



ARTÍCULOS

Situación de los Trabajadores Argentinos en Caso de Enfermedad

Raúl E. Altamira Gigena

Revista de Economía y Estadística, Tercera Época, Vol. 21, No. 1-2-3-4 (1977): 1º, 2º, 3º y 4º Trimestre (1977-1978), pp. 219-257.

<http://revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/article/view/3732>



La Revista de Economía y Estadística, se edita desde el año 1939. Es una publicación semestral del Instituto de Economía y Finanzas (IEF), Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Córdoba, Av. Valparaíso s/n, Ciudad Universitaria. X5000HRV, Córdoba, Argentina.

Teléfono: 00 - 54 - 351 - 4437300 interno 253.

Contacto: rev_eco_estad@eco.unc.edu.ar

Dirección web <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/index>

Cómo citar este documento:

Altamira Gigena, R. (1977). Situación de los Trabajadores Argentinos en Caso de Enfermedad. *Revista de Economía y Estadística*, Tercera Época, Vol. 21, No. 1-2-3-4: 1º, 2º, 3º y 4º Trimestre (1977-1978), pp. 219-257.

Disponible en: <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/article/view/3732>

El Portal de Revistas de la Universidad Nacional de Córdoba es un espacio destinado a la difusión de las investigaciones realizadas por los miembros de la Universidad y a los contenidos académicos y culturales desarrollados en las revistas electrónicas de la Universidad Nacional de Córdoba. Considerando que la Ciencia es un recurso público, es que la Universidad ofrece a toda la comunidad, el acceso libre de su producción científica, académica y cultural.

<http://revistas.unc.edu.ar/index.php/index>



REVISTAS
de la Universidad
Nacional de Córdoba



Universidad
Nacional
de Córdoba



FCE
Facultad de Ciencias
Económicas



1613 - 2013
400
AÑOS

SITUACION DE LOS TRABAJADORES ARGENTINOS EN CASO DE ENFERMEDAD

RAÚL ENRIQUE ALTAMIRA GIGENA

I. INTRODUCCION

La protección de los trabajadores de las enfermedades es permanente preocupación de estudiosos, legisladores y sindicalistas.

Desde los albores del trabajo por cuenta ajena, uno de los principales objetivos fue la protección al dependiente de las contingencias emergentes de la enfermedad, sea ésta inherente o extraña al trabajo.

El amparo de la mujer y el niño que trabajan, limitación de la jornada y protección contra los accidentes y enfermedades, constituyeron la trilogía que sustentó la actividad sindical; podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que el dirigente sindical no declinó su actividad hasta lograr la legislación específica.

Los actuales objetivos de las asociaciones profesionales no se limitan al mero incremento salarial, orientándose en metas más amplias e integrales (sanatorios, hoteles de descanso, etc.).

La supresión del principio de riesgo o con causa, la sustitución de la reparación tarifaria o parcial por la integral o plena; la eliminación de la responsabilidad del empleador en las enfermedades o accidentes extraños al trabajo, son algunas de las modernas pautas orientadoras en la protección de las enfermedades o accidentes.

Genéricamente, agrupamos a las enfermedades y accidentes bajo el concepto de "dolencia", que es la alteración más o menos grave en el normal funcionamiento de un organismo vivo.

En la República Argentina, el trabajador que brinda o entrega su esfuerzo en relación de dependencia o por cuenta ajena, está protegido con dos normas principales y otras complementarias.

Ellas son: la ley de contrato de trabajo N° 20.744, complementada por la de obras y servicios sociales N° 18.610, y la de acci-

dentes del trabajo N° 9.688 auxiliada por la ley 11.544 (atinente a la declaración de insalubridad) y la de Higiene y Seguridad en el trabajo N° 19.587.

La ley de contrato de trabajo (LCT) N° 20.744 sancionada el 20 de setiembre de 1974 (reformada por la ley 21.297 del 23 de abril de 1976) contempla los accidentes y enfermedades inculpables; mientras que la 9688 (sancionada el 11 de octubre de 1915 y con numerosas reformas) regula los accidentes y enfermedades del trabajo (llamadas también enfermedad-accidente).

A continuación analizaremos cada una en particular.

II. ACCIDENTES Y ENFERMEDADES INCULPABLES

1) CONCEPTO - ANTECEDENTES: En el Derecho patrio hace su aparición con la ley 11.729 (21.9.34), y si bien omite definirla, en el debate parlamentario, el Senador ARANCIBIA RODRÍGUEZ la enuncia como aquella dolencia "... común, que no depende ni está incluida por cierto, en los accidentes de trabajo, como podría ser una gripe, una pulmonía, etc. Es decir, cualquier enfermedad común inculpable que no depende, quiere decir la ley, de una causa ocasionada expreso por el obrero, lo que se necesita es que sea inculpable, que el obrero no se la haya producido u ocasionado para no trabajar..." (Diario de Sesiones de H. Cámara de Senadores de la Nación Argentina, año 1933, pág. 1277).

Con anterioridad a dicha norma, el dependiente quedaba totalmente desamparado por las enfermedades o accidentes que no fuesen contraídos por el hecho u ocasión del trabajo, estando supeeditado a la voluntad del empleador el otorgamiento de la correspondiente licencia (generalmente sin percepción de haberes).

A partir de la ley 11.729 comienza a montarse un andamiaje tendiente a estructurar el funcionamiento de ese novel instituto laboral que con el correr del tiempo, dejaría la órbita del Derecho del Trabajo para integrarse como una de las contingencias propias del Derecho de la Seguridad Social.

La jurisprudencia y doctrina cumplieron una función muy importante, brindando los diferentes eslabones que consolidarían el instituto en cuestión, en la actualidad aceptado pacíficamente.

Con el tiempo se amplió considerablemente el campo de aplicación ya que, no sólo se considera tal la que se contrae sin voluntariedad o intención, sino que —al decir de CABANELLAS "...son las que sin derivarse de la prestación de servicios ni deberes a responsabilidad del trabajador imposibilitan para la actividad o

suspenden de hecho la realización, y se producen, con independencia de los riesgos laborales, por tratarse de casos patológicos o infortunios corporales que pueden aquejar a un individuo cualquiera...” (*Compendio*, T. I^o, pág. 687).

Vale decir, no tiene incidencia fundamental la actitud subjetiva del sujeto pasivo, sino que depende de la relación dolencia-trabajo.

Por ello la enunciamos como la producida durante la vigencia del contrato de trabajo, ajena a la voluntad e intencionalidad del trabajador, como también extraña al contrato en sí, pero que impide la normal prestación de servicios.

Los accidentes y enfermedades inculpables, tienen diferencias con los accidentes y enfermedades del trabajo desde el punto de vista conceptual, legislativo e indemnizatorio.

El Instituto ha debido afrontar las clásicas etapas que atravesaron las diferentes figuras del derecho; primero negado, luego aceptado, y actualmente superado, al incluirlo en un sistema de seguridad social, por entender que es una eventualidad susceptible de producir una reducción o supresión en la actividad de los trabajadores, o de imponer cargas económicas suplementarias...” (*ETALA JUAN JOSÉ, Seguridad Social*).

A partir de 1945, y especialmente desde la creación y funcionamiento de los Tribunales del Trabajo, la doctrina la define con rasgos propios, siendo receptada en la ley de contrato de trabajo N^o 20.744 (arts. 208 a 213), otorgándole vida legislativa a los principios consagrados pacíficamente por la doctrina y jurisprudencia.

2^o) REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA: Para que el trabajador pueda invocar el amparo de esta dolencia se requiere la existencia de los siguientes recaudos:

2.1. — *Vigencia del contrato del trabajo*: Por tratarse de un instituto propio del Derecho Social, debe estar vigente —lógicamente— el contrato de trabajo; ello no empece a que el trabajador pueda reclamar el pago, una vez desvinculado de la empresa, siempre y cuando se haya producido mientras se desempeñaba a las órdenes de la reclamada.

2.2. — *No se requiere antigüedad mínima*: El legislador no ha impuesto la necesidad de poseer alguna antigüedad para ser acreedor al amparo por tal dolencia, vale decir que el trabajador está protegido desde que se incorpora a la empresa.

No comparten este criterio JULIO COLETTI y FERNÁNDEZ MADRID al sostener "para tener derecho al cobro de salarios por enfermedad, el trabajador debe revestir el carácter de permanente. ya que el presupuesto de la estabilidad es requisito para el amparo de la ley, aún cuando el trabajo efectivo se desarrolle con intermitencias (v. gr, trabajadores de temporada)". (*Empleadores y dependientes ante las leyes de trabajo*, pág. 120), criterio que no compartimos al no estar previsto en la ley (ni en la 11.729, ni en la 20.744).

Mientras la cobertura de esta dolencia esté a exclusivo cargo del empleador, deberá ésta tomar recaudos para evitar solventar dolencias al poco tiempo de ingresar el trabajador, situación que es prácticamente inevitable; de allí la urgente necesidad de implementar un seguro social que proteja a toda clase de dolencia.

2.3. — *Debe tenerse en cuenta cuando se manifiesta, no cuando se origina*: Consecuente con lo expuesto precedentemente, subsistencia del contrato de trabajo, lo que hay que tener en cuenta no es el origen de la dolencia, sino cuando se exterioriza; es decir, por más que se constate que un empleado ingresa a trabajar portando el virus de la "hepatitis" por ejemplo, es totalmente indiferente, es suficiente que la misma se exteriorice una vez iniciado el vínculo contractual.

2.4. — *Imposibilidad de cumplir las tareas habituales*: El dispositivo funciona cuando el trabajador no puede concurrir a cumplir con las tareas habituales, como expresa la primera parte del art. 208 "... impide la prestación del servicio...". El impedimento será evaluado en cada caso en relación a las tareas habituales.

2.5. — *Prohibición de trabajar para otro empleador durante la licencia*: La licencia es para que el trabajador se dedique en forma exclusiva y especial a restablecerse y lograr el alta médica lo antes posible. En general, se logra con el reposo o la atención médica y farmacéutica; que no significa que deba permanecer inexorablemente en su domicilio sin poder pasear o asistir a lugares de esparcimiento, ya que en definitiva es una cuestión de hecho que deberá juzgarse en cada caso concreto.

Lo expuesto responde al art. 63 que obliga a las partes "a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo".

Completa la idea el art. 84, impone al trabajador prestar el servicio con asistencia regular y dedicación, lo que significa que deberá extremar las medidas para reintegrarse a sus tareas lo antes posible.

2.6. — *Notificación de al dolencia*: La principal obligación del trabajador es *notificar* a su empleador la existencia de la dolencia, por expreso mandato del art. 209 (“El trabajador... deberá dar aviso de la enfermedad o accidente...”). Ahora bien, tal recaudo merece analizarlo en particular:

a) *Forma de notificar*: Siguiendo el temperamento “no formal” del contrato de trabajo, no se impone una formalidad “ad solemnitaten”, bastando que sea fehaciente; es decir, pueda ser probada judicialmente.

