

LA OPCION EXCLUYENTE DE LA REPARACION CIVIL EN EL ANTEPROYECTO OFICIAL DE REFORMA A LA LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO

Por Horacio Schick

1. DENEGACION VIRTUAL DEL ACCESO A LA REPARACION INTEGRAL DE LA QUE GOZAN TODOS LOS HABITANTES

El anteproyecto de reforma a la Ley de riesgos del Trabajo (LRT) que elaboró el Poder Ejecutivo Nacional establece que el trabajador debe optar entre las indemnizaciones tarifadas del sistema de la LRT o por la indemnización que pudiere corresponderle según el Código Civil. Y a la inversa, si acciona por la reparación integral civil se ve privado de la tarifada. Según el texto propuesto “ambos sistemas de responsabilidad son excluyentes entre sí y el ejercicio de una de ellas importa desechar las otras”.

Por otra parte se impone regresivamente que la acción por el derecho común se debe tramitar ante la Justicia Nacional en lo Civil, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, invitando a las provincias a adherir a este criterio.

El anteproyecto también dispone, que la percepción de sumas imputables a indemnizaciones por incapacidad permanente presume, sin admitir prueba en contrario, que se ha ejercido la opción por las indemnizaciones tarifadas, renunciando a la civil.

A su vez dada la exacerbada hiposuficiencia en que se desenvuelve el damnificado en el contexto de un accidente no es razonable suponer que pueda discriminar adecuadamente los alcances de sus actos frente a la compleja normativa de la LRT.

La opción de elegir una de las dos acciones es contraria a la doctrina expuesta por la Corte Suprema en el fallo Aquino ¹ en el sentido, que todos los habitantes sometidos a un daño injustamente sufrido, incluidos los trabajadores, tienen derecho a una indemnización integral que, para que sea justa, debe cubrir todos los perjuicios, no pudiendo quedar ningún daño sin reparar.

En la hipótesis de eximirse, a los empleadores de toda responsabilidad civil, en virtud de la elección con renuncia del damnificado se consagra una excepción de personas, sólo por su modo de participación en el proceso productivo, con franca transgresión del principio de igualdad ante la ley (art. 16, C.N.).

La circunstancia de mediar un vínculo laboral entre el responsable y la víctima del daño no constituye un elemento que habilite la consagración de una desigualdad de

¹ CS, 21/9/2004, Aquino, Isanio c. Cargo Servicios Industriales S.A., Suplemento especial del diario La Ley

tal naturaleza y reparación frente a otra víctima o un tercero productor del daño. Una diferencia de trato, no debe ser caprichosa, siendo que cabe definir de ese modo a la que sólo reconoce como fundamento meta jurídico la previsibilidad de los costos del sistema y desatiende la efectiva responsabilidad en la causalidad y consecuente reparación del daño, con respecto al principio constitucional del “alterum non laedere”.

El proyecto en este aspecto neurálgico implica un retroceso respecto al escenario jurisprudencial actual, en el que el trabajador tiene derecho a percibir las prestaciones de la LRT, -de carácter irrenunciables Art. 11 L.R.T.- y reclamar por la vía civil la reparación de todos los demás daños sufridos por el trabajo, sin ninguna otra limitación que la acreditación de los presupuestos de responsabilidad civil.

Mientras la Corte sostuvo que, además de la reparación civil, seguían subsistentes todas las obligaciones de las ART, el proyecto establece una opción excluyente una de otra. No se le permite al trabajador percibir la reparación tarifada y aspirar a una sentencia que reconozca el daño mayor también sufrido.

Es más, se puede afirmar, que en el ámbito del Derecho Civil más ortodoxo, se podría justificar que los trabajadores tuvieran una indemnización superior a los restantes habitantes, sin recurrir al artículo 14 Bis de la Constitución Nacional, porque para los dependientes la capacidad laboral lo es todo y el daño a la salud adquiere una trascendencia distinta, ya que sólo cuentan con su fuerza de trabajo para participar del proceso productivo y obtener como sustento la remuneración alimentaria.²

2. LOS INDICES DE LITIGIOSIDAD

Desde otro ángulo no puede desconocerse, que quienes promueven la reforma del sistema, insisten en afirmar que la nueva jurisprudencia de la Corte ha producido un incremento del nivel de litigiosidad laboral que podría retornar a la década del 80 (10.000 juicios anuales) con riesgos de quebrantos en las pequeñas y medianas empresas.³

Sin perjuicio de no existir una constancia documentada de las cifras esgrimidas pero aún así, dados los índices de siniestralidad existentes, podemos afirmar que, en verdad, la litigiosidad es muy baja.

