

El trabajo, los daños que puede producir, la atribución de responsabilidad y los tiempos que corren*

Por Estela M. Ferreirós

1. Consideraciones generales

Desde hace muchos años, los laboristas venimos abordando el tema de las enfermedades y accidentes de trabajo y para ello partimos de la consideración del maquinismo, del industrialismo, del desarrollo de la tecnología en la era industrial y postindustrial, y hemos concebido presuntas soluciones con leyes transaccionales, con el propio Código Civil y últimamente con la ley de riegos de trabajo.

Empero, a mi modo de ver, estos intentos reparatorios distan mucho de ser satisfactorios desde el punto de vista fáctico y jurídico.

En rigor de verdad, parece imponerse la necesidad de una revisión del tema teniendo conciencia de que nos encontramos en un territorio en el que el derecho del trabajo se advierte teñido por el derecho de daños, y donde confluyen diversas disciplinas, sobre todo si tenemos en cuenta que no puede hablarse de reparación del daño de ningún tipo sin tener apoyatura en el derecho común.

En realidad, es la propia Constitución nacional la que impone la prohibición de producir daños a terceros, y el Código Civil –como un desgranado infraconstitucional de la Carta Magna– brinda las pautas para la configuración de los extremos requeridos para la reparación del menoscabo.

He señalado reiteradamente que, según los datos que nos ha hecho llegar la OIT, se producen más víctimas de accidentes de trabajo por igual tiempo que en las guerras que la humanidad ha debido soportar. Esto da la pauta de la importancia del tema y de la necesidad de agotar el estudio del mismo y encontrar vías de solución.

Personalmente entiendo que no es el momento de seguir utilizando nuestro tiempo en consideraciones que pueden resultar antiguas y que ya hemos agotado en jornadas y congresos.

Hoy vivimos más allá de la era del industrialismo, aquella en la que los hombres comenzaron obteniendo su energía del carbón, el agua, el petróleo y de combustibles fósiles irremplazables. Esto significó el comienzo del consumo del capital de la naturaleza, en vez de hacerlo del interés que producía. No olvidemos que, como bien enseña Toffler, los combustibles fósiles formaron la base energética de todas las sociedades del industrialismo.

Esto no ha dejado de ser así, pero quedó lejano en el tiempo su inicio y el hombre vive la transformación que le impuso ese mismo fenómeno, ya que la máquina electromecánica fue más allá de aumentar la fuerza del músculo, y bien se dice al respecto que la civilización industrial dio órganos sensoriales tecnológicos

* Publicado en XXVIII Jornadas de Derecho Laboral, Mar del Plata, noviembre de 2002, Asociación de Abogados Laboristas.

creando máquinas que podían oír y tocar con mayor exactitud y precisión que los seres humanos, y dio a la tecnología una matriz al inventar máquinas destinadas a engendrar nuevas máquinas: “las máquinas herramienta”.

El industrialismo tuvo por consecuencia la necesidad jurídica de regular los daños que se producían en el mundo de los accidentes laborales, de los automotores, de las aeronaves, etcétera.

La era tecnológica no sólo trae nuevos problemas de responsabilidad por los daños producidos en otros ámbitos, como el de los productos elaborados, la transmisión del Sida y como bien enseña Messina de Estrella Gutiérrez, el daño colectivo, los daños nucleares, el daño ambiental, la responsabilidad emergente de la informática, los que se produzcan como consecuencia del desarrollo de la biotecnología, etcétera.

No obstante, no es del caso pensar que se han incorporado sólo nuevos tipos de daños, sino que de ello surge una nueva consideración de la responsabilidad y de la reparabilidad adecuada al desarrollo del estudio de esta nueva realidad fáctica.

2. Una nueva estructura en el tema de la reparación

Tradicionalmente la responsabilidad ha requerido la existencia de cuatro presupuestos: a) el incumplimiento; b) la imputabilidad; c) el factor de atribución, y d) el daño.

Cualquier consideración que se refiera a los presupuestos enunciados debe ser completada, señalando que los factores subjetivos son la culpa y el dolo y que fueron adoptados por Vélez Sársfield para nuestro Código Civil, luego reformado.

