

Consideramos que la afirmación debe ser entendida con el siguiente alcance: a los juicios iniciados con anterioridad al 1º de agosto de 2015 efectivamente se les aplica la nueva hipótesis de capitalización, siempre que el hecho constitutivo de tal efecto (la notificación de la demanda) haya sucedido ya vigente el nuevo Código Civil y Comercial. De lo contrario se estaría efectuando una aplicación retroactiva de la ley.

e) *Prescripción*

En el art. 2537 del CCCN se establece una disposición específica de derecho transitorio para regular la aplicación de la ley en el tiempo con relación a los nuevos plazos de prescripción.

La norma expresa: “*Modificación de los plazos por ley posterior. Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior.*”

Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior”.

En consecuencia, de acuerdo a la norma transcrita rigen los plazos de la ley sustituida para la prescripción que ya se encuentra en curso, salvo que la nueva ley fijare un plazo menor, en cuyo caso se considerará cumplido una vez transcurrido éste (contado desde el día de su entrada en vigencia). Sin embargo, los efectos inmediatos de la ley nueva no operarán en caso de que computándose de acuerdo a la ley anterior el plazo de prescripción feneciera antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley.

Tal como se expusiera en los Fundamentos del Anteproyecto, se trata de una norma de carácter abierto que prevé la modificación ulterior de plazos y regula las situaciones sometidas al régimen de prescripción. Se dice allí que “la solución, que mantiene el sistema en vigencia, armoniza la finalidad de la modificación que se produzca (otorgamiento de seguridad jurídica a ciertas relaciones mediante acortamiento de los plazos aplicables) y la situación de quien podría verse sorprendido por ese acortamiento”.

Notas

¹ Se ha llegado a decir que “no hay problema más difícil en la ciencia del derecho que éste”, que su dificultad “parece insoluble”, que los sistemas contruados a priori son “incapaces de ofrecer panaceas jurídicas”, que se trata de una de las “zonas de penumbra del derecho” y que aquí no pueden pedirse más que meras “aproximaciones” (conforme las citas de Bonnacase, Planiol, Demogue, de Castro y Bravo, De Page y Bibiloni que efectúa Nieto Blanc, Retroactividad de la ley y daño moral, LL, 146-273).

² Les conflits des lois dans le temps, de 1929, obra reelaborada bajo el título Le droit transitoire en 1960.

³ Véase, como simple muestra, el arduo contrapunto al respecto entre Allende —Artículo 3° del Código Civil: volver al Código Civil. Graves errores de la Reforma y del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, LL, 1977-A-703— y Borda —Sobre el art. 3° del Código Civil (A propósito de un artículo del doctor Guillermo L. Allende), LL, 1977-B-737; ídem, Sobre el art. 3° del Código Civil (Punto final a una polémica), LL, 1977-C-755—.

⁴ Conforme reconoce el doctor Vernengo Prack en su voto en CNCiv., en pleno, 15/8/79, “Falland, Federico F. s/Suc”, LL, 1979-C-530.

⁵ Pardo, El art. 3° del Código Civil según la ley 17.711, LL, 135-1354.

⁶ Borda, Sobre el art. 3° del Código Civil (A propósito de un artículo del doctor Guillermo L. Allende), LL, 1977-B-737.

⁷ Clariá - Clariá (h.), Ámbito de aplicación temporal de la ley, ED, 56-785.

⁸ Véase Moisset de Espanés, La irretroactividad de la ley y el efecto diferido, JA, Doctrina, 1972-817.

⁹ CSJN, 10/4/50, “Ley de Boche, Eleonora L. c. Fuchs, Ludovico F.”, CSJN-Fallos, 216:303; ídem, 6/9/57, “Ferreiro de Raviña, Manuela c. Outin de Auge, María G.”, CSJN-Fallos, 238:496.

¹⁰ Orgaz, Dictamen en el “III Congreso Nacional de Derecho Civil”, t. I.

¹¹ Regla sostenida por Borda —en minoría— en el “III Congreso Nacional de Derecho Civil”, que luego receptara la ley 17.711 y que mantiene el Código Civil y Comercial.

¹² Podetti, Ámbito de aplicación temporal de las leyes sobre indemnizaciones por despido, LT, XVI-338.

¹³ Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, 2015, p. 46.

¹⁴ Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte, 2016, p. 232)

¹⁵ Morello, El daño moral en los cuasidelitos y el nuevo artículo 3° del Código Civil, JA, 1970-6-393.

¹⁶ Según Pardo (El art. 3° del Código Civil según la ley 17.711, LL, 135-1354) es el caso típico del daño moral. Aunque en contraposición se ha dicho que el daño no es una consecuencia sino un presupuesto, y hace a la constitución del derecho.

¹⁷ Conf. Juzg. Nac. 1° Inst. Civ. n° 37, 15/9/15, “P. P. I. y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro”, sentencia de la doctora Silvia Tanzi, en www.cij.gov.ar.

¹⁸ Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte, 2016, p. 234)

¹⁹ Galdós, Jorge M., Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 CCCN), RCyS, 2016 (diciembre), portada.

²⁰ CNCiv., Sala A, 28/10/15, “A., A. R. c. G., A. M.”, RCCyC, 2016 (abril), p. 150.

²¹ Kemelmajer de Carlucci ha sostenido que la norma que establece las cargas probatorias dinámicas en materia de responsabilidad civil sería de aplicación inmediata —La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, 2015, p. 117.

²² La Corte Suprema ha resuelto que las nuevas normas de procedimiento resultan aplicables a las causas pendientes en cuanto no afecten actos concluidos ni dejen sin efecto lo actuado conforme a leyes anteriores —Fallos 200:180; 224:390, entre otros—.

²³ Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, 2015, p. 148.

Parte cuarta

Capítulo 1 La opción

1. Introducción

El art. 4° de la ley 26.773 impone una “opción” entre las reparaciones previstas en el régimen especial y las que pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad.

Mediante aquella, la ley intenta colocar al damnificado frente a una disyuntiva carente de fundamento. En efecto, las prestaciones del sistema y las indemnizaciones del derecho común tienen orígenes disímiles, deudores generalmente diversos, y requieren para devengarse elementos diferentes.

La misma es incongruente a su vez con el propio sistema donde se inserta, y ello lleva a la existencia de hipótesis de inaplicabilidad, como así a la tacha de su constitucionalidad en los supuestos en los que opera.

El objeto del presente capítulo es analizar la operatoria concreta de la opción, desnudando sus incoherencias para demostrar que, siendo irrazonable, no condice con las premisas que rigen en materia del llamado derecho de daños laborales.

2. La inaplicabilidad de la opción

De acuerdo a la arquitectura del régimen especial, existen casos que pueden considerarse excluidos del régimen de opción que instaurara el art. 4° de la ley 26.773.

Se trata de supuestos de “inaplicabilidad” de la opción, donde de todos modos podrá subsidiariamente plantearse la inconstitucionalidad de aquella para el caso de considerarse que no existen hipótesis no aprehendidas por la norma.

a) *Acción común contra la ART y otros terceros*

El texto original del art. 39 de la ley 24.557 contemplaba dos hipótesis que diferenciaba a la hora de abordar las acciones comunes —mal llamadas “civiles”—: *a)* la acción por reparación integral contra el empleador (que vedaba salvo caso de dolo —aps. 1°, 2° y 3° del citado art. 39—), y *b)* la misma acción pero intentada contra terceros (que autorizaba plenamente —aps. 4° y 5°—).

La ley no hacía distinciones y la única acción común vedada era la que tuviera como legitimado pasivo al empleador. Todas las demás se hallaban habilitadas, pues tercero, en un contrato de trabajo, es todo sujeto de derecho que no sea el empleador ni el trabajador¹.

El art. 4° de ley 26.773 instauró en el sistema la opción, y para habilitar la acción contra el empleador derogó, en el ap. 1° de su art. 17, los tres primeros apartados del art. 39 de la *LRT*, pero dejó subsistentes los dos últimos (modificación que introdujo el Senado de la Nación, ya que el proyecto del Poder Ejecutivo derogaba el art. 39 en forma total).

Es por ello que en la lógica de la *LRT*, que según la ley 26.773 conforma con aquella (y otras disposiciones), en conjunto, el “régimen de reparación” (art. 1°), la acción que impone ejercicio de la opción es la intentada contra el empleador, pues cuando se deduzca contra terceros (denominando como tales, reiteramos, a todos quienes no sean el “empleador”) se conserva el derecho a procurar conjuntamente las prestaciones, que sólo al momento del cobro se deducirán de la indemnización plena en caso de que esta última sea superior y en la medida que se trate de conceptos homogéneos².

Ya hemos visto (al tratar la responsabilidad civil de la ART) que es posible procurar la reparación plena del daño a cargo de la aseguradora cuando el siniestro acaeciera por su omisión frente a la obligación de prevenir los riesgos del trabajo. Siendo ello así, y considerando que puede iniciarse acción común contra la ART sin necesidad de demandar al empleador (es decir, autónomamente), no se “opta” en tales casos, y es posible acumular la tarifa (que goza de las garantías previstas por el fondo de reserva —art. 34, *LRT*—) a la reparación plena (deduciendo en su caso la primera, en las condiciones apuntadas, a fin de no percibir doblemente por los mismos rubros).

Sí será preciso introducir planteo de inconstitucionalidad cuando se accione por la vía común contra los terceros amparados por el decr. 491/97. Este último, en su art. 12, pretendió afirmar que a los fines de las acciones comunes no se consideraría tercero “al empresario principal que ceda total o parcialmente, o que contrate o subcontrate, trabajos o servicios dentro o fuera del establecimiento habilitado a su nombre”. Se trata de un evidente exceso reglamentario (art. 99, inc. 2°, Const. Nacional). Más allá de su invalidez, el texto del art. 12 del decr. 491/97 es por otra parte una prueba palmaria de que la ART es un tercero, pues jamás la menciona a la hora de pretender otorgar inmunidad a sujetos diversos del empleador.

b) *Acción emprendida por los derechohabientes*

En su primer párrafo el art. 4º de la ley 26.773 impone al deudor de la indemnización tarifada la obligación de notificar fehacientemente “a los damnificados o a sus derechohabientes” los importes que les corresponda percibir por aplicación del régimen especial.

Luego, en el párrafo siguiente, establece que “los damnificados” podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas por la tarifa o las que pudieran caber con fundamento en otros sistemas de responsabilidad.

El texto legal, entonces, comienza diferenciando a los “damnificados” de los “derechohabientes” (párr. 1º), para luego imponer la opción sólo a los primeros (párrafo siguiente).

Tal como se sostuviera en el “Tratado” dirigido por Vázquez Vialard en torno a la disposición del primer régimen especial de accidentes laborales que rigiera en el país, los familiares del trabajador fallecido pueden “como alternativa y según lo entiende la mayor parte de la jurisprudencia, deducir la acción especial laboral y la civil, en forma subsidiaria, pues al no estar indicados en el art. 17 de la ley 9688, tampoco están impelidos a una opción excluyente. Opción que sí rige para la víctima”³.

Por ende, según esta interpretación los derechohabientes podrían demandar sin restricción legal⁴.

El régimen de opción demuestra además su inconsistencia frente a los sujetos distintos del trabajador⁵: si colocásemos a un derechohabiente en la posibilidad de optar excluyentemente, podría perder la reparación plena si precisa la tarifa. Aun así, podría accionar contra el empleador otro damnificado indirecto no previsto en la nómina, pues en el régimen del Código Civil y Comercial todo sujeto perjudicado en su patrimonio tiene acción contra el responsable por el daño patrimonial (art. 1739, CCCN). Incluso podría este damnificado accionar por el daño extrapatrimonial, cuando pese a no ser derechohabiente demuestre enmarcar en las condiciones que requiere el derecho común (art. 1741, CCCN) o plantease la inconstitucionalidad de la limitación de la legitimación activa en torno a esta última parcela (como sucediera con el art. 1078 del Cód. Civil). Allí se pagarían las prestaciones sistémicas, y el empleador debería soportar la reparación plena. En definitiva: el sistema de opción, de pretendérselo aquí aplicable, perjudicaría a quien tiene estrecho vínculo con el trabajador, para dejar subsistente aun así la acción civil.

La ley 27.348, sobreviniente a la ley 26.773, ha insertado otro argumento en pos de la exclusión de la opción para estos legitimados, ya que en su Título I refiere exclusivamente al trabajador y no menciona a los derechohabientes. Razón por la cual estos últimos no se hallarían obligados a transitar el procedimiento que allí se impone como condición para iniciar una acción por reparación plena (arts. 1º a 3º y 15, ley 27.348).

Ello sin perjuicio de destacar que luego, en el Anexo de la ley 27.348 (art. 2º, párr. 4º) y por vía reglamentaria (arts. 1º y 12, Res. 298/17 de la SRT), se alude a aquellos sujetos legalmente no citados. En tal caso, siendo que los derechohabientes no se encuentran mencionados por la ley ni abarcados por la opción, la mecánica del procedimiento es en tal aspecto inconstitucional.

3. La inconstitucionalidad de la opción

Con la inserción en el sistema del art. 4º de la ley 26.773, se creado un régimen de opción que pretende escindir la tutela mínima debida por la aseguradora del deber de reparar plenamente con base en el derecho común.

Se trata de una mera imposición arbitraria, que carece de argumentos y por ende de razonabilidad. No comprende el legislador que en el derecho de daños laborales se anudan los principios del derecho del trabajo con aquellos correspondientes al derecho común de daños. Y que una ley especial, nacida en el campo de un derecho tuitivo, no puede imponer incongruentes renunciaciones cuando se hallan en juego garantías constitucionales (arts. 14 bis y 19, CN).

La opción que instraera el sistema, además de la violación de principios básicos de la especialidad (indemnidad, protección especial e irrenunciabilidad) y del adagio *alterum non laedere*, se consagra con una mecánica legal que por su propia irrazonabilidad la desactiva.

Los argumentos que desarrollamos en los títulos precedentes se dirigen a demostrar ello: la invalidez de la opción, por violatoria de los principios y normas del sistema jurídico aprehendido en general, y por carente de razonabilidad dentro de la misma arquitectura del régimen.

a) *El régimen como “parte sustancial del sistema de la seguridad social”*

En los fundamentos del proyecto de ley que se sancionara bajo el número 27.348, se sostiene explícitamente que “el sistema de riesgos del trabajo es parte sustancial del sistema de la seguridad social”. Se aduna allí que, bajo ese prisma, la cuestión queda comprendida bajo el concepto de “bien común” y que el Estado tiene la obligación de reconocer el derecho de toda persona “a ser sujeto alcanzado por los beneficios de la seguridad social”.

La cuestión tiene efecto sobre la opción, pues si los riesgos del trabajo son según el legislador “parte sustancial” del sistema de la seguridad social, las prestaciones del mismo en función de las contingencias que reconoce quedan amparadas por la directriz constitucional que establece su carácter de “irrenunciables” (art. 14 bis, CN).

Aun cuando se trataría de un sistema *sui generis*, si las prestaciones de la ley 24.557 son colocadas por Congreso bajo los principios de la seguridad social, verificada la situación de “contingencia”, directamente se desencadena *ope legis* la

protección de la cobertura prevista, independientemente de la voluntad del sujeto afectado⁶. Por ende ninguna opción es válida, ni puede efectuarse, pues el crédito es indisponible.

La cuestión se refuerza desde el vértice normativo, que en concordancia consagra que las prestaciones de la ley son irrenunciables (art. 11, ley 24.557), como veremos en el título que sigue.

De allí que la opción se desactiva y no puede considerársela renunciativa.

El mismo Mensaje de Elevación del proyecto que luego se sancionara como ley 27.348, cita al Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo —ratificado en el país por la ley 26.678— relativo a la “Norma mínima de la seguridad social”. En aquel se plantea que debe “garantizarse” la concesión de prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional (art. 31). El término utilizado tiene especial trascendencia, puesto que la garantía implica “seguridad o certeza sobre algo”⁷ y tal afianzamiento se corrobora pues internacionalmente la obligación se impone “en toda circunstancia” (art. 11, Convenio 17, OIT).

Lo central entonces es que los fundamentos de la ley 27.348 se dedican a acoger para el sistema de riesgos del trabajo los principios de la seguridad social, y por ende más allá del concepto que técnicamente pudiera corresponder a esta última, lo cierto es que el Congreso Nacional decide incorporar al régimen sus premisas. Lo mismo ocurre con la alusión al Convenio 102 de la OIT, que explícitamente se cita *in totum* para fundar la norma refiriendo a su aprobación (ley 26.678) sin alusión al régimen de aceptación.

Por todo lo dicho las prestaciones del sistema argentino de riesgos del trabajo son irrenunciables y sobre ellas no caben opciones que importen su abdicación. Ello surge, como se ha visto, de la faz legal, constitucional e internacional. Cualquier interpretación contraria o peyorativa no solo resultaría inadmisibles en función de los principios y sujetos (como exponen las máximas de los arts. 9º, 11 y concs., *LCT*), sino directamente irrazonable por apartamiento de los textos en juego.

b) *La irrenunciabilidad de las prestaciones*

El art. 4º de la ley 26.773 pretendió instaurar la opción excluyente entre las prestaciones del sistema y las indemnizaciones que pudieran corresponder por otras vías.

Sin embargo, el art. 11 (ap. 1º) de la ley 24.557, aún hoy dispone: “*Las prestaciones dinerarias de esta ley gozan de las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos. Son, además, irrenunciables y no pueden ser cedidas ni enajenadas*”.

No opera en el caso el principio que indica que la ley posterior desplaza a la anterior, por una serie de razones de peso:

- a) No existe derogación tácita, pues la ley 26.773 contiene una disposición específica atinente al tópico. Se trata de su art. 17, que en el ap. 1º clara y únicamente establece: “*Deróganse los arts. 19, 24 y los incs. 1º, 2º y 3º del art. 39 de la ley 24.557 y sus modificatorias*”. El régimen de derogación es expreso, y el art. 11 de la *LRT* se mantiene vigente por decisión del Congreso.
- b) Tal como tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema, no cabe suponer el olvido o la imprevisión por parte del legislador⁸.
- c) El propio art. 1º de la ley 26.773 establece: “*Las disposiciones sobre reparación de los accidentes y enfermedades profesionales constituyen un régimen normativo*” y refiere al “conjunto integrado” por dicha ley y la *LRT*. Queda en claro entonces que el legislador ha previsto la totalidad de la normativa que congloba en un “régimen de reparación” que por eso mismo no puede tolerar inconsecuencias intrínsecas.
- d) La interpretación de la ley no puede contradecir su explícita finalidad: esta última (más allá de cuáles fueran los verdaderos objetivos de los mentores de la norma) se expresa en el Mensaje de Elevación del proyecto elaborado por el Poder Ejecutivo nacional, que alega buscar que “el régimen ofrezca una reparación plena del daño”. El objetivo reparador no puede ser, por ende, menoscabado en la operatividad de la ley.
- e) La ley no puede retrogradar y convertir en renunciable lo que antes en el mismo régimen, y de modo expreso, se reconoció como “irrenunciable”. Operan en dicho sentido el principio de progresividad y su regla de no regresión.
- f) En tal contexto, aun si la cuestión generase incertidumbre sobre la disposición a emplear, el conflicto se resuelve por clara directriz legal: conforme al art. 9º de la *LCT*, en caso de duda sobre la aplicación de normas prevalecerá la más favorable al trabajador (aquí, obviamente, la que consagra la irrenunciabilidad).

De todos modos y sin perjuicio de lo expuesto, partiéndose del reconocimiento de la irrenunciabilidad como principio, fácil es concluir que su vigencia no depende de recepción expresa por disposición alguna, ya que en tanto indisoluble y entrañablemente ligada al principio protectorio es —más allá de esa calidad instrumental— conceptualmente anterior y jerárquicamente superior a cualquier norma ordinaria⁹.

c) *El reconocimiento de derechos mediante la intervención de un órgano estatal*

De acuerdo a la reforma que, mediante su art. 15 efectúa la ley 27.348 sobre el art. 4° de la ley 26.773, la vía civil puede intentarse luego del tránsito por la comisión médica jurisdiccional.

En la lógica del legislador ello quiere decir que ya no solo habría una contingencia amparada que automáticamente impone la cobertura de las prestaciones, sino que existiría el reconocimiento incluso por el órgano estatal que interviniera.

Jamás podría entonces mediar opción que importara dimisión o desistimiento, pues el derecho a las prestaciones (de por sí irrenunciables según el art. 11 de la *LRT*) estaría reconocido por el propio Estado.

Véase, por otra parte, que si la ley dice que no son homologables los convenios que contengan “*un monto de reparación dineraria menor a la que surja de una estricta aplicación de la normativa de la ley 24.557 y sus modificatorias*” (art. 3° del Anexo I, ley 27.348), menos aún puede avalarse la renuncia total a las prestaciones derivadas de la contingencia reconocida.

d) *La ausencia de ánimo abdicativo*

Bien se ha dicho que el artificio de colocar al trabajador que cobra indemnizaciones tarifadas en situación de no poder reclamar el daño mayor que pudiera haber sufrido implica una burda extorsión a partir del estado de necesidad. Una coacción de ese tipo vicia todo consentimiento —expreso o tácito— así otorgado y constituye una ficción para transformar en renunciable lo irrenunciable¹⁰.

Así como ni la salud (integridad física o psíquica) ni la vida son disponibles para su titular, el ejercicio de una acción en procura de la reparación integral del daño jamás puede, lógicamente, implicar la renuncia al mínimo que la pretensión citada contiene ínsita, pues lo contrario importa no sólo desvirtuar la esencia del vínculo obligacional sino además comprometer aquellos derechos subjetivos indisponibles.

La cuestión entronca también, por otro lado, con los alcances de la teoría de los actos propios: de ningún modo puede hablarse de deliberada y eficaz voluntad anterior tendiente a restringir derechos indemnizatorios cuando el trabajador persigue el cobro de una prestación que constituye un mínimo irrenunciable, como así tampoco evidencia liberalidad respecto de la base tarifaria el procurar la reparación integral del daño sufrido (que obviamente comprende aquel mínimo).

No pueden exigirse actitudes heroicas del trabajador accidentado¹¹, menos aún, cuando se trata de créditos que se devengan en situaciones de emergencia¹².

e) *El régimen general de desistimiento de derechos y renunciaciones*

El análisis de la opción desde la normativa general demuestra que aquella es contraria al ordenamiento jurídico aprehendido en su integralidad.

Más allá del estado de necesidad en que se halla el damnificado, la opción excluyente viola el principio de irrenunciabilidad y, por ende, no es preciso alegar ni demostrar la existencia de una *vis* compulsiva para invalidar el acto.

Fincados en el derecho común es preciso advertir, en torno a la opción del art. 4° de la ley 26.773, que los deudores de las obligaciones que allí se contemplan no son los mismos: la tarifa se encuentra a cargo de la ART, y la reparación integral en cabeza del empleador (de acuerdo al texto de la norma, que no impone opción para el caso de accionar por el derecho común contra sujetos distintos del empleador).

Por ello no puede hablarse de transacción, ya que en aquélla debe mediar acuerdo de partes que se efectúan concesiones recíprocas para extinguir obligaciones litigiosas o dudosas (art. 1641, *CCCN*). En el acto de percibir una tarifa no hay convención, ésta no se celebra con la parte deudora de la reparación integral y no existe concesión recíproca, ya que el empleador nada otorga. Lo mismo ocurre cuando se acciona por la reparación plena en el marco del derecho común, pues con la interposición de la demanda al damnificado no se le concede nada a cambio de la abdicación que de aquél se está pretendiendo por el mismo acto.

El caso podría estudiarse en su equiparación con el campo de las renunciaciones. Estas pueden ser a título gratuito u oneroso (art. 945, *CCCN*), pero requieren la aceptación por el beneficiario para causar la extinción del derecho (art. 946, *CCCN*), y ello no se observa cuando el trabajador percibe de su ART (mientras que la reparación integral la adeuda el empleador) ni a la inversa (cuando acciona contra el principal y de allí se pretende extraer renuncia favorable a la aseguradora).

Puede también advertirse observarse que el art. 15 de la *LCT* alude a los acuerdos “transaccionales, conciliatorios o liberatorios”. Es decir, comprende no sólo las transacciones (efectuadas por las partes autónomamente) y las conciliaciones (instadas por el mediador o el juez), sino también las liberaciones. La colocación de la conjunción disyuntiva “o” denota separación, diferencia y alternativa. Frente a la sanción de la ley 26.773, no es redundante.

Por ende cualquier liberación, en el marco de los derechos laborales, debería ser sustanciada ante la autoridad judicial o administrativa y mediar resolución fundada que acredite que mediante el acto se alcanza una justa composición de los derechos e intereses de las partes (art. 15 citado).

Obviamente que si es la ley la que impone la renuncia o la liberación, aquélla no surge de acuerdo alguno. Pero justamente la ley no puede sustituir la voluntad del sujeto dañado para consolidar su perjuicio imponiéndole la abnegación

frente al infortunio. Máxime cuando la norma es irrazonable (art. 28, Const. Nacional) por ausencia de motivación y por oponerse a los fines reparatorios que inspiran al régimen en el que se inserta.

La indemnización tarifada es un derecho concedido que opera automáticamente frente a la contingencia. Tal como expresara Compagnucci de Caso, a los derechos instituidos más en el interés público que particular, aun cuando tengan contenido patrimonial, se los juzga como no renunciables, citando entre ellos el autor a las indemnizaciones por accidentes de trabajo¹³. El acto de declinación es imposible, pues la persona solo puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y únicamente afecta intereses privados (art. 944, CCCN), situación que no se presenta en el caso pues la propia ley (art. 11, LRT) imposibilita la renuncia de las prestaciones y la cuestión toca el orden público.

Si la propia Cámara laboral ha resuelto por vía plenaria¹⁴ que en función de la irrenunciabilidad de las prestaciones el trabajador no puede disponer libremente del 20% de su crédito, discurriendo sobre la prohibición del pacto de cuota litis, jamás podrían los mismos miembros del tribunal sostener coherentemente que sí puede abdicar del 100% del mismo crédito que se encuentra reconocido incluso con la intervención de un órgano estatal.

El derecho laboral protege al trabajador de las renunciaciones anticipadas como así de las que caen sobre derechos ya adquiridos. Esto a fin de que se garantice tanto la adquisición como la satisfacción de los derechos que la ley y las demás fuentes le acuerdan. Así como no pueden renunciarse los salarios futuros ni los ya devengados, es inválido dimitir de la indemnización por accidente o enfermedad laboral. Por ello se impone la inconstitucionalidad de la norma (art. 4º, ley 26.773).

f) *El estado de necesidad*

Ante el dictado de la ley 26.773, realizó Ibarlucía¹⁵ una prospectiva acerca de cómo resolverá la Corte los planteos de inconstitucionalidad en relación al art. 4º de aquella.

Indica el autor en el citado trabajo que, según su posición, la doble vía o cúmulo será viable en caso de que se pruebe que el trabajador se vio obligado a cobrar la indemnización tarifada de la LRT por el estado de necesidad en que se encontraba. Afirma el jurista que en principio el actor tendría que describir los hechos que lo llevaron a ese estado de necesidad y luego probarlos, pero que terminará por imponerse la doctrina del “escrutinio estricto”¹⁶ de la conducta del trabajador que lo hizo optar por cobrar la indemnización tarifada ofrecida (teoría que rememora los estándares de la jurisprudencia norteamericana acerca de cómo debe analizarse la constitucionalidad de las leyes o reglamentaciones que establecen tratos desiguales sobre la base de categorías sospechosas). Lo que inevitablemente, asegura Ibarlucía, conducirá a una inversión de la carga de la prueba (que el mismo autor luego muta a presunción del estado de necesidad del trabajador en el momento que cobró la indemnización tarifada y la imposición al empleador de la prueba contraria). Aduna que dos circunstancias coadyuvarán a esto: que no exige la ley que la opción se haga con patrocinio letrado, y la aplicación de los principios tradicionales en materia de derecho del trabajo (*in dubio pro operario*) que “naturalmente estarán presentes aun cuando la cuestión esté en manos de jueces civiles”¹⁷.

Es interesante la construcción que la doctrina citada efectúa, pero consideramos que la solución no transita por la prueba de la existencia o inexistencia de un estado de necesidad que parece identificarse con el ahogo económico o la pobreza. Los motivos que colocan a una parte en situación de inferioridad respecto de la otra no son —siquiera en la sistemática del derecho común— taxativos¹⁸. El consentimiento no es libre cuando se presta bajo el imperio del temor inspirado por un mal considerable y presente¹⁹.

La cuestión es objetiva, porque la propia ley coloca a un sujeto que tanto en abstracto como en concreto debe ser protegido —más allá de la pobreza— por su mera condición de dependiente (art. 14 *bis*, Const. Nacional), ante una disyuntiva insalvable, que importa sin escape un mal a su derecho: si cobra la indemnización tarifada, pierde la reparación plena. Y si intenta acceder a un resarcimiento integral —que no se halla asegurado—, abdicar de la tutela mínima.

Por ese temor es que cobra la tarifa, pues si quiere perseguir su derecho constitucional puede quedarse sin nada. También por temor puede optar por intentar la acción común, ya que si percibe la prestación de la LRT renunciaría a lograr el retorno a la situación anterior al accidente.

Todo esto cuando no se trata de resarcir cualquier clase de daño, sino el infligido a su salud. Por ello, no puede colocarse al trabajador frente a opciones cuando se halla en juego su integridad psicofísica. Ninguna renuncia es válida en ese terreno.

La cuestión no cambia con el patrocinio letrado que en la mecánica del régimen incorpora la ley 27.348. Ello pues, para operar sobre ese estado de necesidad, la ley consagra el efecto suspensivo de los recursos, para constreñir aún más al dañado. El estado aludido no se borra por la existencia de un letrado, pues son la situación de dependiente dañado y la naturaleza del crédito las que fuerzan al damnificado a obrar, más allá de la espera que pueda sugerirle su abogado. Nadie que opere en la realidad puede desmentir ello.

g) *Los Convenios de la OIT*

Ha advertido Curutchet que la opción podría privar al trabajador del contenido mínimo de las prestaciones por accidentes y enfermedades del trabajo previsto en los Convenios 17, 42 y 102 de la OIT²⁰.

Los aludidos instrumentos (arts. 1º y 11 del primero, 1º del segundo, y 31 del tercero) imponen al Estado la obligación de “garantizar” a las víctimas y a sus derechohabientes el pago de una indemnización frente al infortunio. El término utilizado tiene especial trascendencia, puesto que la garantía implica “seguridad o certeza sobre algo”²¹ y tal afianzamiento se corrobora pues la obligación se impone “en toda circunstancia” (art. 11 del Convenio 17).

De allí que la indemnización prevista por la legislación interna sobre accidentes laborales constituye el mínimo garantizado, y por ende, la opción con renuncia pretendida es inadmisibles.

h) *La opción ante el dolo del empleador*

Cuando la ley 24.557 (art. 39) prohibió la reparación plena para ceñir las indemnizaciones a las prestaciones del sistema, no llegó al extremo de impedir la demanda cuando mediara dolo del empleador (hipótesis del entonces vigente art. 1072 del Cód. Civil).

Con la redacción del art. 4º de la ley 26.773 aún frente a ese caso debería optarse: incluso el dañador doloso ve purgada su responsabilidad por decisión del Estado.

Por ello, cuando la inconstitucional legislación anterior (art. 39, *LRT*) decidiera dejar de lado de la prohibición ante esa hipótesis, y ante la vigencia del principio de progresividad²², no es inadmisibles la regresión en la medida que se prohíbe al trabajador lo que antes no se vedaba.

Fuera de tal caso extremo, que denota el absurdo del legislador por su pertinaz voluntad de censurar la reparación plena, lo concluyente es que no puede tornarse renunciante aquello que explícitamente se consagra como “irrenunciante” (art. 11, *LRT*), como ya señaláramos.

i) *Los cuestionamientos que recibiera la opción bajo los regímenes anteriores*

Aun cuando la opción implantada en el marco del régimen actual de riesgos del trabajo no puede ser equiparada a la vigente bajo las normas anteriores (en función de la diferencia entre los sistemas), se alega en su defensa una supuesta inexistencia de cuestionamientos bajo la ley 9688.

Sin perjuicio de resultar evidente el error de comparar legislación aislada de su contexto, es de todos modos falsa la ausencia de críticas a la disposición. Por el contrario, aquellas fueron certeras, y jamás recibieron respuesta pues no existe fundamento lógico en la opción para sostenerla.

1 — Las críticas de la doctrina

Ya en el año 1936 la doctrina se expedía en forma crítica frente a la opción regulada por la ley 9688. Decía Costa muy claramente: “Conceptuamos esa opción como un error, porque son dos acciones totalmente distintas, con fundamentos y finalidades diferentes. Se mueven en planos diversos y por eso mismo no se excluyen. Nuestra ley las concibe como opuestas y por eso da al obrero la posibilidad de escoger entre una de las dos. El problema para nosotros no puede resolverse así. Como decimos, no se trata de acciones que se anulen recíprocamente; pueden, por el contrario, coexistir. La cuestión reside en armonizar legislativamente el ejercicio de ambas, de tal manera que todo accidente tenga la protección de la ley especial, pero más allá de su límite no se coarte el derecho del damnificado a pedir una reparación económica que esté de acuerdo con el perjuicio real sufrido cuando, por las leyes comunes, exista obligación de indemnizar. Es lógico que se evite la superposición de indemnizaciones, pero ese fin ha de lograrse sin restringir la ley ordinaria. Con la opción se desvirtúa el derecho privado y las finalidades propias de la ley de accidentes del trabajo”²³.

Luego afirmó Gulminelli, al cumplirse cincuenta años de la promulgación de la ley 9688: “Aún queda vigente esa cláusula absurda del art. 17 por el cual ‘la opción’ que haga el obrero accidentado por la ley especial o por la ley común importa la renuncia *ipso jure* de la acción no ejercida. Esta ‘opción’ no tiene precedentes en nuestra legislación”²⁴.

Entre las contribuciones destacadas al derecho de daños laborales se halla la obra de Cornaglia, autor que se ha ocupado, en sus diversos estudios, del régimen de opción que rigiera bajo las leyes 9688 y 24.028. De lo sostenido por aquel sobre el tema podemos sintetizar: *a*) no existe razón válida de oposición entre los regímenes de responsabilidad que se ejercen por diversas acciones y sí una necesaria complementariedad que se centre en la unicidad del fenómeno reparatorio y del ilícito laboral a resarcir; *b*) el hecho juzgado —la conducta del dañante— siendo único, no puede ser elegido; *c*) las acciones encuadradas en regímenes complementarios se subordinan al interés de la justicia de reparar *in integrum* los daños; *d*) al obrero, por su condición de tal, se le debe asegurar una protección mínima que compense su hiposuficiencia y la posibilidad de reclamar justicia íntegra y total como cualquier ciudadano puede hacerlo²⁵.

El mismo autor recuerda en su obra la reunión de especialistas recomendando la derogación de la opción entonces vigente²⁶, y la opinión de Justo López al decir que “no habría ningún inconveniente y sería mucho más coherente con el principio protector del derecho del trabajo que la ley simplemente, no imponiendo la opción, permitiera ejecutar las acciones de derecho común, subsidiariamente”²⁷.

También se expidió al respecto Fernández Gianotti, quien durante la vigencia del art. 16 de la ley 24.028 publicó un trabajo que rotuló *Vulneración constitucional por el carácter excluyente de las acciones indemnizatorias del daño infortunístico*²⁸. El título es contundente y aleccionador: resulta inconstitucional la norma que pretende otorgar carácter ex-

cluyente a las acciones derivadas de daños laborales, cuando dicho perjuicio no se halla completamente reparado.

Por su parte, en relación a la opción del art. 17 de la ley 9688, Rodríguez Saiach²⁹ sostuvo que debía garantizarse como mínimo la indemnización tarifada, brindando diversos argumentos en torno a la invalidez de la disposición limitativa: *a)* el obrero no tiene el sentido jurídico para comprender el alcance de la vía que “elige”; *b)* es muy grave supeditar a una opción que el trabajador no entiende ni comprende el eventual resultado de un juicio del cual depende la subsistencia futura de aquél y de su familia; *c)* tampoco es justo cargar sobre los hombros de un obrero la culpa de una mala elección efectuada por su representante; *d)* si bien el abogado puede conocer los alcances de la opción, la posibilidad de su equivocación no puede incidir en la pérdida de derechos que van más lejos que una simple pérdida de ganancia, “y si no se prueban los extremos de la ley civil ¿por qué el juez no puede estar facultado para acordar la indemnización tarifada si sus requisitos se encuentran reunidos?”; *e)* en orden al principio *iura novit curia* el juez no se encuentra vinculado por la calificación que realicen las partes; *f)* no se viola el principio de congruencia, pues no se altera la pretensión ni la causa de pedir, cuando se demanda en forma subsidiaria o eventual la aplicación de la preceptiva de la acción especial.

Ackerman también sostuvo que la “opción” por el sistema de responsabilidad civil “nunca fue una respuesta adecuada”, ya que, en muchos casos, ponía al trabajador (o a su familia) frente a una elección dramática entre el álea de una reparación con vocación de integralidad o plenitud (subordinada a una decisión judicial que acogiera adecuadamente su reclamo) y una indemnización insuficiente (a la que, de todos modos, debía renunciar si efectuaba el reclamo de la reparación plena del daño al amparo de las normas civiles)³⁰.

2 — Las soluciones jurisprudenciales

Hace más de ochenta años y frente a la vigencia de la ley 9688, la Cámara Civil de la Capital sustanció el debate que el Congreso Nacional omitió al tratar la ley 26.773.

La Cámara Civil 1³¹, con voto señero de un juez y doctrinario de la valía de Alfredo Colmo —y adhesión de los doctores Juárez Celman, Pera, Casabal y Bunge—, sostenía que en la demanda ordinaria se consideraba incluida la especial, de suerte que, no obstante el rechazo de la primera, cabía pronunciarse acerca de la segunda si se encontrara que en los autos se daban sus extremos. Las principales razones para así proceder se resumen del siguiente modo: *a)* las acciones son excluyentes en el sentido de que no son concurrentes, y no en el de que una de ellas —la especial— no queda comprendida por su idéntica naturaleza de fondo y por su menor intensidad o alcance, dentro de la otra; *b)* «*in eo quod plus sit, semper in eo et minus*», decían los romanos, traduciendo en forma jurídica el principio de buen sentido de que en lo más se comprende lo menos; *c)* se extiende aquella buena jurisprudencia de la Corte Suprema según la cual importa poco la caracterización equivocada de una acción, si están cumplidamente acreditados sus requisitos, sentando por analogía que poco importa que se haya deducido como ordinaria una acción que no podía ser sino la especial, si los extremos de ésta resultan de autos.