Corresponde al trabajador la elección del medio a notificar, la que estará en función de las relaciones entre las partes.

De ello se concluye que cualquier medio es idóneo para comunicar: llamada telefónica, mediante un pariente o amigo, por nota, telegrama, etc.

Algunos reglamentos de empresa prevén un mecanismo especial, el que deberá observar el trabajador, sin perjuicio de utilizar otro que estime más seguro.

b) *Lugar de atención*: El art. 209 dispone que en la comunicación el trabajador deberá indicar el “... lugar en que se encuentra...”.

Ahora bien, en el supuesto que el empleado se limite a notificar la dolencia omitiendo el lugar, el empleador debe presumir “jure et de jure” que se encuentra en el domicilio denunciado a la empresa; de allí la necesidad de poseer debidamente suscripto por el trabajador su domicilio (es conveniente que sea el mismo trabajador quien con “su letra” redacte el domicilio, para que no queden dudas).

c) *Plazo para notificar*: El mismo art. 209 dispone que el aviso deberá ser “en el transcurso de la primera jornada de trabajo respecto de la cual estuviere imposibilitado de concurrir por alguna de esas causas...”.

La exigencia es durante “la primera jornada de trabajo”, y no en la “primera hora de trabajo”; lo que significa que es válido el aviso transmitido durante “el primer día de trabajo que debió faltar”.

Todo ello será cuestión de hecho que en definitiva valorará el Tribunal de sentencia.

En definitiva, se impone al trabajador que en la primera oportunidad remita al empleador el correspondiente aviso; respondiendo siempre al principio de buena fe y lealtad que orienta el contrato de trabajo.

d) *Omisión de la notificación*: Coherente con lo expuesto precedentemente en el sentido que la principal obligación del trabajador es dar aviso de la dolencia, la omisión trae aparejado la pérdida del "... derecho a percibir la remuneración correspondiente ..." (art. 209). Este es el principio general.

No obstante la omisión, la ley autoriza como excepción abonar el período de inasistencia siempre y cuando se deba a fuerza mayor, por la gravedad y carácter de la dolencia, pero en definitiva estará supeditado a la prueba que esgrima el trabajador para justificar el incumplimiento.

En la redacción originaria de la ley 20.744 permitía justificar la omisión del aviso mediante el certificado médico expedido por el profesional del trabajador, que provocó abusos y violaciones a los principios orientadores del contrato, obligando a las reformas introducidas por la ley 21.297, es decir, la mala fe distorsionó un principio que estaba orientado para justificar los casos extremos.

2.7. — *Derecho de contralor*: Ante la obligación de comunicar por parte del trabajador, surge el correlativo derecho del empleador de verificar o constatar la dolencia.

El art. 210 dispone que "El trabajador está obligado a someterse a control que se efectúe por el facultativo designado por el empleador".

De ello se extrae que el dador de trabajo es quien dispone si se verifica el ausentismo, derecho que le nace al ser quien abona los salarios de inasistencia.

La LCT establece que el control debe ser efectuado —cuando se realiza— por intermedio de un facultativo o profesional, descartando el contralor mediante el Jefe de Personal o funcionario que designe la empresa.

Además de ello, si bien la norma no lo impone expresamente surge de los principios rectores del contrato de trabajo que el contralor debe efectuarse con prudencia, razonabilidad, cuidando de no menoscabar ni al trabajador o su familia ni a su médico, por lo que deberá capacitarse a los profesionales del arte de curar para

observar los principios éticos que orientan el ejercicio de toda profesión liberal (concurrir a horas prudenciales, evitar la discusión con el trabajador, etc.).

El contralor no significa medicar, por ser un derecho inherente a cada persona la libre elección del facultativo; de allí que la misión del médico de la empresa se agota con el simple contralor sobre la veracidad de la dolencia denunciada; no puede imponerle al trabajador un profesional determinado o receta.

La ley 21.297 ha suprimido la solución que aportaba en la redacción originaria la 20.744 respecto al supuesto de discrepancia entre los médicos de las partes. En un principio correspondía al empleador solicitar la junta médica mientras que ahora omite resolver tal aspecto.

Consideramos que —no obstante la nueva redacción legislativa, que retorna al principio orientador de la ley 11.729— el dador de trabajo debe solicitar la junta médica para demostrar la legitimidad del dictamen de su facultativo, por corresponderle la carga probatoria de sus afirmaciones.

En una palabra, si para el médico de la empresa el trabajador está en condiciones de reintegrarse a sus tareas habituales, el principal puede emplazarlo para ello, y ante dictámenes profesionales contradictorios recurrir a la Autoridad Sanitaria Provincial o Nacional solicitando la Junta Médica quien resolverá en definitiva. Tal procedimiento tiene su antecedente en la resolución N° 19.530/49 del Ministerio de Salud Pública de la Nación, que encomendaba a la Dirección de Medicina Tecnológica "La organización de un régimen de consultas y de lucha contra el ausentismo obrero por mañerismo". (*Las enfermedades y accidentes inculpables en la ley de contrato de trabajo*, CARLOS ALBERTO LIVELLARA, J. A. 20.12.75 - Diario N° 4658).

Consideramos poco acertada la reforma comentada, ya que debió conservarse a la Autoridad Administrativa del trabajo, para que por intermedio de la sección especializada, resolviera el diferendo.

Algunos tratadistas requieren también que la dolencia sea ajena a las tareas habituales, evento que no siempre acontece, como cuando el accidente de trabajo tiene un período de rehabilitación inferior a cuatro días corridos, y al excluirlo la ley 9688 (art. 3°), está protegido como accidente inculpable. Lo mismo sucede con el pago de los primeros treinta días de incapacidad por accidente

de trabajo, que por ley 9688 corresponde el 85% del salario, mientras que por la 20.744 percibe el salario tal como si prestara servicios.

Para algunos debe tratarse de una dolencia no querida ni "buscada" por el trabajador; extremo que se da en la generalidad de los casos, desde que es prácticamente imposible afirmar que "un trabajador se quiso accidentar o enfermar"; por ello también lo desechamos como requisito o elemento tipificante.

3º) DERECHO A LA LICENCIA: La LCT dispone que por *cada* accidente o enfermedad inculpable que impida la prestación del servicio, el trabajador tendrá derecho a gozar de períodos de licencias —clasificados en tres etapas— con distintas particularidades.

El factor decisivo es *cada dolencia con total prescindencia en el tiempo*, o sea —por ejemplo— si se enferma de gripe inicia el cómputo del período; al mes se reintegra al trabajo; a la semana siguiente se accidenta mientras paseaba con su familia por las sierras en un día de descanso; vuelve a computarse el plazo como si nunca hubiese hecho uso; a los dos meses se reintegra al trabajo; al mes deben practicarle una intervención quirúrgica por un problema en un ojo; nuevamente se inicia el plazo, etc., es decir —repetimos— lo que hay que tener en cuenta es *cada dolencia independiente de su número en el tiempo*.

En el caso de *recaída* es decir la reaparición de una enfermedad, especialmente infecciosa, durante la convalecencia de la misma, o sea sin haber llegado al estado de salud completa, los plazos se suman, se acumulan hasta completar los distintos períodos.

Situación idéntica acontece con la enfermedad crónica, ya que se trata de la misma dolencia, prolongada en el tiempo.

En el caso de *recidiva*, o sea la reaparición de una enfermedad luego de transcurrido un período de salud completa*.

"... será considerada enfermedad, salvo que se manifestara transcurridos los dos (2) años..." (art. 208 LCT), es decir que no procede gozar de licencia si la dolencia se "manifiesta" antes de vencer ese lapso, aunque se prolongue por un plazo posterior al mismo.

* *Diccionario terminológico de ciencias médicas de L. Cardenal*. "Con criterio de protección social —afirma Gmo. López— la LCT pone un límite temporal al concepto de enfermedad recidiva: dos años. Pasado dicho lapso aun cuando se trate de la misma dolencia, se tendrá derecho nuevamente al goce de licencia paga". (D. T., 1976, pág. 93).

Coincidimos con VÁSQUEZ VIALARD que el plazo corre a partir del momento que finalizó el amparo económico de la anterior.

También hay que tener en cuenta cuándo el trabajador toma conocimiento —o debió tomarlo— de la enfermedad o accidente, y no desde que aquélla exterioriza, pues desde entonces el trabajador adquiere conciencia de la existencia de la misma.

3.1. — *Primera etapa - Período pago*: Producida la dolencia el trabajador tiene derecho “a percibir su remuneración durante un período de tres (3) meses, si su antigüedad en el servicio fuera menor de cinco (5) años, y de seis (6) meses si fuera mayor...” (art. 208, 1º párrafo).

Estos plazos se extienden a seis (6) y doce (12) meses respectivamente cuando “...el trabajador tuviera carga de familia...”

La ley no contempla la situación del trabajador que al momento del accidente posea exactamente cinco años de antigüedad, desde que se refiere con menos o más de cinco años. Nosotros interpretamos que *hasta cinco años* le corresponde el plazo menor.

Tampoco se aclara el concepto de “cargas de familia”. VÁSQUEZ VIALARD entiende “...que además de la esposa legítima e hijos matrimoniales según los principios que establece al respecto el Código Civil, también están comprendidos los hijos extramatrimoniales (adoptivos del cónyuge o sobre los que se tiene la guarda), los padres y demás parientes “a cargo” enumerados en el art. 37 del decreto ley 18.037/69 y la “mujer que hubiese vivido públicamente con el trabajador en aparente matrimonio durante un mínimo de dos años anteriores” al hecho, en las situaciones contempladas en el art. 269 (art. 248 t.o.). Dado el tipo de la prestación, a nuestro criterio, de Seguridad Social puesta a cargo del empleador, debe asimilarse a la misma a la que el referido texto legal concede en caso de fallecimiento. Si en este caso se contempla la situación del “grupo real”, con prescindencia de que sea legítimo o no, iguales razones militan en el que el propio trabajador debe mantener a éste, a cuyo efecto cuenta con el ingreso proveniente de su trabajo. Entendemos que a tal fin no deben tomarse en cuenta los “hijos no reconocidos”. Parecería que por lo tanto, dado la situación que la mayoría de los trabajadores —que de una manera y otra tienen cargas de familia— que el plazo normal de licencia por esta causal es de seis o doce meses”.

“La situación debe darse con anterioridad al vencimiento del período de tres o seis meses —prosigue el autor— o haberse generado en un hecho producido en él (concepción del hijo, etc.)”.