El devenir de los tiempos hizo que tuviera razón Yvonne Lambert-Faivre al expresar que “cuando la justicia conmutativa de la responsabilidad resulta impotente para reparar la fatalidad de la desgracia, la justicia distributiva de la responsabilidad debe tomar la posta”.

Aparecen así los factores objetivos de atribución.

Vemos aparecer las teorías del “riesgo provecho” y del “riesgo creado”, que de alguna manera, introducen la base del riesgo en la legislación argentina desde 1886 –en el Código de Minería– pasando en 1915 por la ley 9688 de accidentes de trabajo, el Código Aeronáutico, la Convención de Viena sobre Daños Nucleares y en el Código Civil argentino con la reforma que introduce la ley 17.711.

Otro factor objetivo de responsabilidad es la garantía, también instalado en nuestro Código Civil en la primera parte del art. 1113 por los daños que causan los que se hallen bajo su dependencia. Pero, hoy por hoy, no es la única hipótesis objetiva de responsabilidad en el sistema vigente; la encontramos también en el mismo art. 1113 del Código Civil cuando el daño se produce por el riesgo o vicio de la cosa; además, en la responsabilidad del transportador, terrestre y por agua en pequeñas embarcaciones, que para liberarse de responsabilidad está precisado a acreditar caso fortuito o fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero extraño, y en la responsabilidad del hotelero, que sólo deja de responder en casos de fuerza mayor o culpa del viajero, etcétera.

También son supuestos objetivos de responsabilidad la equidad, el abuso del derecho, el exceso en la normal tolerancia entre vecinos, el auxilio benévolo, la invasión a la intimidad, los actos discriminatorios, entre otros.

Algunas tendencias modernas pretenden apuntar a un criterio que denominan de solidaridad y que consiste en que por medio del pago de una prima, se logra que un asegurador cubra el daño que sufre el asegurado, esa reparación se solventa con la masa de primas de manera tal que el daño individual resulta distribuido entre todos los asegurados.

Quienes defienden esta posición no sólo consideran que hay en ella un apartamiento de la individualidad egoísta, sino también una mayor seguridad de cobro para las víctimas y que, por otra parte, el derecho tiene la posibilidad de imponer el seguro obligatorio, con lo cual se alcanza una mayor satisfacción de los créditos por daños.

El sistema debe, según expresan sus seguidores, estar dotado de un fondo de garantía para el caso de los que no hayan cumplido con el seguro, o para cuando el mismo sea insuficiente o el autor sea indeterminado, etcétera.

Es indudable, por otra parte, que ha existido en los últimos tiempos una tendencia a acoger este sistema en el campo de la seguridad social y de los infortunios laborales. La más clara expresión se encuentra en la ley 23.661 que impone el Seguro Nacional de Salud y que procura el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país, según reza su art. 1°.

3. El régimen legal argentino

En nuestro país rige desde hace ya algunos años la ley de riesgos del trabajo y con ella se ha pretendido dejar de lado a los trabajadores del régimen general de responsabilidad y del fuero laboral.

Atrás quedaron las leyes transaccionales con opción para acudir al derecho común y la competencia de los jueces de trabajo en las controversias entre trabajadores y empleadores con motivo de siniestros laborales, como así también la asistencia letrada de los abogados laboristas.

He tenido ocasión de referirme, antes de ahora, a las numerosas inconstitucionalidades que entiendo presenta este cuerpo normativo. Entre otras, merece destacarse la inconstitucionalidad del art. 6° –que más allá de las reformas posteriores por medio de los decretos que vieran la luz en el 2001– sigue resultando violatoria de la Carta Magna en cuanto ataca el art. 14 *bis*, cuando invierte el principio protectorio en perjuicio del trabajador-víctima, y también cuando se alza contra el art. 19 del mismo cuerpo legal supremo al violentar el principio *alterum non lædere* allí estampado.

De igual manera se alza este art. 6° contra el art. 16 de la Const. nacional, al atacar el principio de igualdad allí reconocido. Se plasma así una discriminación hostil, carente del necesario principio de razonabilidad, que impide las desigualdades en razón de la raza, nacionalidad, etcétera. Y también en razón de ser trabajador.

En este sentido es importante recordar que el fin de esta ley es la tutela de la integridad psicofísica del trabajador y que con esta disposición se impone una des-

proporción entre el medio empleado y el fin buscado, territorio en el que manda la irrazonabilidad.