Contrariamente, en el seno de la Cámara Civil 2³², afirmaba Raymundo Salvat que la cuestión se encontraba regida por lo dispuesto en el art. 17 de la ley 9688: si allí había el legislador establecido el carácter excluyente, no podían los jueces fallar de modo diverso, siendo que además debía respetarse el principio de la litiscontestación. Su postulación, que proponía revocar la decisión del juez Manuel Orus (magistrado de primera instancia que compartiera la doctrina de los fallos de la Cámara 1^a), no mereció acogida, pues sólo adhirió el doctor Tezano Pinto, habiendo los camaristas Figueroa Alcorta, Lagos y Senillosa concluido que jugaban las razones “que informan los fallos de la Cámara Civil 1^a”, destacando además que en todo caso la opción se había ejercido por la tarifa al haber percibido el actor con anterioridad a la demanda. En tal contexto, procedía ordenar el pago del saldo insoluto en el mismo juicio.

Esta última solución (otorgar la tarifa cuando se había accionado por la vía común, en virtud de la existencia de actos previos de sujeción a la ley especial)³³ demuestra —más allá de que termina por razón práctica reposando en la opción anterior— que no importa la clase de acción iniciada, y que corresponde otorgar la indemnización que procede de acuerdo a la ley. Sus fundamentos son entonces adecuados, también, para atacar la naturaleza excluyente de la referida opción, pues se apela a “elementales principios de equidad, la naturaleza y fines de la legislación sobre accidentes de trabajo y la mayor economía procesal”³⁴.

La aplicación del régimen correcto, por vía del principio *iura novit curia*, no ha sido proceder exclusivo de la alzada civil. En efecto, creado el fuero laboral la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo también evidenció tal orientación, cabiendo resaltar un contundente voto del doctor Valdovinos³⁵.

La cuestión a destacar, una vez expuestas las posiciones, es la siguiente: la postura que comprende el verdadero sentido de la pretensión y desoye la opción excluyente por su carencia de razonabilidad, se fundamenta en argumentos lógicos, que en su momento también se fundaron en la equidad, y que actualmente se hallan respaldados por la protección suprallegal que se reconoce (en las constituciones y en los tratados y convenios internacionales) a los derechos de los trabajadores y que se profundiza cuando se halla en juego la tutela de su salud. La opinión contraria —que se identifica en el voto de Salvat— es mecánica y carece de análisis del texto legal en lo que atañe a su validez: se limita a recordar la vigencia de la norma y jamás la evalúa, pues lo cierto es que aquélla carece de razón o sentido.

El propio Poder Legislativo dictó la Ley de Accidentes de Trabajo 23.146, que en su art. 10 modificaba el art. 17 de la ley 9688 para dejar establecido que “los trabajadores amparados por la presente ley, o sus derechohabientes, en su caso, podrán reclamar conjuntamente las indemnizaciones tarifadas que les confiere la misma y las que pretendan la reparación integral del daño según el derecho común”.

La ley citada, sancionada por el Congreso de la Nación con fecha 30 de septiembre de 1984, fue vetada por el Poder Ejecutivo nacional el 31 de octubre del mismo año, el cual, entre las razones para devolver el envío sin promulgar consignó: “El equilibrio de las relaciones laborales en épocas de crisis debe mantenerse *aun a costa de resignar derechos que aunque legítimos*, pueden incidir directa o indirectamente dentro de un conjunto interdependiente de elementos sustantivos para el ataque global y simultáneo del fenómeno inflacionario” (el destacado nos pertenece). Como las supuestas leyes del mercado no conforman la legalidad que nos rige, ni pueden hacerlo³⁶, el argumento economicista es hoy insostenible. Queda en pie entonces el antecedente parlamentario que da por tierra con el argumento que pretende colocar a la opción como jamás cuestionada.

j) *La intrascendencia del supuesto arraigo de la opción*

En defensa de la opción se invoca el “arraigo” de aquella por la vía de memorar legislaciones anteriores, dictadas bajo otros contextos y que operaban en sistemas diversos.

Aun cuando la existencia de una supuesta “tradición” no es como tal fuente jurígena³⁷ (habiéndose además, a todo evento, abandonado con la ley 24.557), el argumento pierde de vista una regla hermenéutica central que rige al momento de efectuar el control judicial de constitucionalidad de las normas.

En efecto, la Corte Suprema, en el célebre caso “Sejean”³⁸, ha dejado suficientemente en claro que otros hombres, en otras épocas, pueden haber estatuido determinado régimen y puede también que el mismo haya sido entonces un criterio legislativo adecuado más allá de su carácter opinable. Pero el control de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera.

Tal como ha expresado el Máximo Tribunal, cuestiones que no hieren la sensibilidad de una época pueden ofender profundamente a la de las que siguen. Cabe entonces admitir que esas transformaciones en la sensibilidad y en la organización de la sociedad coloquen bajo la protección de la Constitución Nacional situaciones que anteriormente se interpretó que no requerían su amparo.

La exégesis de la Constitución —de horizonte largo y anticipatorio— atañe a un instrumento vivo, y por ello, reclama —y reclamará siempre—, naturalmente, un exégeta de proporcionado aliento³⁹.

Por lo tanto, siendo que no hay nada más injusto que una ley obsoleta, que una ley vieja que no se adecua a la realidad posterior⁴⁰, carece de razón jurídica sostener la validez del art. 4° de la ley 26.773 en función de una “tradición”, sin ingresar en sus verdaderos fundamentos y su análisis a la luz de los preceptos constitucionales en juego.

k) *Los argumentos desde la jurisprudencia de la Corte Suprema*

1 — Los casos «Aquino», «Llosco» y «Cachambí»

La Corte Suprema declaró inconstitucional en “Aquino”⁴¹ la prohibición de accionar fijada en el ap. 1° del art. 39 de la *LRT*, y estableció claramente, en ese mismo fallo, que la solución no eximía a las aseguradoras de abonar las prestaciones a su cargo⁴². Consagró así la admisión jurisprudencial del cúmulo, que ratificó al desestimar la aplicación de la teoría de los actos propios al fallar la causa “Llosco”⁴³. A la misma solución se arribó en “Cachambí”⁴⁴, donde si bien la Corte ponderó para fallar que no se hallaba probada correctamente la percepción de las prestaciones sistémicas, también remitió al dictamen que hiciera hincapié en la índole alimentaria de los derechos en juego y la situación acuciante del trabajador accidentado.

Sobre la base de tales fallos se ha expedido la doctrina, concluyendo mayoritariamente que se trata de precedentes que no podían ser soslayados a la hora de reformar el régimen de la ley 24.557. Así lo entendió incluso el Grupo de Expertos en Relaciones Laborales convocado por el propio Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación⁴⁵. Rodríguez Mancini advierte que “la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado soluciones claras y terminantes en los antecedentes ‘Aquino’, ‘Llosco’ y ‘Cachambí’”, en virtud de los cuales “no hay margen de interpretación alguno para entender que la aceptación de la víctima o sus derechohabientes de prestaciones reguladas en la ley especial, veda la vía de la acción civil”. Según el mismo autor, la Corte declaró inconstitucional —en “Llosco” y “Cachambí”— la pretensión de que el trabajador víctima deba “dejar de percibir lo menos para demandar lo más”, concluyendo tajantemente que “la opción excluyente no se puede imponer”⁴⁶. Afirmó el jurista citado que en el pensamiento del Máximo Tribunal estuvo presente con toda claridad que la Constitución Nacional no consiente que, de cualquier manera, se restrinja o impida que el trabajador logre el reiteradamente mencionado objetivo de una reparación integral⁴⁷.

2 — El caso «Rodríguez Pereyra»

Ya sancionada la ley 26.773, la Corte Suprema dictó sentencia en la causa “Rodríguez Pereyra”⁴⁸, vertiendo consideraciones de importancia para el tópico que aquí abordamos.

Se trató del caso de un conscripto que sufriera lesiones mientras cumplía el servicio militar obligatorio y que accionó procurando resarcimiento en el marco del derecho común, ya percibida la tarifa de la ley especial que regía el supuesto y sin tachar de inconstitucional la limitación que aquélla le establecía para arribar a la reparación integral.

Es dable destacar que en el antecedente “Bertinotti”⁴⁹ la Corte había considerado que la ley militar preveía un régimen indemnizatorio específico (y no un haber previsional) que desplazaba al sistema resarcitorio general (es decir, que obstaba a la aplicación de este último).

Tal doctrina debía virar a tenor de “Aquino”⁵⁰, pues contrariamente a lo sostenido en el citado “Bertinotti” la ley especial no puede prevalecer sobre la general («*lex specialis derogat lex generalis*») cuando el régimen particular otorga al accidentado un resarcimiento sustancialmente inferior al admitido sobre la base del derecho común.

En el caso de “Rodríguez Pereyra”, la ley 19.101 (art. 76, inc. 3º, ap. c, texto según ley 22.511) establecía un sistema especial para aplicarse en el supuesto del accidente del actor. Y allí la Corte reconoció la inconstitucionalidad de los sistemas especiales que admiten limitaciones indemnizatorias frente al derecho a una reparación integral al comprobarse la existencia de un menoscabo sustancial a este último, pero afirmando también que la “reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida”, lo que implica la necesidad de correspondencia perfecta entre la totalidad de los daños y la reparación que se acuerde.

Sentado ello puede decirse que la importancia del precedente se basa en cuatro aristas fundamentales:

- a) El Máximo Tribunal refrenda la tacha de los sistemas especiales de reparación cuando no se adecuan al mandato constitucional que impone resarcimiento pleno (arts. 19 y 28, Const. Nacional).
- b) Aun cuando el sistema no había sido impugnado constitucionalmente por el afectado, la Corte robustece la fuerza del precedente al ingresar a su análisis oficiosamente, decretando la inconstitucionalidad del precepto para mantener la vigencia irrestricta del principio *alterum non laedere*.
- c) Resuelve también el Tribunal que en el marco del derecho común se atiende además al resarcimiento del perjuicio moral, y la indemnización reposa en pautas que exceden la mera incapacidad, considerando la incidencia de los daños en los múltiples ámbitos en que el sujeto proyecta su personalidad, por lo cual tampoco es correcto prever como única guía orientadora para la fijación del *quantum* indemnizatorio el salario que se percibe.
- d) Se destaca la intrascendencia del cobro de la tarifa, remarcando que aquello no obsta a la persecución judicial del reconocimiento de los mejores derechos. Así surge del considerando 24 del voto de la mayoría: “...el hecho de que el actor, al que se le reconoce el derecho a reclamar y obtener la reparación integral y adecuada de los daños sufridos como consecuencia de un accidente ocurrido en ejercicio de un acto de servicio, hubiese percibido la tarifa única prevista en el art. 76, inc. 3º, ap. c) de la ley 19.101, no implica de por sí la admisión de una doble indemnización respecto del mismo rubro (pérdida de la capacidad de ganancia o lucro cesante), pues las pautas utilizadas para su determinación difieren sustancialmente y no existen obstáculos para que el monto percibido por dicho concepto sea deducido del que resulte de la aplicación de las disposiciones de derecho común”.

Los cuatro puntos guardan conexión con el sistema impuesto en materia de riesgos del trabajo: el acceso a una reparación plena es una garantía constitucional, y así como su inválida limitación es pasible de control oficioso, no puede saber de “peajes” o “barreras” que coloquen al accidentado en disyuntivas que le impliquen renunciaciones. La aludida reparación debe contemplar todos los aspectos del ser, y la tarifación (por su característica de generalidad y abstracción) constituye un mínimo que puede alejarse de la plenitud. Por ello la vía común debe hallarse abierta, en toda circunstancia, aun cuando el dañado haya percibido la tarifa.

1) *La inexistencia de fundamentos de la opción en el régimen vigente*

Para que una norma sea válida las disposiciones que contiene deben responder a un objetivo lógico. Las leyes no pueden obedecer a propósitos caprichosos o incongruentes, y ello es lo que ocurre con la opción instaurada por la ley 26.773 en el contexto de la ley 24.557.

En el marco de la ley 9688, al igual que durante la vigencia de la ley 24.028, el sujeto pasivo de la acción por daño laboral era el empleador, que a su vez podía asegurarse pero sin dejar de responder frente a la víctima. En tal hipótesis se estableció la opción: si el trabajador requería al deudor la indemnización tarifada luego no podría reclamarle la reparación integral, o viceversa.

Sancionada la ley 24.557, el esquema mutó radicalmente: la obligada por la indemnización tarifada es la aseguradora de riesgos del trabajo. Con la reforma instaurada por vía de la ley 26.773, aquello se mantuvo, permitiéndose accionar contra el empleador por la reparación plena —no sólo en la hipótesis de dolo—, sin necesidad de planteos constitucionales.

Las fuentes de la obligación de resarcir son diversas, y distinto es el deudor: la ART (o empleador auto-asegurado o no asegurado que se coloca en su lugar) debe las prestaciones del sistema, y el principal puede ser responsabilizado por

la reparación plena. Ello, que surge evidente, se ratifica cuando se establece que condenado el empleador por otra vía, la aseguradora contribuirá con la porción tarifada (art. 6º, ley 26.773) aun cuando en la lógica de la ley esa prestación podría considerarse renunciada (art. 4º, ídem).

Así luce objetivo el sinsentido de la norma, que únicamente procura castigar al trabajador que pierde la acción común por animarse a intentarla, pues allí se lo deja sin nada. Por el contrario, cuando triunfa, renace la obligación de la aseguradora a satisfacer la prestación dineraria por vía del depósito que favorece al empleador.

La norma objetada carece completamente de valor, pues no obedece a razón alguna más que a operar como reprimenda hacia el sujeto hiposuficiente. Véase, como muestra objetiva, que la opción se establece para operar luego de la liquidación y puesta a disposición de la prestación sistémica, incluso con intervención estatal (art. 4º, ley 26.776, texto según ley 27.348).

Habrà entonces una obligación reconocida en el marco de un organismo del Estado. Resultando inadmisibles que se pueda renunciar, en el campo laboral, a ese derecho cierto⁵¹.

Frente a la voluntad política de reimplantar la opción excluyente, resultó palmaria la ausencia de fundamentos de quienes postularon la sanción de la ley 26.773 y la omisión de brindar debate parlamentario: jamás podían, en la hora actual, defender el retroceso manifiesto que implica la norma. Es que lisa y llanamente no existen fundamentos que la sostengan. ¿Cuál es la razón de ser de la imposición de renuncia a un mínimo tarifario? Ninguna, pues sólo se trata de un castigo para quien osara emprender una acción por reparación integral y fracasara en su intento.

La única construcción lógica es la que permite accionar libremente para procurar el resarcimiento del daño sufrido⁵², y otorga la indemnización de acuerdo a los presupuestos acreditados. No hay allí premio o franquicia alguna para el trabajador: simplemente se le resarcirán los daños conforme a la realidad.

La carencia de motivos se profundiza, como hemos visto, con el diseño de la Ley de Riesgos del Trabajo: ¿Por qué exonerar a una ART que percibe sumas para brindar cobertura? ¿Por qué extraer una renuncia de un acto que se realiza frente a otro deudor y por otros rubros y montos? Nada luce explicado, pues no existen argumentos plausibles.

El entramado legal, en definitiva, abriga el posible enriquecimiento incausado de la aseguradora que habrá cobrado la prima eximiéndose de responder frente a la contingencia. Y auspicia a la par los incumplimientos y el desinterés del empleador, ya que su responsabilidad natural desde el derecho común quedará borrada.

m) *Los efectos discriminatorios*

Como la verdadera razón de la reimplantación de la opción ha sido cubrir arbitrariamente a la empresa, con la ley 26.773 el legislador ratifica el cúmulo cuando el daño ha sido causado por un tercero (restringiendo la derogación del art. 39 de la ley 24.557 a sus tres primeros incisos, y manteniendo los dos últimos).

La solución es correcta, pero evidencia a la par el aludido objetivo velado de la norma: si existe responsabilidad de un tercero, el trabajador o sus derechohabientes pueden cobrar la tarifa e iniciar la acción por reparación integral. Si por el contrario media responsabilidad del empleador, la posibilidad se restringe y nace la opción entre las prestaciones del sistema y la legislación civil.

Existe allí un supuesto objetivo de discriminación y violación de la igualdad entre trabajadores (art. 16, Const. Nacional): si se trata de un dependiente dañado por un tercero en ocasión de su labor, tiene derecho a ejercitar la acción sistémica y la acción común. Si por el contrario el daño es responsabilidad del empleador, debe optar entre una u otra.

Paradójicamente se admite la violación de la indemnidad cuando el daño es responsabilidad del empleador y el trabajador percibe una prestación de mínima, pero el adagio *alterum non laedere* recobra vigencia cuando la comprometida es la responsabilidad de un tercero. Intolerable dualidad, pues la protección debiera agudizarse cuando el responsable se halla unido al dañado por un lazo contractual (del que se infiere un peldaño superior en materia protectoria, posterior al deber general de no dañar que lógicamente también aprehende).

n) *La ausencia de razonabilidad*

Las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad⁵³.

Ello ocurre con la opción en el sistema de riesgos del trabajo de las leyes 24.557, 26.773 y 27.318.

Tal como afirmara la Corte Suprema en “Aquino”, al establecerse reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican “alterar” los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). De allí que cuando no sea posible el restablecimiento de la situación anterior a la violación del derecho que corresponda reparar, se “impone” una “justa indemnización”, tendiente a hacer desaparecer el daño en los planos material e inmaterial⁵⁴.

La opción excluyente implica insertar una valla entre el damnificado y la justa reparación que se “impone” frente al daño, pues no resiste lógica reconocer en la ley una indemnización mínima que en paralelo importa renuncia al imperativo constitucional. Se trata, objetivamente, de una reglamentación impropia en el ámbito del derecho laboral.

Fuera de ello, la irrazonabilidad luce evidente frente a la carencia de fundamentos de la decisión legislativa, y el absurdo que comporta. Véase:

El Máximo Tribunal de la Nación exhibe jurisprudencia consolidada en torno a la posibilidad de examinar la constitucionalidad de las leyes del Congreso a tenor de su razonabilidad, analizando la correspondencia entre aquéllas y los fines que persiguen, como así la logicidad de los fundamentos que las inspiran⁵⁵.

La doctrina elaborada al respecto resulta aplicable frente al art. 4° de la ley 26.773.

Ya hemos visto que la citada ley no se adecua a los fines cuya realización refiere procurar, pues si su objetivo es la reparación de los daños laborales con características de plenitud, accesibilidad y automaticidad (como se asegura en su Mensaje de Elevación), mal puede crear una limitación que viole aquéllas: en el diseño que luego efectúa la ley, si el damnificado intenta procurar plenitud pierde accesibilidad y automaticidad con respecto a las prestaciones sistémicas. Lo mismo ocurre a la inversa, pues si persigue automaticidad renuncia a la plenitud de la acción común.

La solución legal es absurda y por ello la opción carece de fundamentos que la respalden.

Se ha dicho que para determinar si la norma es o no razonable cabe indagar la finalidad que ha movido al legislador⁵⁶. Aquí el único objetivo ha sido castigar al trabajador que intenta la vía común, con el fin de limitar esa clase de acciones colocando una sanción a quien procura resarcimiento pleno. Obviamente ello no condice con el texto de la Ley Suprema (art. 19, Const. Nacional), ya que el ejercicio de derechos constitucionales no puede importar expiación. Consideramos que el objetivo de la ley surge claro, pues la cobertura de la ART, que se aparta del trabajador en la acción común (art. 4°, ley 26.773), se torna operativa para proteger al empleador si ésta progresa (art. 6°, ley 26.773). Del mismo modo se protege al empleador que no cumple la ley, puesto que el no asegurado debe otorgar las prestaciones (art. 28, ap. 1°, *LRT*), pero si el trabajador las percibe renuncia a la reparación integral (art. 4°, ley 26.773). Resulta una incoherencia manifiesta premiar al empresario temerariamente incumplidor que no se afilia a una ART pese a la clara obligación legal, y castigar al trabajador dañado en tales condiciones.

Por otro lado, no surge de la Exposición de Motivos de la norma impugnada cuál sería la razón que habría conducido a la exclusión de la protección sistémica, y ello se constituye también en otro argumento para considerarla irrazonable, tal como ha resuelto la Corte Suprema⁵⁷. Y así, frente a la limitación de derechos, la ausencia de razonabilidad de tales límites conlleva la invalidez constitucional del precepto que los establece⁵⁸.

4. Síntesis de las violaciones constitucionales que acarrea la opción

La doctrina que avala la opción lo hace reposando en un solo argumento: la existencia de una “decisión legislativa” no revisable, sin ingresar en el análisis de los fundamentos de aquella.

Hemos desarrollado en los apartados anteriores, por el contrario, múltiples razones en función de las cuales sostenemos que la mecánica del art. 4° de la ley 26.773 es inconstitucional. La síntesis es la siguiente:

- a) Se agravan los arts. 14 *bis* y 19 de la *CN*, pues la renuncia castiga al sujeto que la Ley Suprema manda proteger, y lo hace por procurar la reparación plena que aquella misma asegura. Se trata entonces de una irrazonable reglamentación (art. 28, *CN*), pues no tiende a la efectivización plena de los derechos⁵⁹.
- b) La ley 26.773 garantiza, en lugar de la indemnidad psicofísica del trabajador, la inmunidad patrimonial al empleador, incurriendo en una preferencia legal inválida contraria al art. 14 *bis* de la *CN*⁶⁰.
- c) El art. 4° de la ley 26.773, integrando un régimen que se dice reparatorio, violenta la doctrina de la Corte Suprema⁶¹ que ha establecido que resulta inconstitucional una indemnización que no sea “justa” (lo que equivale a eximir de todo daño y perjuicio). La ley no puede propiciar que el daño subsista en medida alguna, y ello es lo que hace la norma citada.
- d) La renuncia importa afectar el patrimonio del trabajador (art. 17, *CN*), mientras que su protección tiene más sentido aun en el caso de que el titular de la propiedad sea el dueño de la fuerza de trabajo⁶².
- e) Porta el régimen una insalvable contradicción intrínseca, al consagrar como irrenunciable (art. 11, *LRT*) la prestación que la ley permite despojar, tornando arbitrario e infundado al art. 4° de la ley 26.773.
- f) Se viola asimismo la irrenunciabilidad que se impone frente a la decisión del legislador de colocar al régimen bajo los principios de la seguridad social (art. 14 *bis*, *CN*).
- g) Se vulnera el principio de progresividad⁶³, la obligación de proveer al progreso económico con justicia social (art. 75, inc. 19, *CN*), y la manda de legislar garantizando el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales (art. 75, inc. 23, *CN*).
- g) Se viola el derecho a peticionar a las autoridades (art. 14, *CN*) que entronca con la defensa en juicio (art. 18, ídem), ya que la renuncia importa irreal abdicación a exigir la tutela de los derechos.
- h) La disposición desconoce la situación de emergencia que padecen inexorablemente el sujeto trabajador dañado en su integridad psicofísica y su familia —a quienes desprotege— (art. 14 *bis*, *CN*).
- i) La renuncia presumida y que no parte de una justa composición de derechos judicialmente evaluada importa la violación de todo el régimen jurídico que desde las leyes generales —Ley de Contrato de Trabajo y Código Civil

y Comercial— rige en materia de desistimientos y renunciaciones. Implica además un enriquecimiento incausado.

- j) Se contradicen los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que mandan asegurar reparaciones (Convenios 17, 42 y 102). Se viola así lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la *CN* que otorga jerarquía suprallegal a los instrumentos acordados con organizaciones internacionales.
- k) Nuevamente se viola el principio de progresividad, reconocido por la Corte Suprema como operativo en materia laboral, al desestimarse un cúmulo que ya se admitía en la ley anterior (*LRT*) para el caso de dolo.
- l) La regresión se evidencia también con respecto al marco tutelar alcanzado al amparo de la jurisprudencia constitucional (que admitió el sistema de cúmulo relativo). Se recuerda además que el control de constitucionalidad de toda medida regresiva en materia de derechos sociales no debe ser deferente con el legislador; al contrario, debe ser particularmente estricto. En estos supuestos se debe presumir la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la norma, recayendo sobre quien pretenda sostener su constitucionalidad la prueba concluyente de un interés estatal sustancial, urgente o insoslayable que justifique la medida y, a su vez, que el medio empleado para alcanzar ese interés sea particularmente efectivo y no pueda lograrse por otra vía que comprometa en menor medida los derechos fundamentales en juego⁶⁴.
- m) La norma busca despojar de una obligación reconocida incluso con intervención de un organismo estatal (la comisión médica).
- n) Se desconoce la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (lo expresado en las causas “Aquino”, “Llosco”, y “Rodríguez Pereyra”, entre otras).
- ñ) La opción carece de fundamento (pues no existe razón para imponer la renuncia⁶⁵, máxime cuando se trata de deudores diferentes), y ello convierte en irrazonable a la norma que la instituye según la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Nación.
- o) El esquema legal importa violación de la igualdad (art. 16, *CN*), pues el trabajador dañado por un tercero puede procurar la reparación plena sin renunciaciones, mientras que el afectado por el obrar del empleador debe soportar parte del daño si quiere acceder a las prestaciones sistémicas.
- p) La ley resulta irrazonable, pues, como se ha dicho, el único objetivo que persigue es garantizar la inmunidad del empleador y en consecuencia viola la indemnidad del trabajador.
- q) Se contradice el fundamento explícito de la ley 26.773, contenido en el Mensaje de Elevación de su proyecto, donde se alega buscar el otorgamiento de reparaciones plenas y accesibles para las víctimas.
- r) El régimen desdeña de la prevención (que interesa primordialmente a los trabajadores), puesto que promueve la indiferencia de los obligados⁶⁶, ya que al insertar la opción coloca al trabajador en la disyuntiva de elegir el mínimo o accionar por la indemnización plena con riesgo de perderlo todo. No es difícil predecir qué elección podrá realizar un sujeto hiposuficiente que además se encuentra disminuido en su integridad psicofísica producto de un siniestro.

Por todo lo expuesto queda claro que la norma carece por completo de razonabilidad. Y que, con la remisión al argumento genérico de la “preferencia legislativa”, los defensores de su validez prescinden de brindar respuesta seria a un tema central, donde se halla en juego nada menos que el respeto a la integridad psicofísica y a la vida.

Notas

- ¹ Ackerman - Maza, *Ley sobre Riesgos del Trabajo. Aspectos constitucionales y procesales*, 1999, p. 117.
- ² Trataremos el tema en el próximo capítulo.
- ³ Hüinicken, en *Tratado de derecho del trabajo*, Antonio Vázquez Vialard (dir.), 1983, t. 4, p. 366.
- ⁴ Sin perjuicio de tener presente que, como veremos al tratar la mecánica procesal, la reglamentación de la ley 27.348 intenta colocar a los derechohabientes en el régimen de opción.
- ⁵ Argumentaba Costa: “Producido el fallecimiento de un obrero por accidente del trabajo, el patrón cumple con la ley especial, depositando la indemnización. ¿Cuál sería su situación si mediando dolo o culpa de su parte una persona damnificada no comprendida dentro del concepto de la familia que determina la ley 9688, pero sí amparada por el derecho civil, lo demanda fundado en disposiciones de este último?” (La opción del art. 17 de la ley 9688. Sus caracteres ante la jurisprudencia de los tribunales de la Capital Federal, LL, 4-353).
- ⁶ Carnota, en *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Sabsay (dir.) - Manili (coord.), 2009, t. 1, ps. 583 y 585.
- ⁷ *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., en www.rae.es.
- ⁸ CSJN, 8/8/89, “García de Storniolo, Noemí F. c. Est. Nac. (Estado Mayor General del Ejército Argentino)”, disidencia de los doctores Fayt y Bacqué, CSJN-Fallos, 312:1283; ídem, 4/11/03, “Empresa Geosur S.A. Rawson s/Competencia”, CSJN-Fallos, 326:4530; ídem, 28/9/04, “Lacour, Rosana M. y Vélez Vázquez, Marcelo s/Infracción al art. 189 bis del Cód. Penal”, CSJN-Fallos, 327:3984.
- ⁹ Machado, La privación de resarcimiento de un daño permanente a la salud reconocido por el deudor: una inconstitucionalidad evidente de la ley 26.773, en “*Revista de Derecho Laboral*”, n° 2013-1, “Ley de Riesgos del Trabajo-IV”, p. 104.
- ¹⁰ Declaración del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados referente al proyecto de reforma de la ley 24.557, del 1º de octubre de 2012.
- ¹¹ SCBA, 1/4/04, “Vázquez, Lázaro D. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.”, Juba, L. 80.179.
- ¹² CSJN, 6/7/82, “Carrizo, Domingo y otros c. Administración General de Puertos”, CSJN-Fallos, 304:972.
- ¹³ Compagnucci de Caso, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), 2006, t. 2B, p. 314.
- ¹⁴ CNAT, en pleno, 21/6/16, “Vallejo, Carla N. L. c. La Holando Sudamericana Compañía de Seguros S.A.”, RC J 3457/16.
- ¹⁵ Ibarlucía, La cuestión de la constitucionalidad de la nueva ley de riesgos del trabajo, LL, 2012-F-1258.
- ¹⁶ Doctrina que el autor identifica en los votos de los doctores Highton de Nolasco y Maqueda en el caso “Llosco”.
- ¹⁷ Consideramos que esta afirmación importa la tacha de la ley, puesto que aun cuando es correcto que los principios citados subsisten en cualquier acción derivada de un daño laboral, la ley 26.773 —en precepto de inconstitucionalidad manifiesta— quita la sustanciación de la causa del fuero especial e indica que se aplicará “la legislación de fondo, de forma, y los principios del derecho civil” (art. 4º, último párrafo).
- ¹⁸ Borda, La reforma de 1968 al Código Civil, 1971, p. 142.
- ¹⁹ Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte general*, 4ª ed., 1970, t. II, p. 530.
- ²⁰ Curutchet, Informe sobre la reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo presentado en el Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, octubre de 2012.
- ²¹ *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., en www.rae.es.
- ²² Entre muchos otros: CSJN, 3/5/07, “Madorrán, Marta C. c. Administración Nacional de Aduanas”, CSJN-Fallos, 330:1989; ídem, 26/2/08, “Medina, Orlando R. y otro c. Solar Servicios On Line Argentina S.A. y otro”, CSJN-Fallos, 331:250.
- ²³ Costa, La opción del art. 17 de la ley 9688. Sus caracteres ante la jurisprudencia de los tribunales de la Capital Federal, LL, 4-353.
- ²⁴ Gulminelli, La ley de accidentes del trabajo a 50 años de su promulgación, DT, 1965-497.
- ²⁵ Cornaglia, *Derecho de daños laborales*, 1992, p. 175 y siguientes.
- ²⁶ “IV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, reunido en abril de 1979 en la ciudad de Mendoza.
- ²⁷ Exposición de Justo López en el seminario “Teoría general de la responsabilidad”, organizado en el año 1981 por el Instituto de Derecho Laboral del Centro de Abogados de Quilmes y Berazategui.
- ²⁸ Fernández Gianotti, “Vulneración constitucional por el carácter excluyente de las acciones indemnizatorias del daño infortunistico (art. 16, ley 24.028)”, en *La responsabilidad*, homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, Atilio A. Alterini - Roberto M. López Cabana (dirs.), 1995, p. 833.
- ²⁹ Rodríguez Saiach, *Acción civil en los accidentes de trabajo*, 1986, p. 100 y siguientes.
- ³⁰ Ackerman, *La responsabilidad civil en la Ley sobre Riesgos del Trabajo*, 1998, p. 55.
- ³¹ CCiv. 1ª Cap., 16/7/24, “Basta c. Wayss y Freytag”, JA, XIII-412.
- ³² CCiv. 2ª Cap., 28/9/36, “Fares, Manuel c. Cámara Gremial de Patatas”, JA, LV-963.
- ³³ Vía de escape que siguieron muchos fallos para otorgar la indemnización tarifada cuando no se daban los presupuestos de la acción común, argumentando que valía la opción anterior aun cuando se hubiera accionado optando por la reparación civil (CNAT, Sala I, 31/12/47, “Cardozo, Antonio c. Vannelli e Hijos, F.”, LL, 49-816).
- ³⁴ CCiv. 1ª Cap., 30/9/46, “Ferreira Sardinha, José c. Astra S.A.”, voto del doctor Dobranich, LL, 44-497.
- ³⁵ CSJN, 14/9/04, “Vizzoti, Carlos A. c. AMSA”, CSJN-Fallos, 327:3677.

- ³⁶ CNAT, Sala I, 14/12/54, “Vivas, Julia B. c. Schweizer, Federico y Cía. S.R.L.”, voto del doctor Valdovinos con la adhesión del doctor Pettoruti y la disidencia del doctor Eisler, LL, 79-225.
- ³⁷ Schick, “Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo. Ley 26.773: retrocediendo a 1912 y 1991”, en Ley de Riesgos del Trabajo. Reforma ley 26.773. Comentarios y análisis doctrinario, 2012, p. 16.
- ³⁸ CSJN, 27/11/86, “Sejean, Juan B. c. Zaks de Sejean, Ana M.”, CSJN-Fallos, 308: 2268.
- ³⁹ Petracchi, Jurisdicción constitucional y derechos humanos, LL, 2006-A-905.
- ⁴⁰ García Martínez, La opción en las acciones de la ley de accidentes de trabajo, DT, 1989-B-1905.
- ⁴¹ CSJN, 21/9/04, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, CSJN-Fallos, 327:3753.
- ⁴² La CSJN resolvió lo mismo el 14/6/05 en “Cura, Hugo O. c. Frigorífico Riosma S.A.”, C.1936.XL.REX, en www.csjn.gov.ar.
- ⁴³ CSJN, 12/6/07, “Llosco, Raúl c. Irmi S.A. y otra”, LL, 2007-F-253.
- ⁴⁴ CSJN, 12/6/07, “Cachambí, Santos c. Ingenio Río Grande S.A.”, LL, 2007-E-154.
- ⁴⁵ Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina, 2008, que aborda la temática de los riesgos del trabajo a partir de su p. 217, sugiriendo sobre el punto que deberá asegurarse al trabajador accidentado o a sus causahabientes el derecho a una reparación tarifaria adecuada, sin perjuicio del derecho a demandar hasta alcanzarse una reparación plena (p. 229).
- ⁴⁶ Rodríguez Mancini, Sobre el proyecto de modificación a la ley de riesgos del trabajo, DT, oct. 2012, año LXXII, n° 10, p. 2745.
- ⁴⁷ Rodríguez Mancini, Algunos temas conflictivos en la reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo, en “Revista de Derecho Laboral”, n° 2013-1, “Ley de Riesgos del Trabajo-IV”, p. 17.
- ⁴⁸ CSJN, 27/11/12, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino”, R.401.XLIII, en www.csjn.gov.ar.
- ⁴⁹ CSJN, 6/10/92, “Bertinotti, Carlos A. c. Estado Nacional (Ejército Argentino)”, CSJN-Fallos, 315:2207.
- ⁵⁰ CSJN, 21/9/04, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, CSJN-Fallos, 327:3753.
- ⁵¹ Machado, La privación de resarcimiento de un daño permanente a la salud reconocido por el deudor: una inconstitucionalidad evidente de la ley 26.773, en “Revista de Derecho Laboral”, n° 2013-1, “Ley de Riesgos del Trabajo-IV”, p. 104.
- ⁵² La jurisprudencia de la Corte Suprema es reiterada al decir que mediando diversidad de título contra cada deudor, ha de estar en libertad el acreedor para dirigirse contra uno u otro obligado, o contra ambos, con el único límite de no poder cobrar doblemente, ya que el primer pago que se hiciera dejaría al otro sin causa (CSJN, 8/5/01, “Pardo, Rodolfo O. y otros c. Doscientos Ocho Transporte Automotor y otro”, CSJN-Fallos, 324:1535).
- ⁵³ CSJN, 5/9/89, “Cía. Química S.A. c. Municipalidad de Tucumán”, voto del doctor Belluscio, CSJN-Fallos, 312:1575.
- ⁵⁴ CSJN, 21/9/04, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, consid. 9° del voto de los doctores Petracchi y Zaffaroni, CSJN-Fallos, 327:3753.
- ⁵⁵ A modo de ejemplo pueden citarse las causas “Stegemann” (CSJN-Fallos, 312:1121, donde se debatió sobre la razonabilidad de la decisión del Estado de vedar la elección por los padres de determinados nombres para sus hijos, en ejercicio de la patria potestad); “Martínez” (CSJN-Fallos, 312:826, considerándose irrazonable la ley que fijaba la pena por robo de automotores en un mínimo superior al del homicidio simple); y “Pereyra” (CSJN-Fallos, 304:1069, al declarar irrazonable la obligación de percibir prestaciones jubilatorias a valores nominales en períodos de aguda desvalorización del signo monetario cuando la administración no demorara más de noventa días hábiles en cumplir la manda).
- ⁵⁶ CSJN, 29/6/89, “Stegemann, Oscar A. s/Apelación de resolución del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas”, consid. 14 de la disidencia del doctor Fayt, CSJN-Fallos, 312:1121.
- ⁵⁷ CSJN, 6/6/89, “Martínez, José A. s/Robo calificado”, consid. 9° del voto de la mayoría, CSJN-Fallos, 312:826.
- ⁵⁸ CSJN, 29/6/89, “Stegemann, Oscar A. s/Apelación de resolución del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas”, consid. 9° de la disidencia del doctor Fayt, CSJN-Fallos, 312:1121.
- ⁵⁹ En el mismo sentido, Fernández Madrid ha concluido que la opción es inconstitucional, afirmando que se trata de una norma regresiva, que conduce a renunciar lo irrenunciable, y que importa una irrazonable reglamentación del derecho constitucional a la reparación (La inconstitucionalidad del art. 4° de la ley 26.773, en “Doctrina Laboral y Previsional”, Errepar, Buenos Aires, t. XXVII, jul. 2013).
- ⁶⁰ Dictamen del Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata sobre la ley 26.773, “Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, 30/10/12, inédito.
- ⁶¹ CSJN, 26/6/67, “Provincia de Santa Fe c. Nicchi, Carlos A.”, CSJN-Fallos, 268:112.
- ⁶² Conf. Quiroga Lavié, “Aspectos constitucionales de la Ley sobre Riesgos del Trabajo”, en Corte - Machado, Siniestralidad laboral. Ley 24.557, 1996, p. 409.
- ⁶³ Así lo ha advertido Gialdino, La opción excluyente de la ley 26.773 y el principio de progresividad, inédito.
- ⁶⁴ Dictamen del Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata sobre la ley 26.773, “Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, 30/10/12, inédito.
- ⁶⁵ Tampoco dieron razón al respecto las leyes anteriores que la implantaron, tal como da cuenta la doctrina que expresa que pese a haber buscado explicaciones que desarrollaran la justificación interpretativa, aquellas no se han hallado (conf. Cornaglia, Derecho de daños laborales, 1992, p. 188).
- ⁶⁶ Tal como también sostiene Schick, Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo. Análisis del proyecto del PEN con media sanción del Senado y del decreto 1720/12, Microjuris, MJ-DOC-6013-AR.