“Estimamos que la interpretación amplia que propugnamos de la expresión “carga de familia” del art. 225 (art. 208 t.o.) —concluye— no corresponde en otros casos. Tal, por ejemplo, la que contempla el art. 238 (art. 221 t.o.). En aquél se trata favorable al trabajador” (art. 9 LCT; igual numeración el t.o.), mientras que en el segundo se trata de la posibilidad de “desplazar” a otro empleado, situación en la que no juega ese principio. Por lo tanto, en ese último caso, consideramos que el criterio de “cargas de familia” se limita al que establece la ley 18.017. (“Enfermedades y accidentes inculpables”, Revista de *Legislación Argentina*, Nº 101, marzo de 1975).

Otros autores entienden como “cargas de familia” a las personas que generan derecho a la percepción de las asignaciones familiares o aquellos que serán acreedores a pensión.

Respecto a la retribución el trabajador no debe sufrir perjuicio económico por padecer de una enfermedad o accidente durante el período pago.

La ley (art. 208) contempla la posibilidad de distintas formas de salarios, y entonces dispone: cuando es *salario fijo* “se liquidará conforme al que perciba en el momento de la interrupción de los servicios, o con más los aumentos que durante el período de interrupción fueren acordados a los de su misma categoría por aplicación de una norma legal, convención colectiva de trabajo o decisión del empleador...”.

“Si el salario estuviere integrado por *remuneraciones variables*, se liquidará en cuanto a esta parte según el promedio de lo percibido en el último semestre de prestación de servicios...” no pudiendo ser inferior “a la que hubiese percibido de no haberse operado el impedimento...”.

Cuando la remuneración está integrada por *prestaciones en especie*, que por la enfermedad o accidente “el trabajador dejara de percibir” deberán “ser valorizadas adecuadamente” por el empleador, y en caso de discrepancias por el Juez de la causa (es la situación —por ejemplo— de la comida, casa, habitación, ropa de trabajo, etc....).

La naturaleza jurídica de lo que se abona durante dicho período, está muy debatida en la doctrina. Para la ley, se trata de salario como expresamente lo consagra en la primera parte del art. 208. Otros como LUDOVICO BARASI por ejemplo, afirman que es una

indemnización por no existir la contraprestación del servicio que caracteriza al salario; para una tercera corriente doctrinaria encabezada por JUAN JOSÉ ETALA es una "prestación de seguridad social" impuesta por la ley al empleador, con total prescindencia que lo pagado sea inferior, igual o superior a lo que hubiese percibido de haber prestado servicios.

Tal discusión tiene especial gravitación para las retenciones y contribuciones, si es "salario", deben efectuarse; la "indemnización" en cambio está exenta.

Las discrepancias subsistirán mientras se mantengan excluidos del Derecho de la Seguridad Social las consecuencias emergentes de los riesgos laborales.

3.2. — *Segunda etapa - Reserva del cargo*: Superados los plazos de la primera etapa (tres, seis, o doce meses según los casos), si el trabajador continúa imposibilitado de reintegrarse a sus tareas, el empleador deberá conservar el cargo "...durante el plazo de un (1) año, contando desde el vencimiento" del período pago (art. 211; 1º párrafo).

De lo expuesto se concluye que el trabajador no percibirá en la segunda etapa remuneración, sólo le reservan el cargo; (salvo que por convenio colectivo, estatuto profesional o acuerdo de partes le otorgue un beneficio mayor).

Respecto a las asignaciones familiares mensuales, hay que distinguir entre empleados de comercio e industria. Para los primeros, por resolución Nº 9. "no corresponde el pago del subsidio familiar, salvo el caso de que durante esos períodos el empleador abone al empleado un salario, por el que realiza aportes jubilatorios. Sobre este salario corresponderá entonces efectuar el aporte del 4 % a esta Caja". (2.7.58).

La industria en cambio, efectiviza el pago de las asignaciones en cualquiera de las etapas, siendo indiferente el goce de las remuneraciones (art. 10 inc. a Dec. 6723/58).

Los días de licencia por esta dolencia se computan como trabajadores a los fines de la licencia ordinaria o vacaciones anuales. (art. 152 LCT).

3.3. — *Tercera etapa*: Vencidas las dos etapas anteriores (15, 18 ó 24 meses "...la relación de empleo subsistirá hasta tanto alguna de las partes decida y notifique a la otra su voluntad de rescindir la...") (art. 211 último párrafo).

En consecuencia, el mantenimiento del contrato de trabajo es un derecho que la ley otorga a cualquiera de las partes; mientras el distracto no se produzca por voluntad expresa de alguna se deberá considerar como prolongación de la "segunda etapa" para todas las consecuencias legales (asignaciones familiares, vacaciones, etc.).

4º) POSIBLES ACCIONES: La diferenciación en tres etapas obedece a que las consecuencias son también distintas en cada una de ellas.

4.1. — *En la primera etapa:* Pueden acontecer cuatro situaciones:

a) Que sea dado de alta sin incapacidad alguna, por lo tanto se reincorpora a sus tareas habituales;

b) Que sea dado de alta con alguna incapacidad que le impida realizar tareas que cumplía antes de la dolencia, en cuyo caso estimamos aplicables las disposiciones del art. 212 no obstante afirmar en su primera parte "Vigente el plazo de conservación del empleo...", que daría a entender el año de reserva del cargo; pero si tal amparo existe aunque no perciba retribución, con mayor razón cuanto esto se abona:

c) Que "de la enfermedad o accidente se derivara incapacidad absoluta para el trabajador, el empleador deberá abonarle una indemnización..." equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses,..." (arts. 212, 4º párrafo y 245); y d) que el empleador sea despedido, en cuyo caso "... deberá abonar, además de las indemnizaciones por despido injustificado (integración del mes, indemnizaciones por omisión del preaviso y por antigüedad) los salarios correspondientes a todo el tiempo que faltare para el vencimiento de aquélla o a la fecha del alta, según demostración que hiciese el trabajador". (art. 213).

4.2. — *En la segunda etapa:* Pueden plantearse situaciones similares a la anterior, pero con implicancias diferentes en algunos casos. Veamos.

a) Es dado de alta, sin incapacidad alguna, debe reincorporarse a sus tareas habituales;

b) Es dado de alta, pero con incapacidad que le impide realizar las tareas que desarrollaba al momento de la dolencia, pueden plantearse tres situaciones: I) que el empleador posea tareas acordes y se las brinde, II) que el empleador cuente con tareas acordes y no se las otorgue, deberá abonarle la indemnización por antigüedad.

dad "plena", es decir, la del art. 245; III) que no pueda otorgarle actividades acordes con su incapacidad por "causa que no le fuera imputable" entonces "deberá abonar una indemnización igual a la prevista en el art. 247";

c) Sea dado de alta con incapacidad absoluta, debiendo "abonarle una indemnización de monto igual a la del art. 245", o sea la llamada por antigüedad "plena";

d) El trabajador es despedido, no está contemplado expresamente en la ley, pero como está vigente el contrato de trabajo aunque suspendido alguno de sus efectos, si la rescisión del vínculo es injustificada corresponde el pago de: indemnización sustitutiva por omisión del preaviso (art. 232); e indemnización por antigüedad (art. 245).

4.3. — *En la tercera etapa:* Tal como lo afirmamos supra, la disolución del vínculo laboral está supeditado a la decisión de alguna de las partes.

Si lo resuelve el empleador está exento de responsabilidad indemnizatoria: si es el trabajador quien lo denuncia, está liberado de otorgar el preaviso (art. 211, 2º parte).

Al respecto se elaboraron doctrinas contradictorias, pues ni la ley 11.279, ni la primitiva redacción de la 20.744 lo resolvían expresamente.

Para unos procedía el pago de la indemnización por antigüedad únicamente "reducida" o conocida como "media indemnización", asemejándolo a la fuerza mayor, ya que se afirmaba que el trabajador no se reintegraba por imposibilidad extraña a su voluntad.

Para otros el empleador estaba liberado de toda indemnización, al disolverse el contrato de trabajo por cuestiones extrañas a su voluntad o decisión.

También se debatió respecto al momento en que se producía el distracto; es decir si el mismo se operaba automáticamente al vencer los quince o dieciocho meses, o por el contrario, debía mediar intimación y luego disolución.

Todo ello se ha solucionado con las reformas introducidas por la ley 21.297 poniendo fin a una antigua polémica.

5º) LEY DE OBRAS Y SERVICIOS SOCIALES Nº 18.610: Sancionada el 23 de febrero de 1970, reglamentada por Decreto 4.714/71, regula

las obras sociales de la Administración Central del Estado, organismos descentralizados, empresas del Estado, paraestatales, de administración mixta y de las asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial.

El patrimonio de las obras sociales se constituye con el aporte mensual del trabajador de un porcentaje sobre la remuneración que perciban (2% si es soltero y 3% si tiene cargas de familia), y una contribución mensual del empleador (4,5% sobre las remuneraciones que abone a los trabajadores).

Tales recursos deberán destinarlos en forma prioritaria, a las prestaciones médico-asistenciales mínimas, sin perjuicio de mantener los servicios existentes.

Con los aportes mencionados se encuentran amparados el trabajador y su grupo familiar (cónyuge, hijos menores de 18 años, hijas menores de 21 años; hijos incapacitados a cargo del aportante sin límites de edad, y los ascendientes en primer grado cuando se encuentren a cargo del titular).

La obra social puede instalar su propio servicio médico-asistencial, o contratar para que sea prestado por diferentes nosocomios o profesionales.

Producido la enfermedad o accidente inculpable, la obra social otorga la orden de atención correspondiente, cubriendo en algunos casos el total de los gastos, y en otros el afiliado debe abonar directamente un porcentaje (generalmente el 30%).

En la mayoría de los casos están excluidos los gastos farmacéuticos, los que deben ser soportados por el trabajador afectado.

Los accidentes y enfermedades producidos por el hecho u ocasión del trabajo no están amparados por el sistema de la ley 18.610.

De lo expuesto surge que ante el accidente o enfermedad inculpable el trabajador argentino goza del siguiente amparo: el empleador continúa abonándole los haberes durante tres, seis o doce meses según la antigüedad y situación familiar, mientras que la obra social se responsabiliza por los gastos médicos y sanatoriales, y en algunos casos inclusive los farmacéuticos.

Con ello ha disminuido considerablemente el desamparo que afrontaba el trabajador antes de 1970, siendo un paso muy importante hacia un sistema integral de seguridad social, donde prácticamente se elimina el riesgo de la desprotección, amparándose al trabajador afectado, sin tener importancia las causas de la dolencia.

III. ACCIDENTES Y ENFERMEDADES PRODUCIDAS POR EL HECHO U OCASION DEL TRABAJO

A — Ley 9688

1º) CONCEPTOS - ANTECEDENTES: El Derecho Patrio argentino contempla a los accidentes y enfermedades del trabajo en la ley 9.688, amparando —lógicamente— a los trabajadores en relación de dependencia.

Por *accidente del trabajo* se entiende a toda lesión proveniente de la acción súbita y violenta de un agente externo, debida al hecho o en ocasión del trabajo.