Pero este artículo también viola el art. 18 de la Const. nacional en el que anida el principio del debido proceso, que está también integrado por el principio de acceso a la justicia, ya que impide accionar a quienes sufren enfermedades que no han sido contempladas, o los sujeta a trámites que pueden resultar discrecionales y hasta arbitrarios.

Entiendo que es inconstitucional el apartamiento que la ley impone a los trabajadores afectados con respecto a la justicia, estableciendo un procedimiento que, a mi modo de ver, no es ni judicial ni administrativo y que deja resoluciones jurídicas en manos de médicos ajenos al quehacer del derecho.

Para el lector atento es obvio que a través no sólo de la ley, sino de resoluciones y decretos posteriores, se ha violado la autonomía de las provincias que no delegaron su derecho a legislar en materia de forma, sino que además existe todo tipo de violaciones al principio del debido proceso, a los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional que prácticamente autorizan un amparo especial en materia de derechos humanos como el que analizamos.

Es con este fundamento que la Suprema Corte de Buenos Aires ha declarado la inconstitucionalidad de la ley en estudio, ello sin perjuicio de que, *a posteriori*, la Corte Suprema de Justicia en algunos casos haya rechazado esas decisiones y decidido, en el caso "Gorosito c/Riva SA y otro s/daños y perjuicios"¹, que no es posible la acción de derecho común si no se demostró que la aplicación de la ley de riesgos del trabajo comporta alguna postergación o, principalmente, la frustración del derecho de resarcimiento por daños a la integridad psicofísica o de la rehabilitación.

Es de necesaria atención el decir de ese tribunal en el sentido de que no es posible predicar en abstracto que el art. 39 conduzca inevitablemente a indemnizaciones menguadas y que la limitación del acceso a la vía civil que establece ese artículo no puede ser considerada discriminatoria porque, no obstante abarcar a la mayoría de la población económicamente activa, atiende a situaciones y riesgos producidos en un ámbito específico y diferenciado.

De lo expuesto surge con claridad que el tribunal no ha tenido en cuenta que si bien no existe impedimento alguno en el derecho argentino para crear un subsistema de responsabilidad como parece dar entender el fallo, que se considera al sistema del art. 39 de la ley 24.557, surge con nitidez del texto legal, que ese subsistema no es tal sólo por abarcar a la mayoría de la población económicamente activa, ni por ello, tampoco deja de ser discriminatorio.

Digo que es un subsistema ilegítimo, porque si bien no hay impedimento para que se genere en el orden normativo un régimen especial de responsabilidad, sólo se puede tolerar tal apartamiento cuando el mismo se efectúa para enfatizar o repotenciar los principios rectores de la disciplina a la que se especifica (en este caso del derecho del trabajo).

Esto es así, porque si creamos un sistema distinto y especial en desmedro del art. 14 *bis* de la Const. nacional o en disminución de los derechos garantizados a

¹ ED, 196-625.

cualquier ciudadano en el Código Civil, estamos dando lugar a la conformación de un grupo jurídicamente inferior de personas que resultan tales, en el caso, por ser trabajadores en relación de dependencia.

Tal razonamiento lleva necesariamente a la conclusión que, además, se ha producido una discriminación por violación del art. 16 de la Const. nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos.

A esta ley de riesgos del trabajo que ha dejado de lado los principios fundamentales del derecho en materia de prescripción, que ha violado el Pacto de San José de Costa Rica, que ha violado la totalidad de los subprincipios del debido proceso, como el derecho a la acción, a los jueces naturales, a la producción de la prueba, al juez especializado, a la sentencia justa, etc., que ha sido un factor más en el pretendido vaciamiento del fuero, se le pueden hacer muchos reproches, pero hay dos que no pueden soslayarse y ellos son: su falta de veracidad jurídica y su apartamiento de los principios del derecho del trabajo.

4. La falta de veracidad jurídica

Doctrinariamente, no puede escapar a ningún estudioso serio que la economía es una ciencia instrumental.

La ley de riesgos del trabajo se presenta ante nosotros como un cuerpo legal cuyos objetivos son, entre otros, reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de riesgos derivados del trabajo, reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales –incluyendo la rehabilitación del trabajador damnificado–, promover la recalificación y la recolocación de los trabajadores damnificados y promover la negociación colectiva laboral para las mejoras de las medidas de prevención y de las prestaciones reparadoras.