La deducción entre los rubros indemnizatorios

1. Introducción

La existencia de dos regímenes capaces de atrapar a un mismo hecho dañoso impone la necesidad de analizar de qué manera articulan las indemnizaciones que en función de cada uno puede procurar el damnificado (ya sea directo o indirecto).

La cuestión es tan importante que no se ciñe a la hipótesis de inconstitucionalidad del régimen de opción excluyente (donde un sistema excluiría —solo en principio— al otro), sino que incluso opera si se consintiera la validez de aquella y la víctima optara por la reparación del derecho común, ya que allí debería la ART proceder a depositar el importe atinente al régimen especial para proceder a la deducción del capital condenado o transado (art. 6º, párr. 1º, ley 26.773).

Se trata de una operación que debe tener en cuenta que los rubros de ambos sistemas carecen de perfecta identidad. Y que ahonda su complejidad por una mecánica legal que violenta las reglas comunes de imputación.

Sobre esta cuestión tratamos en este capítulo.

2. Las normas involucradas

Diversas normas se hallan involucradas para el análisis de la mecánica de cúmulo o deducción entre los regímenes. Son esencialmente las siguientes:

- a) El art. 4º de la ley 26.773, que establece la opción excluyente cuando el damnificado directo intentara la acción por reparación plena contra el empleador.
- b) El art. 6º de la ley 26.773, que impone a la aseguradora la obligación de depositar, en el expediente donde la reparación plena contra el empleador progresara, el monto que le correspondiera según el régimen especial, con más intereses, y la asunción de costas proporcionales.
- c) El art. 17 (ap. 4º), que refrenda la obligación de la ART de depositar intereses y alude a la tasa aplicable.
- d) El art. 39 (ap. 4º) de la ley 24.557, que opera en los casos donde el damnificado accione contra terceros civilmente responsables, donde no juega la opción. Norma que establece a su vez la deducción del valor de las prestaciones.
- e) Los arts. 731, 768, 869, 870, 900, 1747, 1748 y cctes. del CCCN, que establecen las normas comunes de integridad del pago e imputación.
- f) Los arts. 58 y 260 de la LCT, que refuerzan las normas comunes con carácter protectorio.

3. Los escenarios posibles

Las normas citadas en el título precedente son aquellas llamadas a operar ante los diversos escenarios que crea la posibilidad de la acción común. Las hipótesis que pueden presentarse son las siguientes:

- a) La ley 27.348 impone al damnificado el tránsito por las comisiones médicas y la puesta a disposición de un monto tarifario a los fines de la opción (art. 4º, ley 26.773 —texto según art. 15, ley 27.348—). Ello abre a su vez dos posibilidades: que la contingencia resulte reconocida con incapacidad derivada de aquella (y que en consecuencia se ofrezca una suma dentro del sistema) o que se determine la falta de cobertura (donde por ende no mediará ofrecimiento). El rechazo podrá basarse en la decisión de la comisión médica (o incluso de la justicia que intervenga en grado de “apelación” según quiere la ley) sobre la inexistencia de una contingencia amparada (por ejemplo, no catalogación del hecho como accidente de trabajo o enfermedad profesional —v.gr. ante una enfermedad no listada—) o la ausencia de incapacidad. Es obvio que dicho rechazo de las prestaciones del sistema no importa la caducidad del derecho a emprender una acción desde los “otros sistemas de responsabilidad” que enuncia el propio art. 4º de la ley 26.773. Demanda frente a la cual podría haber una condena contra el empleador.
- b) El damnificado puede por otro lado intentar una acción por reparación plena contra los terceros civilmente responsables. Allí no existiría opción (art. 39, ap. 4º, ley 24.557), transitando la acción común por un carril diverso al reclamo sistémico, sin depender de este último (y por ende tampoco de las previsiones de la ley 27.348).
- c) En caso de muerte del trabajador en función de la contingencia, el crédito sistémico corresponde a los derechohabientes, que según la ley (art. 1º, ley 27.348) no se encuentran atrapados por el trámite administrativo que corresponde a la determinación de la incapacidad (aunque sí los menciona la reglamentación). Por otro lado, tampoco se encontrarían conminados a una opción excluyente, que sí rige para la víctima.

- d) Esos derechohabientes pueden reclamar la reparación sistémica, pero también accionar por la vía del derecho común. Esta última posibilidad también la ostentan, frente al fallecimiento del trabajador, aquellas personas damnificadas indirectas que no encuadren en la nómina legal (art. 18, ley 24.557) pero que tengan legitimación desde el derecho civil (arts. 1739 y 1741, CCCN). Estos tampoco, evidentemente, tienen opción (pues ni siquiera tienen derecho a prestaciones).

Frente a tales escenarios (a los que pueden adunarse más, de acuerdo a las alternativas que presente la realidad) la conducta de la aseguradora podrá variar, colocando sumas a disposición si se trata de una contingencia amparada y no haciéndolo en caso contrario.

4. Las consecuencias de las normas en función de los escenarios

La pertinaz decisión del legislador de implantar una opción excluyente en un sistema que opera bajo premisas distintas a las correspondientes a los regímenes anteriores, lleva a soluciones incongruentes.

Aquellas además, en lugar de aparejar protección a los empleadores y aseguradoras (como fue intención con la opción, que perjudica a la víctima), puede acarrear la afectación de su patrimonio, como seguidamente se verá:

Si por “sentencia judicial”, “conciliación” o “transacción” se determina la reparación con fundamento en otros sistemas de responsabilidad, la ART se encuentra obligada a depositar en el expediente el importe según el régimen especial, “con más los intereses correspondientes”, además de “contribuir en el pago de las costas” proporcionalmente (art. 6º, ley 26.773).

Con la mecánica de la ley 27.348, si se tratara de una contingencia aceptada con incapacidad determinada, la aseguradora podría haber cubierto su responsabilidad sistémica con el pago al momento de la firmeza de la decisión administrativa o judicial sobre las prestaciones del régimen. La opción del art. 4º de la ley 26.773 lleva a que el trabajador no pueda cobrar (pues si lo hace opta por el sistema y pierde la acción por reparación plena) y a la vez importa para la ART la imposibilidad de desobligarse. Más aún, deberá pagar intereses y cargar con una parte proporcional de las costas correspondientes a la acción común contra el empleador (derivada de la responsabilidad civil de este último).

La misma opción puede hacer, a la inversa, que el perjudicado sea el empleador que pierda la cobertura. En efecto, si la comisión médica rechaza la contingencia -por ausencia de sus elementos configurativos- o las prestaciones -por inexistencia de incapacidad definitiva- el trabajador tiene abierta la acción común. Dado que la misma reposará en otros presupuestos y puede ocurrir que en la sede correspondiente (que el legislador incluso pretende sea la civil -art. 17, ap. 2º, ley 26.773-) se determine la obligación de resarcir a cargo del empleador (mediante la producción de las pruebas correspondientes en la instancia judicial), la aseguradora podría argumentar que su responsabilidad ya ha sido juzgada en sede administrativa. En oposición, el empleador argumentaría que no habiendo sido parte en el tramo sistémico, esa decisión de un órgano administrativo (aún con revisión judicial) no puede serle oponible por su falta de participación cuando lo resuelto afecta sus intereses (ya que lo deja sin cobertura ante un seguro que él solventara).

Queda claro con ello que la decisión legislativa, como toda solución irrazonable, choca con la realidad. El único escenario sencillo es el que impone la lógica: permitir que la aseguradora pague la prestación sistémica y que el damnificado la perciba, pudiendo este reclamar contra los sujetos responsables desde el derecho común (de quienes en su caso, de configurarse sus presupuestos, percibirá la diferencia, los intereses y las costas correspondientes a dicha acción).

5. El depósito y la deducción del capital e intereses frente a la acción común optada

Ante la opción por la acción común (que procura la reparación plena) surge la imposibilidad de percibir la tarifa (salvo, obviamente, planteo de inconstitucionalidad de dicha limitación, incluso con cobro anterior).

De allí que el art. 6º de la ley 26.773 (complementado en el punto por el art. 17, ap. 4º, de la misma ley) establece, como indicáramos, una mecánica particular para la el depósito de las prestaciones (que renacen luego de la opción, si la reparación plena prospera).

La parte final del párr. 1º del art. 6º establece que, finalizado el reclamo de derecho común por acuerdo o sentencia, la ART debe depositar el importe que le hubiera correspondido según el régimen especial, con más intereses.

En sede administrativa el depósito se hará en un fondo especial administrado por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (art. 17, ap. 4º, ley 26.773). En la órbita judicial deberá depositarse a la orden del tribunal interviniente (arts. 277, LCT; 17, ap. 3º, ley 26.773). Para ambos casos la reglamentación establece la obligación del depositante de comunicar la situación a la citada Superintendencia (conf. Anexo del decr. 472/14).

En cuanto a los intereses, el ap. 4º del art. 17 de la ley 26.773 expresa que en sede administrativa se calcularán “a la tasa prevista para la actualización de créditos laborales”. El mismo apartado indica que, cuando el depósito deba efectuarse la ART en sede judicial, se aplicará la tasa de interés dispuesta en la sentencia.

De allí derivan diversas posibilidades: que en relación a la tasa “prevista” para la “actualización” de los “créditos laborales” se interprete que es aquella indicada en el marco del propio sistema (tasa activa que menciona el art. 12 de la LRT luego de la reforma por la ley 27.348), o que se refiera a la judicialmente fijada en torno a esta clase de acreencias

(donde la CNAT, por ejemplo, ha decidido aplicar una tasa activa superior justamente en función de la necesidad de mantener indemne al crédito del fenómeno inflacionario). Y que en cuanto a la tasa “dispuesta en la sentencia” pretenda aplicarse la atinente al crédito relativo a la reparación plena (que en la provincia de Buenos Aires, por disposición de la Suprema Corte, podría ser la “pasiva”), cuando la porción sistémica tiene una tasa legal (que corresponde aplicar en función de lo dispuesto por el art. 768 del CCCN).

La mecánica legal de “deducción” entre los importes también genera inconvenientes y violenta la legislación común: luego de establecer la obligación de contribución de la ART en relación a capital e intereses, el párr. 1º del art. 6º de la ley 26.773 agrega: “...*todo lo cual se deducirá, hasta su concurrencia, del capital condenado o transado*”.

La ley es incongruente, porque ordena deducir montos no homogéneos entre sí. Los intereses correspondientes al régimen especial de cobertura de los riesgos del trabajo son incluidos en el descuento como si se tratara del capital, mientras tienen carácter accesorio y poseen un cómputo y objeto diferente¹.

Los conceptos no pueden mezclarse arbitrariamente, pues existe un régimen especial de pago e imputación que de lo contrario resulta violado. El acreedor no puede ser obligado a aceptar en parte el cumplimiento de la obligación (art. 869, CCCN). El deudor es responsable por el daño que su morosidad causa al acreedor (arts. 768 y 1747).

Cuando se debe una suma con intereses, el pago no se estima íntegro, sino pagándose todos los intereses con el capital (art. 870). Y sólo el cumplimiento exacto de la obligación confiere al deudor el derecho de obtener la liberación correspondiente (art. 731). Es de pristina claridad lo dispuesto en la parte final del art. 900 del CCCN: “*Si adeuda capital e intereses, el pago no puede imputarse a la deuda principal sin consentimiento del acreedor*”. A ello se aduna lo normado en el mismo cuerpo legal al establecerse: “*Si el pago se hace a cuenta de capital e intereses y no se precisa su orden, se imputa en primer término a intereses, a no ser que el acreedor dé recibo por cuenta de capital*” (art. 903).

Debe destacarse que aun cuando se pretenda hacer jugar las normas del derecho civil (art. 4º, último párrafo, ley 26.773), que controvierten las laborales (arts. 58 y 260, LCT), no opera en el caso la regla del inc. c) del art. 899 del CCCN (“*Si se extiende recibo por pago de la prestación principal, sin los accesorios del crédito, y no se hace reserva, estos quedan extinguidos*”), pues aquélla no tiene vigencia cuando se trata de pagos recibidos en juicio, caso en el cual la percepción de capital sin reservas no hace presumir la renuncia del acreedor a los intereses².

En síntesis: los intereses calculados sobre la porción sistémica no pueden deducirse del capital correspondiente a la reparación plena.

6. La deducción frente a la acción no atrapada por la opción

Cuando se trata de casos no atrapados por la opción, si el legitimado tuviera derecho a prestaciones sistémicas y por otra vía pudiera accionar desde el derecho común, se aplica la regla del ap. 4º del art. 39 de la ley 24.557.

En consecuencia, el valor de las prestaciones se deducirá de la reparación de los daños y perjuicios contemplados en el Código Civil y Comercial.

Así lo ha refrendado la Corte Suprema en la causa “Mosca” (consid. 11), donde dispuso: “Debe tenerse en cuenta que el actor percibió de La Caja ART la suma de \$ 26.933,50, en concepto de incapacidad laboral parcial y permanente (estimada en un 25,97%) por el accidente de trabajo suscitado a raíz del mismo hecho que motiva estas actuaciones, ello en el marco de la ley 24.557. Al respecto, corresponde tener presente que si bien el acogimiento a este régimen no impide al damnificado que reclame al tercero responsable la reparación de los daños y perjuicios que pudieren corresponderle de acuerdo con las normas del Código Civil, en tal supuesto ‘se deducirá el valor de las prestaciones que haya percibido o deba recibir de la ART’ (art. 39, ap. 4º, ley citada), ya que, a su vez, esta última podrá repetir del responsable del daño causado el valor de las prestaciones que hubiera abonado (art. 39, ap. 5º, ley citada)”³.

7. La deducción directa o entre rubros homogéneos

Las deducciones y las posibilidades de repetición que se han mencionado en los apartados anteriores acarrearán otra cuestión que el régimen soslaya. Se trata de la “coordinación” entre los sistemas y las clases de daño que en cada uno se reparan. Ello engendra un problema de gran importancia práctica.

La legislación especial (art. 39, ap. 4º y 5º, LRT, y art. 6º, ley 26.773) parece imponer una deducción en términos absolutos, al descontar de modo general la reparación tarifada de la indemnización por reparación plena. No indaga ni profundiza sobre rubros, del mismo modo que pareciera obligar al responsable civil del hecho (si es un tercero) a reembolsar a la ART todo lo pagado, con independencia del daño que hubiera causado a la propia víctima (es decir, reparando el daño de la ART).

En efecto, si el derecho común indemniza el lucro cesante y la víctima incapacitada continuó trabajando a pesar de portar un daño en función del baremo, el monto a desembolsar por la aseguradora en atención a la tarifa no sería el mismo que el tercero debería afrontar desde el punto de vista civil. Más aún: si emprendida la acción común la cuantificación es menor, la ART debería remitir el excedente al fondo de garantía, y ese excedente también sería sufragado por el tercero.

Por otro lado, si la víctima de un accidente in itinere que a su vez resulta un accidente de tránsito reclama las prestaciones sistémicas (daño material sin reconocimiento del adicional del art. 3º de la ley 26.773) y la reparación plena (en

el caso, daño material y moral que el derecho común si le reconoce), podría ver mermada la indemnización de un rubro por la compensación directa de montos (sin sujeción a la naturaleza de aquellos), cuestión que no se presentaría de procurar reparaciones en especie y no dinerarias.

Del mismo modo, tampoco es coherente descontar, a modo de ejemplo, lo percibido en función de la prestación por “gran invalidez” (art. 17.2, LRT), del monto correspondiente al resarcimiento del daño a la integridad psicofísica en sí misma (de admitirse aquel) o del daño “moral” (pues en todo caso su equivalente sería el reclamo atinente a la contratación de un tercero que asista al damnificado).

El quid de la cuestión se encuentra en la acumulación o deducción de diferentes compensaciones que obedecen a un mismo hecho pero a diversos daños. Ello pues las indemnizaciones derivan del accidente, pero en rigor su fuente es el daño padecido (que la ley puede presumir).

Se trata entonces de situaciones en que a raíz de un mismo daño el afectado recibe compensaciones o beneficios de varias fuentes, debiendo analizarse la disminución proporcional que el daño experimenta cuando acontece la reducción de su quantum por la concurrencia de otro resarcimiento⁴.

En definitiva, cuando concurre la reparación plena a cargo del responsable del daño con la indemnización “a forfait” o predeterminada por las leyes laborales, debe analizarse si los resarcimientos responden a los mismos daños (rubros o parcelas homogéneos), pues de lo contrario pueden operar arbitrarias reducciones de los derechos⁵.

8. La remisión de “excedentes”

En su último párrafo, el art. 6° de la ley 26.773 vuelve a poner en evidencia la intención del régimen de “castigar” al trabajador que se atreve a procurar una reparación plena de su daño.

En tal afán indica: “*Si la sentencia judicial resultare por un importe inferior al que hubiera correspondido abonar por aplicación de este régimen*” el excedente deberá depositarse a la orden del Fondo de Garantía.

El legislador desconoce que la tarifa se adeuda en función de una contingencia, y que se engendra en atención a la existencia de una prima percibida y un hecho dañoso acaecido. Se trata de un daño presumido iure et de iure, que engendra una prestación mínima irrenunciable (art. 11, LRT). La norma es inconstitucional pues el llamado “excedente” le pertenece al trabajador y la indisponibilidad de los derechos laborales tiene protección suprallegal⁶.

El hecho del infortunio, tratándose de una contingencia prevista por la ley que lo asegura (art. 6°, ley 24.557), genera el derecho a percibir prestaciones tarifadas que se devengan automáticamente. Se trata de un derecho adquirido.

Notas

¹ Duarte, “Comentario al régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, en Ley de Riesgos del Trabajo. Reforma ley 26.773. Comentarios y análisis doctrinario, 2012, p. 198.

² CNCom., Sala D, 19/12/00, “Establecimiento Elaborador de Alimentos Sacaan de Argentina S.A. s/Concurso preventivo”; ídem, Sala B, 20/11/06, “Duggan, Jovita c. Roda, Luis”, LD Textos, may. 2009.

³ CSJN, 6/3/07, “Mosca, H. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, CSJN-Fallos, 330:563.

⁴ de Cupis, El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, 2º ed., 1970, p. 327.

⁵ Véase, a modo de ejemplo, que en materia de compensación la ley establece que “los objetos comprendidos en las prestaciones deben ser homogéneos entre sí” (art. 923, inc. b), CCCN).

⁶ Duarte, “Comentario al régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, en Ley de Riesgos del Trabajo. Reforma ley 26.773. Comentarios y análisis doctrinario, 2012, p. 200.

Parte quinta

Capítulo 1

Reclamo sistémico

1. Introducción

Como se ha reiterado a lo largo de la tesis, el sistema especial de riesgos del trabajo se estructura a partir de la existencia de un seguro obligatorio, a cargo del empleador, que engendra para la aseguradora contratada la obligación de cubrir las contingencias amparadas y otorgar las prestaciones correspondientes. Ello con base en un régimen tarifado y que tabula las incapacidades con un baremo, con causales de exclusión acotadas y sujetos legitimados a partir de una nómina legal.

La ley que le diera origen (24.557) previó, desde su redacción inicial, la intervención de comisiones médicas para resolver las controversias que pudieran suscitarse entre las partes (aseguradoras y damnificados), esquema que no mutó con la ley 26.773 que implantara en el sistema la opción excluyente.

Con la ley 27.348 se produjo un cambio central: la intervención de las citadas comisiones ya no queda reservada a las hipótesis de conflicto, sino que toda contingencia que engendra incapacidad definitiva se halla sometida al ámbito administrativo. Mediando a su vez una “invitación” a las provincias con la pretensión de remediar reproches constitucionales.

A partir de la vigencia de la citada norma no solo se renuevan entonces los debates que engendrara la ley 24.557 (centrados en la intervención de órganos federales para resolver cuestiones de derecho común en el ámbito de las provincias), sino que aparecen otros.

En esencia, los temas a analizar son:

1. La imposición de un trámite administrativo obligatorio para percibir cualquier crédito.
2. El diseño de ese trámite atendiendo primero a la naturaleza del órgano administrativo que lo lleva a cabo, y luego al procedimiento que lo regula.
3. La validez de la función residual de la intervención judicial por la vía de un acotado recurso.
4. La invasión de las autonomías provinciales.

Los abordamos, en consecuencia, en el orden citado.

2. La obligatoriedad del tránsito administrativo

Como apuntáramos, en el régimen de riesgos del trabajo la cobertura de los daños causados por aquellos se encuentra a cargo de aseguradoras que en función del contrato celebrado con el empleador adeudan prestaciones que se devengan en situaciones de urgencia.

En el derecho común de seguros (ley 17.418), la existencia de la contingencia cubierta y la ausencia de exclusiones hace nacer el crédito indemnizatorio a favor del damnificado y la consecuente obligación resarcitoria a cargo del asegurador.

Ninguna intervención, administrativa o judicial, precisa el acreedor para percibir los montos que se le adeudan. Menos aún cuando el resarcimiento es tarifado, y en consecuencia resulta por definición autoejecutable por el deudor.

La ley 27.348, mutando el esquema anterior, establece en su art. 1º la actuación de las comisiones médicas como “*instancia administrativa previa, de carácter obligatorio y excluyente*”.

Construye al damnificado, en oposición a la inmediatez y celeridad que las leyes 24.557 y 26.773 colocaran explícitamente como pilares, al tránsito por una vía administrativa a efectos de percibir su crédito. Viola por ende la lógica modular del sistema donde se viene a insertar.

La citada ley 27.348 no guarda coherencia con el entramado normativo que constituye el régimen previo cuyas disposiciones no deroga. Engendra así un esquizofrénico laberinto del que no puede salirse, pues las reglas creadas se oponen abiertamente a aquellas otras cuya vigencia se decide mantener. La prueba es evidente:

En efecto, ocurrida la contingencia y denunciada la misma, la aseguradora debe aceptarla o rechazarla expresamente, bajo apercibimiento de tácito consentimiento (art. 6º, decr. 717/96, texto según decr. 1475/15), debiendo otorgar mientras tanto las prestaciones en especie (art. 5º, decr. 717/96).

Luego, salvo el caso de accidente fatal, podrá existir incapacidad laboral temporaria que derivará en permanente a

menos que medie alta médica o muerte del damnificado posterior a su estado incapacitante (art. 7º, ley 24.557). Y allí debería la aseguradora establecer y comunicar el porcentaje de la minusvalía.

Así lo ratifica el primer párrafo del art. 4º de la ley 26.773, que impone a la aseguradora notificar, dentro de los quince días de determinada la incapacidad laboral de la víctima, el importe que le corresponde percibir por aplicación del régimen, precisando cada concepto “*e indicando que se encuentra a su disposición para el cobro*”. Mismo criterio que se sigue para el caso de muerte, donde la aseguradora debe cursar esa notificación dentro de los quince días de notificada del deceso.

Por ende, si en el régimen vigente (pues la ley 27.348 sigue una mecánica de derogación expresa conforme su art. 21) la incapacidad y la muerte imponen el pago inmediato, y sobre la celeridad se estructura el sistema, es irrazonable la normativa sobreviniente en cuanto, sin atender al texto al que se viene a acoplar, coloca un trámite obligatorio que no puede existir en la lógica legal.

Existe entonces una manifiesta discordancia entre las leyes que integran el mismo régimen, tornándose la ley 27.348 irrazonable al oponerse a los fines que aquél consagra y resultar incongruente con los carriles que prevé.

La propia Corte Suprema destacó oportunamente que la intervención de las comisiones médicas se ceñía solo a los casos de disconformidad. Situación medular no advertida por quienes proyectaran la ley 27.348 y que, por ende, coloca a aquella misma por fuera del sistema.

En concreto, la última ley citada impone normativamente la conflictividad: obliga al tránsito administrativo ante la discordancia, pero también frente al acuerdo (art. 3º del Anexo I). Impone por lo tanto que el trabajador deba incoar recurso judicial, para lograr la atracción ante los jueces de su domicilio frente a la eventualidad de que la aseguradora apele ante la Comisión Central y lo lleve inexorablemente desde el interior del país a la Capital Federal.

La norma, se reitera, es irrazonable. Y lo es pues las disposiciones que consagra persiguen fines incongruentes: dilatar el cumplimiento de una obligación que nace autoejecutable (leyes 24.557 y 26.773) y se convierte arbitrariamente en litigiosa (ley 27.348). Y obtener una liberación ante el pago por la imposición de la renuncia previa a cualquier erogación de la aseguradora, que no solo implique el ejercicio de la opción sino la clausura misma de toda reclamación posible aún dentro de la misma vía supuestamente optada, con la cita del art. 15 de la LCT.

De lo contrario, y si así no fuera, podría sostenerse a modo de ejemplo que la indemnización por despido únicamente debería ser abonada en sede administrativa y previa liberación completa del obligado. Esa simple comparación demuestra cuál es el fin de la ley 27.348, que impide a las víctimas —en su estado de emergencia— el acceso inmediato a la reparación que se les adeuda.

3. La naturaleza federal del órgano administrativo

Como apuntáramos en el título precedente, para acceder a las prestaciones dinerarias del sistema (salvo las correspondientes a la etapa de incapacidad transitoria), se impone la intervención de un órgano administrativo federal (las comisiones médicas).

Sin embargo, no existe norma alguna que declare federal al régimen de reparaciones que conforman las leyes 24.557, 26.773 y 27.348. Cuestión que ya fuera advertida por la Corte, con referencia a la primera, al fallar la causa “Castillo”¹.

Carece entonces de fundamento la citada intervención de organismos administrativos de índole federal. En efecto, la violación constitucional no ciñe a la intervención de jueces federales, como preveía el art. 46, ap. 1º, de la LRT. El vicio se encuentra en el origen del procedimiento: son las comisiones médicas los organismos de naturaleza federal² que insertan el agravio.

Es por demás sabido que una cuestión no puede llevarse a la órbita federal por capricho del legislador, si no existen en su esencia razones serias que demuestren que se trata de temas de esa naturaleza (“necesidades reales y fines federales legítimos”, en la terminología de la Corte)³.

Nada de ello acontece en materia de reparación de daños a la integridad psicofísica, en el marco de derecho común (no federal) y ante controversias entre privados.

Desde la sanción de la ley 9688 ha dicho la Corte Suprema que las responsabilidades por accidentes de trabajo y que nacen de hechos ocurridos en la ejecución o cumplimiento de contratos entre patrones y empleados u obreros, son de carácter común⁴.

Nada en el régimen de riesgos del trabajo permite cambiar esa doctrina cuando, además, la competencia federal es de excepción.

4. Las atribuciones jurisdiccionales del órgano administrativo

Ingresando en las competencias propias de las comisiones médicas federales (y soslayando lo expuesto en el título anterior), se argumenta que la doctrina de la Corte ha admitido la atribución de funciones jurisdiccionales a tribunales administrativos, con la condición de que exista posibilidad de revisión judicial.

Explica Cassagne, luego de indicar que el principio judicialista es capital en el derecho iberoamericano —derivado de la interpretación más pura de la división de poderes existente en la médula del constitucionalismo hispánico—, que la

jurisprudencia del Máximo Tribunal, desarrollada especialmente en la causa “Fernández Arias c. Poggio”⁵, impuso: *a*) que no se trate de controversias entre particulares regidas por el derecho común, y *b*) que la revisión final de lo resuelto se atribuya a los jueces con amplitud de debate y prueba (lo que configura el denominado principio del control judicial suficiente)⁶.

La ley 27.348 incumple ambos recaudos: *a*) tal como advirtiera expresamente la propia Corte⁷, estamos en presencia de conflictos atinentes a la indemnización de infortunios laborales, regidos por el derecho común, planteados entre personas de derecho privado, y *b*) la revisión final, en el diseño legal, no permite amplitud de debate y prueba, pues la tutela judicial quedará encorsetada en el a su vez acotado marco impuesto por la etapa anterior.

La Corte Suprema ha reforzado su criterio al fallar la causa “Ángel Estrada y Cía. S.A. c. Secretaría de Energía y Puertos”⁸, donde consideró que la atribución de funciones jurisdiccionales a entes administrativos para dirimir controversias de naturaleza patrimonial entre particulares implica un doble quebrantamiento constitucional, ya que si, por una parte, produce la trasgresión del principio que prohíbe al Poder Ejecutivo (y, por ende, a los órganos administrativos) el ejercicio de funciones judiciales (art. 109, *CN*), por la otra viola abiertamente la garantía de la defensa en juicio a la persona y sus derechos (art. 18, *CN*)⁹.

Antes, el Máximo Tribunal también había dicho que la actuación de entes u órganos administrativos ha sido siempre condicionada a limitaciones constitucionales que surgen del art. 109 de la *CN* y de la garantía consagrada en el art. 18 de la Ley Fundamental, tales como la exigencia de dejar expedita una vía de control judicial “verdaderamente suficiente”¹⁰.

En el marco citado se ha sostenido que los principios constitucionales únicamente podrán quedar a salvo siempre que: *a*) los organismos de la Administración dotados con jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley; *b*) su independencia e imparcialidad estén aseguradas; *c*) el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos —y restringir así la jurisdicción que la Constitución atribuye a la justicia ordinaria— haya sido razonable, y *d*) que sus decisiones estén sujetas a un control amplio y suficiente¹¹.

En el caso de las leyes 24.557 y 27.348 tampoco se cumple con esos recaudos, pues:

- a*) Las comisiones médicas no han sido creadas por la ley para sustanciar esta clase de conflictos entre privados, sino para atender las cuestiones previsionales de la ley 24.241.
- b*) No media seguridad de independencia e imparcialidad, en función de:
 - 1. Su sumisión al Poder Ejecutivo.
 - 2. Su fuente de financiamiento (las propias aseguradoras).
 - 3. La ausencia de estabilidad de los integrantes de las comisiones médicas (que a diferencia de los magistrados judiciales son desplazables y se ligan por meros contratos privados regidos por la *LCT*).
- c*) Tratándose de temas de derecho común y reclamos entre particulares, no existe objetivo válido para la intervención de las comisiones en desmedro de la función específica de la justicia laboral. La ley 27.348 alega a efectos de restringir el acceso a la justicia la existencia de un supuesto “exceso de litigiosidad”, reeditando argumentos que se vertieran con la ley 24.557. A ellos ya se ha dado respuesta desde el seno mismo de la Corte, al afirmarse: “No puedo soslayar que el propósito de poner fin a la excesiva litigiosidad (y su correlativa incertidumbre) ha sido relacionado con la sanción de la *LRT*. Al respecto, solo diré que entre los diversos caminos constitucionalmente abiertos a las leyes para disminuir el costo social de la práctica judicial defectuosa, no se encuentra el de cerrar los tribunales”¹². Desde la doctrina también se ha dicho que la Ley de Riesgos del Trabajo viola el art. 109 de la *CN*, pues la solución legal “está inmersa dentro del fenómeno de desconfianza generalizada al Poder Judicial”¹³. Es obvio que no se trata de un argumento válido para borrar la función judicial.
- d*) Queda claro que en el diseño de la ley 27.348 y su reglamentación (Res. 298/17) no existe posibilidad real de control amplio y suficiente. Por el contrario, el trámite administrativo es un escabroso terreno que no tiene capacidad de abarcar las múltiples cuestiones tocantes a los reclamos por daños laborales, y la faz judicial es una mera revisión encorsetada por la etapa anterior que constriñe a las partes y a los jueces.

Por lo demás, los órganos administrativos (las comisiones jurisdiccionales y la Comisión Central) se encuentran integrados por profesionales del arte de curar (médicos) que carecen de idoneidad para llevar adelante un procedimiento donde juegan nociones jurídicas y se impone la necesidad de determinar el alcance de las presentaciones (congruencia), recibir prueba que no se agota en exámenes médicos (testimonial, informativa, pericial técnica, etcétera), y establecer cuestiones de hecho muy distantes de la fijación de una incapacidad (a modo de ejemplo, la ocasionalidad en torno a un accidente sin restricción a los infortunios *in itinere*). Cuestión que no se salva con la intervención de secretarios letrados carentes de la estabilidad e independencia propia de un magistrado.

Es sabido que un proceso no se compone por la mera sucesión de ritos caprichosos, sino que las formas se hallan al servicio de un fin último: lograr la más efectiva realización del derecho¹⁴. Por ende, la ley 27.348 no estructura un verdadero proceso, pues con su mecánica no puede emerger la realidad y tampoco concretarse la aplicación de la ley. De allí que en su seno no pueda llevarse a cabo un real ejercicio del derecho de defensa, albergando una grave violación constitucional.

5. La revisión judicial mediante recurso en relación y con efecto suspensivo

Con la ley 27.348 el legislador nacional buscó que la existencia y cuantía de todos los créditos atinentes a los riesgos del trabajo sean determinadas por un órgano administrativo federal.

Para llevar adelante ese cometido, intentó en paralelo desactivar dos cuestionamientos: a) la violación de las autonomías provinciales, por la vía de la adhesión que permite a los órganos judiciales locales revisar lo resuelto administrativamente; y b) el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a las comisiones médicas, por medio de la instauración de un recurso judicial.

El procedimiento particular que determina en su Título I la ley 27.348, rige en puridad en la Capital Federal, quedando condicionado como se dijera para su aplicación en el resto del país a las adhesiones que formulen las provincias (art. 4º, ley 27.348).

Pero lo cierto es que, más allá de los diversos mecanismos de revisión que las adherentes sancionen (ya sea como simple recurso o como acción ordinaria), siempre se tratará de una intervención en segunda instancia, con alcances ceñidos a lo obrado en la anterior, restringida a su vez por la reglamentación que allí rige (Res. 298/ 17, SRT).

Más allá de eso, en atención al objeto de la tesis, deben señalarse una serie de cuestiones (reiterando que por lo expuesto el análisis que sigue corresponde al diseño de la ley 27.348 y de la Res. 298/17, ambas en su máxima extensión, y que no se aplica con el mismo alcance en las jurisdicciones de todo el territorio nacional).

Sentado ello cabe decir que al reconocer la intervención residual de la justicia por la hendidura de un recurso (misma vía que se concede para arribar a la Comisión Médica Central), la ley 27.348 está fijando una serie de principios y limitaciones que son propios de la apelación.

Centralmente, la imposibilidad de ingresar en cuestiones que no hubieran sido planteadas en la instancia anterior, y la imposición de una expresión de agravios en torno a lo obrado en sede administrativa (recordando que el tribunal de apelación no tiene una función de contralor o de revisión amplia, sino ceñida al escrito de agravios del apelante).

En su párr. 4º, el art. 2º de la ley 27.348 establece que “los recursos interpuestos procederán en relación y con efecto suspensivo”, con excepción de los dos supuestos que menciona donde consagra el efecto devolutivo. Tal regulación entraña agravio a los derechos y garantías constitucionales de los afectados.

En primer término, pues la intervención del órgano revisor, cuando la apelación procede en relación, es sumamente restrictiva.

El fundamento de tal sistema de concesión radica, como explica la doctrina¹⁵, en la trascendencia y efectos de las resoluciones impugnables, que el legislador “presume menores” en estos casos con relación a aquellos para los que consagra la apelación libre.

Ese modo de concesión, que la ley 27.348 estatuye para los infortunios laborales en el párr. 4º de su art. 2º, se convierte entonces en uno de los elementos que configuran la inconstitucionalidad del sistema diseñado, pues resulta evidente que los conflictos suscitados en torno a los daños laborales no son una cuestión menor que pueda merecer un tratamiento peyorativo en torno a la garantía de acceso a la justicia con la que cuentan todos los ciudadanos.

Como enseñara Morello¹⁶, dicha forma de la apelación procede cuando se recurre contra resoluciones interlocutorias o providencias simples (que causen, estas últimas, un gravamen que no puede ser reparado ulteriormente), y contra las sentencias recaídas en procesos sumarísimos, de ejecución, universales (sin perjuicio de que las cuestiones controvertidas que en ellos se suscitan hagan necesaria la concesión en el modo libre) y de la jurisdicción voluntaria.

Con nada de ello se equipara el reclamo que gira en torno a la naturaleza laboral de una contingencia y los derechos que le acceden, donde se debaten múltiples cuestiones que al resolverse equiparan las sentencias a las definitivas dictadas en juicios ordinarios y sumarios.

La apelación concedida en relación es una apelación restringida o abreviada, donde no se renueva el debate y el superior debe resolver sobre la base de las actuaciones producidas en la instancia anterior¹⁷, a través de un decisorio que se redacta en forma impersonal. Dicha modalidad de recurso no admite la posibilidad de que se aleguen hechos nuevos, se agreguen documentos o se disponga la apertura a prueba (art. 275, CPCCM), como ocurre en el caso de la apelación libremente concedida.

Por ende, es evidente que el sistema que diseña la ley 27.348 para llenar el recaudo de la revisión judicial ulterior, no cumple con el mínimo estándar, pues termina convirtiendo a dicha posibilidad en una mera formalidad, desde que los jueces quedan ceñidos a los decisorios de médicos sin posibilidad de ingresar en cuestiones sustanciales que hacen a la esencia de los derechos.

Con ese esquema, donde en la instancia administrativa no puede desplegarse una defensa amplia y eficaz, y en el cual queda atado quien revisa por la índole del recurso, se borra en la práctica, para los infortunios laborales, la garantía del acceso a la justicia. Ello cuando la índole de los derechos, donde se colocan en juego la integridad psicofísica y el patrimonio de las personas, exigen el debido respeto de la defensa con la amplitud que la Constitución ampara. Garantía constitucional fundamental que no puede tornarse en ilusoria a partir de la faz operativa que debe asegurarla.

Por otro lado, también entraña agravio el principio general de concesión de los recursos con efecto suspensivo (art. 2º, párr. 4º, ley 27.348).

Tal efecto conlleva el deferir la ejecutoriedad de la resolución recurrida hasta que se produzca el pronunciamiento

final, deteniendo sus consecuencias.

La disposición modifica regresivamente el efecto devolutivo que la normativa procedimental anterior (art. 27, decr. 717/96, texto según art. 14, decr. 1475/15) consagrara para la vía sistémica en el seno de las comisiones médicas.

Reconoce por otra parte únicamente dos excepciones al citado principio general, en las cuales los recursos procederán con efecto devolutivo:

Una de ellas se presenta cuando la aseguradora apele ante la Comisión Médica Central un caso de reagravamiento (párr. 4º, ap. b).

La otra hipótesis (detallada en el párr. 4º, inc. a), intenta camuflar bajo una excepción a un caso en el cual la propia ley 24.557 es la que impone el otorgamiento de las prestaciones sin efecto suspensivo, y con ello demuestra la inconstitucionalidad de la solución general que pretende insertar la ley 27.348.