El art. 2º del Decreto reglamentario (dictado el 14|1|1916) considera como 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. Se considera igualmente accidente de trabajo los hechos constituidos por caso fortuito o fuerza mayor inherentes al trabajo que produzcan las mismas lesiones".

Originariamente se distinguía la "enfermedad profesional" de la "enfermedad del trabajo" (conocida también como "enfermedad-accidente") aunque ambas tenían el mismo régimen indemnizatorio; actualmente se las ha unificado.

La primera (enfermedad profesional) era la contraída por el ejercicio habitual de una profesión determinada, cuyo efecto era exclusivo de dicha actividad desempeñada durante el año precedente a la inhabilitación. En alguna época se exigió también que figurara en un catálogo dispuesto por decreto del Poder Ejecutivo. (Por ejemplo: saturnismo, cuprismo, fosforismo, etc.).

La "enfermedad del trabajo" o "enfermedad-accidente", de creación doctrinaria y admitida luego pacíficamente por la jurisprudencia, es aquella no profesional, la enfermedad ocasional que no obedece a una causa determinada, sino que se contrae por el ejercicio de algún trabajo, el que ha contribuido ya sea a causarla, agravarla, acelerarla o desencadenarla.

De lo expuesto se concluye que la misma dolencia (sea accidente o enfermedad), puede ser del trabajo o "inculpable" en tanto se acredite la relación con las tareas (la lesión que una viruta provoca en el ojo será accidente del trabajo si fue por el hecho o en ocasión del trabajo, mientras que se la encuadrará como "inculpable" si es extraña a la empresa; lo mismo podemos afirmar

de la tuberculosis pulmonar, si se prueba que el trabajo actuó como causa, o agravante, acelerante o desencadenante, estará protegida por la ley 9688, caso contrario será por la 20.744).

La ley 9.688 —tal como expresamos supra, sancionada el 11.10.915— fue objeto de numerosas, frecuentes y contradictorias reformas, que impulsó a expresar gráficamente que “tales son los remiendos, que no permiten ver la tela original”.

Las correcciones fueron de tal envergadura que hasta modificaron el fundamento jurídico que impulsó a la norma.

Legislativamente se la conserva dentro del Derecho del Trabajo; doctrinariamente —por el contrario— es una de las contingencias de la Seguridad Social, por provocar —al decir de NELTER— una disminución o pérdida en las remuneraciones o ingresos de las personas que trabajan, pudiendo ocasionar cargas económicas suplementarias, trabajen o no los interesados. La responsabilidad del empleador no hace al fondo del asunto, lo que interesa a la sociedad toda, es el amparo a la víctima, postergando el análisis de la responsabilidad empresaria.

2º) **AMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN:** En la redacción primitiva, respondiendo a la teoría del “riesgo profesional”, el art. 2º enunciaba una lista o catálogo de actividades a las que les era aplicable la ley (en general se refería al trabajo industrial, donde se empleaba una fuerza distinta a la del hombre) quedando excluidas tareas muy importantes en la vida jurídico-laboral de un país, como fueron los empleados de comercio, bancos, compañías de seguros, etc.

Por ley 18.913 (promulgada el 31|12|70 y publicada el 15|1|71) se reforma sustancialmente el ámbito personal de aplicación y en lugar de continuar con el listado de actividades, genéricamente se ampara a “... todos los empleados u obreros que se desempeñen en relación de dependencia, cualesquiera fuera la índole de las tareas del trabajador o la clase de actividades practicadas por el empleador...” (art. 2º).

“El Estado nacional, las provincias y las municipalidades *en su carácter de empleadores* están sujetos a las responsabilidades y obligaciones que esta ley establece” (art. 1º últ. p.) (No obstante la clara disposición legal, el Estatuto del personal civil de la Nación, reitera el criterio al consagrar que los empleados que sufran accidentes en el servicio, se les aplicará las disposiciones de la ley 9688).

“El Estado nacional, las provincias o las municipalidades, según corresponda, responderán asimismo de los accidentes ocurridos

a las personas obligadas a prestar un servicio con carácter de carga pública, ya sea por el hecho o en ocasión del cumplimiento del servicio que dicha carga implica...” (art. 2º).

La ley 19.223 (del 21/9/71) excluyó a los empleados de casas de familia (“servicio doméstico”) que estén exclusivamente al servicio personal del patrono (sin que exista un fundamento jurídico ni social para ello, quedando librada la reparación a la “buena fe” o sentimiento humanitario del empleador). “La excepción —afirma acertadamente ETALA— surge exclusivamente de mantener la responsabilidad individual del empleador. Si ésta no se tuviera en cuenta, y se implantara un seguro social obligatorio contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, no habría razón alguna, como tampoco existe actualmente, para excluir a los domésticos...” (“La contingencia social de accidentados del trabajo y enfermedades profesionales”; *Revista de Seguridad Social*, Nº 48, Año V, pág. 493).

La ley 15.448 (25.9.60) receptando la doctrina del fallo plenario Nº 21 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, amplió los alcances del art. 1º al incluir por primera vez los llamados “accidentes in itinere”, aquellos en donde “...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”.

Ahora bien, si se acredita la existencia de algún eximente (modificación o interrupción en el recorrido por razones extrañas al trabajo), el empleador tendrá también que responder de los salarios por ser un accidente “inculpable” en los términos del art. 208 de la ley de contrato de trabajo (20.744).

Para BANCHS “La indemnización por un accidente in itinere, no puede reclamarse por la vía del derecho común según el art. 17 porque no hay responsabilidad en el sentido del art. 1113 del Código Civil, salvo que el viaje se haga en vehículo de la empresa o contratado por la misma” (*Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Ed. Hammurabi, 1977, pág. 24); en definitiva —y hasta tanto exista un régimen de seguridad social— cada caso debe ser analizado particularmente por los elementos fácticos que lo rodearon estando supeditado a las pruebas que se aporten.

3º) RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR: Originariamente la doctrina nacional y extranjera procuraron demostrar que el empleador era quien debía responder ante un accidente o enfermedad del trabajo.

En la ley 9688 la reparación de los infortunios de trabajo reposa en la responsabilidad exclusiva del empleador, la que se presume "jure et de jure" (art. 5º), y para liberarse de responder económicamente debe acreditar alguno de los supuestos previstos en los arts. 3º y 4º.

Ahora bien, jurídicamente, toda reparación es consecuencia de un incumplimiento, es producto de la responsabilidad, comportando una forma de sanción; por lo que, imputar la responsabilidad al empleador implica la posibilidad de que éste dé explicaciones e inclusive, conceda una satisfacción. Toda acción es imputable cuando proviene de la actividad de una persona.

Siguiendo al maestro FRANCESCO CARRARA, para que podamos hacer responder, y por ende, imputar al autoría de un hecho debe mediar afirmativamente las siguientes proposiciones: 1º) "Cuando el juez encuentra en un individuo la causa material del acto, le dice: "tú lo hiciste"; imputación física que, lógicamente, presupone tener la certeza de aquel acto (*prius de re quam de reo*). 2º) Cuando encuentra que el sujeto realizó el acto con voluntad inteligente, le dice: "tú lo hiciste voluntariamente"; imputación moral. 3º) Si halla que el hecho era legalmente prohibido, le dice: "tú obraste contra al ley"; imputación legal. (ALTERINI, ATILIO ANÍBAL: *Responsabilidad Civil*. 2 Edic., pág. 16).

Trasladados tales requisitos al panorama jurídico-laboral nos encontraremos que en muchos casos los mismos no existirán, ya que el empleador ha sido totalmente ajeno o extraño a la comisión del acto, y por lo tanto, no debería responder, no obstante debe solventar la indemnización.

A la par de ello, debe tenerse presente que el trabajador no puede quedar desamparado ante una dolencia, sea ésta por el hecho o en ocasión del trabajo, o por un evento extraño al mismo.

La legislación ha procurado a través de los tiempos explicar o fundamentar la responsabilidad del empleador, ya que se admitió el deber de amparar al trabajador.

Cronológicamente podemos clasificar la evolución de la doctrina de la responsabilidad en cuatro etapas:

Primera etapa: Se carece de legislación protectora, y la reparación, de materializarse, actúa exclusivamente como deber moral.

Segunda etapa: Nace con la era del industrialismo y del maquinismo, principalmente en Francia e Inglaterra. Las doctrinas civilistas procuran demostrar que en las disposiciones del Código Ci-

vil está el fundamento de la responsabilidad del empleador, vertiéndose cuatro teorías: de la responsabilidad extra contractual, de la responsabilidad contractual, teoría objetiva y del caso fortuito.

En nuestro país, el Dr. JUAN BIALET MASSÉ fue uno de los primeros en sostener que la responsabilidad del empleador estaba contemplada en el Código Civil, en el art. 1067, ya que las consecuencias de los actos libres que dañan a terceros, sin derecho, son imputables a su autor, comprendiendo toda clase de hechos lícitos, positivos y negativos, tácitos y expresos. Afirmando también que los arts. 1953 y 1988 del Código Civil son aplicables para los accidentes del trabajo, pero que el obrero podía utilizar también las acciones de responsabilidad por dolo, culpa o negligencia o de responsabilidad subsidiaria sometiéndose a las reglas comunes, contempladas en los arts. 1109 y en el hoy 1113. BANCHS, IRENEO ERNESTO: *Accidentes del Trabajo y Enfermedades profesionales*. Edic. 1977, pág. 7).

La postura de BIALET MASSÉ no encontró respaldo en la doctrina ni en la jurisprudencia, perdiendo vigencia al sancionarse en 1915 la Ley 9688 de accidentes de trabajo.

a) Teoría de la responsabilidad extra contractual o Aquiliana: Reside en el incumplimiento de una obligación legal, y la responsabilidad surge por la simple infracción a dicha norma, siendo indiferente la existencia de un vínculo jurídico entre las partes. El obrero es un extraño ante el patrón. Los accidentes de trabajo están involucrados por ser considerados como hecho ilícito, presumiéndose la culpa del agente, quien en definitiva debe acreditarlo.

b) Teoría de la responsabilidad contractual considera al contrato de trabajo como una locación de servicio, aplicándole los principios inherentes al acuerdo de voluntades, y por lo tanto las partes se obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse como virtualmente comprendidas en ella (art. 1198).

El empleador tiene la obligación de garantizar la seguridad del dependiente, y el accidente aparece como un incumplimiento a este deber de seguridad. El obrero debe probar la existencia del contrato y que el accidente aconteció durante el ejercicio. El patrón, por su parte, se libera probando la culpa del obrero o la existencia de un caso fortuito. Esta tarea tuvo como sus más conspicuos exponentes a SAINTELETTE (Bélgica 1883) y a SAUZET (Francia 1884).

c) Teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado: Propiciada por SALEILLES y JOSERAND en Francia, enunciándola como que "todo accidente reconoce una causa inherente a una cosa u objeto, aun cuando obedezca a casos fortuitos, es imputable al propietario del objeto, debido a que, contrapuesto éste a la víctima, es justo que soporte las consecuencias el dueño y no el damnificado que no tiene reproche que formularse en el acaecer del hecho dañoso".