No obstante esta especie de declaración de principios a lo largo del texto legal, se aprecia la inexistencia de normas dedicadas seriamente a la prevención de los eventos dañosos pero además, y lo que es más serio, apartarse de la búsqueda de tales objetivos.

Se puede observar un recorte de los siniestros en razón de los cuales se puede reclamar: un apartamiento de las garantías del debido proceso, una permisividad legislativa de dispensar la culpa (dispensa legal, que ni siquiera se admite en el plano convencional), un impedimento a acudir al fuero especial, creado justamente para atender la especificidad de los problemas de los trabajadores que se encuentran atrapados en una relación asimétrica a lo largo de su contrato y que encuentran en el fuero un derecho procesal que responde a un derecho de fondo protectorio cuya razón de ser se encuentra en la Constitución argentina.

Quiere decir que esta ley conforma un cuerpo normativo engañoso que adolece de lo que Cornaglia ha denominado la inconstitucionalidad por autocontradicción de la proposición normativa.

Existe, sin lugar a dudas, un enfrentamiento entre las proposiciones y objetivos expuestos por el legislador y el tenor regresivo y excluyente de la norma que la descalifica de manera severa.

Sobre la base de estas revelaciones es obvio que el fundamento de esta norma es la teoría del costo de los accidentes.

El debate que debe darse, en este sentido, es qué papel juega en este escenario jurídico –sobre la base del escenario fáctico– la economía, el Estado, la empresa y el hombre.

Es frecuente oír hablar de la economía al servicio del hombre, pero también lo es ver que muchas veces se pone al hombre al servicio de la economía. Este es el caso.

El derecho no puede ser un captador y regulador de hechos que deja un territorio jurídico ajeno a la ética y a las necesidades humanas fundamentales.

Tal como señala Malloy, se hace necesario el auxilio de una teoría general que ajuste el enfoque para dar solución adecuada a la tensión de intereses entre lo individual, la comunidad y el Estado, asumiendo relevancia qué significa un ser humano o qué significa ser una persona y participar de una comunidad dada.

Parece que este tipo de normas encuentra su fundamento y razón de ser exclusivamente en un concepto económico y que la eficiencia en la asignación de recursos que suele recalcarse, resultaría incompatible con la protección de los débiles y con los regímenes adecuados de responsabilidad. Para algunos, el accidente es sólo un costo y si bien es cierto que se produce un costo, la distribución del mismo debe contemplar la existencia de un hombre y su derecho a la vida.

5. El apartamiento de los viejos y los nuevos principios del derecho del trabajo

He tenido ocasión de referirme a los viejos y los nuevos principios del derecho del trabajo y me parece que hablar de los infortunios laborales conduce necesariamente a la plena vigencia de los mismos.

Nadie puede negar que nos encontramos en período de emergencia. Las leyes más recientes y no tanto, declaran la emergencia económica, social, laboral, de alimentación, financiera, etcétera.

Este estado de emergencia repotencia la necesidad de protección hacia los más débiles. Así lo ha entendido el propio Gobierno que ha lanzado los planes trabajar, jefes y jefas de hogar, el pago de cien pesos en condiciones especiales, etcétera.

La emergencia encierra una crisis, entendida como período en el cual bajan las defensas y se puede progresar o retroceder hasta morir. Por eso, en este momento se hace más importante y urgente atender a las necesidades de los más necesitados.

Este no es el momento para desoír los principios del derecho del trabajo. Es más, creo que un trabajador enfermo o accidentado debe gozar más que nadie del principio *pro operario*, la selección de la norma más beneficiosa, la irrenunciabilidad de derechos, la indemnidad, la ajenidad del riesgo empresarial, la subsistencia de la condición más favorable, la no discriminación, y la facilitación de las pruebas en el proceso.

Sin embargo, en los tiempos que corren esto no es suficiente. Debemos incorporar nuevos principios que vienen con la modernidad y con la crisis.

He venido señalando en los últimos tiempos, que la función general del derecho del trabajo en la búsqueda de su fin protectorio se dirige, por un lado, a la protección expresa y por otro, a las funciones de conservación, readaptación y mejoramiento del sistema social imperante.