En efecto, dice esta última (art. 2º, párr. 4º, ap. a) que no rige el efecto suspensivo “cuando medie apelación de la aseguradora de riesgos del trabajo ante la Comisión Médica Central en el caso previsto en el art. 6º, ap. 2º, pto. c) de la ley 24.557, sustituido por el art. 2º del decr. 1278/00”.

Se trata de las enfermedades profesionales no incluidas en el listado que, a petición del trabajador y únicamente a su favor, sean reconocidas por la comisión médica jurisdiccional.

La ley 27.348 contiene al respecto, en rigor, una disposición innecesaria a la luz de la ley 24.557 por dos motivos que emergen del art. 6º de esta última: a) en el diseño legal la única habilitada para determinar en firme el carácter profesional de una enfermedad no listada es la Comisión Médica Central, y su intervención debe ser requerida “de inmediato” por la comisión jurisdiccional (es decir que allí arribará el expediente aún sin recurso de la aseguradora); b) según el mismo artículo, todas las prestaciones (incluyendo las dinerarias) deben ser brindadas por la aseguradora hasta tanto se resuelva la situación en definitiva (por ello el eventual recurso de la aseguradora no obstaría a los pagos a su cargo).

Al refrendarse la vigencia de esta hipótesis legal, queda en evidencia la inconstitucionalidad de la ley 27.348 en esta parcela.

Ya de por sí es insostenible que en un sistema de seguro privado donde operada la contingencia nace la responsabilidad y el resarcimiento es tarifado, deba aguardarse un trámite administrativo. Pero más burdo es aún que reconocida la obligación por un ente gubernamental, la apelación del obligado difiera la percepción de créditos de contenido alimentario, que se devengan en situaciones de emergencia como ha reconocido desde antiguo la Corte Suprema.

En tal contexto, y más allá de la violación constitucional que el efecto suspensivo acarrea y la profundización de los daños que importa, emerge desde el texto de la leyes 24.557 y 27.348 un agravio evidente a la garantía de igualdad. Mediante ambas normas el régimen reconoce que no existe efecto suspensivo para los créditos de los trabajadores afectados por una patología que el sistema no ampara (enfermedad profesional no listada). Créditos que en el diseño legal aún serán hipotéticos, puesto que la intervención de la Comisión Médica Central es imperativa y automática (art. 6º, ap. 2º, c, *LRT*), y la enfermedad no considerada profesional hasta tanto esta decida la cuestión (ap. 2º, b, *idem*).

A la par, la ley 27.348 pretende excluir al resto de los infortunados, discriminando con ello no solo a los accidentados, sino también a los afectados por las enfermedades listadas.

El principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la *CN* consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias¹⁸. Por ende la ley puede contemplar de manera distinta ciertas situaciones, pero a condición de que aquellas se consideren diferentes.

No es la hipótesis que presenta el régimen, donde se otorga un tratamiento peyorativo a los enfermos y accidentados que reconoce el sistema sin necesidad de planteos adicionales (imponiendo allí el efecto suspensivo de los recursos), introduciendo una injusta discriminación con respecto a los dañados por enfermedades profesionales no listadas (consagrando para tal supuesto, en hipótesis menos tutelado, el efecto devolutivo).

Ello, anudado a la eliminación del efecto devolutivo que anteriormente se consagrara para todos los dañados (art. 27, decr. 717/96, texto según art. 14, decr. 1475/15), que importa una retrogradación de una situación tutelar previamente reconocida y que fuera abrogada sin razones que lo legitimen, lo cual resulta inconcebible en el diseño constitucional moderno que consagra el principio de la progresividad de los derechos sociales, teniendo por función evitar el retroceso de aquello que es conducente al logro de la justicia social (arts. 75, incs. 19, 22 y 23, *CN*; 26, *CADH*; y 2º, *PIDESC*).

Por todo lo expuesto, el pretendido modo de concesión de los recursos (en relación) y su efecto (suspensivo) son inconstitucionales.

6. Las autonomías provinciales

El sistema original de la ley 24.557 preveía, para el caso de controversia, la intervención de las comisiones médicas federales, con posible revisión de lo actuado por estas ante la justicia federal (arts. 21, 22 y 46).

La ley 27.348, como viéramos, impone el paso obligatorio por las comisiones médicas federales. Y para intentar sortear el vicio relativo a la invasión de las autonomías provinciales, en su art. 4º “invita” a las provincias a adherir al esquema procesal que consagra. Indica en la citada norma, además, que la adhesión importará la delegación expresa a la jurisdicción administrativa nacional de la totalidad de las competencias necesarias para dar cumplimiento al esquema di-

señado, como así la obligación para las provincias de adecuar a ello su normativa local.

La adhesión implica en concreto la cesión al poder ejecutivo central de la facultad de resolver, con sus propios órganos y con su normativa ritual (que puede a su vez modificarse), las cuestiones de derecho común correspondientes a los habitantes de las provincias.

La intervención de la justicia provincial ordinaria queda en la práctica ceñida a revisar las decisiones de un organismo de naturaleza federal. Es decir, actuando en segunda instancia, sin que tampoco intervengan organismos administrativos provinciales.

En el análisis de la ley 27.348 se observan una serie de conflictos de índole constitucional:

- a) Es obligación de las provincias asegurar su administración de justicia (art. 5º, *CN*). Esa obligación comprende la creación de tribunales y la asignación a estos de competencia¹⁹, razón por la cual aquella no puede vaciarse. Las provincias no pueden resignar su administración de justicia, cuestión que hace, por otra parte, al básico resguardo de las autonomías provinciales, no pudiendo fundirse con el Estado nacional.
- b) Las provincias deben darse sus propias instituciones locales y elegir a sus funcionarios sin intervención del Gobierno federal (art. 122, *CN*). Esa potestad de darse sus autoridades dentro de una esfera propia y exclusiva, les asegura su existencia como unidades políticas con los atributos de la autoridad pública, que ejercitan por medio de órganos elegidos sin intervención del poder central²⁰. Jamás podrían resignar uno de sus poderes (el judicial) en desmedro de las necesidades de sus ciudadanos, ni ceder el poder jurisdiccional a funcionarios nacionales (lo que ocurriría en el caso, donde profesionales de un órgano administrativo nacional —sin sujeción ni rendición de cuentas a las leyes y poderes locales— ejercerían las funciones que constitucionalmente en cada provincia corresponden a los jueces).
- c) La aplicación de la ley común concierne a los tribunales provinciales (art. 75, inc. 12, *CN*). La normativa correspondiente a los riesgos del trabajo es de indudable carácter común, aún para la hipótesis de la inscripción *sui generis* del sistema en la seguridad social²¹. Ha afirmado Gelli: “Las causas que usualmente se invocaban para establecer ese corrimiento de la jurisdicción local en materia laboral —los diferentes criterios de las comisiones médicas o la concentración de algún tipo de enfermedades profesionales en ciertas y determinadas jurisdicciones provinciales— no constituyen argumentos atendibles ante la disposición clara del art. 75, inc. 12 de la *CN*. En consecuencia, si, eventualmente, las pericias denotaran alguna irregularidad y los jueces locales no las corrigieran, cabe poner en funcionamiento los controles del sistema nacional o provincial, según corresponda, pero no incumplir la distribución de competencias establecida por la Constitución Nacional”²².
- d) La administración de la justicia hace a un poder irrenunciable que pertenece en absoluto a la autonomía de cada una de las provincias, y su delegación es extraña a las atribuciones de los poderes ejecutivos y legislaturas provinciales. La doctrina de la Corte Suprema es terminante: “Los poderes no delegados o reservados por las provincias, sin los cuales es inconcebible el federalismo argentino, no pueden ser transferidos al Gobierno de la Nación, en tanto no lo sean por la voluntad de las provincias expresada en Congreso General Constituyente”²³. Por lo expuesto, ninguna adhesión puede efectuarse sin reforma constitucional (que rompería las bases del federalismo al quitar una parcela de los tres poderes de la órbita de las provincias).
- e) Esa imposibilidad del legislador de desbaratar el sistema federal fue incluso adelantada por la Corte al resolver la causa “Castillo”. Dijo allí, en un considerando de suma importancia y que recobra actualidad: “Es menester no olvidar que la reserva de la jurisdicción provincial de la que daban cuenta los ya citados arts. 67, inc. 11, y 100 de la *CN* (actuales arts. 75, inc. 12, y 116), era ajena al texto de 1853 y fue introducida por la Convención de 1860, con el deliberado propósito de impedir que las provincias carecieran de jurisdicción en las materias a que dicha norma hace referencia. Muy poco se habría avanzado en el país, cabe agregar, si todo el celo de los constituyentes de 1860 pudiese malograrse al poner en manos de una decisión legislativa, por elevada que fuese su finalidad, la suerte de las autonomías provinciales y, con ello, el sistema federal de gobierno”²⁴.
- f) La indelegabilidad es tan evidente que las propias constituciones provinciales aseguran la tutela judicial continua y efectiva, como así el acceso irrestricto a la justicia. Véase a modo de ejemplo el claro texto del art. 15 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires, que Morello ha calificado como una pieza clave en aquella Carta²⁵. Norma que configura la base de todo el sistema judicial bonaerense y a través de la cual el Estado provincial “asume la obligación de la continuidad en la prestación del servicio de justicia (lo que implica no solo la imposibilidad de la suspensión del mismo, sino la no disminución en la actividad jurisdiccional)”²⁶.
- g) La adhesión que persigue el art. 4º de la ley 27.348 resulta una lisa y llana entrega del poder jurisdiccional. Ello a punto tal que la norma postula la cesión de “la totalidad de las competencias necesarias” y la atadura a normas genéricas (y sus eventuales desconocidas modificaciones) cuya reglamentación (que en la práctica es la que concreta el procedimiento) puede alterarse con libertad por el Poder Ejecutivo nacional. En definitiva, se trata de una delegación a ciegas de la administración de justicia.
- h) El acceso a la jurisdicción ante los magistrados de sus domicilios (con todas las garantías y amplitud de defensa) es un derecho humano que pertenece a los ciudadanos de cada provincia. Y como tal, no puede ser arrebatado ni

borrado por poder alguno, ya sea provincial o nacional. Por ende cualquier limitación al respecto es inconstitucional.

Esos argumentos son atendibles más allá del diseño procesal de revisión de los actos administrativos federales que cada provincia efectúe, pues se trate de un examen por la vía de un recurso o de una llamada acción ordinaria que pese a la calificación como tal se engarza con lo obrado en la instancia anterior, los agravios constitucionales citados se habrán consumado.

7. La “cosa juzgada” en el ámbito de las comisiones médicas y la “caducidad” que afecta derechos sustanciales laborales

Hemos visto que, mediante la ley 27.348, el legislador nacional ha buscado imponer en materia de riesgos del trabajo el tránsito obligatorio, previo y excluyente ante comisiones médicas federales.

En el diseño de la ley citada la intervención judicial se exhibe como un recurso impuesto bajo apereamiento de considerar que existe “cosa juzgada administrativa en los términos del art. 15 de la ley 20.744” (art. 2º, ley 27.348). Ese recurso, según la reglamentación de la SRT, debe interponerse dentro del plazo de quince días contra los actos del titular del Servicio de Homologación que concluyen el procedimiento sin que las partes arriben a un acuerdo (art. 16, res. 298/17).

Las adhesiones provinciales (art. 4º, ley 27.348) que a la fecha se efectuaran, han adoptado en algunos casos el procedimiento expuesto en el párrafo anterior (adhesiones incondicionadas), y en otros han creado regulaciones especiales admitiendo la revisión por la vía de una demanda ordinaria. En este último caso las leyes locales refieren generalmente a la necesidad de interponer esa demanda en un plazo acotado, bajo pena de “caducidad” (siguiendo el modelo cordobés, que fue el primero en adoptar ese diseño).

El objeto de este título es analizar si es posible hablar de “cosa juzgada administrativa” en los términos que pretende el legislador, y advertir sobre la pretendida “caducidad” que concluye afectando derechos sustanciales que cuentan con especial amparo constitucional.

a) La arbitraria extrapolación que origina conflictos

Mientras la doctrina especializada ha enseñado sin titubeos que los conflictos de “derecho común” entre “privados” no pueden ser por vacua decisión legislativa objeto de resolución por entes administrativos²⁷, el sistema de riesgos del trabajo se empecina en la dirección contraria.

Así, no solo viola la doctrina de los propios fallos en los que arguye apoyarse, sino que adopta para un campo donde rige el derecho común conceptos del derecho administrativo que no están creados para operar allí, y los mezcla con institutos del derecho laboral. Toda esa arbitraria extrapolación de elementos produce efectos absurdos.

Basta leer a Cassagne para conocer que, según las palabras del propio Alberdi, “para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de Estados Unidos”. Y en relación a ello comprender que, como enseña el citado profesor de derecho administrativo, el sistema argentino difiere sustancialmente en ciertos aspectos del norteamericano, y la simplificada asimilación entre ambos quita relevancia al art. 109 de la CN (ex art. 95) y sus fuentes²⁸.

La interdicción constitucional para el ejercicio de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo en nuestro medio (art. 109, CN), se conecta además con la garantía de defensa en juicio (art. 18, CN) y la existencia jueces a quienes corresponde juzgar las causas (art. 116, CN).

Es por ello que solo excepcionalmente las leyes pueden crear tribunales administrativos, que además tienen como objeto natural juzgar los actos de la Administración, por razones de especialización y nunca con jurisdicción general²⁹.

Por otro lado, en materia de derecho administrativo operan nociones que fueron desarrolladas en torno a las particularidades de esa rama: así como antiguamente se requirió la venia legislativa para acceder a la justicia demandando al Estado (por la protección especial que a aquél se dispensaba), luego se concretó en el caso “Carman de Cantón”³⁰ la noción de “cosa juzgada administrativa” para colocar un límite a la actividad estatal en beneficio del administrado (es decir, para impedir a la administración volver contra sus propios actos en desmedro del particular), y posteriormente se colocaron plazos de “caducidad” para accionar contra el Estado (con el fin de dar certeza a las relaciones jurídicas donde este último es “parte”, siendo ello incluso objeto de cuestionamiento constitucional³¹).

El derecho laboral, por su lado, reposa también en institutos propios: la cosa juzgada administrativa del art. 15 de la LCT refiere a la homologación de “acuerdos”, la “caducidad” que el derecho de fondo admite es extremadamente ceñida (art. 259, LCT) y existen plazos de prescripción fijados por el legislador nacional (que las normas locales no pueden alterar por vía directa ni indirecta).

Por otro lado, también la normativa del derecho “civil” interrelaciona con la laboral, en función de las diversas acciones posibles (arts. 4 y 6, ley 26.773).

Sin embargo, el legislador obcecado en su afán de reducir todo ese complejo mundo de “derecho” a la intervención

de médicos y asesores letrados meramente contratados, y finiquitar allí con él si no media “apelación”, utiliza en las normas que redacta determinadas nociones que son incompatibles con aquello que procura.

b) El acto cuya apelación se dispone

Sin ingresar en el debate sobre determinados supuestos donde la aprehensión de los casos por el trámite administrativo es dudosa, por no haberlos previsto la ley o por ser allí manifiestamente irrazonable (v.gr., fallecimiento del trabajador o empleo no registrado aún con afiliación), puede advertirse sintéticamente que las comisiones médicas intervendrán en las siguientes hipótesis:

- a Rechazo de la contingencia (art. 1º, res. 298/17).
- b Divergencia en la determinación de la incapacidad (art. 3º, res. 298/17).
- c Determinación de la incapacidad (art. 4º, res. 298/17).
- d Presentación de una propuesta de convenio entre las partes (art. 19, res. 298/17).

En el diseño de la ley 27.348 y su reglamentación administrativa (res. 298/17 y su aclaratoria res. 899-E/17, ambas dictadas por la SRT), la comisión médica está conformada por los médicos que emiten los dictámenes (como fijara el decr. 717/96), pero además por el “Servicio de Homologación” (art. 3º, ley 27.348) que es el encargado de emitir el acto administrativo definitivo que concluye y agota esa instancia (arts. 2º y 3º, res. 899-E/2017, SRT).

Son los médicos de la comisión los que llevan a cabo el proceso previo y quienes emiten el dictamen médico, que se notificará a las partes y al empleador, pudiendo interponerse contra el mismo un pedido de rectificación o aclaración por meras contradicciones formales u omisiones (art. 10, res. 298/17). Pero una vez dictado, las actuaciones pasan al Servicio de Homologación para la realización de una “audiencia de acuerdo” (arts. 10, última parte, y 12, res. 298/17).

Y es allí donde la reglamentación establece la posibilidad de interponer el recurso que prevé el art. 2º de la ley 27.348. Lo hace en el art. 16 de la res. 298/17, que en su primer párrafo textualmente dice: “*Los actos del Titular del Servicio de Homologación de la Comisión Médica, que concluyan el procedimiento sin que las partes arriben a un acuerdo, serán susceptibles de los recursos previstos en el art. 2º de la Ley Complementaria de la Ley sobre Riesgos del Trabajo*”.

La cuestión no es menor, puesto que según la reglamentación el “objeto” del recurso es el acto del titular del Servicio de Homologación que concluye el procedimiento sin acuerdo. Falta de acuerdo que jamás podrá acarrear efectos de “cosa juzgada”.

c) El art. 15 de la LCT y la inexistencia de “cosa juzgada” en el marco de la ley 27.348

Dice el art. 2º de la ley 27.348: “*Los decisorios que dicten las comisiones médicas jurisdiccionales o la Comisión Médica Central que no fueren motivo de recurso alguno por las partes, así como las resoluciones homologatorias, pasarán en autoridad de cosa juzgada administrativa en los términos del art. 15 de la ley 20.744*”.

La remisión al art. 15 de la ley 20.744 coloca a la situación en un terreno particular, pues aquel precepto de fondo está llamado a operar frente a los “acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios”, estableciendo sus pautas de validez.

La ley 27.348, por el contrario, deriva a la citada norma con pretensiones de consolidar con ello decisiones del órgano administrativo, cuando el único supuesto que tal vez podría encuadrar en la remisión sería el atinente a la presentación ante el servicio de homologación cuando las partes arriben a un acuerdo, y jamás extraer efectos de “cosa juzgada” ante la ausencia de conformidad expresa del trabajador.

La cita del art. 15 de la LCT no es gratuita e impone una resolución “que acredite” que se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes, siendo pasible de sanciones y penas la autoridad administrativa que omite ello (conforme párrs. 1º y 3º de aquella norma).

En el marco de la ley 27.348 no se prevé tal proceder, y por el contrario con la arbitraria cita del art. 15 de la LCT (que entonces se viola) se pretende otorgar carácter de cosa juzgada a un acto administrativo que cierra una instancia justamente por inexistencia de acuerdo (art. 16, res. 298/17 SRT). Es decir, intenta extraer dicha consecuencia del rechazo explícito por parte del dañado.

La violación de las normas es evidente: jamás puede surtir los efectos legales de la “cosa juzgada” por acuerdo (art. 15, LCT), un acto que deja constancia de la inexistencia de aquel. Tampoco podría extraerse dicha consecuencia aún del silencio, porque la lógica de la ley laboral lo prohíbe (art. 57, LCT).

En definitiva, con una burda alusión a la existencia de “cosa juzgada administrativa” se pretenden fulminar derechos indisponibles y de raigambre constitucional.

d) Mas sobre la “cosa juzgada administrativa”

Ha enseñado Gordillo que la expresión cosa juzgada “administrativa”, muy difundida, encierra una confusión con la cosa juzgada “judicial”. Explica el profesor citado que “cosa juzgada en sentido estricto es sólo la que se produce respecto de las sentencias judiciales”, pues la cosa juzgada administrativa implica tan sólo una limitación a que “la misma admi-

nistración” revoque, modifique o sustituya el acto (aunque podría hacerlo si con ello beneficia al interesado) y no impide que el acto sea impugnado y eventualmente anulado en la justicia³².

Aún cuando la administración no sea parte y un órgano de aquella se constituya en “tribunal” (hipótesis que como ya hemos visto es extremadamente excepcional en nuestro sistema constitucional), lo decidido jamás puede adquirir efecto de “cosa juzgada” que vede al interesado llevar la controversia a sus jueces con plenitud de debate (fáctico y jurídico). Lo obrado en sede administrativa, en función de ciertos pasos establecidos por una mera reglamentación, jugado a la vez a su suerte a la luz de lo que “decida” personal contratado (sin garantías de idoneidad, imparcialidad ni estabilidad para sí ni terceros), no puede borrar el derecho del dañado a llevar la pérdida de su integridad psicofísica (que para el asalariado constituye su bien más preciado) al Poder que la Constitución previó para ello.

La ley 27.348, como ya se ha dicho, inserta la intervención previa de un órgano administrativo en cuestiones atinentes al derecho común y entre privados. No tiene aptitud, por ende, para impedir que el legitimado por la normativa de fondo concorra, dentro del plazo de prescripción que aquella prevé, a la justicia ordinaria para el reconocimiento de su derecho.

El tránsito por la vía administrativa, frente a un órgano lego no jurisdiccional, no puede aniquilar un derecho que emerge de la normativa común y que debe naturalmente ser dilucidado por el poder constitucionalmente encargado de ello (arts. 109 y 116, CN).

Más aún cuando ni siquiera el propio legislador se animó a limitar la revisión a un plazo inferior al de la prescripción, ya que no ha sido la ley 27.348 sino la reglamentación (art. 16, res. 298/17 SRT) la que estableció el término en los quince días.

e) La “caducidad” en las adhesiones provinciales

Como adelantáramos al inicio, las adhesiones provinciales a la faz procedimental de la ley 27.348 (arts. 1º a 4º), han sido llevadas a cabo siguiendo en su mayoría el “modelo cordobés”.

La ley 10.456 de aquella provincia estableció (art. 3º) que los “recursos ante el fuero laboral” debían formalizarse “a través de la acción laboral ordinaria” dentro del plazo de “45 días hábiles judiciales” computados desde la notificación de la resolución emanada de la comisión médica jurisdiccional “bajo apercibimiento de caducidad”.

Corrientes (art. 3º, ley 6429) y Mendoza (art. 3º, ley 9017) adoptaron idéntica solución. Entre Ríos redujo el plazo a “15 días”, también bajo apercibimiento de “caducidad” (art. 5º, ley 10.532). Río Negro fijó el plazo en “60 días” (art. 7º, ley 5253), San Juan en “30 días” (ley 1709-K) y Tierra del Fuego en “20 días” (ley 1199). Buenos Aires, mediante la vigencia anticipada de ciertas cláusulas de su nueva normativa procesal, estableció el plazo en “90 días” (arts. 2, inc. j), y 103, ley 15.057). Sólo la Provincia de Jujuy (art. 8º, ley 6056) dispuso que los llamados recursos ante el fuero laboral deben formalizarse a través de la acción laboral ordinaria “dentro del plazo de prescripción conforme la legislación de fondo, contado desde la notificación de la resolución emanada de la comisión médica jurisdiccional”.

La pretendida “caducidad” que establecen las normas procesales (leyes locales ya citadas) es un agravio a los más básicos principios jurídicos.

f) La caducidad que afecta derechos sustanciales laborales

Hemos visto que según la redacción de la ley 27.348, el legislador impone el tránsito ante un órgano previo administrativo, permitiendo “apelar” el acto de cierre del funcionario que da cuenta de la inexistencia de acuerdo, y pretendiendo acordar alcances de cosa juzgada “en los términos del art. 15 de la LCT”.

En tal contexto, la subversión de la premisa constitucional (art. 109, CN) no puede purgarse clausurando el debate cuando ante un funcionario público el damnificado está manifestando su disconformidad con lo obrado, y la decisión de acudir a sus jueces. Así, la caducidad fijada por las leyes provinciales, y la que tácitamente establece una mera reglamentación de la SRT en el orden nacional, afecta la lógica constitucional y del derecho común de fondo. Jamás puede operar para borrar los plazos de prescripción dentro de los cuales los legitimados pueden hacer valer sus derechos sustanciales ante la justicia, conclusión a la que se arriba desde diferentes vías.

I. La caducidad y la prescripción

Desde antiguo la doctrina debate sobre el deslinde entre los conceptos de “caducidad” y “prescripción”.

Decía Acdeel Salas que no existe una teoría precisa y completa con la que se pueda distinguir netamente la caducidad de la prescripción³³. Sin embargo, hay cierto consenso al afirmar que el plazo de caducidad es aquel dentro del cual se debe realizar un acto que dará nacimiento o consolidará un derecho o una acción³⁴.

En materia de infortunios laborales, el derecho indemnizatorio nace con la contingencia que produce efectos dañosos.

II. La caducidad de los derechos laborales

Conocedor de los alcances jurídicos del término, el legislador laboral fue celoso y tajantemente sentó, en el art. 259

de la LCT, que “no hay otros modos de caducidad que los que resultan de esta ley”.

La norma vigente establece entonces que la caducidad en el marco del contrato de trabajo solo puede resultar de la LCT. Por ello, aún cuando fuera de su redacción taxativa se considerase que la caducidad pudiera fijarse por cuerpo normativo con su misma jerarquía legal, nunca podría sostenerse que aquella puede derivar de una mera reglamentación (resoluciones de la SRT) o de leyes provinciales que no pueden regular afectando derechos de fondo. Lo contrario implica violentar las directivas constitucionales (arts. 31, 75, inc. 12, y cctes., CN).

Ha explicado De la Fuente que la “ratio” o el “espíritu” del art. 259 LCT tiene una clara finalidad protectora, pues con dicha norma se trata de descalificar las caducidades que pudieran perjudicar al trabajador, en cuanto podría constituirse en un peligroso medio para convalidar renunciaciones de derechos irrenunciables.

El mismo autor dijo expresamente: “... estas caducidades no podrán ser establecidas por leyes provinciales, pues los estados locales no tienen facultades para restringir temporalmente el ejercicio de los derechos sustanciales... De igual modo, y sin perjuicio del impedimento constitucional, dichas caducidades locales tampoco podrían ser válidas si en la práctica redujeran, en perjuicio del trabajador, los plazos prescriptivos establecidos por la ley, que son absolutamente inmodificables, en la medida en que violarían tanto las normas como los principios consagrados por la LCT (arts. 256 y 259)”³⁵.

A la misma solución arribó oportunamente la jurisprudencia, resolviendo que mediante un plazo de caducidad no puede abreviarse el término de prescripción que para los reclamos establecen las normas de fondo³⁶. Doctrina que, como se verá, fijó el Máximo Tribunal de la Nación.

Cabe agregar, por otro lado, que la interpretación y aplicación restrictiva de la caducidad, que es válida para todo el derecho, debe ser aún más estricta en el ámbito laboral siempre que se afecten derechos reconocidos al trabajador, cuya subsistencia debe favorecerse³⁷. En el mismo sentido se ha expedido incluso la doctrina civil, al afirmar que esta directriz “tiene más validez aún en el campo del derecho laboral, porque el acreedor es el obrero”³⁸.

III.- La jurisprudencia de la Corte Suprema

La Corte Suprema se ha expedido desde antiguo, en señeros pronunciamientos, sentando doctrina que resulta de interés para la hipótesis que nos ocupa.

En efecto, al fallar la causa “Shell-Mex Argentina Ltda. c. Poder Ejecutivo de Mendoza”³⁹ expresó que la fijación de un plazo para deducir demanda, establecido por normas locales, es inválido si ello resulta incompatible con principios o garantías de la Constitución Nacional o con disposiciones de aquella legislación que es constitucionalmente privativa de la Nación.

En el caso se trataba del impedimento para deducir la acción de repetición que preveía el art. 794 del Código Civil, al haber transcurrido un plazo de treinta días desde la notificación de una resolución administrativa. Se arguyó entonces que, con eso, se violaba el plazo de prescripción que fijaba el art. 4023 del Código Civil.

Dijo expresamente la Corte: “... imponer para promoverla un plazo inferior al de la pertinente prescripción del Código Civil importa invadir con el régimen legislativo local una materia exclusiva de la legislación nacional”. Sentando que aquella norma que “declara caduca la acción” legislada en el Código Civil “por aplicación de un término fijado en la ley provincial” vulnera “la supremacía de la legislación de fondo en cuanto a la prescripción de la acción de que se trata y viola por consiguiente los arts. 31, 67 inc. 11 y 108 de la Constitución Nacional”.

La misma doctrina había establecido con anterioridad, en el caso “Rogelio H. García y otros c. Provincia de Entre Ríos”⁴⁰, donde recordó que la prescripción es materia propia de las leyes de fondo, cuya reducción -como dictaminara el Procurador General- “excede visiblemente a las facultades de la legislatura provincial”, que también en un caso de repetición había reglado que la demanda debía deducirse “dentro del mes” contado desde que se afectara el derecho patrimonial del contribuyente.

IV.- Los plazos de prescripción que se encuentran vigentes

La jurisprudencia reseñada en el apartado anterior mantiene lozanía resultando claro que la normativa procesal (leyes de adhesión que reducen el tiempo para la “acción ordinaria” que reconocen) no puede abreviar el plazo de prescripción de la ley de fondo.

La conclusión abarca también al plazo fijado por el Superintendente de Riesgos del Trabajo, ya que obviamente carece de poder para modificar los plazos de prescripción establecidos por las mismas leyes de fondo.

En efecto, la ley 24.557 dicta en su art. 44 (inc. 1°): “Las acciones derivadas de esta ley prescriben a los dos años a contar de la fecha en que la prestación debió ser abonada o prestada y, en todo caso, a los dos años desde el cese de la relación laboral”.

De acuerdo a la normativa vigente, los damnificados directos y derechohabientes gozan de un plazo de dos años para reclamar judicialmente. Más aún: si el plazo se computa desde que la prestación debió ser abonada, para el caso de aquellas derivadas de incapacidades definitivas no podría comenzar antes del tránsito por la comisión médica (que la ley 27.348 coloca como obligatorio). Es decir que recién a partir de la conclusión de la vía administrativa comenzaría a contar el plazo para reclamar judicialmente.

Se trata de la única interpretación coherente, ya que la propia ley 27.348 (art. 15) estableció además que las acciones con fundamento en otros sistemas de responsabilidad solo podrán iniciarse una vez agotada la vía administrativa. Acciones para las cuales también se establece el plazo bianual de prescripción (arts. 258 LCT y 2562, inc b), CCCN).

De lo contrario la sinrazón del titular de la SRT y de las legislaturas provinciales engendraría nuevos inconvenientes, como luego se verá.

Por otro lado, esta clase de caducidades no puede tener cabida en el marco del derecho del trabajo, donde existe prohibición expresa y absoluta de modificar los plazos de prescripción (art. 256, LCT), de modo que no es posible reducirlos directa ni indirectamente (como se pretende por vía reglamentaria en el orden nacional y por normas procesales en campo provincial).

V.- Los efectos del tránsito administrativo

Contrariamente a lo pretendido por la reglamentación de la SRT y por las normas provinciales, en la lógica del derecho del trabajo el tránsito administrativo no acelera el plazo para recurrir a la justicia ni importa caducidades. En oposición, debería acarrear la interrupción de la prescripción y la suspensión del curso de aquella (art. 257, LCT). Habiendo advertido la propia Corte Suprema que la norma laboral conserva todos sus efectos⁴¹.

Es obvio adunar que si en el marco de la ley 27.348 a las caducidades se las pretende “procesales” (no referidas a toda la instancia sino al recurso), es extremadamente burdo que un acto administrativo que refleja un “desacuerdo” del sujeto constitucionalmente tutelado (art. 14 bis, CN) con lo obrado en el marco de un trámite kafkiano donde no se puede ejercer con suficiencia, amplitud e idoneidad el derecho de defensa que también garantiza la Constitución como principio básico (art. 18, CN), tenga aptitud para clausurar todo debate ante los tribunales cuya intervención impusieron los constituyentes (art. 109, CN).

La vulneración de derechos así engendrada importaría borrar la tutela que otorgan las leyes de fondo (en el caso, la especial de accidentes) por la vía del absurdo. Escenario que llamativamente algún Tribunal comienza a tolerar sin realizar el mínimo análisis ni cuestionamiento⁴², circunstancia que no deja de apoderar la atención.

f) La posible nulidad de lo actuado con el patrocinio letrado de la propia SRT.

Mediante el art. 36 (párr. 2º) de la res. 298/17, la SRT ha previsto un sistema de patrocinio gratuito.

En un esquema donde se pretende que lo actuado en sede administrativa condicione la vía judicial, en el cual se inserta un plazo para “apelar” o la sanción de “caducidad” para la promoción de la acción ordinaria, es evidente que el damnificado debe contar con un asesoramiento real e independiente.

Hemos visto por otra parte que la alusión al art. 15 de la LCT no tiene en general cabida en el diseño del procedimiento diagramado por la ley 27.348. La única alternativa que haría viable la operatividad de la norma sería el caso del acuerdo, solo sobre lo expresamente controvertido (es decir, resultando inválida la fórmula “sin mas nada que reclamar por cualquier otro concepto”).

Pero aún en caso de convenio, aquel debería estar precedido de un real resguardo de los derechos sustanciales en juego, pues resulta evidente que un “acuerdo” no puede ser la vía para vulnerar los derechos de sujetos hiposuficientes en situación de emergencia. De allí que aún los “acuerdos homologados” serían posibles de ser cuestionados, si en los mismos ha intervenido el patrocinio provisto por la SRT.

Ello en función de los argumentos expuestos en el Dictamen que emitiera, con fecha 7 de noviembre de 2018, el Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio de Abogados de San Isidro, a cuyos fundamentos remitimos⁴³.

g) Colofón

Dos son los temas que, al hallarse íntimamente relacionados, hemos abordado en este título: el alcance de la alusión a la “cosa juzgada administrativa” y la implantación de una “caducidad” que impediría demandar sin hallarse prescripta la acción.

En torno al primero de los tópicos, queda claro: a) que no puede existir “cosa juzgada” frente a un acto de cierre sin acuerdo de un “Servicio de homologación”; b) que el art. 15 de la LCT (sobre el que reposa la ley 27.348 por propia decisión) no regula ninguna “cosa juzgada” por fuera de un acuerdo entre partes debidamente homologado; c) que en materia administrativa la cosa juzgada es un instituto concebido en principio para evitar que el Estado vuelva sobre sus pasos en perjuicio del particular y no para coartar el ejercicio de los derechos de este último; d) que tampoco puede hablarse de cosa juzgada que clausure la posibilidad de acudir a los jueces de la Constitución cuando la decisión emerge de un tránsito administrativo donde no rigen todas las garantías del debido proceso legal⁴⁴.

Y en relación al segundo de los aspectos tratados, se impone considerar: a) que existiendo plazos de prescripción estos no pueden violarse por la creación de caducidades; b) que la cuestión atañe al derecho de fondo (y no al de forma) razón por la cual no pueden las provincias inmiscuirse; c) que la caducidad es un instituto limitado y mas lo es en materia laboral donde rigen prohibiciones para su implantación.

Aglutinando todo ello, puede concluirse:

Si existe un derecho al resarcimiento que nace ante una contingencia que causa daño, y aquel se reconoce en una ley de fondo (LRT) operativa de una cláusula constitucional que garantiza la indemnización ante el perjuicio injustamente padecido (art. 19, CN), la instauración de un sistema procesal previo administrativo jamás puede agravar el derecho del ciudadano de someter el conflicto a sus jueces.

Ese derecho se encuentra regulado, nuevamente, por leyes de fondo que establecen a su vez plazos de prescripción, mientras que las caducidades extinguen el derecho (art. 2566, CCCN).

Es evidente entonces, en tal contexto, que el derecho de fondo nacido de la contingencia no puede extinguirse por el paso previo ante un organismo federal, sin control de la justicia ordinaria (los jueces locales). Menos aún puede ello ser así, si los propios legisladores locales están postulando la posibilidad de acudir a una “acción ordinaria” (que obviamente no es un recurso, y por ende la caducidad no es procesal).

Tampoco es jurídicamente correcto que, habiendo plazos de prescripción uniformes para todos los trabajadores del país, las legislaturas locales acorten esos plazos y así exista discriminación entre los damnificados. La existencia del derecho de fondo no puede quedar atado a las alternativas sobre la competencia.

En el cuestionamiento queda obviamente atrapado el absurdo plazo de quince días que se establece por vía reglamentaria en el seno de la SRT, para interponer un mero “recurso en relación”, pues ya hemos visto hasta el hartazgo que el derecho a acceder a los jueces no puede ser retaceado: el sistema adoptado por los constituyentes es “judicialista”, los propios tribunales han dicho que el apartamiento de aquel constituye una limitadísima excepción donde debe garantizarse una revisión plena⁴⁵, y el daño a la salud de un sujeto especialmente tutelado enlaza derechos constitucionales tan fuertes (arts. 14 bis y 19) que resulta un contrasentido absoluto quitar allí, a ese ciudadano trabajador que se ha lesionado, la básica posibilidad de acudir a un juez dentro del plazo de la prescripción, como sí se reconoce a quienes se dañaron sin mediar subordinación ni dependencia⁴⁶.

Tampoco se ha comprendido que en ese desaguizado queda atada incluso la acción común, que supuestamente puede ser optada luego de un tránsito administrativo (art. 4º, ley 26.773, texto según ley 27.348), y que aún desconocida la obligación de la aseguradora en sede administrativa y firme la supuesta “caducidad” ello no podría impedir el inicio del pleito por reparación plena. Es decir que la solución perjudicaría al empleador (si con ello perdiera cobertura), o exhibiría otra vez la sinrazón del sistema si la acción común prosperase y la aseguradora debiera asumir de todos modos la porción sistémica (art. 6º, ley 26.773).

En definitiva, la intención de violentar la lógica del derecho no puede surtir efectos: la intervención de jueces para dirimir conflictos de derecho común, dentro del plazo de la prescripción fijado por la ley de fondo, no puede ser limitada. Demás está decir que ese plazo prescriptivo no fue fijado para la interposición de “recursos”, sino para llegar a los jueces con amplitud de debate sobre hechos, prueba y derecho.

Recurrentemente se aduce, con cita de Planiol, que la razón que ha determinado implantar la prescripción extintiva hace al “interés del orden y de la paz social” en función de las cuales “conviene liquidar el pasado y evitar litigios sobre contratos o hechos cuyos títulos se han perdido y cuyo recuerdo se ha borrado, acudiéndose de esta manera en auxilio de los deudores”⁴⁷.

Nada de ello es aplicable en este terreno: la contingencia padecida, cuando la acción no está prescripta, no pertenece al pasado, su recuerdo no se ha borrado para la víctima, y la ley no precisa auxiliar a la aseguradora para extinguir ve-lozmente una deuda cuya existencia y extensión es pasible de ser discutida ante los tribunales.