La teoría del riesgo creado se funda en que aquél en cuyo interés funciona el organismo que creó, debe soportar el peligro que ello implica.

Se encuentra materializada en el actual art. 1113 del Código Civil Argentino al responsabilizar por los daños causados por: a) los que están bajo su dependencia, b) las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado, c) por el riesgo o vicio de la cosa.

d) Por casos fortuitos: Proyecta la responsabilidad del empleador a los casos fortuitos fundándolo en la existencia del principio de buena fe en todo contrato celebrado en beneficio de las partes, quien debe responder a la otra del daño que sufre.

El contrato de trabajo beneficia exclusivamente al patrón, por lo que es justo que responda del accidente sobrevenido inclusive por fuerza mayor. Esta teoría fué preconizada por FUSINATO y ALEJANDRO UNSAIN.

Tercera etapa: Conocida como de la justicia social, expuesta con teorías propias o específicas del Derecho del Trabajo.

La primera de ellas, es la del "Riesgo Profesional", en torno de la cual se estructuró la redacción primitiva de la ley 9688.

El riesgo profesional es inherente a la profesión con total prescindencia de la culpa del empleador o del obrero. De allí que, la responsabilidad patronal se sustente por ser quien se beneficia de los progresos de la técnica.

Para ROUAST et DURAND "el riesgo profesional es la contrapartida de las ventajas que proviene del maquinismo y del uso de las fuerzas naturales". Es una variante de la teoría del "riesgo creado" preconizado por SALEILLES y JOSERAND.

La concepción del riesgo profesional puede inclusive proyectarse fuera del ámbito empresarial para ser soportado por todos los integrantes de una misma profesión, ya que toda la industria es la beneficiaria del progreso técnico. La responsabilidad continúa siendo individual pero el riesgo soportado colectivamente al aportar periódicamente una determinada suma de dinero.

La denominación del riesgo profesional fue criticada por LYON-CAEN al referirse a la ley francesa de 1898, afirmando que sería más preciso hablar de "riesgo de empresas", ya que "el empleador no ha creado —propriadamente hablando— el riesgo accidente; si él es el responsable del accidente es porque es un álea de la empresa semejante al desgaste del material".

Las primeras legislaciones que adoptan la teoría del riesgo profesional son: Inglaterra en 1897; Francia y Dinamarca en 1898; Bélgica y Rusia en 1904. Tenían de común que la responsabilidad existe sin culpa del patrón, y la indemnización no era total sino tarifada o "forfaitaire". (MARTÍ, ISABEL JOAQUINA: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*. Cofeses, N° 4-5, 1962, pág. 11).

La ley 9688 la recepta en la redacción originaria, pero limitándose a determinadas actividades o empresas que las enuncia en el art. 2º.

La segunda teoría se denomina del "riesgo de autoridad", inspirada en la peligrosidad industrial, haciendo residir el fundamento de la responsabilidad en la autoridad ejercida por el empleador.

El punto de partida de esta teoría fue la Corte de Casación Francesa cuando enunció que "los accidentes sobrevenidos por el hecho o en ocasión del trabajo darán derecho en provecho de la víctima a una indemnización".

Mantiene de la teoría del "riesgo profesional" el sistema de reparación tarifada, pero amplía considerablemente el ámbito personal de la ley.

Conserva el requisito de la subordinación como determinante del amparo y por ello enuncia que la autoridad ejercida por el empleador es normalmente fuente de riesgo.

La ley 9688 se enroló en esta teoría principalmente, en 1940 al reformar el art. 1º mediante la ley 12.631 (16 de julio de 1940) reemplazando las palabras "con motivo y en ejercicio de la ocupación" por "el hecho o en ocasión del trabajo".

El art. 2º inc. 1º suprime: "donde sea empleada para el trabajo una fuerza distinta a la del hombre...".

Esta modificación se debió a un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que excluyó del amparo a los trabajadores agrícolas, no obstante la ratificación por la ley 12.232 de la Convención N° 12 de la Organización Internacional del Trabajo.

La teoría del riesgo de autoridad fue ratificada en 1960 al sancionarse la ley 15.448 que incluye en la segunda parte del art.

1º la responsabilidad del dador de trabajo en los accidentes in itinere, recogiendo la doctrina del fallo plenario Nº 21 de la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo de la Capital Federal.

Con las distintas reformas introducidas a la ley 9688 se acentúa la necesidad de sancionar un régimen de seguridad social para amparar los infortunios de trabajo, y con ello se pasa a la cuarta etapa conocida con el nombre de "Seguridad Social".

Cuarta etapa: Se produce con la toma de conciencia que la reparación de las dolencias, sean por el hecho o en ocasión del trabajo o por causas totalmente extrañas u ocasionales, deben estar a cargo de la sociedad toda, vale decir, se pasa de la doctrina de la responsabilidad individual al de la solidaridad.

Con un criterio "visionario", y hasta tanto se consagre el seguro social, el derecho patrio consagra el principio de responsabilidad solidaria del patrono, la que subsiste "aunque el obrero trabaje bajo la dirección de contratistas de quienes aquél se valga para la explotación de la industria..." (art. 6º); procurando con ello eliminar la insolvencia del conocido intermediario u "hombre de paja", generalmente insolvente, ya que se lo utiliza para violentar la ley.

4º) EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRONAL: En estos casos se necesita un régimen de seguridad social; la dolencia existe pero la ley ha previsto algunas hipótesis en la cual el empleador puede eximirse de responder económicamente; nos encontraremos con la tremenda realidad que el trabajador queda incapacitado o sus derechohabientes con la pérdida del titular, y no obstante ello, sin derecho a ningún tipo de reparación.

Los arts. 3º y 4º son los que contemplan tales supuestos, y cuando fueron aprobados era comprensible pues se actuaba en el campo del Derecho del Trabajo donde gravita considerablemente la culpa y la relación de causalidad; pero en la actualidad, con imperio del derecho de la seguridad social lo que interesa son las consecuencias.

Por tal motivo, en muchos supuestos los jueces interpretan la norma con un sentido amplísimo, e inclusive configurando situaciones no previstas, con el único objetivo de no dejar desamparada a la víctima, por entender que está interesada la sociedad toda.

Los supuestos eximentes de responsabilidad son:

1. "Cuando la incapacidad para el trabajo que el mismo origine" no exceda de cuatro días corridos (art. 3º). Carece de fun-

damento jurídico, y la única explicación es procurar que el trabajador en las lesiones leves se reintegre lo antes posible a sus tareas habituales. Ello se desnaturaliza al estar amparados como accidente o enfermedad inculpable (art. 208, ley 20.744);

2. Cuando el accidente ha sido intencionalmente provocado por la víctima (art. 4º, inc. a), prueba a cargo del empleador de muy difícil éxito ya que deberá acreditar que el ánimo o intención de la víctima, es decir, la siquis del trabajador fue orientada hacia el logro del objetivo deseado (generalmente accidente).

La doctrina equipara el acto intencional con la culpa grave de la víctima, aunque la ley los analiza como dos supuestos diferentes.

Han existido casos de suicidios indemnizados, por entender el magistrado que pudiendo ser un acto intencional o querido por la víctima han existido causas profundas que nublaron u obstaculizaron el discernimiento, intención y libertad de la víctima.

3. Culpa grave del trabajador (art. 4, inc. b), deben exigirse dos requisitos sine qua non: que la culpa sea grave, y que provenga exclusivamente del trabajador.

La prueba también está a cargo del empleador, la que debe ser categórica, plena y apreciada restrictivamente, siendo en definitiva los jueces de la causa los que resolverán y calificarán.

La jurisprudencia ha creado la teoría de la "imprudencia profesional", que consiste en la pérdida por parte del trabajador del temor, o precauciones mínimas que deben observarse en cada actividad por la habitualidad; por ejemplo, los que reparan letreros luminosos en alturas elevadas, quienes lo hacen sin los cinturones adecuados, sin los debidos andamios, sin el calzado indicado, etc.; el guarda de tren, que debe entregar la hoja de ruta en la oficina del jefe de estación, y no espera que el convoy detenga totalmente la marcha, desciende cuando éste pasa frente a dicha oficina.

La jurisprudencia no obstante existir negligencia o imprudencia del trabajador, lo hace responder al empleador por considerar que la culpa de la víctima no ha sido grave.

4. Cuando fuere debido a fuerza mayor extraña al trabajo: se conceptúa como fuerza mayor al fenómeno físico o moral fuera de toda previsión, pero cuya causa es independiente a la explotación misma. También se la define según el art. 514 del Código Civil como todo lo que no ha podido preverse, o que previsto no pudo evitarse.

Ahora bien, para que la fuerza mayor exima al empleador debe haber sido extraña al trabajo, y al respecto existe la más variada y discrepante jurisprudencia sobre lo que se entiende por extrañeza e inherencia al trabajo.

Tan es así que se ha mandado abonar la indemnización de una incapacidad proveniente de la insolación por haber sido contratada en el trabajo; en cambio, se rechazó la acción de aquel trabajador que sufrió los efectos de un rayo en horas de descanso por entender que fue extraña al trabajo.

En una palabra, por cuestiones sutiles o de prueba depende la procedencia de la reparación, desnaturalizando el fin y razón de ser de una ley protectora de los infortunios laborales.

5. Cuando el accidente ha sido provocado voluntariamente por cualquiera de los derechohabientes de la víctima. Esta excepción reposa en el principio que nadie puede beneficiarse por su propia torpeza, es más, admitir esta causal con derecho indemnizatorio nos conduciría a tolerar daños causados al trabajador por sus derechohabientes para beneficiarse con la indemnización.

Tal como aconteció en los casos anteriores, la prueba está a cargo del empleador, y en general la jurisprudencia lo evalúa con criterio estrictivo.

El art. 6º de la ley ha sido pionera en consagrar la responsabilidad solidaria entre principales y contratistas, principio aceptado actualmente pacíficamente por la doctrina y legislación moderna (arts. 30 y 31, ley 20.744).

Son de aplicación las disposiciones de la ley de Contrato de Trabajo, que extiende la responsabilidad empresarial cuando la víctima es una mujer, o un menor de 18 años y la dolencia tuvo por causa la ejecución de tareas prohibidas o realizadas en infracción legal, en este caso, la presunción de responsabilidad es *jure et de jure*.

5º) SUBROGACIÓN DE LA OBLIGACIÓN REPARATORIA: Se autoriza al dador de trabajo a "...sustituir las obligaciones relativas a la indemnización, por un seguro constituido a favor de los empleados u obreros, en una compañía o en asociación de seguros patronales que reúnan los requisitos legales...", "...a condición de que las indemnizaciones no sean inferiores a las determinadas por la presente ley...". (art. 7º).