Hay un derecho del trabajo autónomo y dos funciones del mismo insoslayables.

Este derecho es de compromiso social y debe proveer una legislación de compromiso social, de carácter transaccional. Su estudio lleva a la conclusión de que se encuentra enclavada en él una exigencia de esfuerzo y colaboración de las fuerzas sociales.

Es sobre dicha base que se enarbola el principio del esfuerzo compartido, que se encuentra ligado expresamente al principio de la nivelación social.

A ellos debemos agregar el principio de homogeneización, el de parasubordinación, el de pluralidad de microsistemas, el de integración jurídica en el orden social y el principio de normalización del trabajo atípico.

De cualquier manera, toda disciplina y fundamentalmente el derecho del trabajo, debe prestar especial atención al principio del respeto recíproco que emana de la idea de que todo hombre es persona, de donde se desprende la injusticia de cualquier forma de servidumbre humana, el reconocimiento de la capacidad jurídica y el necesario respeto de la dignidad personal que entronca con el tema de los derechos de la personalidad.

6. Conclusiones

La integridad psicofísica de los trabajadores es un tema central del derecho del trabajo que conforma un territorio jurídico impregnado por el derecho de daños.

Es también un tema vinculado a la dignidad del hombre y a los derechos de la personalidad, como así también a los derechos humanos.

Sobre dicha plataforma es injusto que el régimen jurídico que enmarca estos problemas, encuentre por fundamento una teoría economicista.

Se hace necesaria una pronta reforma del sistema reparatorio de los eventos dañosos laborales, que se lleve a cabo sin preconceptos, teniendo en cuenta que la Argentina se encuentra atravesando una severa crisis, que no es sólo económica, para lo cual deben ser convocados juristas especialistas en el tema.

Se debe elaborar un proyecto de ley que respete las nuevas corrientes legislativas en materia de daños.

Se hace necesario, de acuerdo a la doctrina mayoritaria imperante:

- a) ampliar los daños reparables;
- b) objetivar la responsabilidad;
- c) abocarse a la prevención de los daños;

- d) aumentar la nómina de factores de atribución;
- e) ensanchar la posibilidad de reclamar, ampliando el campo de los legitimados pasivos contra quienes reclamar y ampliar también el campo de los legitimados activos;
- f) aligerar a la víctima de la carga de la prueba, teniendo en cuenta asimismo las presunciones vigentes;
- g) tratar de asegurar a las víctimas el cobro de las indemnizaciones, implementando la posibilidad de alargar el plazo de prescripción y de establecer un nuevo sistema de medidas cautelares, y
- h) establecer la extensión del resarcimiento, teniendo en cuenta el medio ambiente de trabajo y las condiciones generales.

La vida y la salud son tal vez los bienes más preciados del ser humano, sería bueno entender que la protección de esos bienes jurídicos está a cargo de todos.

Bibliografía

- Alterini, Atilio A. - Ameal, José - López Cabana, Roberto M., *Derecho de obligaciones*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1996.
- Caubet, Amanda B., *Trabajo y seguridad social*, Bs. As., Errepar, 2002.
- Cornaglia, Ricardo, *El control de constitucionalidad de la ley de riesgos del trabajo*, Bs. As., Joaquín Fernández Madrid Editor.
- Fernández Madrid, Juan C., *Tratado práctico de derecho del trabajo*, Bs. As., La Ley.
- Ferreirós, Estela M., *Es inconstitucional la ley sobre riesgos del trabajo*, Bs. As., La Rocca.
- *Los viejos y los nuevos principios del derecho del trabajo*, “Doctrina Laboral Errepar”, n° 205, setiembre de 2002.
 - *Responsabilidad del Estado por su actividad normativa laboral*, “Doctrina Laboral Errepar”, n° 197, enero de 2002.
 - *Incumplimiento obligacional*, Bs. As., La Rocca, 1998.
- Grisolía, Julio A., *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Bs. As., Depalma.
- Llambias, Jorge J., *Tratado de derecho civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot.
- Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., *La responsabilidad civil en la era tecnológica*, Bs. As., Abeledo-Perrot.
- Vasilachis de Gialdino, Irene, *Enfermedades y accidentes laborales*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1992.

© Editorial Astrea, 2003. Todos los derechos reservados.