Notas

- ¹ CSJN, 7/9/04, “Castillo, Angel S. c. Cerámica Alberdi S.A.”, CSJN-Fallos, 327:3610, consid. 6º, párr. 1º.
- ² La Corte Suprema ha reconocido claramente que las comisiones médicas son “organismos de orden federal” (CSJN, 17/4/12, “Obregón, Francisco V. c. Liberty ART”, O. 223.XLIV, en www.csjn.gov.ar, consid. 3º).
- ³ CSJN, 2/11/78, “Giménez, Inés Argentina c. Heredia Hnos. S.A.C.I.”, CSJN-Fallos, 300:1159.
- ⁴ CSJN, 20/10/17, “Defensor de pobres, incapaces y ausentes c. Empresa Ferrocarril Central Argentino”, CSJN-Fallos, 126:315.
- ⁵ CSJN, 19/9/60, “Fernández Arias, Elena c. Poggio, José”, CSJN-Fallos, 247:646.
- ⁶ Cassagne, Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso “Ángel Estrada”), LL, 2005-C-736.
- ⁷ CSJN, 7/9/04, “Castillo, Angel S. c. Cerámica Alberdi S.A.”, TySS, 2004-754.
- ⁸ CSJN, 5/4/05, “Angel Estrada y Cía. S.A. c. Secretaría de Energía y Puertos”, CSJN-Fallos, 328:651.
- ⁹ Cassagne, Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso “Ángel Estrada”), LL, 2005-C-736.
- ¹⁰ CSJN, 16/4/98, “Litoral Gas S.A. c. ENARGAS”, CSJN-Fallos, 321:776, consid. 6º.
- ¹¹ Cassagne, Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso “Ángel Estrada”), LL, 2005-C-736.
- ¹² CSJN, 7/3/06, “Díaz, Timoteo F. c. Vaspia S.A.”, CSJN-Fallos, 329:473, consid. 15, último párrafo, del voto de la doctora Argibay.
- ¹³ Kemelmajer de Carlucci, La ley sobre riesgos del trabajo 24.557 y los principios generales del derecho de daños desde la óptica del derecho constitucional, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, nº 15, 1997, p. 265.
- ¹⁴ CSJN, 1/4/86, “Novo, Manuel A. s/Concurso preventivo”, CSJN-Fallos, 308:423.
- ¹⁵ Benavente, en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Highton - Areán (dirs.), 2006, t. 5, p. 323.
- ¹⁶ Morello - Sosa - Berizonce, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, 2ª ed., 1988, t. III, p. 88.
- ¹⁷ Palacio, Manual de derecho procesal civil, 1965, t. II, p. 380.
- ¹⁸ CSJN, 15/11/05, “Massani de Sese, Zulema M. c. ANSeS”, CSJN-Fallos, 328:4044.
- ¹⁹ Gelli, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 3ª ed., 2007, p. 50.
- ²⁰ CSJN, 6/10/94, “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c. Santa Fe, Provincia de”, CSJN-Fallos, 317:1195, consid. 8º del voto del doctor Fayt.
- ²¹ CSJN, 7/9/04, “Castillo, Ángel S. c. Cerámica Alberdi S.A.”, CSJN-Fallos, 327: 3610, consid. 4º, párr. 1º y 6º, párr. 3º.
- ²² Gelli, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 3ª ed., 2007, p. 672.
- ²³ CSJN, 9/12/57, “Sociedad Com. e Ind. Giménez Vargas Hnos. c. Provincia de Mendoza”, CSJN-Fallos, 239:343.
- ²⁴ CSJN, 7/9/04, “Castillo, Ángel S. c. Cerámica Alberdi S.A.”, CSJN-Fallos, 327: 3610, consid. 7º, párr. 1º.
- ²⁵ Morello, El sistema de justicia en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, JA, 1995-I-918.
- ²⁶ Moreno, Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Comentada, concordada y con notas de jurisprudencia, 2008, p. 81.
- ²⁷ Cassagne, Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso “Ángel Estrada”), LL, 2005-C-736.
- ²⁸ Cassagne, El acceso a la justicia administrativa, en www.cassagne.com.ar/publicaciones/_El_acceso_a_la_justicia_administrativa.pdf
- ²⁹ Cassagne, nota anterior.
- ³⁰ CSJN, 14/8/36, “Carman de Cantón, Elena c. Gobierno de la Nación”, Fallos 175:368.
- ³¹ Cassagne, Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional, ED, 45-829.
- ³² Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, 10 ed., 2011, t. 3, cap. VI, p. 3.
- ³³ Salas, Prescripción, caducidad y plazo preclusivo, JA, 1944-I-336.
- ³⁴ López Mesa, Curso de derecho de obligaciones, 2º ed., 2018, t. 2, p. 377.
- ³⁵ De la Fuente, en Tratado de derecho del trabajo, Antonio Vázquez Vialard (dir.), 1984, t. 5, p. 719.
- ³⁶ CNAT, Sala IV, 15/9/58, “De Gennaro, Domingo c. Diadema Argentina S.A.”, DT, 1959-534.
- ³⁷ De la Fuente, ob. cit., t. 5, p. 718, nota 76, con cita de Plá Rodríguez, Hueck-Nipperdey, y Ojeda Avilés.
- ³⁸ Moisset de Espanés, Reflexiones sobre la interrupción y la suspensión de la prescripción en materia laboral, ED, 54-771.
- ³⁹ CSJN, 27/12/44, “Shell-Mex Argentina Ltda. c. Poder Ejecutivo de Mendoza”, Fallos, 200:444.
- ⁴⁰ CSJN, 20/7/42, “Rogelio H. García y otros c. Provincia de Entre Ríos”, Fallos, 193:231.
- ⁴¹ CSJN, 2/12/08, “Sallent, Adrián c. Banco Itau Buen Ayre S.A.”, LL, 2009-F-420; idem, 2/12/08, “Lombardo, Héctor R. c. BBVA Banco Francés S.A.”, LL, On Line.
- ⁴² STJ Córdoba, 19/3/19, “Pérez, Hugo J. c. Asociart ART S.A.”, RC J 2130/19.
- ⁴³ “Mediante la ley 27.348 el legislador nacional buscó imponer el tránsito obligatorio, previo y excluyente por comisiones médicas federales, en un tema atinente al derecho común y entre privados como el relativo a los riesgos del trabajo. Procuró para ello adhesiones provinciales

que cedieran a organismos de la órbita del Poder Ejecutivo Nacional competencias correspondientes a los poderes judiciales locales.

En ese marco, el art. 1º de la ley citada determinó que en todo el trámite administrativo el trabajador debía contar con patrocinio letrado.

Sin perjuicio de los reproches de constitucionalidad de un sistema así diseñado, lo cierto es que el paso previo por un órgano administrativo cuya actuación enmarca luego a la mera “revisión” judicial, adquiere medular relevancia. Fácil es advertir que lo allí actuado podrá condicionar la existencia y alcance de derechos de fondo que requieren especial tutela, por claro imperio constitucional.

No solo se encuentra en juego la tutela del trabajador (arts. 14 bis, CN), sino que la protección se debe exacerbar, pues lo dañado (19, CN) habrán sido su salud y su vida misma.

En tal contexto, donde la asistencia jurídica tiene una función capital, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo establece por vía reglamentaria la provisión al damnificado de “patrocinio letrado en forma gratuita” (art. 36, párr. 2º, Res. 298/17 SRT).

Es evidente que, si bien se alude allí a pretendidos efectos de “asegurar la asistencia letrada del damnificado en resguardo de la garantía del debido proceso” (norma citada), aquella no se llena con asistencia jurídica provista por la propia Superintendencia, pues de ella depende el mismo órgano decisor. El resguardo prístino del derecho de defensa (art. 18, CN) exige que se trate de profesionales con total independencia técnica y económica, ajenos al sistema.

Más aún cuando las comisiones médicas son financiadas por las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (art. 50, ley 24.557), que entonces son parte del conflicto de derecho individual que mantienen con el damnificado, y a la vez son aportantes económicas (por imperio legal) del organismo decisor que las debe juzgar. Por esa vía, financian a la par a los pretensos asesores de las víctimas.

La Superintendencia incluso procede a facultar “a la Gerencia General para que de manera excepcional y transitoria, previo al funcionamiento de un cuerpo de patrocinio gratuito, determine los abogados que ejercerán, en aquellos casos que requieran los damnificados o derechohabientes, según corresponda, el patrocinio letrado en los procedimientos instituidos por la Res. SRT 298 de fecha 23 de febrero de 2017” (art. 1º, Res. 319/17 SRT).

Ello en una parcela esencial, que hace al derecho de defensa de los trabajadores y a la verdadera protección de sus créditos en situación de vulnerabilidad.

Por otra parte, se dice en el art. 37, párr. 1º de la Res. 298/17 de la SRT que “no devengará honorarios a cargo de las aseguradoras de riesgos del trabajo o empleadores autoasegurados la actuación de los letrados pertenecientes al Servicio de Patrocinio Gratuito que asista al damnificado”. Lo cierto entonces es que la reglamentación convierte al patrocinio gratuito para el trabajador, en realidad, en actuación gratuita favorable a la aseguradora (que entonces no debe asumir las costas correspondientes).

La dependencia de los citados profesionales integrantes del cuerpo de la propia Superintendencia, que se hallan defendiendo intereses contradictorios (pues son parte del propio órgano decisor cuyo proceder deben controlar y cuyas decisiones debieran apelar, financiado a su vez por las ART ya que de ese modo lo fija la ley), pone en riesgo de convertir al proceso que así se instrumenta en un escenario donde los derechos fundamentales resulten vulnerados.

Se insta del mismo modo un cuerpo de profesionales carentes de independencia (y de estabilidad), para actuar “gratuitamente” (ya se ha visto que en rigor no es así) en temas de contenido patrimonial, con cooptación del damnificado que en estado de necesidad se aviene a la “oferta” y carece así de real asesoramiento profesional”.

⁴⁴ La Corte Suprema ha explicado que “cualquier actuación de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal, pues es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber” (CSJN, 26/6/12, “Losicer, Jorge A. c. BCRA”, Fallos, 335:1126).

⁴⁵ Véase al respecto el desarrollo efectuado por la Suprema Corte de Buenos Aires para explicar que la revisión amplia y suficiente no se satisface con un mero recurso: SCBA, 22/12/08, “Colegio de Bioquímicos de la Provincia de Buenos Aires c. doctor M. H.M.”, Juba, A. 68.782.

⁴⁶ Recuérdese que cualquier limitación a una garantía de esta índole nace con sospecha de inconstitucionalidad. Adunándose que rige el principio “pro actione”, en relación al cual se ha dicho: “Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación mas justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio pro actione hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido mas favorable al acceso a la jurisdicción” (Perrino, El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, Rev. Derecho Público, 2003-I, Proceso administrativo-I, p. 257, con cita del Informe 105/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitido con fecha 29/9/99 en el caso “Palacios, Narciso – Argentina” y publicado en LL, 2000-F-594).

⁴⁷ Cfr. Brito Peret, Anotaciones sobre la prescripción y caducidad en la Ley de Contrato de Trabajo, TySS, 1975-584.

Reclamo de derecho común

1. Introducción

El sistema especial pretende ceñir la intervención de la justicia especializada del trabajo a un rol residual, mediante la implantación del tránsito obligatorio por comisiones médicas federales y la mera revisión judicial de sus decisiones.

Pero las disposiciones del régimen de riesgos del trabajo tienen incidencia también sobre la competencia que corresponde a las acciones comunes, pues mediante la ley 26.773 se intenta que las demandas por reparación plena sean tramitadas ante la justicia civil.

El art. 4° de la ley 26.773 (que implantara la opción excluyente) establece en su último párrafo que *“en los supuestos de acciones judiciales iniciadas por la vía del derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil”*.

Posteriormente, en el inc. 2° de su art. 17, la misma ley dispone: *“A los efectos de las acciones judiciales previstas en el art. 4°, último párrafo de la presente ley, será competente en la Capital Federal la Justicia Nacional en lo Civil. Invítase a las provincias para que determinen la competencia de esta materia conforme el criterio establecido precedentemente”*.

Existe entonces, por imperio del régimen especial, una doble “invitación” a las provincias: a) aceptar el sistema del Título I de la ley 27.348 en cuanto al tránsito por las comisiones médicas; y b) mutar la competencia natural de la justicia del trabajo cuando la acción se funde en el derecho civil.

La remisión a la justicia civil (que rige para la Capital Federal sin necesidad de adhesión), tal como se realiza por la norma, requiere del análisis de sus límites. Pero también impone el estudio de los agravios que entraña, al mutar la competencia del fuero laboral y desconocer su capacidad para atender a esta clase de conflictos, con afectación de la tutela que merece quien pretende una reparación plena sin borrar por ello la naturaleza del vínculo.

2. El fuero especializado del trabajo y las acciones de derecho común

La justicia del trabajo fue creada por decr. 32.347 del año 1944¹. Su razón de ser fue clara, y ha sido expresada en un fallo de la Corte que Podetti calificara como “de extraordinaria trascendencia”². Se dijo en él que tanto los fundamentos del decreto, como los términos amplios en que está redactado, ponen claramente de manifiesto el propósito definido de someter los juicios que versen sobre cuestiones referentes al derecho del trabajo a procedimientos adecuados a la índole de esos asuntos y a tribunales de justicia especializados en los mismos con el fin de obtener la mejor y más rápida solución de los respectivos litigios³.

Cuando Podetti redactó las palabras preliminares de su clásico “Tratado del proceso laboral”, confesó que anteriormente había considerado innecesaria la creación de un fuero del trabajo para dirimir o componer las divergencias o conflictos entre dependientes y empleadores. Más luego allí consignó, tajantemente: *“...he llegado a la conclusión de que no pueden coexistir, ante un mismo tribunal, el proceso ordinario y el del trabajo. En tal coexistencia el primero transmite al segundo su formulismo y lentitud y ahoga las normas que agilizan y hacen más humano al segundo”*⁴.

Como apuntara Masnatta, el conflicto derivado de las relaciones del trabajo, por su complejidad, por su finura, por sus propias necesidades, se escurre de la trama gruesa de la justicia ordinaria. Por eso requiere un tipo de proceso gratuito y rápido, la reducción de las formas a lo que estrictamente lo exija la garantía del ejercicio del derecho de defensa, y el desenvolvimiento de la libre iniciativa del juez evitando asimismo que los litigantes tiendan y caigan en redes⁵.

Teniendo en cuenta ello, el art. 20 de la ley 18.345 determina la competencia de la justicia laboral en las causas relativas a los contratos de trabajo *“aunque se funden en disposiciones del derecho común”*.

El inc. a) del art. 21 de la misma ley, a su vez, decreta la misma competencia en *“las causas en las que tenga influencia decisiva la determinación de cuestiones directamente vinculadas con aspectos individuales o colectivos del derecho del trabajo”*.

La razonabilidad de las normas es evidente: el derecho común se aplica en toda clase de vínculos, pues resulta en derecho general que hace innecesario replicar disposiciones en los diversos ordenamientos. La posible aplicación del articulado del Código Civil y Comercial no muta al reclamo de reparación de un daño de origen laboral en una acción puramente civil.

Por otro lado, en todo juicio sobre accidente o enfermedad laboral se encuentran en juego aspectos relativos a dicho vínculo. El daño ocurre en situación de dependencia, y en tal contexto deben ser valorados los hechos al igual que el derecho. Se debaten en esos casos una pléyade de cuestiones reguladas en primer término por el derecho laboral, a las que se adunan disposiciones civiles para conformar el llamado derecho de daños laborales, como reiteradamente hemos ex-

puesto en la tesis.

La escisión de ambas parcelas importa desconocer la realidad y obrar arbitrariamente, fomentando la violación del esquema protectorio que no puede borrarse por el hecho de que el dañado procure un derecho que le garantiza la Constitución Nacional (art. 19). Despojarlo allí de la protección que merece es castigarlo por intentar la reparación.

El reclamo por el daño acaecido en el marco de un contrato laboral, cualesquiera sean las normas en que el pedido de reparación se funde, debe ser tramitado por el magistrado especializado del trabajo. No se trata de una mera acción civil.

Ha dicho la Corte que “corresponde declarar la competencia de la justicia del trabajo para conocer en la causa, no obstante que, con citas del Código Civil, se persigue el resarcimiento de perjuicios derivados de supuestos hechos ilícitos, cuando no puede negarse la influencia decisiva que, en el resultado final del pleito, ha de tener la determinación de cuestiones de directa vinculación con el derecho del trabajo y las normas que lo reglamentan”⁶.

La jurisprudencia del Máximo Tribunal está demostrando que en tal contexto el trámite de las acciones que procuran el resarcimiento de daños con base en preceptos civiles corresponde a la justicia laboral. La Corte lo ha decidido incluso en las acciones donde no sólo se debatía la responsabilidad del empleador, y así ha dicho que correspondía a la Justicia Nacional del Trabajo tramitar la causa iniciada por el dependiente contra aquél, la ART y sus prestadores (incluyendo a cada uno de los médicos intervinientes), en virtud de los daños padecidos frente a un accidente laboral y la deficiente atención recibida, pues el sustento de la pretensión se hallaba enraizado en cuestiones directamente vinculadas con aspectos individuales del derecho del trabajo⁷.

3. La subsistente naturaleza laboral del conflicto

La forma o manera de fijar la competencia o la capacidad del juez para conocer en un determinado asunto reviste fundamental importancia para la correcta instrucción y decisión de los juicios, y tiene raíces constitucionales⁸. Por ello la atribución de competencia no puede ser antojadiza o arbitraria, y menos aún con fines inhibitorios del acceso a la justicia como pretendiera la ley 26.773⁹.

Enseña Redenti que para determinar la materia a efectos de la competencia, se exige que la contemplación de la *causa petendi* se remonte hasta considerar la naturaleza del verdadero derecho subjetivo primario, o de la relación jurídica que se trata de defender. Lo que cuenta es la verdadera sustancia de las cosas¹⁰.

Es la materia del pleito, cualitativamente considerada, el elemento determinante de la competencia: se refiere a la naturaleza del asunto que motiva el litigio.

Como ya hemos dicho, cuando la acción procura el resarcimiento de perjuicios en función del trabajo, nos hallamos en el terreno del derecho de daños laborales. La pretensión consiste en la reparación del menoscabo patrimonial y extrapatrimonial sufrido en tal contexto, y el deudor es el empleador, los sujetos relacionados con aquel en el marco de la ley laboral, o su aseguradora.

La naturaleza laboral del asunto no muta por los preceptos en juego, pues la normativa civil se halla presente en todo tipo de relaciones (siendo que rige los más variados aspectos de las obligaciones), y opera considerando las particularidades del conflicto (del mismo modo que acontece en relación a los consumidores).

Lo trascendente es que la contienda obedezca a la existencia de la relación laboral; que esta última haya sido su seno. Por ello la Corte Suprema ha resuelto: “Es competente la justicia del trabajo en la acción que persigue el resarcimiento de daños y perjuicios derivados del uso indebido de la imagen de la actora, con fundamento en normas del Código Civil, si la utilización de la imagen tuvo fundamento en una relación contractual de índole laboral entre la actora, modelo publicitaria, y el demandado, productor publicitario”¹¹. La jurisprudencia citada es sólo una muestra que incluso resulta innecesaria desde que, como hemos ya señalado, el legislador oportunamente consideró propio de los jueces laborales la resolución de contiendas entre trabajadores y empleadores aun cuando se funden en el derecho común (art. 20, ley 18.345).

La previsión que contiene el último párrafo del art. 4° de la ley 26.773, atada con la opción, lleva a burdos resultados: a modo de ejemplo, si el cobro de una suma de dinero importa ejercicio de la opción y en una de las vías se aplican todas las normas y principios del derecho civil, la percepción del capital sin reservas borraría los intereses (art. 899, inc. c), CCCN). Ello cuando no pueden eliminarse las protecciones propias para esta clase de vinculaciones (art. 260, LCT). La inconsecuencia del legislador es manifiesta, y explícito que su único objetivo es desalentar la reparación plena. De otro modo no se comprende por qué intenta dar un purista tratamiento civil a tales casos y a la vez prohíbe los pactos de cuota litis (art. 17, ap. 3°, ley 26.773).

4. La necesaria vigencia del principio protectorio durante el proceso

Tal como apuntara la Corte, el principio protectorio se halla destinado a comprender “todos los aspectos” del universo del derecho al trabajo¹², y por ende se proyecta sobre las normas procesales¹³ desde que el proceso tiene como fin lograr la efectiva realización del derecho¹⁴ de fondo.

De allí que el proceso que trata sobre un infortunio laboral, cualquiera sea la normativa invocada, jamás puede escindir de la competencia natural otorgada para las acciones derivadas del trabajo, ya que el principio protectorio opera siempre que se halla en juego esa clase de derechos.

La Corte Suprema ha dicho que a fin de determinar el carácter de un proceso no basta indagar la naturaleza de la pretensión, sino que es necesario además examinar su origen, así como la relación de derecho existente entre las partes¹⁵.

Cuando el dependiente ha sido víctima del infortunio y él o su familia procuran reparación, la protección debe operar más allá de la normativa común invocada, en virtud de los derechos comprometidos (a la salud y a la vida), el principio violado (art. 19, CN) y los sujetos involucrados (art. 14 *bis*, CN). Es irrazonable borrar los caracteres de la dependencia cuando aquella subsiste sin que la elimine la norma que materializa la obligación de reparar.

Son múltiples las disposiciones que garantizan el acceso a una justicia especializada.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su art. XVIII que toda persona debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare. Consagra, indudablemente, el derecho irrestricto a una tutela judicial efectiva. Paralelamente a tal instrumento se emitió, en el año 1948, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, que tiene por objeto declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye *el mínimo de derechos* de que ellos deben gozar en los Estados americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables (art. 1º). En su art. 36, la citada Carta establece que “en cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos”.

La simple lectura de ambos preceptos citados evidencia la obligatoria intervención de tribunales especializados para dirimir los conflictos laborales (art. 36), como derecho de mínima (art. 1º). Habiendo resuelto la Corte Suprema que la Carta regional es susceptible de ser aplicada “*para el control del derecho interno*”¹⁶ (tal como sería el caso de la ley 26.773).

Siendo además que sus disposiciones pueden servir de instrumento interpretativo de los derechos y garantías plasmados en otros instrumentos convencionales americanos¹⁷, cabe concluir, sin hesitación, que el derecho del trabajador a ser oído (art. 8º, Convención Americana sobre Derechos Humanos) o amparado (art. 25, *ídem*) judicialmente, sólo se llena cabalmente en la medida que intervenga un tribunal “especializado” en la materia laboral.

Así lo receipta, asimismo, la moderna normativa constitucional (art. 39, ap. 1º, Const. de la Provincia de Buenos Aires).

Por ello, siendo que la tutela judicial debe ser efectiva, se viola la verdadera dimensión del amparo consagrado en los arts. 14¹⁸ y 18 de la Const. Nacional, en la medida que el trabajador y su familia resulten desposeídos del fuero especializado y se pretenda borrar la particularidad del conflicto. Ello es lo que ocurre con la ley 26.773, que se empecina en desconocer el carácter de dependiente y borra la mínima protección a un extremo que ni siquiera alcanzaran anteriores leyes flexibilizadoras.

En efecto, cuando la ley 24.028 se sancionó en reemplazo de la ley 9688 (y sus modificatorias) a los fines de instaurar un nuevo régimen de reparación de accidentes de trabajo, pretendió también mermar la competencia de la justicia especializada. Lo hizo consignando, en los dos últimos párrafos de su art. 16, lo siguiente: “Para las acciones de derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil con excepción de lo dispuesto en los arts. 13 y 17 de esta Ley. En la Capital Federal será competente la justicia civil. Invítase a las provincias para que determinen la competencia en esta materia, según el criterio establecido precedentemente”.

La remisión a lo dispuesto en el art. 13 de la misma ley 24.028 implicaba, entre otras cosas, que los acuerdos conciliatorios o transaccionales sólo serían válidos previo cumplimiento de los requisitos del art. 15 de la *LCT* (lo que imponía la existencia de resolución “fundada” que “acredite” que se había alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes), y que la víctima del accidente —y sus derechohabientes— gozarían del beneficio de pobreza a los efectos del cobro judicial de la indemnización.

Aquella mínima tutela ni siquiera existe en el texto de la ley 26.773: su envío a la justicia civil se concreta sin previsión tuitiva alguna. Ello quiere decir que si el acreedor desea accionar deberá obtener (antes o en el curso del proceso) el beneficio de litigar sin gastos (art. 78 y ss., CPCC)¹⁹, y que en la mediación previa obligatoria (ley 26.589) o ante el juez (arts. 308 y 309, CPCC) se podrá acordar, transar o conciliar en cualquier medida. Recordando en tal sentido que la ley que instrumenta la mediación sólo impone la homologación judicial del acuerdo cuando “*estuvieren involucrados intereses de incapaces*” (art. 26, ley 26.589), y que en sede tribunalicia el juez se limita “*a examinar la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley*” (art. 308, CPCC) habiéndose dicho que ello lleva solo a indagar la capacidad y personería de los intervinientes y la transigibilidad de los derechos de que se trate, “sin que ello implique que pueda de oficio considerar la entidad de las concesiones que las partes se efectúen y en base a ella denegar la homologación pretendida”²⁰.

La ley 26.773 también luce retrógrada frente a la competencia laboral que se afinara para las acciones comunes producto de la inconstitucionalidad de las disposiciones de la ley 24.557. Es que esta última, con la misma lógica que su antecesora, envió a la justicia civil a la “*acción derivada del art. 1072 del Código Civil*” (art. 46, ap. 2º, *LRT*), pero omitió referir al resto de las acciones comunes que en principio vedaba, quedando por ende aquellas atrapadas en lo previsto por el art. 20 de la ley 18.345. Así lo resolvió la jurisprudencia de la Corte Suprema al fallar: “La ley 24.028 —hoy derogada— innovó al determinar la competencia del fuero civil respecto de los reclamos por infortunios laborales basados en el derecho común, excepción que sólo ha sido preservada para el caso del art. 1072 del Cód. Civil (art. 46, ap. 2º, ley 24.557), habiendo sido derogada en lo que atañe a las restantes hipótesis de responsabilidad civil, por lo que subsiste la regla general del art. 20 de la ley 18.345, que sienta como principio la competencia de la justicia laboral en todas las causas fundadas en normas de derecho del trabajo, a más de aquéllas entre trabajadores y empleadores relativas a un con-

trato de trabajo aun basadas en previsiones de derecho común, lo que, obviamente, incluía reclamos por infortunios laborales fundados en los arts. 1072, 1109 y 1113 del Código Civil²¹.

Como se observa, en lo que respecta al ejercicio de las acciones judiciales la ley 26.773 no sólo desprotege a los trabajadores en comparación con la ley 24.028, sino que quita la competencia consolidada incluso frente a una ley que prohibía las acciones como es la 24.557 en su redacción original.

Es decir que mientras el legislador perseveró en negar lo innegable mediante la veda de la acción común (art. 39, ap. 1º, LRT), fue la justicia laboral la llamada a resolver aquellas demandas que insistieron en la vigencia irrestricta del principio contenido en el art. 19 de la Const. Nacional. Modificada la norma por la ley 26.773 (que alega como objetivo la protección de los infortunados), el tránsito por la vía especializada se ve artificiosamente coartado pretendiendo transmutar un juicio laboral entre trabajadores y empleadores en un juicio civil.

5. La diferencia entre acción civil y acción común fundada en normas laborales

En nuestra tesis exponemos que en materia de daños laborales existen acciones especiales (aquellas fundadas en el régimen de riesgos del trabajo) y acciones comunes (las fundadas en disposiciones generales diversas a la normativa especial).

Es así que la noción de acción común no guarda correspondencia perfecta con la demanda fundada en derecho civil: acción común y acción fundada en el derecho civil no son sinónimos.

Cuando el art. 4º de la ley 26.773 instituye la opción, lo hace entre “*las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación*” (la ley especial) o las que pudieran corresponder “*con fundamento en otros sistemas de responsabilidad*”.

La utilización del plural (tanto en el párr. 2º como en el párr. 4º del artículo citado) denota que la posibilidad de accionar no es meramente dual.

Lo expuesto tiene relevancia práctica, pues en el ap. 2º del art. 17 sólo se derivan al fuero civil “*las acciones judiciales previstas en el art. 4º, último párrafo*”, y aquellas son exclusivamente las “*iniciadas por la vía del derecho civil*” (art. 4º, último párrafo, ley 26.773).

Quedan por ende fuera de la remisión las acciones comunes basadas en la normativa laboral²²: será competente la justicia del trabajo cuando se alegue en la demanda la violación de la obligación de seguridad correspondiente al contrato de trabajo, o el deber de previsión. Contiene la Ley de Contrato de Trabajo múltiples disposiciones al respecto (arts. 62, 63, 75, inc. 1º, 76 y concs.), operando además otras normas de linaje laboral (ley 19.587, dechr. 351/79, dechr. 911/96, et- cétera).

Ello no borra la posible aplicación de las normas del Código Civil y Comercial (arts. 732, 961, 1710, 1716, 1723, 1724, 1749, 1753, 1757, 1758, 1759 y concs.), pues firme la intervención del tribunal no podría sentenciarse la causa rechazándose la demanda por error en el derecho invocado, ya que rige el principio *iura novit curia*²³, y a la par la incompetencia solo puede ser declarada en las etapas previstas al efecto por las normas procesales vigentes, no pudiendo tener lugar en ocasión de ser resuelto definitivamente un asunto²⁴. Así lo apuntó la Procuración General en la causa “Jaimes” al decir que “en su momento deberá dilucidarse bajo qué pautas habrá de determinarse la indemnización, pues ello tendrá que ser motivo de tratamiento en la oportunidad en que se dicte la sentencia definitiva, esto es cuando se admita o rechace la acción o, eventualmente, se la corrija por vía del principio *iura novit curia*, mas todo ello no se puede entrar a analizar ahora, en el limitado marco cognoscitivo de un incidente de competencia²⁵; máxime cuando para resolver una cuestión de competencia hay que atender, en primer término, a los hechos que se relatan en la demanda y después, y solo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que se invoca como fundamento del pedido²⁶.”

Todo lo expuesto concuerda con la doctrina de la Corte Suprema en la ya citada causa “Jaimes c. Alpargatas S.A.”, donde se expidiera en relación a la competencia civil que fijaba el art. 16 de la ley 24.028, en el marco de una acción fundada en la obligación del empleador de resguardar la integridad psicofísica del dependiente que, sobre la base de normas laborales, pretendía la reparación plena de los perjuicios y había sido iniciada ante el fuero laboral.

Resolvió allí el Máximo Tribunal que la competencia estaba “inequívocamente condicionada” a que el demandante hubiera optado por la aplicación de los sistemas de responsabilidad que pudieran corresponderle “*según el derecho civil*”. Adunando que, como consecuencia, la pretensión promovida con apoyo en la responsabilidad nacida del incumplimiento de obligaciones tipificadas por la legislación laboral no estaba comprendida en el supuesto legal que sostenía la competencia del fuero civil, “máxime cuando los magistrados de este fuero deben juzgar la responsabilidad alegada sobre la exclusiva base de la legislación civil y en el caso se están invocando infracciones de deberes específicamente contemplados por leyes del trabajo²⁷.”

Aquella doctrina ha sido ratificada por la Corte Suprema al expedirse en la causa “Faguada, Carlos Humberto c. Alushow S.A. y otros”. En esta última se establece que la jurisprudencia elaborada en el precedente anterior (“Jaimes”, dictado en el marco de la ley 24.028) mantiene su vigencia para aplicarse frente al texto de la ley 26.773 (art. 4º)²⁸.

La ratificación que en torno a la existencia de acciones basadas en “otros sistemas de responsabilidad” efectúa la ley 27.348, importa una clara decisión legislativa pues la redacción se mantuvo pese a la reforma del precepto.

6. La competencia laboral para todas las acciones comunes por reparación plena

Mediante el art. 17, ap. 2º, de la ley 26.773, el sistema de riesgos del trabajo pretende derivar al fuero civil a ciertas acciones por reparación plena derivadas del daño padecido en función de aquellos mismos riesgos.

La norma citada procura ello con el cometido de desalentar reclamos que tiendan a un resarcimiento íntegro, ya amenazados además con la opción de su art. 4º.

Es fácil advertir que la directiva del legislador es irrazonable: cualquier acción entre trabajador y empleador fundada en el derecho común (por ejemplo el pedido de resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de un acto discriminatorio) debe tramitar ante el fuero laboral (art. 20, ley 18.345). Y la acción nacida de un accidente (donde se reclaman los mismos rubros del derecho común que corresponden en el ejemplo anterior) es derivada al fuero civil (art. 17, ap. 2º, ley 26.773) a modo de castigo por intentar la reparación plena.

Es evidente que la disposición resulta discriminatoria y, reiteramos, abiertamente irrazonable. Así, la incongruencia que sostiene puede ser desactivada por distintas vías:

a) En primer lugar, si la acción común por reparación plena se intenta con base en incumplimientos de deberes tipificados en la legislación laboral y obligaciones nacidas del contrato de trabajo, la competencia corresponde a los jueces especializados. Se trata de un supuesto donde la norma es inaplicable (no aprehendido por los arts. 4º y 17 —ap. 2º— de la ley 26.773, que sólo contempla la acción civil pura, de conformidad con la doctrina de la Corte en los casos “Jaimés” y “Faguada”). La solución citada se corresponde con una interpretación “conforme” con los textos supralegales (art. 1º, *CCCN*) que evita recurrir al remedio de la inconstitucionalidad.

b) En segundo término, si la acción por reparación plena se intenta contra terceros responsables, no existe derivación a la justicia civil, pues tampoco se trata de la hipótesis del art. 4º de la ley 26.773, que refiere a los juicios entre trabajador y empleador. En consecuencia, la responsabilidad común de la ART, intermediarios, cedentes, contratistas, subcontratistas, etcétera, se dirimirá ante la justicia laboral, pues la competencia no ha sido mutada, y surge además de normas laborales (arts. 4º y 31, ley 24.557; arts. 26, 29, 29 *bis*, 30 y concs., *LCT*; entre otros supuestos).

c) En tercer orden, si se acumula el reclamo de prestaciones sistémicas con la reparación plena, con planteo de inconstitucionalidad de la opción (accionando contra la aseguradora y el empleador, siendo aún viable incorporar terceros), la acción deberá tramitar en sede laboral. Por un lado las acciones que involucran a las prestaciones corresponden al fuero, y por otro la tacha de inconstitucionalidad de la opción no tiene competencia atribuida, sin que pueda ser abordada desde la perspectiva limitada que atañe a la competencia²⁹.

d) Sin perjuicio de los supuestos anteriores, tampoco corresponde quitar al fuero laboral la acción común fundada exclusivamente en normativa civil, pues para todos los reclamos de ese tipo relacionados con un vínculo dependiente el legislador comprendió su verdadera naturaleza (art. 20, ley 18.345). De allí que la remisión que, ceñida a los casos de infortunios, pretende con la ley 26.773, es inconstitucional. El planteo de su invalidez se sustenta en los siguientes argumentos:

- 1) Es violatorio del principio protectorio, de raigambre constitucional.
- 2) Desconoce las disposiciones que establecen como derecho mínimo la intervención de la justicia laboral especializada, y además vulnera las normas que prohíben la discriminación en el acceso a la justicia en el supuesto de discapacidad.
- 3) Infringe el principio de progresividad, de raigambre constitucional y reconocido por la Corte, al tratarse de acciones cuya competencia se atribuyó oportunamente a la justicia laboral (art. 20, ley 18.345).
- 4) Carece de fundamento razonable pues la modificación no obedece a motivo válido alguno. Sólo trata la ley de entorpecer las acciones y evitar la tutela judicial efectiva. Y contraviene los fundamentos de la normativa que ha creado al fuero del trabajo, junto a la jurisprudencia de la Corte que reconociera su necesaria intervención.
- 5) No inserta siquiera disposiciones mínimas protectoras como ser la necesidad de acuerdos justos o la eximición de tasas, como hiciera la ley 24.028. Y retrocede incluso frente a la inconstitucional ley 24.557, pues cuando la acción estaba prohibida (art. 39, ap. 1º, *LRT*) fue ante los jueces del trabajo que tramitó su habilitación. Ahora, al admitírsela, se la envía a los jueces civiles (mientras que la norma que posibilita accionar —aún optativamente—, es de naturaleza laboral —art. 4º, ley 26.773—).
- 6) Viola los derechos de acceso a la reparación y tutela del patrimonio de la víctima, pues se inserta una valla para impedir el respeto de aquellos. Y agravia la igualdad entre los trabajadores que acuden a la justicia, pues todo aquel que litigue con base en una relación de trabajo fundando su demanda —por la razón que sea: imputación de un delito, uso de imagen, etcétera— en el derecho civil tendrá el amparo del juez laboral (art. 20, ley 18.345), salvo los accidentados a quienes se pretende derivar (ley 26.773).
- 7) Agravia el derecho de defensa, colocando limitaciones en torno al acceso a la justicia de aquellos sujetos que no solo en función de la tutela que regularmente merecen, sino ya como dañados, precisan la facilitación de las vías. Es decir que reclamando sano lo protege con el fuero especial (art. 20, ley 18.345), pero dañado y ante el pedido de reparación el legislador lo ataca quitando el impulso oficioso, cercenando la posibilidad de otorgar simple carta poder, insertando la caducidad de instancia, cargando el pago de tasas, desactivando la protección de la vivienda frente a las costas, negando la triple opción en torno a la competencia territorial, soslayando la hipótesis de un

fallo *ultra petita* y limitando celeridad y deberes de investigación (en orden a la primacía de la realidad), entre otras tantas irrazonables consecuencias de la ley 26.773.

Debe tenerse en cuenta, además, que todo reclamo de derecho común relacionado con un vínculo dependiente habrá cuestiones de derecho laboral a determinar y que tendrán influencia decisiva en el pleito. Por ello la cuestión quedará atrapada por la regla lógica que contiene el inc. a) del art. 21 de la ley 18.345.

De allí que la artificial competencia civil resulte desplazada por la que lógica y naturalmente corresponde, es decir la del juez del trabajo.