Para que la sustitución (que desde el punto de vista del trabajador es responsabilidad solidaria) pueda materializarse deben

observarse los requisitos que impone la ley, especialmente el decreto reglamentario de 1916, que son: a) las indemnizaciones no pueden ser inferiores a las de la ley; b) la compañía aseguradora debe estar constituida y funcionar conforme a derecho; c) las primas serán en función de las indemnizaciones fijadas en la ley; d) constituir por acumulación anual, una reserva del 30% del monto total de los seguros realizados según el balance anual; e) prohibición de establecer cláusulas de caducidad respecto de la víctima o sus derechohabientes; f) obligación de separar las operaciones por este seguro de las otras que pueda efectuar la compañía; g) en caso de insolvencia se prevé: si es la aseguradora, los fondos no ingresan en la masa común reintegrándose al empresario; si es el dador de trabajo, el dinero se deposita en el fondo de garantía; y h) las compañías deben solicitar autorización al Ministerio de Trabajo para operar por estos riesgos.

No obstante la existencia de una póliza de seguros en los términos de la ley 9.688, no libera al patrón con respecto al trabajador accidentado, y éste podrá optar entre demandar individualmente a su empleador o en conjunto con la compañía aseguradora.

También debe analizarse el contenido de la póliza, ya que generalmente se limitan a las indemnizaciones propias de la ley 9688, no así a las del Código Civil, en cuyo caso responderá exclusivamente la empresa.

En síntesis, la responsabilidad de la compañía de seguros es una relación jurídica directa con el dador de trabajo, siendo extraño al trabajador el convenio que pueda existir entre ambos.

6º) DENUNCIA DEL ACCIDENTE O ENFERMEDAD: Producido el accidente o detectada la enfermedad del trabajo, las partes deben denunciarlo a la Autoridad Administrativa del Trabajo (hoy es el Ministerio de Trabajo de la Nación).

El art. 25 le impone al "... obrero, y en caso de fallecimiento a sus derechohabientes..." efectuarla dentro del término de treinta días del hecho o de haberlo conocido (art. 2º, decreto 1005/49).

Los empleadores y aseguradores subrogantes deberán hacerlo dentro de los tres días contados desde que tuvieron noticia del evento. Se presume el conocimiento a las 24 horas de ocurrido, y en caso de imposibilidad se estará a las circunstancias del caso (arts. 2º y 3º, decreto 1005/49).

El incumplimiento a esta obligación acarrea penas para ambas partes: al patrón una sanción administrativa (multa, clausura, etc.); al trabajador o sus derechohabientes podrán "... sufrir una

reducción del 25% de la indemnización correspondiente, salvo caso de fuerza mayor o impedimento de otro orden debidamente constatados..." (art. 25, ley 9.688).

El 25% descontado al afectado no corresponde al empleador, debiendo depositarlo a la orden del fondo de garantía, por considerarse una multa, y en virtud de lo dispuesto por el art. 10 inc. e), dicho fondo es el titular.

Para BANCHES "el empleador no puede articular esa cuestión al contestar la demanda ni en ningún otro momento del juicio, porque no es él quien se beneficiará con la reducción indemnizatoria, de manera que sólo corresponde cuando es solicitada por el Ministerio Público en su carácter de representante del fondo de garantía". (*op. cit.*, pág. 60).

Si bien es obligación denunciar la dolencia, las conclusiones de la junta médica no obligan a las partes, debiendo en caso de no acatamiento recurrir el afectado a la instancia judicial para lograr la indemnización.

En la situación actual, la instancia administrativa se convierte en un trámite dilatorio, sin consecuencias positivas, ya que judicialmente conviene ofrecer como prueba la pericia médica no obstante existir con anterioridad junta médica en sede administrativa.

Avocado el Ministerio de Trabajo, fija audiencia a los fines de la constitución de la junta médica, pudiendo el trabajador ser acompañado por su médico particular, y en caso contrario será representado por un profesional de la Autoridad Administrativa. El empleador, en igualdad de derechos, puede ser asesorado por su profesional.

Efectuados los estudios y revisiones del caso, cada profesional confecciona las conclusiones, que podrán ser en conjunto o por separado. En caso de discrepancias, el médico oficial es quien resuelve en definitiva.

De no existir conformidad no queda otro remedio procesal que la demanda judicial, ya que el dictamen administrativo —repetimos— carece de eficacia ejecutiva.

Consentido el dictamen, el Ministerio de Trabajo requiere al empleador un informe sobre los salarios abonados al afectado en el año precedente al accidente, según lo dispone el art. 11º de la ley 9.688. Hecho, se efectúa la liquidación de la indemnización para depositarla en la Caja de Accidentes de Trabajo, dependiente del Ministerio de Bienestar Social de la Nación, quien lo remite directamente al beneficiario mediante giro sobre el Banco de la Nación Argentina.

7º) REPARACIÓN DEL ACCIDENTE O ENFERMEDAD: La ley 9.688 en el art. 8º reconoce tres tipos de incapacidades y ampara las consecuencias emergentes del fallecimiento del trabajador, por el hecho o en ocasión del trabajo (sean accidentes del trabajo, enfermedad profesional y/o enfermedad-accidente).

1º) *Incapacidad temporaria*: es cuando el accidente o la enfermedad provocan la imposibilidad temporaria de prestar servicios: vale decir, desde que se produce el accidente o se exterioriza la enfermedad hasta que es dado de alta, con un plazo máximo de un año de duración, vencido el mismo se considera que el trabajador adquiere una incapacidad permanente.

La ley 21.034 reformó el inciso d) estableciendo que los primeros 30 días corridos serán abonados con una suma igual al 85% del salario diario, desde el día del infortunio. "Cuando exceda de 30 días corridos, la indemnización diaria será igual al 100 % del salario diario...".

El art. 11, define los distintos tipos de salario, afirmando: "salario anual", es "el percibido por el obrero durante el año anterior al accidente, del patrón a cuyo cargo se encuentra...".

"Salario diario" es "el que resulta de la división del salario anual por el número de días hábiles del año...".

La jurisprudencia y doctrina mayoritaria, admiten que el "período de incapacidad temporaria, el accidentado tiene derecho a percibir el jornal íntegro que ganaba el día que se produjo el infortunio", completándose con la doctrina del plenario Nº 208 de la Cámara de Apelaciones del trabajo al disponer que "corresponde su incrementación con los aumentos que para el período de inactividad dispusieron las leyes, convenios colectivos de trabajo o decisión del trabajador...".

El fundamento radica en considerar injusto otorgar un mayor beneficio a la dolencia inculpable u ocasional que cuando proviene por el hecho o en ocasión del trabajo. Si la reparación dura menos de cuatro días está también amparada como dolencia inculpable y por lo tanto, a los fines de evitar argucias legales, el trabajador percibe el 100% del salario desde la fecha de la dolencia y hasta un máximo de un año en que pasa a ser considerada como una incapacidad permanente.

Jurídicamente lo pagado durante el período de incapacidad temporal no es salario sino indemnización, tal como lo expresa el inciso

d) del art. 8º de la ley en cuestión, no pudiendo descontarse de lo que corresponda posteriormente pagar por indemnización una vez resuelta la incapacidad.

Para BANCHS "sin dejar de ser, en verdad, una prestación de la seguridad social, son equivalentes a una remuneración, con los aportes y contribuciones de ley y se pagan directamente, por lo que no se depositan como las indemnizaciones; no tiene esta prestación los caracteres indemnizatorios, de la así bien denominada y que se paga durante el período que sigue a la incapacidad temporal". (BANCHS, *op. cit.*, pág. 32).

Discrepamos con dicha opinión pues es sabido que un pago es salario cuando existe: a) la debida contraprestación por parte del trabajador; o b) de no haber entrega del esfuerzo, estar previsto en la ley, por no haberse podido prestarlo por causas ajenas al trabajador (como es el caso de los bancarios cuando la sentencia anula el despido y ordena el pago de salarios caídos). La propia ley 9688 lo denomina "indemnización", y por lo tanto exenta de aportes y contribuciones.

Además de la indemnización, el trabajador es acreedor a recibir gratuitamente la atención médica y farmacéutica necesaria (art. 26), lo que no significa que necesariamente debe ser atendido por el facultativo designado por el empleador, ni tampoco someterse a una intervención quirúrgica, situación que para algunos autores puede disminuir el motivo indemnizatorio. (BANCHS, *op. cit.*, pág. 31).

Si el trabajador abandona voluntariamente el tratamiento o la asistencia regular a curaciones, no ha sido contemplado en la ley, pero entendemos aplicable los principios del derecho del trabajo, que obliga a las partes a actuar con diligencia y buena fe (art. 63 LCT) y por lo tanto, la responsabilidad es exclusiva por parte del trabajador pudiendo —inclusive— llegar al despido con causa.

El art. 14 de la ley, dispone que "perderá el derecho a continuar percibiendo la parte del salario que le acuerda la ley, desde el día que se ausente del país, y mientras permanezca en el extranjero...".

2º) *Incapacidad parcial y permanente*. Producida la dolencia puede tener distintas consecuencias: a) que el dependiente sea dado de alta sin secuelas y por lo tanto, sin derecho a indemnización por incapacidad; b) padecza de alguna incapacidad, correspondiendo determinarla para encuadrarla como parcial y permanente o total y permanente; y c) que transcurra el año sin haber sido dado de alta, considerándose como incapacidad permanente.

La jurisprudencia, receptando los principios previsionales de las leyes 18.037 y 18.038 ha considerado que deja de ser parcial cuando como mínimo es del 66%.

La indemnización será igual a mil veces la reducción diaria que haya sufrido el salario de la víctima a consecuencia del accidente (art. 8º, inc. c), Primer párrafo.

El trabajador sufre una incapacidad del 40%, por ejemplo, y su jornal diario es de \$ 5.000. Ese 40% equivale a la disminución de la remuneración del trabajador. En consecuencia se deberá efectuar la siguiente operación: 5.000 (jornal diario) x 1.000 (fijado por ley) y 40 (grado de incapacidad), todo ello dividido por 100 (total de incapacidad). Resultando 2.000.000:

$$(5.000 \times 1.000 \times 40)$$

100

El resultado tiene un tope máximo, equivalente a 10 años de salario mínimo vital vigentes al tiempo del accidente (al 30.9.78 será $60.000 \times 12 \times 10 = \$ 7.200.000$); en el ejemplo propuesto se abonarán los \$ 2.000.000 al no superar el tope.

Para determinar la incapacidad el perito-médico y/o junta médica, deberán observar lo dispuesto en los arts. 54, 55, 56 y concordantes del decreto reglamentario del 14-1-1916, como también las tablas de Balthazar, Ama, etc., aceptada pacíficamente por la moderna doctrina de Medicina Legal.