Notas

- ¹ Publicado en el BO el 13/1/45.
- ² Podetti, Tratado del proceso laboral, 1949, p. 118.
- ³ CSJN, 15/3/48, “Krivic, Daniel c. FF.CC. del Estado”, JA, 1948-I-677.
- ⁴ Podetti, Tratado del proceso laboral, 1949, p. 11.
- ⁵ Masnatta, Los hechos nuevos en la ley 5178 de la Provincia de Buenos Aires, JA, 1948-I-543, con cita de Eduardo Couture y Octavio Trigo.
- ⁶ CSJN, 1/1/62, “Ducilo S.A. c. Asociación Obrera Textil”, CSJN-Fallos, 253:25.
- ⁷ CSJN, 4/5/00, “Goñi, Juana M. c. Salud Total S.A. Sanatorio 15 de Diciembre”, dictamen de la Procuración General al que adhirió la Corte, CSJN-Fallos, 323:1039.
- ⁸ Podetti, Tratado del proceso laboral, 1949, p. 297.
- ⁹ Resulta innegable que el objetivo de la norma, en este aspecto, es cercenar el derecho de acceso de los trabajadores a su juez natural. Por el contrario, se mantiene para las ART la posibilidad de litigar —a su libre elección— ante la justicia laboral, civil o comercial (art. 46, ap. 3º, ley 24.557 —disposición que no sufriera modificaciones al sancionarse la ley 26.773—).
- ¹⁰ Redenti, Derecho procesal civil, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, 1957, t. I, p. 336.
- ¹¹ CSJN, 20/12/88, “Díaz, Emilia E. c. Dourge, León”, CSJN-Fallos, 311:2735.
- ¹² CSJN, 10/8/10, “Ascuá, Luis R. c. SOMISA”, CSJN-Fallos, 333:1361.
- ¹³ CNAT, Sala VII, 30/12/13, “Salas, Leandro M. c. SMG ART S.A.”, voto de los doctores Fontana y Rodríguez Brunengo, en www.cij.gov.ar.
- ¹⁴ CSJN, 1/4/86, “Novo, Manuel A. s/Concurso preventivo”, CSJN-Fallos, 308:423.
- ¹⁵ CSJN, 21/2/06, “Tucumán Provincia de c. Monasterio, Ramón G. y otro”, CSJN-Fallos, 329:224.
- ¹⁶ CSJN, 10/8/10, “Ascuá, Luis R. c. SOMISA”, consid. 7º, CSJN-Fallos, 333:1361.
- ¹⁷ Krsticevic, “La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano”, en *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina*, Alicia Ely Yamin (coord.), 2006, p. 173, nota 13.
- ¹⁸ En cuanto consagra el derecho a “peticionar a las autoridades”.
- ¹⁹ Cabe aclarar que aun cuando la provincia de Buenos Aires adhirió a la invitación contenida en el inc. 2º (párr. 2º) del art. 17 de la ley 26.773, y pretendiera modificar el art. 2º de la ley 11.653 para llevar los conflictos al fuero civil (solución que devendría inconstitucional por violar el art. 39 de la Const. provincial), el beneficio de gratuidad continuaría vigente en virtud de lo dispuesto por la ley 12.200.
- ²⁰ Fajre, en *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Elena I. Highton - Beatriz Areán (dirs.), 2006, t. 5, p. 632.
- ²¹ CSJN, 16/3/04, “Rojas Crespo, María R. p/s y en rep. de sus hijos menores Jonathan y Emiliano Coca Rojas c. Encinas, René A. y otros”, del dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte, CSJN-Fallos, 327:572.
- ²² Así admitió, en relación a la ley 26.773, la fiscalía general ante la CNAT, al advertir que corresponde a la justicia laboral la tramitación de la acción común fundada en el art. 75 de la LCT —CNAT, Sala V, “Virgili, Darío E. c. Federación Patronal Seguros S.A. y otros”, expte. 53.199/12, dictamen del doctor Eduardo O. Álvarez de fecha 8/2/13 (nº 56.350)—.
- ²³ CSJN, 2/3/11, “Guerrero, Estela M. por sí y sus hijos menores c. Insegna, Rubén L.”, CSJN-Fallos, 334:120.
- ²⁴ CSJN, 7/9/10, “Soria, Carlos A. c. Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.”, CSJN-Fallos, 333:1723.
- ²⁵ CSJN, 5/11/96, “Jaimés, Juan T. c. Alpargatas S.A.”, CSJN-Fallos, 324:326, del dictamen de la Procuración General al que luego adhirió la Corte.
- ²⁶ CSJN, 21/3/00, “Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. c. Avila, Omar A.”, CSJN-Fallos, 323:531, del dictamen de la Procuración General.
- ²⁷ CSJN, 5/11/96, “Jaimés, Juan T. c. Alpargatas S.A.”, CSJN-Fallos, 324:326, consid. 2º.
- ²⁸ CSJN, 9/5/17, “Faguada, Carlos H. c. Alushow S.A. y otros”, CSJN-Fallos, 340:620.
- ²⁹ CSJN, 9/3/99, “Sosa, Luis S. c. Desarrollos Forestales S.A. y otros”, dictamen de la Procuración General al que adhirió la Corte, CSJN-Fallos, 322:323.

Articulación entre los reclamos

1. Introducción

Las prestaciones que otorga el sistema a partir de las contingencias que cubre constituyen el resarcimiento mínimo de un daño presumido a través de la tarificación. Esas prestaciones, primero por su propia naturaleza y luego por imperio del art. 11 de la ley 24.557, constituyen una base irrenunciable. Su deudor es la aseguradora.

Las indemnizaciones del derecho común poseen obligados diversos a tenor de otros elementos de la responsabilidad. A través de aquellas el dañado procura el resarcimiento pleno de los perjuicios padecidos, buscando la concreción del principio que establece la Constitución Nacional (art. 19, *CN*). El daño sufrido en relación de dependencia es un daño injusto que el damnificado no tiene el deber de soportar.

Cuando el daño por el hecho o en ocasión del trabajo, resarcible dentro del sistema, da lugar a su vez a la reclamación desde el derecho común, se produce una articulación entre el régimen especial y el general de daños laborales.

Esa articulación no se realiza a través de un mero cúmulo o deducción, ya que el tránsito previo obligatorio por comisiones médicas (ley 27.348) y la existencia de una opción excluyente (art. 4º, ley 26.773) tornan más compleja la cuestión.

Teniendo en cuenta la normativa vigente, analizaremos los escenarios posibles para la articulación de los reclamos.

2. El tránsito administrativo previo para el ejercicio de la acción común

El art. 15 de la ley 27.348 sustituyó el párr. 4º del art. 4º de la ley 26.773. En rigor mantuvo la redacción originaria del citado párrafo (*“Las acciones judiciales con fundamento en otros sistemas de responsabilidad sólo podrán iniciarse una vez recibida la notificación fehaciente prevista en este artículo”*), consagrando el siguiente agregado en su parte final: *“...y agotada la vía administrativa mediante la resolución de la respectiva comisión médica jurisdiccional o cuando se hubiere vencido el plazo legalmente establecido para su dictado”*.

Por medio de la ley 27.348 se insertó entonces un doble requisito para el inicio de la acción común, cuya existencia conjunta se exige por intermedio de la utilización del copulativo (“y”).

Ello implica que de acuerdo a la normativa citada la acción común no puede promoverse antes que: *a)* el deudor de la prestación sistémica notifique fehacientemente al acreedor el importe que a este último le corresponde percibir en virtud del régimen especial, precisando cada concepto e indicando que el monto se encuentra a su disposición para el cobro (art. 4º, párr. 1º, ley 26.773), y *b)* se agote la vía administrativa mediante la resolución de la comisión médica jurisdiccional o se venza el plazo para su dictado.

Esto acarrea una serie de problemas prácticos que responden a la desarticulación por parte de la ley 27.348 jugando sobre otra (la ley 26.773) cuyas disposiciones ya resultarían de por sí incongruentes. Véase:

- a)* En primer lugar, si la vía administrativa no opera con toda la dimensión las provincias (art. 4º, ley 27.348), no puede sujetarse la posibilidad de accionar a un tránsito previo que se reconoce como inconstitucional en la órbita de aquellas (más allá de la modificación del art. 46, ap. 1º, *LRT*).
- b)* En segundo término, la notificación fehaciente de la aseguradora queda desplazada, en la ley 27.348, por la necesidad de establecer el monto indemnizatorio frente a la autoridad (tanto en el caso de discrepancia como así incluso frente al acuerdo). Por ello la mecánica de la ley anterior (26.773) se desarticula.
- c)* En tercer orden, si según dice expresamente el párr. 4º del art. 4º de la ley 26.773 en su nueva redacción, debe aguardarse la resolución “de la respectiva comisión médica jurisdiccional”, y en los términos de ese párrafo ello equivale al agotamiento de la vía administrativa, jamás habría puesta a disposición en la medida en que no se consintiera la resolución favorable. Ello ya que, siempre en la lógica de la ley, lo decidido por la comisión médica jurisdiccional puede apelarse.
- d)* En cuarto lugar, y también en el marco procesal de la ley 27.348, la resolución de la comisión médica jurisdiccional nunca establecerá un monto de prestación dineraria, pues ello es competencia del Servicio de Homologación (art. 3º, ley 27.348 y su Anexo I).

Como se observa, el régimen es una conjunción de pautas incongruentes entre sí, que lo tornan inoperante en la práctica, pues no puede obligarse a lo imposible para permitir algo tan básico como es el acceso a la jurisdicción.

La cuestión se conecta además con la doble vía, pues la inexistencia de monto disponible en función del cual optar

también desactiva la previsión.

En definitiva, y en torno al intento de obturar el acceso a la jurisdicción también para la acción común, obligando a esperar un trámite que como se ha explicado es inoperante, consideramos que cesa la vigencia del recaudo y la demanda puede deducirse directamente.

Ello por otra parte es lo que corresponde cuando se procura el resarcimiento pleno, ya que para el derecho común no existen vallas (y no podría instaurárselas a los trabajadores con trato peyorativo frente al resto de las víctimas). Sobre esta irrazonable disposición se advirtió en el debate parlamentario (Sesión de la Cámara de Diputados del 15/2/17), afirmando que se violaba la igualdad ante la ley (por tratarse de una limitación solo impuesta a los trabajadores, e inexistente cuando cualquier ciudadano procurara la reparación —en tal caso por responsabilidad civil—).

Adviértase, por otro lado, que jamás la ley especial de infortunios —hasta la vigencia de la ley 26.773— obligó a la víctima a esperar dictámenes administrativos. El régimen de la ley 27.348, por el contrario, llega al extremo de pretender imponer aquello cuando el trabajador acciona por la vía común.

En el contexto expuesto, y en adición, la previsión analizada es inaplicable y aún si así no fuera es inconstitucional desde un triple soporte:

- a) En primer término, si el procedimiento administrativo y la vía para la determinación de la indemnización sistémica son inconstitucionales, el vicio se traslada cuando debe aguardarse la superación de esa instancia para accionar desde el derecho común. Tal como se advirtiera oportunamente, al derrumbarse parte del sistema y debido a su arquitectura monolítica, el cuerpo legal queda en falsete y deviene inaplicable¹.
- b) En segundo lugar, a los argumentos ya brindados se adunan los siguientes: la valla creada viola la tutela judicial efectiva (art. 75, inc. 22, *CN*), restringe la posibilidad de peticionar a las autoridades (art. 14) y defender judicialmente los derechos (art. 18), dilata el acceso a la reparación plena (art. 19) colocando además condiciones que no se exigen para el resto de los dañados (art. 16), legisla contradiciendo el principio de tutela especial (art. 14 *bis*) y violando el principio de progresividad (pues lo normado es evidentemente regresivo en relación a regímenes anteriores).
- c) Y en tercer orden, si la opción es inconstitucional o inaplicable, mal puede obligarse a esperar la puesta a disposición de una indemnización sistémica que resulta acumulable. La cuestión es sencilla: jamás puede sujetarse la iniciación de las “*acciones judiciales con fundamento en otros sistemas de responsabilidad*” (art. 4º, párrafo 4º, ley 26.773) a la determinación de prestaciones que no excluyen la obligación de resarcir plenamente (a cargo de la misma ART —que civilmente es un tercero— o de otros sujetos).

Como puede advertirse, la valla instaurada por la ley 27.348 profundiza la limitación de la ley 26.773 y vuelve inviable la mecánica pretendida por el régimen.

3. La acción común ante el rechazo de la contingencia dentro del sistema

Hemos visto que en el esquema del art. 4º de la ley 26.773 según la reforma que le introdujera el art. 15 de la ley 27.348, debe transitarse la vía administrativa para luego iniciar la acción de derecho común.

Por otro lado, según la ley que introdujera la opción excluyente al sistema, si la acción común prosperara el empleador tendría de todos modos la cobertura de la aseguradora (art. 6º, ley 26.773).

Ante tal escenario puede presentarse el caso de un hecho que se rechazara como contingencia ampara en el seno de la comisión médica, y que ante la firmeza del decisorio administrativo el damnificado decidiera promover la acción por reparación plena contra los obligados desde el derecho común.

Si esta última acción prosperara, el empleador podría quedar sin cobertura del monto sistémico aunque hubiera pagado por el seguro, ya que la ART argumentaría su ausencia de responsabilidad en función de lo decidido por resolución firme administrativa. El empleador, por su parte, aduciría que él no fue parte con poder de petición en dicha instancia.

El derecho del damnificado para accionar es evidente, pues el rechazo de una contingencia como amparada en el marco de la ley especial (art. 6º, ley 24.557) no tiene alcances de cosa juzgada con relación a la causa judicial donde ante se debatan las responsabilidades emergentes del derecho común. Por ello la ley operaría allí perjudicando al empleador, o cabría concluir resolviendo que lo obrado en sede administrativa carece de valor ante la justicia.

4. Las alternativas procesales ante los posibles reclamos

A partir de la vigencia de la ley 27.348 (y de su reglamentación), que se aduna a los preceptos anteriores (leyes 24.557 y 26.773), y que se ata a su vez a la normativa de derecho común, se presenta un escenario con diversas alternativas procesales.

Siendo que aquel escenario podrá mutar de acuerdo al régimen de adhesión que exista en cada provincia, a los fines de nuestro análisis abordaremos las hipótesis considerando un esquema de vigencia plena e incondicionada del citado ordenamiento.

Teniendo en cuenta ello se presentan las siguientes posibilidades:

1 — De acuerdo al procedimiento dispuesto por la ley 27.348 (arts. 1° a 3° y Anexo) y su reglamentación (Res. 298/17 de la SRT), es obligatorio el tránsito por un órgano administrativo (las comisiones médicas) para el acceso a las prestaciones del sistema.

Si la función jurisdiccional, propia del poder judicial por imperio constitucional, es invadida y delegada en profesionales del arte de curar, y la revisión queda luego ceñida constituyéndose en una mera formalidad, luce evidente la violación de derechos esenciales. Se agrega a ello una mecánica procesal que no resiste análisis, por contener incongruencias y contradicciones inaceptables en un terreno donde debe regir —por hallarse en juego la salud y la vida— la posibilidad de ejercer con plenitud el derecho de defensa en un marco de celeridad y accesibilidad para las víctimas.

Una primera alternativa es por ello el planteo de inconstitucionalidad de la estructura procesal (ley 27.348 y Res. 298/17, SRT) para ejercitar las acciones directamente ante los tribunales ordinarios en lo laboral, sin tránsito por la vía administrativa. Demandándose las prestaciones del sistema, regirá la cuestión la ley 18.345, con sus opciones comunes de competencia (arts. 20, 21, 24 y concs.) y su proceso de conocimiento pleno, con producción de prueba y definición sobre todas las aristas fácticas y jurídicas que hacen al derecho de daños laborales.

2 — Lo mismo ocurrirá si se pretendiera acceder a la reparación plena, ya sea con fundamento exclusivo en las normas civiles o en otros sistemas de responsabilidad. Cabrá adunar allí el correspondiente planteo de inconstitucionalidad de la remisión al fuero civil (arts. 4° y 17.2, ley 26.773) o de inaplicabilidad de aquella alteración de la competencia cuando la demanda se funde en normas laborales (doctrina de las causas “Jaimes” y “Faguada” de la CSJN).

La ley 27.348 impone, en el caso, cuestionar asimismo el requerimiento que se inserta como vallado frente al acceso a la justicia (en la medida que por su art. 15 exige el agotamiento de una vía administrativa que por lo expuesto anteriormente es inconstitucional y que mal podría requerirse cuando se pretende instaurar una opción).

3 — En ambas hipótesis anteriores corresponde tener en cuenta la existencia de la opción excluyente (art. 4°, ley 26.773), para evitar acciones que puedan ser interpretadas como renunciadas a los derechos que pudieran corresponder. De allí que podrá accionarse cuestionando aquella opción (máxime ante leyes que por sus fundamentos insisten en la naturaleza irrenunciable de los beneficios sistémicos) o planteándose su inaplicabilidad para los casos no atrapados.

4 — Aun en caso de sumisión al diseño procesal establecido por la ley 27.348 y su reglamentación, se abre la posibilidad de cuestionamiento ante la justicia de la pretendida forma de revisión. Ello pues la propia norma da pábulo reconociendo que no puede obrar como pretende. En efecto, luego de alegar que todos los recursos procederán “en relación”, en su mismo seno se termina admitiendo que “*las medidas de prueba producidas en cualquier instancia*” serán gratuitas, para luego agregar que “*los peritos médicos oficiales que intervengan en las controversias judiciales*” deberán ser designados según un procedimiento especial (art. 2°, ley 27.348). Por ende, y más allá del inicial encono del legislador, se reconoce que el “recurso” en realidad debe ser una revisión plena con posibilidad de producción de material probatorio. Así planteado el tema, deberá cuestionarse la forma de concesión de los recursos (para permitir la revisión con plenitud probatoria en el marco de la ley 18.345) y el efecto suspensivo que afecta el acceso del damnificado a prestaciones de contenido alimentario.

5 — La naturaleza predominantemente médica del procedimiento administrativo también permite arribar a sede judicial con el planteo de aquellas cuestiones jurídicas que no pudieron ser tratadas en la pretendida instancia originaria. Es otra vía posible que se abre para aquellos damnificados que por necesidad hubieran transitado el proceso de la ley 27.348 y su reglamentación.

6 — Concatenado con lo anterior, y a efectos de dejar a salvo los derechos (aun cuando consideramos que las reservas surgen implícitas si se trata del daño a la salud o a la vida), es prudente dejar cuestionada tanto la vía administrativa como los eventuales cobros.

Al respecto es útil advertir que la doctrina tradicional de la Corte que informa que el voluntario sometimiento a un régimen jurídico o a una determinada jurisdicción comporta un inequívoco acatamiento que fija la improcedencia de impugnación posterior con base constitucional, tiene múltiples límites conforme su misma jurisprudencia:

- a) La doctrina juega, en primer lugar, cuando se trate de un voluntario sometimiento “sin reserva expresa”². Eso quiere decir que en la medida en que exista explícita reserva o cuestionamiento, jamás podrá interpretarse que hay aceptación.
- b) Al invocarse determinados preceptos no se renuncia tácitamente al derecho de impugnar aquellos otros que se le opongan y que resulten contrarios a la Constitución, leyes o tratados, pues se requiere entonces interdependencia o solidaridad inexcusable.
- c) No media voluntario acatamiento que obste a su ulterior impugnación constitucional cuando no existen opciones

legales para no realizar los actos en cuestión³, o cuando la realización de tales actos dentro de ese marco normativo es el único medio posible para acceder al ejercicio de derechos básicos⁴.

- d) Deben además ponderarse las razones del obrar cuando se trata de prestaciones de carácter alimentario⁵ que son adeudadas para asegurar la subsistencia del trabajador y de su familia⁶.
- e) Concatenado con lo afirmado en el punto anterior, expresamente se ha dicho: “La exigencia de no contrariar los propios actos debe ser valorada en consonancia con la situación real del trabajador incapacitado y su posibilidad de abstenerse de percibir una indemnización que considera insuficiente”⁷. Agregándose por otra parte la obligación de meritar “la situación de emergencia implicada en todo acontecimiento susceptible de provocar daños y la necesidad de pronta reparación”⁸.
- f) Al margen de todo lo anterior, es definitorio el hecho de que la doctrina del voluntario acatamiento estuvo siempre conectada de manera expresa con la circunstancia de tratarse de casos de libre disposición del propio dinero, es decir, sobre derechos exclusivamente patrimoniales⁹. Esto surge explícito desde los fallos a partir de los cuales la Corte construyera la citada jurisprudencia¹⁰.

Por todo lo anterior, la doctrina referida no podrá jugar en la especie por: *a*) Tratarse obviamente de derechos individuales distintos del de propiedad; *b*) consistir la regulación administrativa en el único camino posible para acceder a la reparación, ya que el trabajador carecerá de opciones al hallarse constreñido legislativamente si pretende cobrar; *c*) encontrarse en juego prestaciones de carácter alimentario que se consagran además como irrenunciables; *d*) mediar situación de emergencia (propia de la incapacidad) y en consecuencia imposibilidad de abstenerse de obrar; *e*) seguir agravándose el daño en la medida que transcurre el tiempo.

De allí que incluso sería innecesaria la reserva expresa, por la clase de derechos en juego, aunque es útil advertir que aquella prevención evidencia la inexistencia de voluntario acatamiento. Tal como ha dicho la Corte, no sin arbitrariedad podría afirmarse al unísono, por un lado, que pueden oponerse al trabajador los actos previos seguidos por este, y, por el otro, que el aquel no puede oponer las expresas reservas que, precisamente, acompañaron a esos actos¹¹.

En el marco de la ley 27.348 y su reglamentación (Res. 298/17, SRT), la llamada “cosa juzgada administrativa” no es más que una refrenda infundada de lo actuado ante la comisión médica. Por ende aquella decisión queda directamente implicada frente al cuestionamiento de lo obrado en dicha sede.

7 — Mención aparte merecen los casos no atrapados por la ley 27.348, como así aquellos donde se pretende imponer la necesidad de un planteo judicial inicial para luego recaer en la vía administrativa. En el primero de los supuestos (a modo de ejemplo, reclamo del trabajador no registrado de un empleador no asegurado), el reclamo se iniciará por la vía ordinaria laboral, sujeto a las reglas comunes de competencia y de tramitación plena de los pleitos (ley 18.345). En el segundo caso (paradigmáticamente, reclamo del trabajador no registrado con empleador asegurado), es evidente que no puede sostenerse la validez de la peripecia que implica primero ir a los tribunales para obtener el reconocimiento de la realidad, posteriormente transitar todo el procedimiento administrativo y luego volver a los tribunales. Por ende allí se impone una demanda ordinaria directa, con planteo de inconstitucionalidad por violación de la efectividad de la tutela.

8 — Fuera de las hipótesis expuestas (pues la realidad puede presentar en la práctica diversos escenarios), lo cierto es que la ley 27.348 y su reglamentación estructuran un proceso que agravia desde múltiples aristas las más básicas garantías de la defensa, y constituyen entonces un terreno sobre el que no puede operarse eficazmente cuando se encuentran en juego los derechos derivados del daño a la salud y a la vida de los trabajadores de la Nación. Por ende, en cualquier caso deberá tenerse presente que de acuerdo a la doctrina de la Corte las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con dicho sentido consiguen o tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad¹².

Notas

- ¹ SCBA, 23/4/03, “Quiroga, Juan E. c. Ciccone Calcográfica S.A.”, LLBA, 2003-530.
- ² CSJN, 12/6/07, “Llosco, Raúl c. Irimi S.A. y otra”, CSJN-Fallos, 330:2696, párr. 1º del consid. 3º.
- ³ CSJN, 7/7/87, “Banco Comercial del Norte S.A. c. Banco Central de la República Argentina”, CSJN-Fallos, 310:1431, consid. 5º.
- ⁴ CSJN, 28/6/88, “Graduados en Ciencias Económicas Asoc. Coop. de Servicios Prof. Ltda. c. Consejo Prof. de Ciencias Económicas de la Cap., Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur”, CSJN-Fallos, 311:1132.
- ⁵ CSJN, 20/8/08, “Paroli, Amalia M. c. Merial Argentina S.A.”, CSJN-Fallos, 331:1865.
- ⁶ CSJN, 12/6/07, “Llosco, Raúl c. Irimi S.A. y otra”, CSJN-Fallos, 330:2696, párr. 2º del consid. 5º del voto de la doctora Highton.
- ⁷ CSJN, 12/6/07, “Llosco, Raúl c. Irimi S.A. y otra”, CSJN-Fallos, 330:2696, párr. 3º del consid. 5º del voto de la doctora Highton.
- ⁸ CSJN, 12/6/07, “Llosco, Raúl c. Irimi S.A. y otra”, CSJN-Fallos, 330:2696, consid. 4º del voto del doctor Maqueda.
- ⁹ CSJN, 12/6/07, “Llosco, Raúl c. Irimi S.A. y otra”, CSJN-Fallos, 330:2696, consid. 4º del voto de la doctora Argibay.
- ¹⁰ CSJN, 24/8/27, “The South American Stores Gath y Chaves c. Provincia de Buenos Aires”, CSJN-Fallos, 149:137; ídem, 6/11/33, “Perkins, Edmundo B. y Margarita D. (sus herederos) c. Prov. de Buenos Aires, Ladoux y Laplacette, Carlos A. y otros”, CSJN-Fallos, 169:245.
- ¹¹ CSJN, 12/6/07, “Vallejos, Carlos c. Rigesin Labs. S.A.”, LL, On Line, AR/JUR/4551/ 2007.
- ¹² CSJN, 13/9/74, “Bercaitz, Miguel A.”, CSJN-Fallos, 289:430.

PRIMERA PARTE

Capítulo 1

1.- El art. 19 de la Constitución Nacional reconoce un principio general que regula cualquier disciplina jurídica, e influye y rige en la normativa especial y común capaz de atrapar los daños laborales, que en sus roles reglamentarios no deben desnaturalizarlo.

2.- La vigencia conjunta, en materia de daños laborales, de dos normas constitucionales como los arts. 14 bis y 19 de la CN, impone una protección especial que deriva tanto del daño padecido como del sujeto que lo ha sufrido.

Capítulo 2

3.- El régimen de riesgos del trabajo vigente (aludiendo como tal a las normas que se aúnan en el sistema especial) exhibe un caos normativo inadmisibles en relación con el tópico central que regulan. La pléyade de legislación y su material reglamentario es impropia para la materia y da pábulo a contradicciones, derogaciones tácitas e interpretaciones incongruentes.

Capítulo 3

4.- El derecho común, que permite a todo aquél que sufre un daño propio (aún en función de lesiones ajenas) hallar una reparación plena, no refiere exclusivamente al derecho civil, ni anida estrictamente en el Código Civil y Comercial de la Nación, sino que se constituye por un amplio espectro de normas laborales y civiles que el “derecho de daños laborales” congloba y articula.

5.- La unidad del fenómeno resarcitorio es coherente con la noción de “derecho de daños laborales”, pues responde a la concepción que procura derribar diferencias que esterilizan la coherencia del sistema reparatorio.

6.- Las normas laborales y civiles deben ser articuladas para confluir en la reparación plena.

7.- En función del principio de la unidad del derecho, cuando las normas de la especialidad carecen de integridad y se recurre en función de ello a normas generales, la aplicación e interpretación de estas últimas debe realizarse con respeto a los principios de la rama especial.

8.- La aplicación analógica de la normativa constituye un recurso valioso para evitar incoherencias.

9.- Si el derecho del trabajo requiere para su integración una norma civil, se apodera de ella y la trata dentro del propio contexto laboral con la interpretación que ello conlleva.

10.- La reforma del derecho privado argentino (CCCN), fundada según se alegara en la llamada “constitucionalización” de aquel, no puede entonces, lógicamente, importar una merma en los derechos que atañen al trabajador y su familia en razón de tratarse de una categoría especialmente tutelada por la misma Constitución Nacional. Sus normas, en consecuencia, deben ser interpretadas para afianzar y profundizar derechos alcanzados y no para retrogradar en la protección.

Capítulo 4

11.- Siendo que tanto el sistema especial como el común de reparación de daños laborales se encuentran atravesados por los principios constitucionales que los guían (centralmente, arts. 14 bis y 19 CN), la Corte Suprema, para cumplir cabalmente su misión, debe ser garante de la vigencia de aquellos.

Capítulo 5

12.- El control de constitucionalidad adquiere fundamental relevancia en materia de daños laborales en razón de los derechos en juego.

13.- También se imponen en el campo la flexibilización de la congruencia (que hace a la efectividad de la tutela judicial) y la vigencia del aforismo iura novit curia.

14.- En el área de la justicia de protección (cuando se debaten derechos sociales) la aludida flexibilización debe extremarse en función del fin instrumental del proceso.

15.- Se impone una “interpretación conforme” de los textos legales en juego en el campo del derecho de daños laborales, seleccionando el sentido adaptativo de aquellos a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, y no el que implique violentar o vaciar estos últimos cuerpos.

SEGUNDA PARTE

Capítulo 1

16.- Frente a la hipótesis de concurrencia ante la tarifa entre la pareja del trabajador fallecido (ya sea el vínculo matrimonial o no) y sus hijos, no es constitucionalmente válido otorgar prelación a la primera, pues la noción de familia ampara también de manera esencial a aquellos. Más aún cuando subvenir a la necesidad alimentaria se encuentra por lógica a cargo del progenitor que pierde la vida, existiendo a la vez para sus hijos un innegable daño patrimonial y extrapatrimonial.

17.- En el supuesto de existencia de un vínculo matrimonial y una situación de convivencia, en atención a la vigencia del Código Civil y Comercial como norma general sobreviniente a las pautas sentadas en el sistema especial, corresponde adaptar este último a las directrices del primero, congruente con las modernas realidades familiares y las rupturas de los vínculos. No es lógico sostener para la convivencia un plazo mayor que el requerido por la ley común (y que incluso también prevé el art. 248 de la *LCT*, no siendo admisible que se discrimine peyorativamente en materia de infortunios). Por otra parte, la exclusión del cónyuge por el conviviente no puede depender de culpabilidades, pues estas últimas han sido eliminadas del Código Civil y Comercial.

Capítulo 2

18.- Si a partir de la ley 24.557 el legislador decide implantar un sistema de sustitución de la responsabilidad patronal frente a la tarifa (cuando ante la misma siempre respondió el empleador), jamás puede a la par sostener un régimen de opción excluyente, ya que la obligación del principal para con la víctima no puede ser eliminada. Si el empleador no es más deudor de las prestaciones (pues aquellas las debe la ART) es de toda lógica que pueda ser demandado en procura de la diferencia hasta la reparación plena (pues subsiste a su cargo un deber indemnizatorio que no puede ser borrado por la vía de una sustitución que quita su deudor natural al acreedor). Queda claro entonces que las fuentes de las responsabilidades son diversas.

Capítulo 3

19.- En torno a la definición legal del accidente de trabajo, la calificación como hecho “súbito” refiere a la instantaneidad que lo caracteriza. Alude a la causa del daño y no a las consecuencias del acontecimiento. En los accidentes el origen es breve o instantáneo; cuando la causa actúa lenta y progresivamente hay enfermedad. El carácter “violento” del acontecimiento, por su parte, refiere a la capacidad de provocar daño.

20.- Más allá de las definiciones, si en función de la conceptualización el régimen deja a ciertas víctimas de siniestros laborales carentes de protección sin razón valedera, viola su propio objetivo reparador (art. 1º, inc. *b*, ley 24.557) y la protección constitucional que el dañado merece (arts. 14 *bis* y 19, *CN*).

21.- La fórmula “ocasión del trabajo” no alude a la concomitancia topográfica - cronológica. En el daño por el hecho o con motivo la función determina a aquel, mientras que en el daño “en ocasión” la tarea “ofrece la oportunidad” en el orden de la relación de causalidad. El daño no es consecuencia directa de la prestación laboral, sino que opera en función de una circunstancia en que la relación laboral ha facilitado la oportunidad de su ocurrencia. Se trata de una causa incluso accidental, que se ofrece para que la causa eficiente pueda obrar.

22.- Ante el daño en ocasión, por su propia naturaleza, no es posible que el texto de la ley lo precise en forma categórica.

23.- Para respetar su función y su propia lógica (que se evidencia con la tutela del daño en ocasión), el régimen especial no puede amparar en materia de enfermedades solo a aquellas causadas exclusivamente por el trabajo y en relación a determinada profesión. Las enfermedades relacionadas de modo concausal, concurrente u ocasional con la labor no dejan de ser “enfermedades del trabajo”.

24.- La diferencia entre “enfermedad profesional” (reconocida en un listado) y “enfermedad del trabajo” no

puede operar para negar resarcimiento a los daños que lentamente se instalan en el cuerpo del trabajador. El reconocimiento estatal de ciertas enfermedades típicas de una profesión es válido para presumir su vínculo con la labor (evitando la prueba) y no para restringir la función de la ley especial como norma operativa del art. 19 de la CN.

25.- La discriminación entre accidentados y enfermos viola los arts. 14 *bis*, 16, 17, 19 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Si el vínculo laboral otorga ocasión para que se contraiga la enfermedad esta última debe ser indemnizada, por más que en su exteriorización no se identifique con un hecho súbito y violento.

26.- Las eximentes del sistema operan en concordancia con las contingencias y deben ser interpretadas de manera coherente con aquellas. Al igual que en el derecho común, son su contratara.

Capítulo 4

27.- El régimen especial se diferencia del derecho común en el tratamiento de las concausas, que en el marco del sistema corresponde reputar indiferentes. Aceptada la vigencia de la teoría que así lo establece en el marco de la LRT, corresponde que aquella sea tenida en cuenta al momento de determinar la incapacidad y luego las prestaciones, tanto en sede administrativa como judicial.

28.- El tratamiento de las concausas exige advertir las diferencias que el régimen establece al respecto para evitar discriminaciones en razón de las contingencias, y asimismo para realizar correctamente las deducciones cuando se acumule el pedido de reparación plena con el correspondiente a la tarifa.

Capítulo 5

29.- El sistema parte de un daño biológico en función del baremo y de un valor vida en el caso de muerte, para presumir a partir de allí consecuencias materiales por la disminución de la capacidad o la pérdida del sujeto (fallecimiento). Esas consecuencias materiales se presumen *iure et de iure*, calculándose a partir del ingreso del trabajador siniestrado, su edad y su incapacidad.

30.- En el régimen la incapacidad se evalúa en forma genérica, y la actividad laboral concreta del damnificado únicamente talla de manera residual cuando se computan los factores de ponderación.

31.- Corresponde tener en cuenta el baremo sistémico en conexión con los casos concretos, pues allí se abre la posibilidad de cuestionar su aplicación cuando irrazonablemente no atienda a determinadas heridas físicas evidentes, máxime cuando el sistema indemniza daño biológico.

32.- Siendo que una misma invalidación no gravita siempre de manera similar en relación a todas las víctimas, pues en muchos casos se subordina muy especialmente a las particularidades de aquellas, sin perjuicio del cuestionamiento del sistema es imperioso advertir sobre la vigencia de la acción común para acceder a la indemnización de las consecuencias reales de la incapacidad.

33.- Por medio de la ley 26.773 (art. 3º) ingresa al sistema la explícita indemnización de consecuencias no patrimoniales. La norma y sus fundamentos abren a su vez distintas posibilidades: el cuestionamiento de la suficiencia de las prestaciones; la posibilidad de procurar el resarcimiento del perjuicio extrapatrimonial cuando a pesar de tratarse de una contingencia grave no existe incapacidad definitiva que importe indemnización en la faz patrimonial; la censura del régimen de opción excluyente que se impone a quien padece una incapacidad física definitiva y no a quien ha sufrido incapacidad transitoria y daño extrapatrimonial (que puede reclamar la reparación plena del daño, sin opciones).

Capítulo 6

34.- La caracterización de la indemnización nacida producto del daño en la integridad psicofísica como una deuda de valor, tiene efectos no solo en relación a la acción común sino también sobre las prestaciones sistémicas, que aún en el marco de una tarifa parten del mismo daño. Como la operatoria de la tarifa convierte en dinero una deuda que antológicamente es de valor, petrificando el capital y haciendo operar las reglas propias de las deudas dinerarias (art. 772 y cctes., CCCN), es necesaria la existencia de mecanismos de ajuste.

35.- La actualización, para respetar su razón de ser, debe llevar al capital actualizado hasta la fecha de liquidación de la deuda, debiendo a la vez reconocerse los intereses relativos a la existencia del perjuicio desde que se produjo el daño. Ello pues la actualización se dirige de manera directa a mantener el poder adquisitivo del capital, mientras que los intereses conciernen fundamentalmente al daño por la indisponibilidad de aquél.

36.- El ajuste debe contemplar obviamente a todas las prestaciones dinerarias, y más aún a las correspondientes a las graves incapacidades o muerte. En estos últimos casos la indemnización se integra con sumas fijas que no se

calculan con base en el art. 12 de la LRT, sino que resultan atrapadas por el art. 17 *bis* de la ley 26.773 (incorporado por la ley 27.348) que lleva su ajuste hasta la primera manifestación invalidante. Se impone entonces un ajuste hasta la liquidación, al igual que sucede con el resultado de la fórmula, pues de lo contrario se configura en el sistema una patente inconstitucionalidad que afecta la igualdad entre los dañados.

37.- El texto del art. 12 de la LRT desnaturaliza los mínimos indemnizatorios, pues no tiene sentido actualizarlos hasta la fecha de la primera manifestación invalidante cuando paralelamente el ingreso base se ajusta hasta la liquidación. Por la vía de este ajuste el ingreso base superará a los pisos aun cuando se trate de salarios bajos.

Capítulo 7

38.- Aún cuando la determinación de los rubros correspondientes a la lesión física en sí misma o a la pérdida de la vida puedan demorarse por requerir de operaciones atinentes a su fijación, el damnificado porta el daño desde que el evento perjudicial acaece, razón por la cual en el sistema se adeudan intereses a partir de aquel momento. Así debe interpretarse el art. 2º (párr. 3º) de la ley 26.773, sin discriminación entre las contingencias.

39.- En el sistema existe una tasa legal que impide a los jueces la fijación de la tasa a su albedrío (art. 768, CCCN). Por ello son violatorias de la ley las resoluciones provinciales que prescinden de la tasa legal para imponer la tasa pasiva en seguimiento de una inexistente doctrina legal (pues la jurisprudencia que alegan no fue construida en relación a este supuesto).

40.- El supuesto especial de capitalización de intereses (art. 770, inc. d), CCCN) que establece la ley 27.348 alcanza a todo el crédito indemnizatorio que se liquida en el marco del sistema.

Capítulo 8

41.- Dado que en la lógica de todos los esquemas jurídicos existe un plazo de prescripción para que los ciudadanos puedan acudir a los jueces en reclamo de sus derechos (lapso que el Código Civil y Comercial incluso decidiera ampliar de dos a tres años para las acciones derivadas de la responsabilidad civil -art. 2561-), en materia sistémica el trámite administrativo previo y la pretendida “caducidad” que en aquél se inserta no es fundamento válido para limitar los tiempos atinentes al acceso a la tutela judicial. De lo contrario el régimen se constituye en una trampa para perfeccionar la pérdida de derechos sin respeto al mínimo plazo prescriptivo.

Capítulo 9

42.- Existe una íntima vinculación entre el derecho transitorio en materia de daños laborales y el principio que enmarca a una indemnización justa (art. 19, CN).

43.- La cuestión del derecho transitorio opera con particularidades en el ámbito laboral, donde existen múltiples elementos a considerar: a) Como regla las nuevas leyes deben aplicarse con la mayor extensión posible y producir todos sus efectos de inmediato, pues toda ley nueva se supone mejor y más justa que la anterior; b) la aplicación de las nuevas leyes debe verificarse aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas a fin de brindar el máximo efecto útil al nuevo ordenamiento legal; c) incide la jerarquía constitucional de las normas que aseguran la satisfacción integral de las prestaciones originadas en nexos laborales, pues en esta problemática no debe perderse de vista la especificidad del derecho del trabajo y su finalidad protectoria; d) la interpretación en los conflictos de las leyes en el tiempo no puede dejar de considerar las indicaciones que recibe de la orientación general del ordenamiento jurídico hacia fines sociales; e) tampoco puede prescindirse de la urgencia de la reforma o gravedad de la injusticia que se quiere corregir.

44.- El derecho transitorio es el terreno donde opera particularmente el principio de progresividad, instrumentador del garantismo social, que juega como límite al quehacer del legislador. En función de aquél, en materia de derechos sociales la cuestión de las leyes en el tiempo tiene una mecánica propia de control, pues la aplicación de las nuevas normas de acuerdo a las reglas del derecho común es factible de ser desactivada por violatoria de la regla que impide la regresividad en los beneficios y la protección alcanzados.

45.- Aun cuando se desactive formalmente la regla de la norma más favorable (art. 9º, LCT) al decir que no existe hipótesis de concurrencia cuando una disposición es reemplazada por otra que por ende pasa a ocupar su lugar borrando la posibilidad de coexistencia, funciona el principio de progresividad para impedir la regresión pretendida.

TERCERA PARTE

Capítulo 1

46.- Existen importantes diferencias entre el sistema especial y el régimen del derecho común en cuanto a la legitimación activa frente al mismo hecho. Una contingencia del sistema puede dar lugar al cobro de prestaciones y hacer que se devenguen, a raíz del mismo suceso, rubros indemnizatorios que desde el derecho común pueden incluso corresponder a otros legitimados.

47.- Así como el Código Civil y Comercial refrenda la legitimación activa amplia que el Código Civil receptara en torno a las consecuencias patrimoniales, refleja un ensanchamiento de aquella en relación a las extrapatrimoniales.

48.- Ciertos damnificados indirectos pueden reclamar ante un siniestro laboral ya no solo frente al fallecimiento del trabajador, sino también ante su gran discapacidad.

49.- La nómina de damnificados indirectos no se ciñe a los herederos forzosos y ampara incluso a quienes convivieran con la víctima recibiendo trato familiar ostensible.

50.- La cuestión de la legitimación activa múltiple tiene efectos sobre la opción excluyente, pues más allá de los planteos de inconstitucionalidad, resulta obvio que la elección de una vía o la percepción por parte de un legitimado no puede surtir efectos oponibles a otro.

Capítulo 2

51.- Frente a un siniestro laboral y desde la óptica del derecho común (que atrapa, como ya hemos concluido, a las normas civiles y laborales aplicables a la reparación plena) pueden existir múltiples obligados a resarcir.

52.- Puede resultar el empleador quien deba afrontar la reparación de los daños sufridos desde el derecho común, pero también pueden cobijarse dentro de este último distintas hipótesis de responsabilidad que alcancen a otros sujetos.

53.- La cuestión de la responsabilidad de sujetos distintos del empleador también tiene relación con el régimen de opción, pues el propio sistema habilita el reclamo contra terceros sin la imposición de aquella (art. 39, ap. 4º, *LRT*).

Capítulo 3

54.- Un mismo hecho jurídico puede generar diversidad de legitimados (activos y pasivos), donde la responsabilidad puede obedecer también a orígenes dispares.

55.- Un mismo hecho puede importar responsabilidad contractual de un demandado y extracontractual de otro.

56.- El sistema de unidad del fenómeno resarcitorio no importa alterar la existencia de responsabilidad contractual o extracontractual, pero borra la incompatibilidad entre las reglas aplicables.

57.- Aún cuando bajo el Código Civil y Comercial no rige la barrera que anteriormente consagrara el art. 1107 del Código Civil (que de todos modos no operara en materia laboral), incluso bajo la vigencia de aquel precepto se aceptó la posibilidad de fundar subsidiariamente en función de las normas de ambos campos de responsabilidad.

58.- La ubicación de la fuente del responder en el plano contractual o extracontractual no es apta para limitar las consecuencias indemnizables ya que se ha borrado la regulación diferenciada que previera al respecto el Código Civil.

59.- La llamada regla de la previsibilidad contractual en torno a las consecuencias indemnizables (art. 1748, *CCCN*) no permite limitar el resarcimiento del daño causado en el marco del contrato de trabajo, pues sin perjuicio de aplicarse solo a los vínculos paritarios ni siquiera opera en ellos cuando se trata de daños a la persona (causados con motivo del contrato), pues allí el bien protegido no es el crédito, sino la persona misma.

Capítulo 4

60.- En materia de daños laborales el deber genérico de no dañar (presente en toda relación humana y que no exige un vínculo jurídico preexistente) se particulariza por la existencia de una obligación que impone resultado (ausencia de daño) como vía para tornar operativa la indemnidad adeudada por el empleador al dependiente.

61.- Es en la órbita del contrato de trabajo donde la obligación de seguridad (que ha encontrado asiento, aún tácitamente, en una múltiple variedad de vínculos convencionales) halla su fuente perfecta.

62.- La posibilidad de reclamar en base a su violación la reconoce el propio legislador actual cuando permite

accionar con fundamento “en otros sistemas de responsabilidad” sin atar la opción a hipótesis de negligencia o responsabilidad objetiva por intervención de cosas o actividades riesgosas.

63.- Las disquisiciones que en materia de derecho civil y comercial efectúa la doctrina de ese campo, en torno a la vigencia de la obligación bajo el CCCN, son ajenas al específico del derecho del trabajo, donde la subsistencia de la obligación no depende de la posibilidad de argüir la aplicación de las normas atinentes al riesgo de las cosas o actividades. La cuestión no depende de la intervención de cosas o de la catalogación que se efectúe sobre la actividad, pues en esta materia laboral no corresponde discriminar entre trabajadores dañados por cosas o actividades riesgosas y aquellas que no lo sean. Lo que obliga al empleador a responder plenamente es el daño sufrido en función del trabajo, por la violación de la garantía de indemnidad que le accede.

64.- Es inválido sostener que el deber de resarcimiento del daño a la integridad psicofísica encuentra mero respaldo legal y no contractual.

Capítulo 5

65.- La responsabilidad objetiva derivada de los daños causados por la intervención de cosas o por actividades riesgosas importa al derecho de daños laborales en tanto permite hallar reparación plena en supuestos donde se desconozca la obligación de indemnidad, se considere que no atrapa a derechohabientes o se demande a terceros.

66.- El legislador argentino ha decidido regular la responsabilidad por actividades riesgosas o peligrosas mediante fórmulas generales (“por su naturaleza”, “por los medios empleados”, “por las circunstancias de su realización”), sin acudir a un sistema cerrado de tipicidad. Con ello, la mayoría de los infortunios laborales quedan comprendidos dentro del riesgo de la actividad desplegada.

67.- El Código Civil y Comercial discrimina la guarda provecho de la guarda intelectual. La fórmula amplia empleada en torno a la legitimación pasiva permite atrapar los casos de delegaciones, intermediaciones, subcontrataciones, dependencias económicas y funcionales.

68.- Probada la intervención de una cosa y su conexión causal con el daño producido es dable presumir -hasta que se pruebe lo contrario- que el detrimento se ha generado por el riesgo o vicio de la cosa. Ello es extensible al daño por “actividad”, y en consecuencia la prueba de la relación entre el daño y la actividad también debiera llevar a presumir el carácter riesgoso de la misma.

Capítulo 6

69.- La Corte Suprema ha admitido recurrentemente la existencia de una acción especial por reparación plena fundada en el art. 75 de la LCT. Si esa acción especial no existiera no le habría asignado competencia diferenciada en función de su particularidad. Del mismo modo, tampoco hubiera dejado sin efecto los fallos que prescindieran de su concreto tratamiento. Para la Corte la existencia de la norma no es indiferente y apareja la posibilidad de acciones consecuentes.

70.- El trabajador debe probar el contrato de trabajo y el daño, presumiéndose entonces que este último se produjo por un incumplimiento del empleador, que tendría a su cargo la prueba de haber actuado con la prudencia y diligencia que las circunstancias del caso exigían.

71.- En el marco de la norma: a) se elimina el debate en torno a la competencia, sin necesidad de planteos constitucionales; b) se tutela a los derechohabientes en su calidad de damnificados indirectos, pues sería un contrasentido presumir el incumplimiento en la acción emprendida por el trabajador y obligar a su familia a la férrea prueba de la culpa o restringir el resarcimiento a los casos de daños por cosas o actividades riesgosas; c) borra las discusiones en relación a las responsabilidades solidarias, ya que si se trata de una obligación que por imperio legal integra el contrato (art. 75, LCT), frente a su incumplimiento es posible demandar a los responsables solidarios en función de las mismas normas de la LCT; d) al tratarse de una acción en el marco de la LCT ratifica los principios concretos que benefician a quien acciona, como aquél tan importante que opera en caso de duda sobre los hechos o el derecho (art. 9º, LCT).

Capítulo 7

72.- El principal responde por los daños causados por otros dependientes incluso cuando el hecho dañoso acaece “en ejercicio” o “con ocasión” de las funciones encomendadas a aquellos. La vastedad de la fórmula empleada coloca sobre la responsabilidad del principal hechos que exorbitan el mero ejercicio de las tareas encomendadas.

Capítulo 8

73.- Aún para el más puro derecho civil la responsabilidad subjetiva ha quedado rezagada a un rol residual,

razón que impone comprender la vigorización de los factores objetivos que operan primordialmente cuando el daño se produce en el marco de la relación de dependencia, cuestión que no quita que pueda mediar culpa.

74.- De acuerdo a los propios fundamentos del Anteproyecto que luego se convirtiera en el Código Civil y Comercial, para el derecho común todo es responsabilidad objetiva salvo cuando haya una laguna que resulte imposible de colmar, en cuyo caso aparece la culpa de manera residual.

Capítulo 9

75.- Las normas laborales que imponen la solidaridad de terceros que se relacionan con el empleador en torno a las obligaciones emergentes de la relación laboral alcanzan a las deudas nacidas de los infortunios.

76.- En las hipótesis donde la legislación laboral anuda la actividad de los diversos sujetos que se relacionan entre sí para la obtención de sus fines, esas mismas circunstancias fácticas y jurídicas los está colocando en situación de responsables desde el derecho común (arts. 1757 y 1758, CCCN). La conexión entre la situación fáctica y jurídica que crea la relación laboral, junto a las pautas que exige la ley civil para hallar legitimación pasiva, otorgan el fundamento de la responsabilidad.

77.- En la responsabilidad de terceros, por decisión legislativa, no rige la opción.

Capítulo 10

78.- En el seguro de riesgos del trabajo la obligación de prevención a cargo de la ART mediante el contrato que suscribe con el empleador, constituye una estipulación en beneficio del trabajador y sus derechohabientes.

79.- En materia de riesgos del trabajo, donde la cobertura ampara al trabajador y a su familia frente a las contingencias que esos riesgos engendran, el dependiente y sus derechohabientes son acreedores de la obligación de prevención. Por ende, si su incumplimiento genera daños, existe responsabilidad directa de la ART (art. 1749, primera parte, CCCN). El perjuicio se produce como consecuencia del incumplimiento de una obligación preexistente entre el dañador y los damnificados.

80.- La solución no varía si el análisis se efectúa desde la órbita extracontractual, pues también es responsable directo quien ocasiona un daño injustificado por acción u omisión (art. 1749, segunda parte, CCCN).

81.- Opera con respecto a las aseguradoras un estándar agravado en cuanto a la diligencia exigible y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias, al tratarse de entes profesionales con alto grado de especialización (art. 1725, CCCN).

82.- Corresponde colocar la prueba de haber actuado con la diligencia debida sobre la aseguradora, pues se halla en mejor situación para aportarla.

83.- Al tratarse de un tercero civilmente responsable, la demanda contra la aseguradora por reparación plena no importa ejercicio de la opción.

Capítulo 11

84.- La metodología impuesta por el legislador en el art. 1735 del CCCN para la aplicación de la carga probatoria dinámica se ciñe a la prueba de la “culpa” en el ámbito de la “responsabilidad civil”.

85.- Las demás situaciones capaces de ser atrapadas por la doctrina pretoriana de las cargas dinámicas, donde no existe precepto particular, continúan con el tratamiento que se les diera con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial.

86.- El argumento que pretende acotar la distribución dinámica de la carga probatoria en función del derecho de defensa es endeble, pues resulta principio consolidado que ante el deber de conducir el proceso hacia el esclarecimiento de la verdad objetiva, la buena fe impone a las partes no refugiarse en meras negativas (terreno de los hechos) ni ser pasivas frente a la posibilidad de demostración (terreno de lo probatorio).

87.- La solución del art. 1735 del CCCN, de no advertirse la vigencia de la norma, opera condicionando el uso de una herramienta valiosa y necesaria para que en el proceso se arribe a la verdad y aquella no se obstaculice a quien se halla en situación desventajosa para acceder al material probatorio.

88.- La existencia de la norma impone la adaptación de los ordenamientos procesales.

Capítulo 12

89.- Las eximentes del derecho común, en materia de daños laborales, operan con particularidades.

90.- En relación a los infortunios laborales, el hecho de la víctima no debe ser imputable al demandado, objetiva o subjetivamente. Cuando este último es quien lo provoca, la acción de la víctima se presenta como una mera con-

secuencia del acto del ofensor y resulta inapta para liberar de responsabilidad.

91.- Pesando sobre el empleador y la aseguradora la obligación contractual y legal de prevenir los daños (arts. 4° y 31, ley 24.557; art. 75 LCT), en materia laboral solo eximirá el hecho de la víctima que no pudo ser previsto o que previsto no pudo ser evitado, es decir que reúna las características del caso fortuito o fuerza mayor.

92.- No ingresan dentro de la noción de “tercero por quien no se deba responder” los daños causados por dependientes en ejercicio u ocasión de sus funciones, ni todos aquellos cuya responsabilidad concorra o resulte solidaria.

93.- El hecho del tercero debe revestir las características del caso fortuito, buscándose con ello preservar el derecho indemnizatorio del damnificado y poner el acento en la prevención de los daños.

94.- El caso fortuito (o fuerza mayor), para eximir, debe ser totalmente ajeno al riesgo o vicio de la cosa o de la actividad, y no conexo o inherente a dicho riesgo, ya que si está dentro o es propio de aquél no será, por ende, extraño o ajeno al responsable.

95.- La carga de la prueba de las circunstancias eximentes corresponde a quien las alega y son de interpretación restrictiva.

Capítulo 13

96.- El origen de la responsabilidad de los legitimados pasivos, de acuerdo a la decisión del legislador, incide en el carácter solidario o concurrente de la obligación resarcitoria.

97.- En materia de daños laborales solo las normas que imponen la solidaridad son coherentes con el diseño de esta rama jurídica. De allí la importancia de aplicar sus soluciones. Si la solidaridad se reconoce frente a la deuda salarial o por despido, no puede tratarse peyorativamente a la obligación resarcitoria nacida del daño a la salud.

Capítulo 14A

98.- Hay razones tanto para considerar que, a la hora del resarcimiento, el Código Civil y Comercial adopta la concepción de daño-lesión, como para interpretar que reposa en la concepción de daño-consecuencia.

99.- Según jurisprudencia de la Corte Suprema existe un daño material derivado de las lesiones que derivan en incapacidad psicofísica permanente, más allá de la existencia de lucro cesante.

100.- En el derecho común argentino se indemniza un híbrido pues la corriente mayoritaria concluye aceptando una indemnización a la “capacidad vital” que excede a la laboral, y que se constituye en una presunción iure et de iure de daño material.

101.- La plenitud y aptitud vital tiene un valor económico presunto, que no admite prueba en contrario.

Capítulo 14B

102.- La jurisprudencia laboral mayoritaria niega tácitamente autonomía al daño extrapatrimonial en la medida que lo anuda, en su existencia y estimación, al daño material.

103.- La independencia de los conceptos permite comprender que pueden mediar consecuencias extrapatrimoniales derivadas de una lesión que no causa incapacidad definitiva. Así, existiendo una contingencia reconocida generadora de incapacidad transitoria pero que no implica incapacidad definitiva, corresponde la indemnización por el daño extrapatrimonial sufrido (agravio que originan el evento y sus consecuencias). En tales casos el daño se infiere por vía inductiva.

104.- La fijación automática del daño extrapatrimonial en un porcentaje del material constituye una práctica arbitraria capaz de violar el principio de la reparación plena.

105.- El art. 1741 del CCCN permite accionar a los damnificados indirectos por el daño extrapatrimonial que implica para ellos (daño personal) la gran discapacidad sufrida por el damnificado directo. En tal caso, si la víctima del accidente decidiera reclamar las prestaciones sistémicas sin cuestionamiento de la opción (art. 4°, ley 26.773), los damnificados indirectos podrían a su vez reclamar la reparación plena (no solo las consecuencias extrapatrimoniales). Tratándose de acciones personales, y no *iure hereditatis*, ninguna opción de otro sujeto podría alcanzarlos.

106.- Similar escenario se presenta ante el fallecimiento del trabajador, pues la nómina de derechohabientes del sistema especial (art. 18, LRT) no es equivalente a los damnificados indirectos del derecho común.

107.- La comprensión del derecho de daños demuestra la irrazonabilidad del sistema de opción, pues en la práctica los damnificados indirectos no atrapados por aquella tienen acción por reparación plena y vía judicial directa mientras al trabajador lo alcanzan la opción excluyente y el tránsito administrativo previo.

Capítulo 15

108.- El crédito derivado de los daños a la integridad psicofísica constituye una deuda de valor.

109.- La deuda de valor relativa a los daños laborales puede ser expresada por el juez en una de las denominadas “monedas fuertes” pues así lo acepta el legislador (art. 772, CCCN),

110.- Siendo que una vez fijada en moneda de curso legal la deuda de valor se rige por las reglas propias de las deudas de dinero (mecánica del art. 772, CCCN), cuando en rigor sigue siendo de valor mientras el pago no la extinga, se impone una correcta cuantificación a valores actuales y luego, ante la conversión en dinero y las reglas atinentes a éste, la aplicación de una tasa de interés acorde a la realidad (actualización por vía indirecta) y la naturaleza de los créditos en juego.

Capítulo 16

111.- De acuerdo a la interpretación que corresponde acordar al art. 768 del CCCN siguen siendo los jueces ordinarios quienes deben fijar los intereses para los casos concretos sometidos a decisión, atendiendo a las tasas que acepta o publica el Banco Central.

112.- La nueva causal de acumulación de intereses que se produce contemplando el momento de la notificación de la demanda (art. 771, inc. b), CCCN) no requiere de un requisito especial en orden a su procedencia. Es decir, no precisa que el actor peticione de modo expreso la capitalización o que formule una reserva en torno a ello.

Capítulo 17

113.- El plazo de prescripción que la normativa común establece para las acciones derivadas de accidentes y enfermedades del trabajo, peyorativo frente al fijado para las acciones derivadas de la responsabilidad civil, plantea una cuestión de raíz constitucional ya que no hay ninguna razón objetiva que justifique el trato desigual en perjuicio del acreedor laboral (que, por el contrario, debiera gozar de trato preferente).

114.- Si el plazo bianual se aplica solo a la acción del trabajador contra el empleador, podría atribuirse responsabilidad “civil” a la ART o a otro tercero dentro del plazo de tres años.

115.- El sistema especial coloca vallas al inicio de la acción común. Por ende no puede comenzar a correr plazo alguno hasta que los pasos previos estén zanjados, interrumpiéndose a todo evento la prescripción con el inicio de la demanda donde se efectúe el planteo de inconstitucionalidad de la limitación para accionar.

Capítulo 18

116.- Las “consecuencias” que no pertenecen al ámbito del pasado pueden ser atrapadas por la nueva ley que las regula.

117.- Las normas sobre cuantificación en la acción común que establece el CCCN son aplicables en forma inmediata.

118.- Se aplica en forma inmediata el nuevo supuesto de anatocismo autorizado por el CCCN (acumulación desde la fecha de notificación de la demanda).

CUARTA PARTE

Capítulo 1

119.- La “opción excluyente” intenta colocar al damnificado frente a una disyuntiva carente de fundamento. Las prestaciones del sistema y las indemnizaciones del derecho común tienen orígenes disímiles, deudores generalmente diversos y requieren para devengarse elementos diferentes.

120.- La acción común contra la ART y otros terceros no se encuentra atrapada por el régimen de opción. Se trata de casos de inaplicabilidad de aquella.

121.- La acción emprendida por los derechohabientes también constituye un supuesto de inaplicabilidad. La reglamentación exorbita la ley y pretende atrapar allí un caso no contemplado.

122.- La opción excluyente que consagra la ley 26.773 es una mera imposición arbitraria, que carece de argumentos y por ende de razonabilidad. La opción que instaura el sistema, además de la violación de principios básicos de la especialidad (indemnidad, protección especial e irrenunciabilidad) y del adagio *alterum non laedere*, se consagra con una mecánica legal que por su propia irrazonabilidad la desactiva.

Capítulo 2

121.- La mecánica de articulación entre las prestaciones del sistema y la indemnización por reparación plena es incongruente, porque la ley ordena deducir montos no homogéneos entre sí.

122.- Cuando concurre la reparación plena con la indemnización tarifada debe analizarse si los resarcimientos responden a los mismos daños (rubros o parcelas homogéneos), pues de lo contrario pueden operar arbitrarias reducciones de los derechos.

123.- La remisión de pretendidos “excedentes” que establece la ley 26.773 es inconstitucional porque se trata de créditos calificados como irrenunciables por la propia legislación, que pertenecen al trabajador, máxime cuando la indisponibilidad de los derechos laborales tiene protección supralegal.

QUINTA PARTE

Capítulo 1

124.- La imposición de un trámite administrativo obligatorio previo para percibir cualquier crédito derivado de un infortunio laboral violenta en primer término la automaticidad de las prestaciones y luego el acceso a la justicia.

125.- La interdicción constitucional para el ejercicio de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo (art. 109, CN), se conecta con la garantía de defensa en juicio (art. 18, CN) y la existencia de jueces a quienes corresponde juzgar las causas (art. 116, CN). La atribución de funciones jurisdiccionales a un ente administrativo federal para resolver controversias entre privados relativas al derecho común viola toda la lógica del sistema y las garantías de los habitantes.

126.- Las violaciones constitucionales no se borran ni se redimen por la intervención residual de jueces, precedidos por funcionarios contratados sin estabilidad ni garantías de independencia, que no tienen la facultad de fallar con alcances de “cosa juzgada”.

127.- El diseño procesal del régimen de riesgos del trabajo invade las autonomías provinciales, aun bajo el ropaje de la adhesión que confiesa la cesión de parcelas propias de las administraciones locales.

128.- El tránsito administrativo ante las comisiones médicas no puede importar la existencia de cosa juzgada que impida la acción ordinaria dentro del plazo de prescripción, siendo inconstitucional la caducidad que importa la pérdida de derechos sustanciales laborales.

Capítulo 2

129.- Las acciones por reparación plena fundadas en el derecho común por el resarcimiento de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo deben tramitar ante el fuero laboral, pues reposan en el vínculo.

130.- La derivación al fuero civil ante los daños en la integridad psicofísica constituye un inadmisibles trato peyorativo con pretensiones de dificultar la acción.

131.- Cuando la acción común por reparación plena se intenta con base en incumplimientos de deberes tipificados en la legislación laboral y obligaciones nacidas del contrato de trabajo es innecesario decretar la inconstitucionalidad de la remisión al fuero civil, pues esta última es inaplicable a aquel supuesto por propia decisión legislativa.

132.- Si se acumula el reclamo de prestaciones sistémicas con la reparación plena, con planteo de inconstitucionalidad de la opción, la acción deberá tramitar en sede laboral. Las acciones que involucran a las prestaciones corresponden al fuero y la tacha de inconstitucionalidad de la opción no tiene competencia atribuida, sin que pueda ser abordada desde la perspectiva limitada que atañe a la competencia ni separarse el objeto del pleito.

Capítulo 3

133.- La imposición de trámites administrativos para obturar la acción común por reparación plena es incongruente con la naturaleza civil y optativa que el propio legislador pretende otorgarle.

134.- La articulación entre las acciones posibles, en función de la multiplicidad de alternativas procesales que se presentan ante la incongruencia de la legislación de fondo y de forma, hace de la pretensión de reparación del daño un terreno escarpado violatorio de básicas garantías constitucionales de sujetos que deben ser especialmente tutelados.

CONCLUSION FINAL

Estimamos haber probado, a partir de los desarrollos efectuados en la tesis, que el derecho de daños laborales es un sistema particular de reparación cuya coherencia solo es posible a partir de la convergencia razonada de las fuentes que lo constituyen.

Confluyendo en el mismo las prestaciones de una tarifa y la reparación plena del derecho común, para tornar operativo el principio que recepta el art. 19 de la CN, la articulación entre aquellas no puede construirse a partir de opciones que violen la irrenunciabilidad de los derechos y el carácter indisponible de la integridad personal.

El derecho común se constituye, en este campo, por las normas propias de la especialidad laboral y aquellas civiles o de otra índole que operan en función del resarcimiento de los daños injustamente sufridos.

Todo ese complejo normativo positivo aparece tallado por los principios que hacen al derecho de daños en general y al derecho del trabajo en especial.

Solo así puede construirse, interpretarse y aplicarse el derecho de daños laborales. Por el contrario, las soluciones asistemáticas dan pábulo a la irrazonabilidad y agravan la coherencia del entramado de principios y normas que rigen esta materia.

Bibliografía general

- Acevedo Miño, Martín J., El derecho constitucional a la salud, EDCO, ejemplar del 27/7/09.
- Ackerman, Mario E. - Maza, Miguel A., Daño y relación causal en el sistema de la ley sobre riesgos del trabajo, DT, 1999-B-1251.
- Ackerman, Mario E., en Tratado de derecho del trabajo, Mario E. Ackerman (dir.) - Diego M. Tosca (coord.), Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010, t. VI, "Actualización".
- Ackerman, Mario E., La Ley sobre Riesgos del Trabajo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2008.
- Ackerman, Mario E., La responsabilidad civil en la Ley sobre Riesgos del Trabajo, Hammurabi, Buenos Aires, 1998.
- Ackerman, Mario E., Ley de Riesgos del Trabajo. Comentada y concordada, 2ª ed., Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2013.
- Ackerman, Mario E., Ley de Riesgos del Trabajo. Comentada y concordada, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2017.
- Ackerman, Mario E., Ley sobre Riesgos del Trabajo. Aspectos constitucionales y procesales, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1999.
- Ackerman, Mario E., Prevención de riesgos y régimen del seguro en la Ley sobre Riesgos del Trabajo, DT, 1995-B-2215
- Agoglia, María M. - Boragina, Juan C. - Meza, Jorge A., Responsabilidad por incumplimiento contractual, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- Alferillo, Pascual E., Daño a la vida, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009.
- Alterini, Atilio A., Desindexación. El retorno al nominalismo. Análisis de la ley 23.928 de convertibilidad del austral, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1991.
- Alterini, Atilio A., Responsabilidad civil, 3º ed., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1987.
- Alvarez Larrondo, Federico M., Las ART como proveedoras de servicios y la concepción de los trabajadores como usuarios, ponencia en el "XVIII Encuentro del Foro Permanente de Institutos de Derecho del Trabajo de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires", Universidad Nacional de Avellaneda, 17 de abril de 2016.
- Alvarez, Eduardo, El artículo 75 de la Ley de Contrato de Trabajo y el destino paradójico del deber de seguridad, en "Doctrina Laboral", Errepar, Buenos Aires, t. VII.
- Ambesi, Leonardo J., Criterios valorativos de la ley 26.773, LL, suplemento especial, "Nueva Ley de Riesgos del Trabajo", Juan J. Etala - Julio C. Simón (dirs.), nov. 2012.
- Anastasi, Leónidas, Nota al fallo "Colucci de Devoto c. Mullen", JA, 3-112
- Areán, Beatriz A., en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 2001, t. 6B.
- Areán, Beatriz A., Juicio por accidentes de tránsito, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, t. 1.
- Arese, César, Análisis general del proyecto de quinta reglamentación sobre riesgos de trabajo, en "Doctrina Online", del 2/12/16, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.
- Arese, César, El lado oscuro del mundo del trabajo y la seguridad jurídica, LNL, 2003-6-361.
- Arese, César, en Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada, Raúl H. Ojeda (coord.), 2ª ed., Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2011, t. III.
- Aroza, José M., Responsabilidad civil de las ART (aseguradoras de riesgos del trabajo) en daños causados por mala praxis, en www.aaba.org.ar/bi20op19.htm.
- Azpiri, Jorge O., Derecho de familia, en colección Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- Balbín, Carlos F., en Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Daniel A. Sabsay (dir.) - Pablo L. Manilí (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 2010, t. 4.
- Banchs, Ireneo E., Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Hammurabi, Buenos Aires, 1977.
- Barocelli, Sergio S., El concepto de consumidor en el Nuevo Código Civil y Comercial, en www.nuevocodigocivil.com.
- Barreiro, Diego A., "Las enfermedades del trabajo 'no listadas' o 'extrasistémicas'", en Jurisprudencia laboral, Juan J. Formaro (dir.), Hammurabi, Buenos Aires, 2012, t. 2.
- Basterra, Marcela I., en Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Daniel A. Sabsay (dir.) - Pablo L. Manilí (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 2009, t. 1.
- Benavente, María I., en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Elena I. Highton - Beatriz A. Areán (dirs.), Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 5.
- Benseñor, Norberto R., en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Augusto C. Belluscio (dir.) - Eduardo A. Zannoni (coord.), Astrea, Buenos Aires, 2007, t. 9.
- Berizonce, Roberto O. - Méndez, Héctor O., Honorarios de abogados y procuradores. Ley 8904. Comentada y concordada con la ley 21.839, Platense, La Plata, 1979.
- Bermúdez, Jorge G., "Sistemática legal", en Riesgos del trabajo, Jorge Rodríguez Mancini - Ricardo Foglia (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Bialet Massé, Juan, El estado de las clases obreras argentinas a comienzos del siglo, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1968.
- Bialet Massé, Juan, Tratado de la responsabilidad civil en el derecho argentino bajo el punto de vista de los accidentes de trabajo, Imprenta La Argentina, Rosario, 1904.
- Bianchi, Enrique T., El olvidado art. 1107 CC, JA, 1976-II-269.
- Bidart Campos, Germán J., ¿Y el "iura novit curia"? LL, 2004-C-274.
- Bidart Campos, Germán J., Eximición de caución contracautelar a quien no puede pagarla, ED, 141-597.
- Bidart Campos, Germán J., Interpretación constitucional y legal. Vida, integridad corporal, familia y justicia, ED, 91-264.

- Bidart Campos, Germán J., La indexación de las deudas dinerarias como principio constitucional, ED, 72-697.
- Bielsa, Rafael, La culpa en los accidentes del trabajo, J. Lajouane & Cía., Buenos Aires, 1919.
- Bielsa, Rafael, Teoría contractual: Exposición y crítica, JA, 12-61.
- Boffi Boggero, Luis M., Opción o cúmulo, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, t. XXI.
- Boragina, Juan C. - Meza, Jorge A., La obligación de seguridad. Su vigencia y trascendencia en el Código Civil y Comercial de la Nación, RCyS, 2016-III-5.
- Borda, Guillermo A., Acerca del llamado daño biológico, ED, 152-491.
- Borda, Guillermo A., Concepto de ley de orden público, LL, 58-997.
- Borda, Guillermo A., Efectos de la ley con relación al tiempo, ponencia en el "Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil", celebrado en Córdoba, 9-14 de octubre de 1961, publicada en ED, 36-731.
- Borda, Guillermo A., La reforma de 1968 al Código Civil, Perrot, Buenos Aires, 1971.
- Borda, Guillermo A., La vida humana ¿Tiene por sí sola un valor económico resarcible?, ED, 114-849.
- Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Obligaciones, Perrot, Buenos Aires, 4ª ed., 1976, t. II; 7ª ed., 1994, t. II.
- Brebbia, Roberto H., El resarcimiento del daño moral después de la reforma del decreto-ley 17.711, ED, 58-239.
- Brebbia, Roberto H., en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 2008, t. 2B.
- Brito Peret, José I., Anotaciones sobre la prescripción y caducidad en la Ley de Contrato de Trabajo, TySS, 1975-584.
- Bueres, Alberto J. - Zaffaroni, Eugenio R., Responsabilidad médica. Aspectos civiles y penales, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- Bueres, Alberto J., Derecho de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- Bueres, Alberto J., en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3A; 2004, t. 2A.
- Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos, Abaco, Buenos Aires, 1981.
- Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- Busso, Eduardo B., exposición en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1962, t. I.
- Bustamante Alsina, Jorge, Deudas de dinero y deudas de valor. Alcances de la distinción y posibilidad de suprimirla, LL, 149-952.
- Bustamante Alsina, Jorge, en Responsabilidad civil, Luis Moisset de Espanés (coord.), Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1984.
- Cabanellas, Guillermo, Derecho de los riesgos del trabajo, Bibliográfica Argentina, 1968.
- Calvo Costa, Carlos A., Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el Código Civil y Comercial, en www.nuevocodigocivil.com.
- Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- Calvo Costa, Carlos A., Derecho de las obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, t. 2.
- Calvo Costa, Carlos A., en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ricardo L. Lorenzetti (dir.), Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V.
- Calvo Costa, Carlos A., La reafirmación del principio de la reparación plena. El fallo "Ontiveros", RCyS, 2017-X, p. 90.
- Calvo Costa, Carlos A., La responsabilidad civil médica ante el nuevo Código Civil y Comercial, RCyS, 2015-II.
- Calvo Costa, Carlos A., Prescripción extintiva o liberatoria en el Código Civil y Comercial de la Nación, LL, suplemento especial, "Nuevo Código Civil y Comercial", 2014 (noviembre).
- Cañal, Diana R., Controversias en el derecho laboral, Editorial Quorum, Buenos Aires, 2004.
- Cañal, Diana R., Según pasan las Cortes. El futuro de "De Luca", en www.caq.org.ar.
- Carneiro, María M., Método de valuación del daño moral, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- Carnota, Walter F., en Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Daniel A. Sabsay (dir.) - Pablo L. Manili (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 2009, t. 1.
- Casiello, Juan J. - Méndez Sierra, Eduardo C., Deudas de dinero y deudas de valor. Situación actual, LL, 2003-E-1282.
- Casiello, Juan J., en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 2A.
- Casiello, Juan J., Incorporación al Proyecto de Código de la "deuda de valor", LL, ejemplar del 6/3/14.
- Casiello, Juan J., La deuda de valor, LL, 104-957.
- Cassagne, Juan C., Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional, ED, 45-829.
- Cassagne, Juan C., El acceso a la justicia administrativa, en www.cassagne.com.ar/publicaciones/_El_acceso_a_la_justicia_administrativa.pdf
- Cassagne, Juan C., Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso "Ángel Estrada"), LL, 2005-C-736.
- Centeno, Norberto O., El salario como deuda de valor, LT, XX-598.
- Cifuentes, Santos, "Naturaleza jurídica del daño moral y derivaciones de su concepción", en Estudios en homenaje al doctor Guillermo Borda, La Ley, Buenos Aires, 1984.
- Cipriano, Néstor A., El daño psíquico, LL, 1990-D-678.
- Colmo, Alfredo, De las obligaciones en general, 3ª ed., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1961.
- Compagnucci de Caso, Rubén H., en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Julio C. Rivera - Graciela Medina (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III.
- Compagnucci de Caso, Rubén H., en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. 2A; 2006, ts. 2A y 2B.
- Compiani, María F., La incapacidad permanente es indemnizable "per se" como daño patrimonial, LL, 1994-B-432.
- Coppoletta, Sebastián, La contribución de la ART al pago de la indemnización (capital, intereses y costas), en "Revista de Derecho Laboral", n° 2013-1, "Ley de Riesgos del Trabajo-IV", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.
- Cornaglia, Derecho de daños laborales, Némesis, Buenos Aires, 1992.
- Cornaglia, Ricardo J., "La enfermedad-accidente (mal llamada extrasistémica)", en Temas esenciales del derecho laboral, homenaje al

doctor Santiago J. Rubinstein, IJ Editores, Buenos Aires, 2009.

Cornaglia, Ricardo J., Derecho de daños laborales, Némesis, Buenos Aires, 1992.

Cornaglia, Ricardo J., El acceso a la jurisdicción en las acciones por infortunios laborales ante el juez natural, LL, ejemplar del 28/9/04.

Cornaglia, Ricardo J., La aplicación inmediata de la ley laboral más benigna en relación con la ley 26.773, en "Doctrina Laboral y Previsional", Errepar, Buenos Aires, t. XXVII.

Cornaglia, Ricardo J., La aplicación inmediata y retroactiva de la ley laboral, LL, 2004-D-1306.

Cornaglia, Ricardo J., La competencia asumida por la justicia del trabajo y la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.557 sobre riesgos del trabajo, LLBA, 2000-1133.

Cornaglia, Ricardo J., La familia llamada irregular y sus derechos constitucionales a la reparación integral de los daños, LL, 2012-C-213.

Cornaglia, Ricardo J., La magra propiedad de los trabajadores en relación con la indexación de sus créditos y las tasas de interés, DT, 2002-B-2153.

Cornaglia, Ricardo J., La obligación contractual de resultado en la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557, RDLSS, 2008-19-1693.

Cornaglia, Ricardo J., La vigencia plena del derecho de daños laborales. Un fallo de la Corte que pone de manifiesto la innecesidad de la acción civil a mérito de la acción laboral, LL, On Line.

Cornaglia, Ricardo J., Los daños extrasistémicos en la ley 24.557, las enfermedades y la inconstitucionalidad de esa norma, LLBA, 2002-1535.

Cornaglia, Ricardo J., Pago en rentas en los infortunios del trabajo, LL, 2008-F-368.

Cornaglia, Ricardo J., Reflexiones sobre el acceso a la justicia de los trabajadores y el control de constitucionalidad de la ley de concursos y quiebras, LLBA, 2006-161.

Cornaglia, Ricardo J., Reforma laboral. Análisis crítico, La Ley, Buenos Aires, 2001.

Corte, Néstor D. - Machado, José D., Siniestralidad laboral. Ley 24.557, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1996.

Costa, Agustín A., La opción del art. 17 de la ley 9688. Sus caracteres ante la jurisprudencia de los tribunales de la Capital Federal, LL, 4-353.