La ley 9688 contiene un grave vacío legislativo, al carecer de obligatoriedad lo resuelto en la junta médica, sea ésta en sede administrativa o judicial, ya que si bien impone denunciar el accidente, inclusive, sanciona su omisión, carece de apercibimiento alguno para aquel empleador que no acate lo resuelto por la junta y/o perito-médico, y dichas resoluciones tampoco obligan al juez de la causa.

Ello provoca una pérdida de tiempo importante, luego de ser analizado el trabajador por la junta médica administrativa, de no obtener resultado positivo, deberá iniciar la acción judicial con nuevos exámenes médicos que las partes pueden solicitar.

Para el supuesto que el trabajador incapacitado necesite la asistencia constante de otra persona, el tope máximo puede ser incrementado en un 50%. "Los supuestos que configuran esta circunstancia serán establecidas por reglamentación", lo que hasta el presente no se ha dictado.

3º) *Incapacidad total y permanente*. Los arts. 54 y 56 del decreto reglamentario determinan cuándo una incapacidad es absoluta. No obstante ello, en la práctica se aplican criterios estimativos para establecer el porcentaje de incapacidad.

Debe tenerse en cuenta que el porcentaje de incapacidad determinado por la Junta Médica realizada en sede del Ministerio de Trabajo no produce efectos en las Cajas de Jubilaciones, por lo que el trabajador que solicite la jubilación por invalidez deberá someterse a un nuevo examen médico.

Debe dictarse una resolución por parte del Ministerio de Bienestar Social de la Nación, donde reconozca el dictamen de la primera junta médica, evitando molestias innecesarias, pérdida de tiempo, etc. La indemnización es idéntica a la que corresponde por muerte, vale decir, se interpreta como "muerte laboral".

El inciso a) del art. 8º dispone que la indemnización será "una suma equivalente a mil salarios diarios de conformidad a lo dispuesto en el art. 11".

El procedimiento para liquidar la indemnización es semejante a la expuesta en el apartado de incapacidad parcial, suprimiendo el grado de incapacidad y la división x 100, vale decir, que en el mismo ejemplo anterior habrá que multiplicar 5.000 x 1.000. lo que da un resultado de \$ 5.000.000, al no superar el tope anteriormente expuesto percibe el resultado.

En este caso también, la indemnización puede ser incrementada en un 50% cuando necesite la asistencia constante de otra persona, observándose el tope mencionado.

Desde el accidente o enfermedad, el empleador debe proveer al trabajador gratuitamente asistencia médica y farmacéutica "hasta que se halle en condiciones de volver al trabajo, fallezca o se declare incapacitado permanentemente". (art. 26).

El mismo dispositivo impone al empleador la provisión de "aparatos de prótesis y ortopedia... y a su renovación normal, pudiendo, en los casos que determine la reglamentación, sustituir su obligación por una indemnización que será también justipreciada por la misma reglamentación".

A tales fines, el Ministerio de Trabajo de la Nación dictó la resolución Nº 493, el 6 de noviembre de 1957, reglamentando el mecanismo a seguir referente a la provisión de aparatos de prótesis u ortopedia.

4º) *Muerte del trabajador.* El fallecimiento del trabajador por el hecho o en ocasión del trabajo otorga a los causahabientes los siguientes derechos:

- a) El pago del salario diario (en el supuesto de haber fallecido en el accidente o al detectarse la enfermedad);
- b) Provisión de los gastos médicos y farmacéuticos gratuitamente;
- c) Solventar los gastos de entierro, los que no podrán exceder del equivalente a tres veces el importe mensual del salario mínimo vigente en el momento del infortunio (art. 8º, inc. a).

La ley y la reglamentación omiten contemplar las siguientes situaciones:

1º) Que los gastos de entierro hayan sido abonados por una tercera persona (seguros, etc.); 2º) que dichos gastos no superen el equivalente a tres veces el importe mensual del salario mínimo, sino que por el contrario, sea menor.

En el primer caso, los causahabientes no pueden reclamar esta indemnización por no haber afrontado el gasto funerario; y por lo tanto al no existir la causa desaparece la consecuencia. En el segundo supuesto, si los gastos funerarios son menores a tres salarios mínimos, se abona el importe realmente efectivizado.

La ley no pretende que el pago de la indemnización pueda convertirse en fuente de ingreso mayor a lo previsto en la ley o distorsionado el fundamento para los que fueron instituidos.

d) Indemnización equivalente a 1.000 salarios diarios, conservándose el tope precedentemente expuesto.

El pago de la indemnización —excepto el efectivizado durante la temporal— debe efectuarse mediante depósito a la orden de la Caja de Accidentes quien girará al o a los beneficiarios dicho importe.

Este dispositivo —que sufrió modificaciones en las distintas reformas a la ley 9.688— ha sido criticado, pues carece de fundamento jurídico y moral, ya que si la razón es evitar abusos a la buena fe, debió seguirse el mismo temperamento para las otras indemnizaciones previstas en el Derecho del Trabajo; y si realmente se pretende amparar a la víctima o a sus causahabientes se pudo disponer —en el caso de tener que depositarlo— sea ante el juez del domicilio de la víctima, y no como acontece en la actualidad que debe girarlo a la Capital Federal con demora e inconvenientes innecesarios.

La ley 18.913 considerará como derechohabientes, titulares de la indemnización por fallecimiento, a las personas enumeradas en el art. 37 de la ley de jubilaciones para trabajadores con relación de dependencia (Nº 18.037). Por ello son derechohabientes no los que tienen derecho a heredar en los términos del Código Civil, sino aquellos que tienen derecho a la pensión, es decir deben haber estado a cargo de la víctima importando con ello la incorporación de un principio de la seguridad social.

Por el art. 13 bis "las indemnizaciones acordadas por esta ley no excluyen ni suspenden ninguno de los beneficios establecidos en las leyes de jubilaciones, pensiones y subsidios".

De esta forma el accidentado podrá gozar con el régimen actual de los siguientes derechos: (ALTAMIRA GIGENA, RAÚL: *Situaciones emergentes del accidente del Trabajo. Informe Laboral*, 1976, pág. 195).

1. La indemnización, y demás beneficios por la dolencia sufrida por el hecho o en ocasión del trabajo (art. 8º, ley 9.688);

2. La indemnización por la disolución del contrato de trabajo, si padece de incapacidad absoluta, el empleador no tenga, o teniendo no le provea, tareas acordes con la incapacidad (art. 212, ley 20.744); para el caso de fallecimiento inmediato o antes de ser dado de alta, procede la indemnización del art. 248 LCT (medio mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, con un mínimo de un salario).

3. La jubilación por invalidez (si la incapacidad como mínimo es del 66 %, o la pensión en su caso (art. 33, ley 18.037 y art. 19, ley 18.038).

4. El Seguro de Vida obligatorio (Decreto 1567/74 y Res. 14.256 /78).

De esta forma el régimen vigente otorga a los trabajadores y/o sus causahabientes beneficios superiores a los que tendría bajo un régimen de seguridad social desde que, siguiendo a ETALA "en los casos en que el trabajador obtenga el beneficio de jubilación por invalidez total o parcial o los causahabientes el beneficio de pensión, no corresponderá el pago de indemnización ni por vía de la ley de accidentes de trabajo ni optando por la acción común, salvo que el responsable fuera un tercero, contra el cual podría accionar el interesado o sus causahabientes sin perjuicio del beneficio jubilatorio o de pensión..." (ETALA, JUAN JOSÉ: "La contingencia social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales". *Revista de Seguridad Social* Nº 48, junio 1972, pág. 52).

“Las acciones emergentes de esta ley prescriben a los dos años de producido el hecho generador de la responsabilidad...” (art. 19).

Las actuaciones administrativas “interrumpen el curso de la prescripción durante el trámite, pero en ningún caso por un lapso mayor de seis meses”.

Esta norma correlacionada con el art. 258 de la ley de Contrato de Trabajo 20.744, produce una colisión, ya que ésta dispone que la prescripción se computa “desde la determinación de la incapacidad o el fallecimiento de la víctima”; por lo que, según los principios del “mayor beneficio” y la “ley posterior deroga a la anterior” ha sido derogado o reformado el citado art. 19 de la ley 9688.

Otro de los problemas planteados doctrinaria y jurisprudencialmente respecto a la indemnización ha sido el de la ley aplicable. Para algunos es la del momento del accidente o exteriorización de la dolencia, mientras que para otros el de la junta médica.

Los Tribunales del Trabajo lo han resuelto en los siguientes términos. En los casos de accidentes del trabajo, donde la instantaneidad y violencia de la fuerza exterior es definitiva y terminante, es aplicable la norma vigente al momento del siniestro.

En la enfermedad-accidente, donde generalmente presenta consecuencias mediatas, progresivas o no, que dependerá de tratamiento médico quirúrgico, u otras circunstancias que la hagan variar; en cuyo caso no puede establecerse —con seguridad— la fecha de la producción del daño” debe aplicarse la ley imperante al momento de dictaminarse por la junta médica el grado de incapacidad.

8º) ACCIONES QUE PUEDE EJERCER EL AFECTADO: La acción que puede hacer valer el afectado la podemos analizar desde dos puntos de vista: “lege lata” y “lege ferenda”; veamos cada una en particular.

De “lege lata” (el art. 17º de la ley 9688 otorga al trabajador un derecho de opción “entre la acción de indemnización especial que les confiere la misma (ley 9688), o las que pudieran corresponderle según el derecho común, por causas de dolo o negligencia del patrón...”).

En la práctica, por el tope impuesto en la ley especial (hasta octubre de 1975 era de \$ 10.000), impulsó a los trabajadores a procurar la reparación de los infortunios del trabajo por la acción de derecho común, que otorga la posibilidad de obtener una indemnización total, no obstante los riesgos que lleva implícita.

Vale decir, se produce una reactualización de los problemas planteados en el siglo pasado ante la inexistencia de una ley específica y que analizábamos al comentar la segunda etapa.

Con la aplicación de las normas del derecho común diversas fueron las cuestiones que se plantearon, algunas resueltas y otras aún debatidas.

La competencia del Juez Laboral en un comienzo fue arduamente resistida, para concluir en nuestros días aceptándola pacíficamente.

En lo atinente al derecho de las partes para reclamar el amparo o reparación según el derecho común, se plantearon las siguientes posiciones. Para algunos —doctrina minoritaria— sólo procede cuando existe dolo o negligencia del patrón. El criterio mayoritario, siguiendo el fallo plenario N° 169 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo in re: "Alegre Cornelio c/Manufactura Algodonera Argentina" admitió que "en caso de haber optado por la acción de derecho común a que se refiere el art. 17° de la ley 9688, es aplicable el art. 1113 del Código Civil, modificado por la ley 17.711" (Anales de las II Jornadas de Derecho de Trabajo y la Seguridad Social, Universidad Nacional de Córdoba, 1977).

Actualmente el trabajador que opta por la acción de derecho común debe fundamentar en el art. 1109 cuando exista responsabilidad subjetiva o personal del empleador; o en el art. 1113 si la responsabilidad es objetiva o por el riesgo creado.

La reparación de la ley 9688 —luego de las reformas introducidas por la ley 21.034— amplió considerablemente el tope indemnizatorio equivalente al "que resulte de computar 10 años de salario mínimo vital y móvil al tiempo del accidente". No obstante ello, para algunos casos (los dependientes con salarios de cierta consideración), sufrirán una disminución por el tope señalado.

Tampoco existe uniformidad respecto al mecanismo, procedimiento o evaluación a seguir para fijar la indemnización. Veamos: para algunos debe tenerse en cuenta el tiempo de vida útil que tiene la víctima; para otros, evaluar la renta que hubiese logrado con el dinero que percibiría de haber trabajado, etc., vale decir queda librado al juez de la causa.

De "lege ferenda", es pacífica la doctrina que la reparación de las dolencias, principalmente las provenientes del trabajo, deben estar a cargo de un sistema de responsabilidad social, pues "el empleador ya no asume el riesgo de los accidentes que afectan a los trabajadores de su empresa, sino que participa de una responsabilidad que se reparte entre una comunidad más grande" (KROTOSCHIN, ERNESTO: *En torno a la responsabilidad por riesgo*, L. T. 1972, -214).

En efecto, la doctrina de la responsabilidad social se fundamenta en el principio del estado de necesidad, y en el concepto de socialización del riesgo, vale decir, la responsabilidad social por el riesgo generalizado.

La causa de la imputación es la lesión física, y el sujeto imputado, la comunidad.

Cón certeza afirma RIPERT "la democracia contemporánea ya no pregunta por los responsables, impone la reparación a favor del débil, impone a la sociedad la obligación de sostener con decoro la existencia humana".

Son por ello muy ciertas las palabras de R. POUND al afirmar: "si no podemos ser los guardianes de nuestros hermanos, al menos seamos sus aseguradores".

IV. FUNDAMENTOS DEL AMPARO POR LA SEGURIDAD SOCIAL.

Numerosos son los fundamentos que justifican legislar de una vez para siempre a la reparación de las dolencias dentro del Derecho de la Seguridad Social; evitando cansar al lector nos limitaremos a enunciar algunas:

1º La tendencia moderna tiende a eliminar la responsabilidad individual del empleador, salvo caso de dolo o culpa grave.

2º Otorgar a la indemnización por el infortunio un carácter alimentario o asistencial, por ello suprime el tope o mecanismo tarifario, reemplazándolo por la reparación integral.

3º En caso de incapacidad permanente o de muerte del trabajador, la reparación no puede ser de pago único, debiéndose reemplazar por una jubilación o pensión.

4º En los casos de incapacidad permanente parcial, pero que no logra jubilación por invalidez, debe otorgarse el goce de una jubilación reducida de por vida, sin impedimentos para que el incapacitado pueda realizar algún tipo de tareas.

5º La responsabilidad del "fondo de garantía" ante la insolvencia del empleador, está demostrando la necesidad de que el afectado se quede sin reparación, debiendo concurrir el Estado a solventar dicho evento.

6º El amparo a "las personas obligadas a prestar servicio con carácter de carga pública", es otra demostración de la tendencia moderna de la responsabilidad social.

7º La responsabilidad del Estado por los accidentes ocurridos a los alumnos de las escuelas industriales, técnicas de artes y oficios, etc., siempre que acontezca en las horas que recibe la enseñanza.

8º La protección de los accidentes de trabajo ocurridos a los penados alojados en establecimientos carcelarios.

9º El amparo a los bomberos voluntarios, que actuando en cuerpos reconocidos sufran algún accidente por el hecho o en ocasión del servicio.

10º La aplicación de la ley 9688 a "todos los empleados y obreros que se desempeñen en relación de dependencia, cualquiera fuera la índole de las tareas del trabajador o la clase de actividad practicada por el empleador..." (art. 2º ley 9688), es un claro indicio de la necesidad de reformar la doctrina orientada de la ley.

11º La naturaleza jurídica de lo que abona el empleador en concepto de reparación del daño, que no es salario desde que no hubo contraprestación.

12º La creación jurisprudencial de situaciones no contempladas en la ley de accidentes de trabajo, como fue la teoría de la "imprudencia profesional" o de la "enfermedad-accidente" o "enfermedad del trabajo"; tendientes todas ellas a ampliar considerablemente el espectro protectorio.

13º Los diversos fallos que otorgan amparo por la ley 9.688, no obstante haberla renunciado, y ante el fracaso de la acción de derecho común, por entender que en "el resarcimiento del daño causado por el accidente de trabajo se encuentra interesada la sociedad" evitando que "un juego de azar donde el error respecto de un derecho pueda dar lugar a la pérdida del mismo, máxime cuando dicha indemnización no pueda ser objeto de cesión, transacción o renuncia (FERNÁNDEZ PASTORINO, A.: *Infortunios del Trabajo*, pág. 60, Cámara 2ª del Trabajo de Córdoba, in re "Maragón de Camillo c/Colcar").

14º Impedir que por cuestiones o defectos procesales queden desamparados infortunios laborales.

15º Se tiende a que el amparo se proyecte no sólo al trabajador dependiente, sino también al independiente o autónomo, es decir, al hombre que trabaja.

16º Por último, lo que preocupa a la sociedad no es tanto quién causó el mal, como la necesidad de reparar la dolencia, vale decir, las consecuencias.

Por todo ello, la futura legislación debe extraer la protección y reparación de las dolencias del Derecho del Trabajo, para colocarla en el Derecho de la Seguridad Social.

B — *Tareas insalubres*

Complementaria y auxiliar de la ley 9688, están las que regulan el procedimiento para la declaración de actividades o lugares insalubres.

El derecho Patrio Argentino omite definir lo que entiende por "jornada insalubre", debiendo recurrir —en consecuencia— a la expuesta por algún autor: entre ellos RAMÓN EDGAR FLORES cuando afirma "... es la que se presta en tareas penosas, mortificantes o riesgosas individualizadas por la ley o en ambientes o tareas determinadas por el Poder Ejecutivo, donde la comprensión o viciación del aire, emanaciones o polvos tóxicos, temperaturas excesivamente bajas o elevadas pongan en peligro la salud del trabajador, según declaración fundada y firme de la autoridad de aplicación" (*Régimen de Contrato de Trabajo*, Ed. Informe Laboral, 1977, pág. 499).

Compartiendo el criterio pacífico brindado por los congresos y reuniones de Medicina del Trabajo, la legislación admite que insalubre no son las tareas, sino los lugares o ambientes en que se realizan, por lo tanto se procura perfeccionarlos, modernizarlos, tecnificarlos, de manera tal que la salud del trabajador se encuentre cada día más protegida.

El procedimiento para la declaración de insalubridad se encuentra regulado por las leyes de contrato de trabajo (nº 20.744, arts. 198 y 200) de jornada de trabajo (nº 11.544, art. 2) y decreto reglamentario nº 16.115/33 art. 8).

En los lugares o actividades declaradas insalubres, los trabajadores prestan servicio durante una jornada máxima de 6 horas diarias o 36 horas semanales, percibiendo la totalidad de la remuneración.

La segunda parte del art. 200 de la ley de contrato de trabajo preceptúa el procedimiento a observarse para tal declaración "en caso de que la autoridad de aplicación constatare el desempeño de tareas en condiciones de insalubridad, intimará previamente al empleador a adecuar ambientalmente el lugar, establecimiento o actividad dentro del plazo razonable que a tal efecto determine. Si el empleador no cumpliera en tiempo y forma la intimación practicada, la autoridad de aplicación procederá a calificar las tareas o condiciones ambientales del lugar de que se trate...".

Originariamente la doctrina y legislación adoptaron el temperamento de enunciar qué actividades eran consideradas insalubres. La ley de contrato de trabajo, por la reforma de la ley 21.297, cambió el criterio de resolver "...La insalubridad no existirá sin declaración previa de la autoridad de aplicación, con fundamento en dictámenes médicos de rigor científico y sólo podrá ser dejado sin efecto por la misma autoridad si desaparecieran las circunstancias determinantes de la insalubridad...".

C — *Higiene y seguridad en el trabajo*

La tesis orientada de las tareas insalubres ha sido superada, ya que el trabajador que presta servicios en ambientes o lugares nocivos, peligrosos, etc. aun trabajando seis horas, tarde o temprano contraerá la dolencia.

Por tal motivo, y como un paso importante en la senda protectora de la salud del trabajador, se dictó la ley 19.587 (21.4.72), reguladora de "Las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo, en todo el territorio de la República...", aplicando sus disposiciones "...a todos los establecimientos y explotaciones, persigan o no fines de lucro, cualesquiera sea la naturaleza económica de las actividades, el medio donde ellas se ejecutan, el carácter de los centros y puestos de trabajo y la índole de las maquinarias, elementos, dispositivos o procedimientos que se utilicen o adopten". (art. 1º).

Se determina también que "La higiene y seguridad en el trabajo comprenderá las normas técnicas y medidas sanitarias, precautorias, de tutela o de cualquier otra índole que tenga por objeto:

a) Proteger la vida, preservar y mantener la integridad sicofísica de los trabajadores; b) prevenir, reducir, eliminar o aislar los riesgos de los distintos centros o puestos de trabajo y c) estimular y desarrollar una actividad positiva respecto de la prevención de los accidentes o enfermedades que puedan derivarse de la actividad laboral". (art. 4º).

Dicha ley fue reglamentada por el Decreto Nº 4160 (del 10. 5.73), y mediante sus 331 artículos procura que los establecimientos y explotaciones vayan gradual y progresivamente ajustándose a sus exigencias.

"Se ha pensado —expresa el Mensaje que acompañó al proyecto de la ley— que la adopción de un sistema reglamentario desde sus orígenes conduciría a resultados no deseados: de un lado,

la imposición de cambios en instalaciones y la adopción de nuevas técnicas con el agregado de inversiones que ello supone; y del otro, el desmedro jurídico y afectación del principio de autoridad que se generaría de darse forma positiva a un complejo de normas que resultase de tal modo inaplicable...”.

Gravitaron considerablemente en la redacción de la ley las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección de la salud de los trabajadores, sobre los servicios de medicina del trabajo, así como el informe de la V^o Reunión del Comité Mixto O.I.T. - O.M.S.

De lograrse por una parte, un sistema de seguridad social, por otra, la paulatina adecuación de los lugares de trabajo a las normas de higiene y seguridad; y una toma de conciencia por los trabajadores y empleados, disminuirán considerablemente las enfermedades y accidentes por el hecho u ocasión del trabajo.