Couture, Eduardo J., Fundamentos del derecho procesal civil, 4ª ed., B de F, Buenos Aires, 2007.

Curutchet, Eduardo E., "Cuantificación del lucro cesante mediante fórmulas matemáticas (su forma adecuada de uso y los ajustes pendientes)", en Jurisprudencia laboral, Juan J. Formaro (dir.), Hammurabi, Buenos Aires, 2012, t. 2.

Curutchet, Eduardo E., Aspectos sustanciales y procesales de la responsabilidad solidaria por transferencia del establecimiento, el Jurisprudencia Laboral, Hammurabi, Buenos Aires, t. 3.

Curutchet, Eduardo E., Cuantificación del lucro cesante en la acción de derecho común, en Colección Temas de Derecho Laboral, n° 19, "Daños a la Salud del Trabajador", Errepar, Buenos Aires, junio de 2013.

Curutchet, Eduardo E., Inviabilidad de la opción excluyente en el contexto normativo y jurisprudencial actual, ponencia en el "V Encuentro Quilmeño y III Iberoamericano de Derecho del Trabajo", Colegio de Abogados de Quilmes, mayo de 2012.

Curutchet, Eduardo E., Ponencia en la "Jornada de Análisis del Anteproyecto de Código Civil y Comercial", celebrada en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal el 5/7/12.

de Cupis, Adriano, El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, Barcelona, Editorial Bosch, 1970, 2º ed., p. 327.

De Diego, Julián A., Reforma del sistema de riesgos del trabajo y sus eventuales temas de conflicto, LL, suplemento especial, "Nueva Ley de Riesgos del Trabajo", Juan J. Etala - Julio C. Simón (dirs.), nov. 2012.

De la Fuente, Horacio H., en Tratado de derecho del trabajo, Antonio Vázquez Vialard (dir.), Astrea, Buenos Aires, 1984, t. 5, p. 719.

De la Fuente, Horacio H., Los accidentes de trabajo y la acción de derecho común, DT, 1980-597.

De la Fuente, Horacio H., Orden público, Astrea, Buenos Aires, 2003.

De la Fuente, ob. cit., t. 5, p. 718, nota 76, con cita de Plá Rodríguez, Hueck-Nipperdey, y Ojeda Avilés.

De los Santos, Mabel, Flexibilización de la congruencia, LL, 2007-F-1278.

De Petre, Patricia - Coppoletta, Sebastián, Los daños adicionales en el sistema de riesgos del trabajo, en "Revista de Derecho Laboral", n° 2013-1, "Ley de Riesgos del Trabajo-IV", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.

Del Bono, Carlos M., "Sujetos comprendidos en la Ley de Riesgos del Trabajo", en Riesgos del trabajo, Jorge Rodríguez Mancini - Ricardo A. Foglia (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2008.

Deveali, Mario L., Acciones optativas y acciones excluyentes en el campo del derecho del trabajo, DT, 1945-138.

Deveali, Mario L., Lineamientos de derecho del trabajo, Tea, Buenos Aires, 1948.

Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 22ª ed., en www.rae.es.

Dromi San Martino, Laura, Derecho constitucional de la integración, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002.

Drucaoff Aguiar, Alejandro, Los intereses en los contratos bancarios y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, RCCyC, 2015 (agosto), 162.

Duarte, David, "Comentario al régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", en Ley de Riesgos del Trabajo. Reforma ley 26.773. Comentarios y análisis doctrinario, Errepar, Buenos Aires, 2012.

Duarte, David, La inaplicabilidad de la ley al momento del infortunio por injusta, en "Derecho Laboral Actualidad", sección "Jurisprudencia anotada", n° 71, en www.rubinzal.com.ar.

Echevesti, Carlos A., en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. High-ton (coord.), 2ª reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 2A.

Echevesti, Carlos A., La culpa, Hammurabi, Buenos Aires, 1997.

Eisner, Isidoro, Importancia, contenido y límites del alegato de bien probado, LL, 1984-C-880.

Ekmekdjian, Miguel A., De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles, ED, 114-945.

Ekmekdjian, Miguel A., El derecho a la dignidad y el orden jerárquico de los derechos individuales en los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, aprobados por ley 23.313, ED, 119-937.

Ekmekdjian, Miguel A., Jerarquía constitucional de los derechos civiles, LL, 1985-A-847.

Etala, Carlos A., Contrato de trabajo, 6ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2008, ts. I y II.

- Facal, Carlos J. M., La reglamentación de la ley 26.773: algunos errores gravísimos y algún acierto tardío, JA, ejemplar del 7/5/14.
- Fajre, José B., en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Elena I. Highton - Beatriz Areán (dirs.), Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 5.
- Favier, Daniela, Primeras reflexiones sobre el régimen de reparación de los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ley 26.773, Rubinzal On Line, 15/3/13.
- Fenochietto, Carlos E., Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Comentarios, jurisprudencia, legislación, 3ª ed., La Rocca, Buenos Aires, 1996.
- Fernández Balbis, Amalia, El principio de congruencia y la reparación integral del daño, ED, ejemplar del 2/2/12.
- Fernández Gianotti, Enrique, "Vulneración constitucional por el carácter excluyente de las acciones indemnizatorias del daño infortunistico (art. 16, ley 24.028)", en La responsabilidad, homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, Atilio A. Alterini - Roberto M. López Cabana (dirs.), Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Fernández Gianotti, Enrique, De nuevo sobre la indemnización de los accidentes ocurridos en el trayecto a la residencia del trabajador, LL, 55-459.
- Fernández Madrid, Juan C. - Caubet, Amanda B., Riesgos del trabajo, La Ley, Buenos Aires, 2015.
- Fernández Madrid, Juan C., Deber de seguridad personal, Doctrina Laboral Errepar, t. IV, p. 319.
- Fernández Madrid, Juan C., La inconstitucionalidad del art. 4º de la ley 26.773, en "Doctrina Laboral y Previsional", Errepar, Buenos Aires, t. XXVII.
- Fernández Madrid, Juan C., La tarifa de la ley 26.773. Interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tratados de derechos humanos, en "Doctrina Laboral y Previsional", Errepar, Buenos Aires, t. XXVII.
- Fernández Madrid, Juan C., Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y anotada, Buenos Aires, 2009, t. II.
- Fernández Madrid, Juan C., Tratado práctico de derecho del trabajo, La Ley, Buenos Aires, 1989, ts. I y II.
- Fernández Sessarego, Carlos, Accidentes de trabajo: cuantificación del daño. Comentario al fallo «Arostegui», RCyS, 2008-594.
- Ferreirós, Estela M. - Morey, Martha A., Accidentes y enfermedades del trabajo, Ediciones Centro Norte, Buenos Aires, 1987.
- Ferreirós, Estela M., ¿Es inconstitucional la Ley sobre Riesgos del Trabajo?, La Rocca, Buenos Aires, 1998.
- Ferreirós, Estela M., Daño producido por el despido y su reparación, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- Fogliá, Ricardo A., "Acciones fuera de la regulación de la LRT", en Riesgos del trabajo, Jorge Rodríguez Mancini - Ricardo A. Fogliá (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Fogliá, Ricardo A., "Régimen para obtener las prestaciones de la LRT", en Riesgos del trabajo, Jorge Rodríguez Mancini - Ricardo A. Fogliá (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Fogliá, Ricardo A., Comentario al fallo "Villalón" de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, TySS, 2011-794.
- Fogliá, Ricardo A., El art. 258 LCT ¿continúa vigente?, TySS, 2008-1041.
- Fogliá, Ricardo A., El plazo de prescripción de la acción civil por infortunios del trabajo conforme el Código Civil y Comercial de la Nación, en www.abogados.com.ar, publicación del 27/10/15.
- Fogliá, Ricardo A., en Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada, Jorge Rodríguez Mancini (dir.) - Ana A. Barilaro (coord.), La Ley, Buenos Aires, 2007, t. IV.
- Fogliá, Ricardo A., Ley 26.773: un intento de ordenar un sistema desorganizado, en www.abogados.com.ar, newsletter del 2/10/14.
- Fredriks, Jorge L., El deber de seguridad en la Ley de Contrato de Trabajo, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- Galdós, Jorge M., ¿Hay daño biológico en el derecho argentino?, Lexis n° 0003/012653.
- Galdós, Jorge M., Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 CCCN), RCyS, 2016 (diciembre), portada.
- Galdós, Jorge M., en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Rubinzal - Culzoni, 2015, t. VIII.
- Galdós, Jorge M., en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Ricardo L. Lorenzetti (dir.) - Miguel Federico De Lorenzo - Pablo Lorenzetti (coords.), Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII.
- Garces Gulli, Lilian - Martorelli, Nora A., Accidente in itinere, Buenos Aires, 2008.
- García Martínez, Roberto, La opción en las acciones de la ley de accidentes de trabajo, DT, 1989-B-1905.
- García Rapp, Jorge, "Antecedentes en la materia y en particular en la República Argentina", en Riesgos del trabajo, Jorge Rodríguez Mancini - Ricardo A. Fogliá (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2008.
- García Vior, Andrea E., La aplicación del índice RIPTE a contingencias anteriores a la entrada en vigencia de la ley 26.773 según la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Rubinzal On Line, 13/12/13.
- Garrido, Roque F. - Andorno, Luis O., El art. 1113 del Código Civil. Comentado. Anotado, Hammurabi, Buenos Aires, 1983.
- Gelber, Teodoro - Ruiz, Alicia - De Virgiliis, Miguel A., La prueba en los accidentes del trabajo, Hammurabi, Buenos Aires, 1981.
- Gelber, Teodoro, Acciones civiles del trabajador en el régimen de la ley 24.557 (LRT), Hammurabi, Buenos Aires, 1998.
- Gelber, Teodoro, El art. 1113 del Código Civil en los accidentes y enfermedades del trabajo, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1984.
- Gelli, María A., Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2007.
- Gelli, María A., La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Fundamentos y alcances, LL, ejemplar del 19/12/12.
- Gialdino, Rolando E., "Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del derecho internacional de los derechos humanos", en Derecho constitucional. Doctrinas esenciales, Carlos S. Fayt - Gregorio Badeni (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I.
- Gialdino, Rolando E., Estados, empresas y derechos humanos, LL, 2012-C-902.
- Gialdino, Rolando E., La opción excluyente de la ley 26.773 y el principio de progresividad, inédito.
- Gialdino, Rolando E., Opción excluyente de la ley 26.773 y principios de progresividad y de opción preferencial, LL, ejemplar del 10/2/14.
- Gil Domínguez, Andrés, Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio, LL, ejemplar del 19/12/12.
- Giletta, Ricardo A., Sobre lo que parece que podría querer decir la ley 26.773, en "Revista de Derecho Laboral", n° 2013-1, "Ley de Riesgos del Trabajo-IV", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.
- Giletta, Ricardo A., Un nuevo campo de responsabilidad vinculado a la ley de riesgos del trabajo. Algunas reflexiones sobre el otorgamiento

de las prestaciones en especie y las consecuencias de su incumplimiento, LL, On Line.

Goldenberg, Isidoro - López Cabana, Roberto, De la inviolabilidad del patrimonio a la tesis de la inviolabilidad de la persona, RCyS, 2016-XII, p. 251.

Goldenberg, Isidoro H., El conflicto temporal de normas en el régimen de contrato de trabajo, DT, 1976-377.

Goldenberg, Isidoro H., Indemnización por daños y perjuicios, Hammurabi, Buenos Aires, 1993.

Goldenberg, Isidoro H., La naturaleza jurídica de la acción de derecho común en materia de infortunios del trabajo, LL, 1979-D-1011.

Goldenberg, Isidoro H., La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Astrea, Buenos Aires, 1984.

Goldenberg, Isidoro H., Responsabilidad civil y su aplicación en los infortunios laborales, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1987, t. I; 1988, t. II.

Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, 10 ed., FDA, Buenos Aires, 2011, t. 3, cap. VI, p. 3.

Gozaíni, Osvaldo A., El principio de congruencia frente al principio dispositivo, LL, 2007-C-1308.

Grisolia, Julio A. - Ahuad, Ernesto I., Riesgos del trabajo, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2014.

Grisolia, Julio A., Aspectos cuestionables e inconstitucionalidades en la Ley de Riesgos del Trabajo, DT, 2000-B-1355.

Grisolia, Julio A., Derecho del trabajo y de la seguridad social, 11ª ed., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2005, t. II.

Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2008.

Guibourg, Ricardo A. - Rodríguez Fernández, Liliana - Tosca, Diego M., Procedimiento laboral. Ley 18.345 comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2008.

Gulminelli, Ludovico D., La ley de accidentes del trabajo a 50 años de su promulgación, DT, 1965-497.

Halperin, Isaac, Contrato de seguro, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1964.

Hernández, Carlos A., en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Ricardo L. Lorenzetti (dir.) - Miguel Federico De Lorenzo - Pablo Lorenzetti (coords.), Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VI.

Herrera, Marisa, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Ricardo L. Lorenzetti (dir.) - Miguel Federico De Lorenzo - Pablo Lorenzetti (coords.), Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2015, t. III.

Hitters, Juan C., Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación, LL, 2009-D-1205.

Hünicken, Javier, en Tratado de derecho del trabajo, Antonio Vázquez Vialard (dir.), Astrea, Buenos Aires, 1983, t. 4.

Ibarlucía, Emilio A., La cuestión de la constitucionalidad de la nueva ley de riesgos del trabajo, LL, 2012-F-1258.

Iturbide, Gabriela A., Las cargas probatorias dinámicas y su alcance en el Código Civil y Comercial, LL, 2017-C-718.

Josserand, Louis, Derecho civil, Ejea, Buenos Aires, 1950, t. II, vol. I.

Juárez Ferrer, Martín, ¿De qué hablamos cuando hablamos de daño resarcible?, RCyS, 2016-XI, p. 51.

Juárez Ferrer, Martín, Capitalización de intereses en juicio, LL, 2017-E-1206.

Juárez Ferrer, Martín, El derecho constitucional a la reparación integral, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 129

Kemelmajer de Carlucci, Aída, El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Daños a la persona - 1, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1992, p. 69; El “daño existencial”, como daño a la persona, en la casación italiana a fines del año 2008, Revista de Derecho de Daños, 2009-3, Daños a la persona, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 61.

Kemelmajer de Carlucci, Aída R., en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Augusto C. Belluscio (dir.) - Eduardo A. Zannoni (coord.), Astrea, Buenos Aires, 2002, t. 5.

Kemelmajer de Carlucci, Aída R., en Responsabilidad civil, Luis Moisset de Espanés (coord.), Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1984.

Kemelmajer de Carlucci, Aída R., Exposición en las “Jornadas Homenaje al 150º Aniversario de la Constitución Nacional”, 15/8/03, en www.cpacf.org.ar.

Kemelmajer de Carlucci, Aída R., La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2015.

Kemelmajer de Carlucci, Aída R., La responsabilidad del comitente y la del dependiente. ¿Es trasladable al derecho argentino la tendencia jurisprudencial francesa que declara la “inmunidad” del dependiente, autor del daño?, en “Revista de Derecho de Daños”, n° 2003-I, “Responsabilidad del principal”, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.

Kemelmajer de Carlucci, Aída R., Legitimación activa para reclamar daño moral en caso de muerte de la víctima, ED, 140-892

Kemelmajer de Carlucci, Aída R., presentación en la Jornada “Impacto del nuevo Código Civil y Comercial en la Actividad Médica”, Colegio de Médicos de la Provincia de Santa Fe (Segunda Circunscripción), en www.colmedicosantafe2.org.ar/images/jornada_ncc/kemelmajer.pdf.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2015.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, La ley sobre riesgos del trabajo 24.557 y los principios generales del derecho de daños desde la óptica del derecho constitucional, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, n° 15, 1997, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.

Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte, Rubinzal - Culzoni, 2016, p. 232.

Krotoschin, Ernesto, Tratado práctico de derecho del trabajo, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1987, t. I.

Krsticevic, Viviana, “La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano”, en Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina, Alicia Ely Yamin (coord.), Plaza y Valdéz Editores, México, 2006.

La judicialización en el sistema de riesgos del trabajo, SRT, Departamento de Estudios y Estadísticas - Gerencia Técnica, ene. 2017, disponible en www.srt.gov.ar.

Lambois, Susana E., en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Elena I. Highton - Beatriz A. Areán (dirs.), Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. 2.

Litterio, Liliana H., en Código Civil y Comercial y su proyección en el derecho del trabajo, Jorge Rodríguez Mancini (dir.), La Ley,

Buenos Aires, 2015.

Litterio, Liliana H., en Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada, Raúl H. Ojeda (coord.), 2ª ed., Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2011, t. II.

Livellara, Carlos A., en Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada, Jorge Rodríguez Mancini (dir.) - Ana A. Barilaro (coord.), La Ley, Buenos Aires, 2007, t. II.

López - Centeno - Fernández Madrid, Ley de contrato de Trabajo comentada, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1978, t. II.

López del Carril, Julio J., La condena en costas, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1959.

López Mesa, Marcelo, Curso de derecho de obligaciones, 2º ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 2, p. 377.

López Olaciregui, José M., Efectos de la ley con relación al tiempo, abuso de derecho y lesión subjetiva, en "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", año X, n° 21, jul.-dic. 1968.

López Saavedra, Domingo M., La adecuada protección de los derechos del asegurado en la Ley de Seguros y en las leyes 20.091 y 22.400, LL, 2010-F-1104.

López, Justo - Centeno, Norberto O. - Fernández Madrid, Juan C., Ley de Contrato de Trabajo comentada, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1978, t. II; 2ª ed., 1987, t. II.

Lorenzetti, Ricardo L., en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Ricardo L. Lorenzetti (dir.) - Miguel F. De Lorenzo - Pablo Lorenzetti (coords.), Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I.

Lorenzetti, Ricardo L., Fundamento constitucional de la reparación de los daños, LL, 2003-C-1184.

Lorenzetti, Ricardo L., La adjudicación del riesgo probatorio, en "Revista de Derecho de Daños", n° 5, "La prueba del daño-II", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1999.

Lorenzetti, Ricardo L., La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", n° 1, "Daños a la persona", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1992.

Lorenzetti, Ricardo L., La responsabilidad por daños y los accidentes de trabajo, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1993.

Lorenzetti, Ricardo L., Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación, LL, 2014-E-1243.

Lucchesi, Mauro D. - Sáenz, Luis R. J., en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 3F.

Llambías, Jorge J., ¿Hacia la indexación de las deudas de dinero?, ED, 63-871.

Llambías, Jorge J., La acción de derecho común originada en un accidente de trabajo, LL, 1979-C-852.

Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Obligaciones, Perrot, Buenos Aires, 1976, t. IV-A; 1977, t. III.

Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Parte general, 4ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1970, t. II.

Machado, José D., La acción civil contra las ART, en "La Causa Laboral", n° 40.

Machado, José D., La actividad riesgosa y la responsabilidad civil, en Revista Derecho Laboral, 2015-2, El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, t. I, p. 421.

Machado, José D., La privación de resarcimiento de un daño permanente a la salud reconocido por el deudor: una inconstitucionalidad evidente de la ley 26.773, en "Revista de Derecho Laboral", n° 2013-1, "Ley de Riesgos del Trabajo-IV", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.

Machado, José D., Las provincias no pueden abdicar por ley ordinaria de una facultad que les reservó la Constitución Nacional, en "Revista de Derecho Laboral", Número extraordinario, Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2017.

Machado, José D., Problemática jurídica de las enfermedades "laborales no profesionales", en "Revista de Derecho Laboral Actualidad", n° 2016-1, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.

Machado, José D., Tres versiones sobre la aplicación de la ley 26.773 a los daños anteriores a su vigencia, Rubinzal On Line, 29/11/13.

Malizia, Roberto, Convenio de honorarios y pacto de cuota litis, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2012.

Manili, Pablo L., El bloque de constitucionalidad, La Ley, Buenos Aires, 2005.

Manili, Pablo L., en Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Daniel A. Sabsay (dir.) - Pablo L. Manili (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 2010, t. 3.

Mansueti, Hugo R., Importante giro en la interpretación de los efectos del reclamo ante el SeCLO en el curso de la prescripción, ED, ejemplar del 1/7/11.

Marín Rodríguez, Carlos, "Garantes del sistema. Fondo de garantía. Fondo de reserva. Fondo fiduciario de enfermedades profesionales", en Riesgos del trabajo, Jorge Rodríguez Mancini - Ricardo Foglia (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2008.

Márquez, José F., La reparación del daño extrapatrimonial a través de placeres compensatorios o sustitutivos. Una vía para encontrar patrones comunes, RCyS, 2016-VI, tapa.

Márquez, José F., Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial, LL, ejemplar del 9/3/15.

Martínez Ruiz, Roberto, Sobre la facultad judicial de revisar la calificación de la ley hecha por el legislador, LL, 1985-E-764.

Martínez, Hernán J., Citación en garantía del asegurador, La Rocca, Buenos Aires, 1990.

Masnatta, Héctor, Los hechos nuevos en la ley 5178 de la Provincia de Buenos Aires, JA, 1948-I-543.

Mayo, Jorge A., en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3A.

Mayo, Jorge A., Responsabilidad civil por los daños causados por cosas inertes, ED, 170-997.

Mayo, Jorge A., Sobre las denominadas "obligaciones de seguridad", LL, 1984-B-949.

Maza, Miguel A. - Cruz Devoto, Gabriela S. - Segura, Juan M., Comentarios sobre el régimen de Riesgos del Trabajo, Errepar, Buenos Aires, 2013.

Maza, Miguel A., El fin del procedimiento especial ante las comisiones médicas de la ley de riesgos del trabajo, en "Revista de Derecho Laboral", n° 2008-1, "Procedimiento laboral-III", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.

Mazeaud, Henri, León y Jean, Lecciones de derecho civil, Ejea, Buenos Aires, 1960, t. II.

Meik, Moisés - Zas, Oscar, Los infortunios laborales y las acciones de derecho común (Segunda parte), en "Doctrina Laboral y Previsional", Errepar, Buenos Aires, t. V.

- Meilij, Gustavo R., La garantía de indemnidad en el seguro de la responsabilidad civil, ED, 164-223.
- Meilij, Gustavo R., Seguro de responsabilidad civil, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- Mendy, Gastón - Curutchet, Eduardo E., Aplicación del adicional del 20% a los accidentes "in itinere", Contenido Jurídico Errepar, n° 77, septiembre de 2013.
- Moisset de Espanés, Luis, Reflexiones sobre la interrupción y la suspensión de la prescripción en materia laboral, ED, 54-771.
- Molina de Juan, Mariel, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso (dirs.), Infojus, Buenos Aires, 2015, t. II.
- Monti, José L., Formas de organización y responsabilidad de las empresas de la salud, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- Morando, Juan Carlos E., La culpa del trabajador como eximente de la responsabilidad patronal en la acción indemnizatoria fundada en el art. 1113 del Código Civil.
- Morello, Augusto M. - Sosa, Gualberto L. - Berizonce, Roberto O., Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, 2ª ed., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1985, t. II-B; 1988, t. III.
- Morello, Augusto M., Carácter resarcitorio y punitivo del daño moral. En pro de una posición funcional, JA, 27-1975-342.
- Morello, Augusto M., El sistema de justicia en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, JA, 1995-I-918.
- Moreno, Guillermo R., Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Comentada, concordada y con notas de jurisprudencia, Platense, La Plata, 2008.
- Mosset Iturraspe, Jorge, De la casualidad a la causalidad en la responsabilidad médica, en "Revista de Derecho de Daños", n° 2003-3, "Responsabilidad de los profesionales de la salud", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.
- Mosset Iturraspe, Jorge, Diez reglas sobre cuantificación del daño moral, LL, 1994-A-728.
- Mosset Iturraspe, Jorge, El cartel olvidado, LLGranCuyo, 2004-537.
- Mosset Iturraspe, Jorge, El daño a la persona (Como culminación de una larga evolución), en "Revista de Derecho de Daños", n° 2009-3, "Daños a la persona", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.
- Mosset Iturraspe, Jorge, El riesgo creado en la responsabilidad contractual, en "Revista de Derecho de Daños", n° 2006-3, "Creación del riesgo-I", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.
- Mosset Iturraspe, Jorge, El valor de la vida humana, 2ª ed., Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1986.
- Mosset Iturraspe, Jorge, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 2003, t. 1A.
- Mosset Iturraspe, Jorge, en Responsabilidad civil, Luis Moisset de Espanés (coord.), Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1984.
- Mosset Iturraspe, Jorge, Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos (Violatorios de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales), en "Revista de Derecho de Daños", n° 2001-1, "Cuantificación del daño", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.
- Mosset Iturraspe, Jorge, La aceptación de los riesgos, LL, 1978-D-1067.
- Mosset Iturraspe, Jorge, La prueba del daño injusto, en "Revista de Derecho de Daños", n° 4, "La prueba del daño-I", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1999.
- Mosset Iturraspe, Jorge, Mandatos, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1996.
- Mosset Iturraspe, Jorge, Nulidad por lesión con base en la regla "iura novit curia", LL, 1995-D-236.
- Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad de la "agencia de remise". Relación entre la agencia y el prestatario o encargado del servicio. Daños "con ocasión", LL, 1981-B-162.
- Negri, Nicolás J., Reparación por daños a la integridad psicofísica en el Código Civil y Comercial, RCCyC, 2016 (marzo), p. 44.
- Neppi, Víctor, Concurrencia de la responsabilidad extracontractual con la responsabilidad contractual, LL, 49-271.
- Nieto Blanc, Ernesto E., Retroactividad de la ley y daño moral, LL, 146-273.
- Orgaz, Alfredo, El daño resarcible, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952.
- Orgaz, Alfredo, La vida humana como valor económico, ED, 56-849.
- Orgaz, Alfredo, Los límites de la autonomía de la voluntad, LL, 64-222.
- Ossola, Federico A., El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño moral. Dificultades y propuestas, RCyS, 2017-XI, p. 11.
- Ossola, Federico A., en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Ricardo L. Lorenzetti (dir.) - Miguel Federico De Lorenzo - Pablo Lorenzetti (coords.), Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V.
- Palacio, Lino E., Hacia el fin del "anatocismo", LL, 1989-B-784.
- Palacio, Lino E., Manual de derecho procesal civil, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1965, ts. I y II.
- Palacios, Alfredo, El nuevo derecho, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1960, 5º ed.
- Passarón, Julio F. - Pesaresi, Guillermo M., Honorarios judiciales, Astrea, Buenos Aires, 2008, t. 1.
- Petracchi, Enrique S., Jurisdicción constitucional y derechos humanos, LL, 2006-A-905.
- Peyrano, Jorge W., Análisis provisorio de aspectos procesales de la ley 24.432, LL, 1995-C-855.
- Peyrano, Jorge W., Las cargas probatorias dinámicas, hoy, RCCyC, 2016 (marzo), p. 15.
- Picasso, Sebastián - Cicchino, Paula M., en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 3F.
- Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis R., en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso (dirs.), Infojus, Buenos Aires, 2015, t. IV.
- Picasso, Sebastián, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3A.
- Picasso, Sebastián, Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común, RCCyC, 2015 (julio), 146.
- Pinto, Manuel (h), Anastasi jurista, LL, 19-5, secc. doctrina.
- Piñón, Benjamín P., Orden público, JA, 1995-III-812.

- Pizarro, Ramón D., ¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?, LL, ejemplar del 21/9/15.
- Pizarro, Ramón D., Daño moral, Hammurabi, Buenos Aires, 1996; 2ª ed., 2004.
- Pizarro, Ramón D., El concepto de daño en el Código Civil y Comercial, RCyS, 2017-X, p. 13.
- Pizarro, Ramón D., en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3A.
- Pizarro, Ramón D., Un fallo plenario sensato y realista, LL, suplemento especial, “La nueva tasa de interés judicial. Plenario Samudio de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal”, 2009.
- Pizarro, Ramón D., Un fallo plenario sensato y realista, LL, suplemento especial “La nueva tasa de interés judicial”, 2009-55.
- Pizarro, Ramón Daniel - Vallespinos, Carlos G., Instituciones de derecho privado. Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2; 2008, t. 4; 2009, t. 1.
- Podetti, José R., Tratado del proceso laboral, Ediar, Buenos Aires, 1949.
- Pose, Carlos, Sobre riesgos cubiertos por la figura del accidente “in itinere”, DT, 1994-B-1300.
- Prevot, Juan M. - Chaia, Rubén A., La obligación de seguridad, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- Quadri, Gabriel H., Incidencia del Código Civil y Comercial en materia probatoria, RCCyC, 2015 (agosto), p. 38.
- Quadri, Gabriel H., Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial: primeras reacciones jurisprudenciales, RCyS, 2016 (marzo), p. 155.
- Quiroga Lavié, Humberto, “Aspectos constitucionales de la Ley sobre Riesgos del Trabajo”, en Corte, Néstor T. - Machado, José D., Siniestralidad laboral. Ley 24.557, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1996.
- Ramírez Gronda, Juan D., Examen crítico de las reformas introducidas a la ley 9688 de accidentes del trabajo, LL, 19 (secc. leg.)-1
- Ramírez, Luis E., Aspectos salientes de la reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo, LL, suplemento especial, “Nueva Ley de Riesgos del Trabajo”, Juan J. Etala - Julio C. Simón (dirs.), nov. 2012.
- Ramírez, Luis E., Riesgos del trabajo, B de F, Buenos Aires, 4ª ed., 2008; 5ª ed., 2010.
- Ramírez, Luis E., Riesgos del trabajo: primeras reflexiones sobre el DNU 54/2017, inédito.
- Ramírez, Luis E., Riesgos del trabajo. Comentarios a la ley de reforma 26.773, B de F, Buenos Aires, 2014.
- Recaséns Siches, Luis, voz “Equidad”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, t. X.
- Redenti, Enrico, Derecho procesal civil, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ejea, Buenos Aires, 1957, t. I.
- Risolia, Marco A., exposición en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1962, t. I.
- Rita, Maira C., La relación de consumo entre el trabajador y la ART, en “DPI Cuántico”, ejemplar del 26/11/15.
- Rivera, Julio C., La citación en garantía en el seguro de responsabilidad civil, JA, 1988-I-841.
- Rodríguez Mancini, Jorge, “Acciones habilitadas a partir de la inconstitucionalidad decretada sobre prohibiciones y restricciones de la ley”, en Riesgos del trabajo, Jorge Rodríguez Mancini - Ricardo Foglia (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Rodríguez Mancini, Jorge, “Régimen de prestaciones”, en Riesgos del trabajo, Jorge Rodríguez Mancini - Ricardo Foglia (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Rodríguez Mancini, Jorge, Ahora sí, DT, 2017 (abril), 589.
- Rodríguez Mancini, Jorge, Algunos temas conflictivos en la reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo, en “Revista de Derecho Laboral”, n° 2013-1, “Ley de Riesgos del Trabajo-IV”, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.
- Rodríguez Mancini, Jorge, El art. 75 de la LCT frente a la ley 26.773, DT, mar. 2013, año LXXIII, n° 3.
- Rodríguez Mancini, Jorge, La nueva ley de riesgos del trabajo, LL, suplemento especial, “Nueva Ley de Riesgos del Trabajo”, Juan J. Etala - Julio C. Simón (dirs.), nov. 2012.
- Rodríguez Mancini, Jorge, Sobre el proyecto de modificación a la ley de riesgos del trabajo, DT, octubre 2012, año LXXII, n° 10.
- Rodríguez Saiach, Luis A., Acción civil en accidentes de trabajo, Carpetas de Derecho, Buenos Aires, 1986.
- Rodríguez, Carlos A., Los Convenios de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo: una oportunidad para mejorar las condiciones y el medio ambiente de trabajo, Centro Internacional de Formación de la OIT, Buenos Aires, 2009.
- Rosenberg, Leo, La carga de la prueba, trad. de Ernesto Krotoschin, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2002.
- Rubinstein, Santiago J., La acción de reagravación en la Ley de Riesgos del Trabajo, DT, 1997-A-1073.
- Sagarna, Fernando A., Las fórmulas matemáticas del art. 1746 del Código Civil y Comercial, RCyS, 2017-XI, p. 5.
- Sagüés, Néstor P., El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales, LL, 2009-B-761.
- Sagüés, Néstor P., Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación, ED, 203-843.
- Salas, Acdeel E., Prescripción, caducidad y plazo preclusivo, JA, 1944-I-336.
- Salvat, Raymundo M., Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general, act. por Enrique Galli, 6ª ed., Tea, Buenos Aires, 1956, t. III.
- Sardegna, Paula (dir.), palabras preliminares “El derecho del trabajo y la Constitución Nacional”, en Artículo 14 bis Constitución Nacional, La Ley, Buenos Aires, 2007.
- Saux, Edgardo I., La equidad como factor objetivo de atribución, LL, 2008-F-118.
- Saux, Edgardo I., La obligación de seguridad en los vínculos contractuales, LL, suplemento especial, “Obligación de seguridad”, 2005 (septiembre), 15.
- Schick, Horacio, “Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo. Ley 26.773: retrocediendo a 1912 y 1991”, en Ley de Riesgos del Trabajo. Reforma ley 26.773. Comentarios y análisis doctrinario, Errepar, Buenos Aires, 2012.
- Schick, Horacio, Acción autónoma laboral de la ley de contrato de trabajo luego del dictado de la ley 26.773, DT, may. 2013, año LXXIII, n° 5.
- Schick, Horacio, Análisis del decreto 472/14 del PEN reglamentario de la ley 26.773, elDial-DC1CBC.
- Schick, Horacio, Análisis preliminar del decreto 1475/2015: otra vez regulando el inconstitucional procedimiento de la LRT, inédito.
- Schick, Horacio, La responsabilidad civil de las aseguradoras de riesgos del trabajo, LL, 2009-C-169.
- Schick, Horacio, Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo. Análisis del proyecto del PEN con media sanción del Senado y del decreto 1720/12,

Microjuris, MJ-DOC-6013-AR.

- Schick, Horacio, Régimen de infortunios laborales, David Grinberg Libros Jurídicos, Buenos Aires, 2014.
- Schick, Horacio, Riesgos del trabajo, David Grinberg Libros Jurídicos, Buenos Aires, 2ª ed., 2009; 4ª ed., 2011, t. II.
- Schick, Horacio, Riesgos del trabajo. Ley 26.773, David Grinberg Libros Jurídicos, Buenos Aires, 2013.
- Seco, Ricardo F., “Comentario acerca de la ley cordobesa 10.456 de adhesión al Título I de la ley 27.348”, en *Temas de derecho laboral*, Errepar, jun. 2017.
- Séneca, Adriana E., Ley de Riesgos del Trabajo (LRT): Infortunios laborales no cubiertos por el sistema y litigiosidad, en “La Defensa”, año 1, n° 2, nov. 2016, Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.
- Simón, Julio C., Los riesgos del trabajo y los juicios, LL, 2009-E-1334.
- Stiglitz, Gabriel A., El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados, LL, 1985-D-13.
- Stiglitz, Rubén S., Derecho de seguros, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1997, t. II; La Ley, Buenos Aires, 4ª ed., 2004, t. I.
- Tanzi y Papillú, Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.), Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 3F, p. 374.
- Tissebaum, Mariano R., La responsabilidad contractual y las indemnizaciones por accidentes del trabajo. Las variantes producidas en la jurisprudencia argentina, LL, 46-736.
- Tissebaum, Mariano R., Los riesgos del trabajo industrial, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1938, p. 77.
- Tolosa, Pamela - González Rodríguez, Lorena, Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el nuevo Código Civil y Comercial, RCyS, 2015-IV-46.
- Toselli, Carlos A. - Marionsini, Mauricio A., Régimen integral de reparación de los infortunios del trabajo, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2013.
- Travieso, Juan A., Garantías fundamentales de los derechos humanos, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- Trigo Represas, Félix A., “Ejercicio” u “ocasión” de las funciones, como requisito de la responsabilidad refleja del principal por los hechos de sus dependientes, LL, 1982-B-422.
- Trigo Represas, Félix A., Las cosas riesgosas o el riesgo de las cosas, en “Revista de Derecho de Daños”, n° 2006-3, “Creación de riesgo-I”, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.
- Trigo Represas, Félix A., Responsabilidad civil del abogado, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- Trigo Represas, Félix A., en Examen y crítica de la reforma del Código Civil, Editora Platense, La Plata, 1971, t. 2, Obligaciones, p. 170.
- Ure, Carlos E., Inconstitucionalidad del tope del veinticinco por ciento de la ley 24.432, LL, 2000-A-50.
- Ure, Carlos E., La Corte y el tope del 25% de los artículos 1º y 8º de la ley 24.432, LL, 2009-F-92.
- Vanossi, Jorge R., El control de constitucionalidad “de oficio” y el control de convencionalidad, LL, ejemplar del 19/12/12.
- Vasilachis de Gialdino, Irene, La definición legal de enfermedades y accidentes derivados de las condiciones de trabajo en la reciente legislación internacional, en “Doctrina Laboral”, Errepar, Buenos Aires, t. XII.
- Vázquez Ferreyra, Roberto A., en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3A.
- Vázquez Ferreyra, Roberto A., La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y Ley de Contrato de Trabajo, Vélez Sársfield, Rosario, 1988.
- Vázquez Vialard, Antonio, Accidentes y enfermedades del trabajo, Hammurabi, Buenos Aires, 1986.
- Vázquez Vialard, Antonio, Accidentes y enfermedades del trabajo, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 62 y 66
- Visintini, Giovanna, Tratado de la responsabilidad civil, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- Wayar, Ernesto C., Tratado de la mora, Abaco, Buenos Aires, 1981.
- Wierzba, Sandra, La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, RCyS, 2015-IX-5.
- Zannoni, Eduardo A., El daño en la responsabilidad civil, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2005.
- Zas, Oscar, El procedimiento ante las comisiones médicas del sistema de riesgos del trabajo a la luz de las normas de jerarquía constitucional, en “Revista de Derecho Laboral”, n° 2008-1, “Procedimiento laboral-III”, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.
- Zas, Oscar, La tasa de interés aplicable en caso de mora en el pago de las deudas laborales, DT, 1992-B-1823.
- Zavala de González, Matilde, Actuaciones por daños, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- Zavala de González, Matilde, Cuánto por daño moral, LL, 1998-E-1057.
- Zavala de González, Matilde, Desde la incapacidad laborativa a la incapacidad existencial, en “Revista de Derecho de Daños”, n° 2009-3, “Daños a la persona”, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.
- Zavala de González, Matilde, en Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. 2A, p. 233.
- Zavala de González, Matilde, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3A.
- Zavala de González, Matilde, La noción de actividades riesgosas en el Proyecto de Código Civil, JA, 1988-I-905.
- Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, t. 2a, “Daños a las personas” [Integridad sicofísica], 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1990.
- Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, t. 2b, “Daños a las personas” [Pérdida de la vida humana], 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1991.