En efecto, según las estadísticas de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, en los últimos años se han producido alrededor de 400.000⁴ accidentes laborales por año, considerando solamente los 5.000.000 de trabajadores registrados y sin computar los sufridos por los otros 4.700.000 de asalariados informales. En consecuencia, si incluimos todos los trabajadores asalariados, los casos tramitados ante la justicia no alcanzan siquiera al 1% de esos siniestros.

Estamos frente a un cuadro de baja litigiosidad muy distante al escenario catástrofe que se intenta crear, con la clara intencionalidad de originar en la opinión

² Álvarez Eduardo, El Fallo Aquino El esperado retorno de la seriedad científica a la Argentina, Revista de Derecho Laboral, Ley de riesgos del Trabajo, Nro. 2, Pág.,165.

³ Fuente La Nación, del día 10-08.05., donde se recogen declaraciones de voceros de la UIA.

⁴ Según la S.R.T. en el año 2001, se registraron 406.000 accidentes, en el 2002, 344.000. y en el 2003:414.559, verificándose en el este último año registrado que el aumento de la siniestralidad fue mayor que el crecimiento de la actividad económica.

pública, un clima favorable destinado a restringir los derechos constitucionales reconocidos por la Corte Suprema.

Por otro lado, una parte significativa de las acciones judiciales se refieren a enfermedades laborales no reconocidas por las ART y las Comisiones Médicas. Por ejemplo, en el año 2003, de los más de 400.000 siniestros acaecidos, sólo se han registrado en las estadísticas de las S.R.T. 5630 enfermedades.⁵ En otras palabras, las ART y el sistema son refractarios a reconocer las afecciones profesionales que padecen los trabajadores a causa de sus tareas laborales y son expulsados del sistema de la LRT hacia las Obras Sociales y el Hospital Público, lo que determina que una parte significativa de los reclamos judiciales estén referidos al resarcimiento de los daños producidos por este tipo de infortunios microtraumáticos.

La campaña desatada en los medios masivos de comunicación omiten informar datos objetivos para la evaluación del régimen de A.R.T.s y su proyectada reforma.

3. LA CONSTITUCIONALIZACION DEL PRINCIPIO DE NO DAÑAR

Podemos afirmar que en los últimos años se han elongado las fronteras del derecho de daños como fruto de un fenómeno de expansión de sus presupuestos clásicos, y también se han expandido sus funciones, que van más allá de la reparación y se proyectan hacia el plano de la prevención del perjuicio y de la punición de ciertos ilícitos.

Sin embargo, el cambio más importante ha sido la configuración definitiva del derecho a la reparación como derecho constitucional, a través de numerosos fallos dictados por la Corte Suprema, que ha tenido como punto culminante el celebre caso "Aquino".⁶

En "Santa Coloma"⁷, la Corte dijo que "la sentencia apelada lesiona el principio alterum non laedere que tiene raíz constitucional (art.19 de la Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna" (considerando 7º) . Y agregó seguidamente: "Que (...) no figura entre las potestades de un estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social" (considerando 8º). En "Gunther"⁸ y también en "Luján"⁹ la Corte reconoció expresamente que el derecho a la reparación del daño tiene jerarquía constitucional, con sustento, también en el art. 19 CN: *"Los artículos 1109 y 1113 del Código. Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en*

⁵ Boletín Periódico de la SRT, 05.01.05, Edición Nro. 25

⁶ RAMON DANIEL PIZARRO. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) <http://www.acader.unc.edu.ar> Modernas fronteras de la responsabilidad civil: el derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional

⁷ CS, 5/8/66, Santa Coloma, Luis F. y otros v. Ferrocarriles Argentinos, Fallos, 308:1160 y JA, 1986-IV- 625

⁸ CS, 5/8/86, Gunther, Fernando v. Gobierno Nacional, Fallos 308: 1118 y JA, 1987-IV- 653.

⁹ Fallos, 308: 1109

cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”⁵

La doctrina fue reiterada en los años siguientes, pudiendo mencionarse, lo decidido en “P., HF., c/ Ferrocarriles Argentinos” y “Peón”¹⁰, donde la Corte proclamó que el principio constitucional de la reparación debe ser *integral*.

En estos fallos, la Corte esgrimió el *fundamento constitucional* del principio *naeminem laedere* en el artículo 19 de la Constitución Nacional (art.19). Con ello otorgó a la locución “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los Magistrados*”, el valor de una descripción extensiva, que tiene un enorme valor descriptivo y explicativo. A través del artículo 19, la Corte perfila y complementa racionalmente las bases del derecho a no ser dañado y a obtener una justa y plena reparación. La Corte proclamó que el derecho a la reparación del daño injustamente sufrido – que deriva del principio *alterum non laedere* - tiene, en nuestro sistema, raíz constitucional, sea que se lo considere como un derecho autónomo (argumart. 33 C.N.) 9, o emplazado en el art. 19 C.N. (“Santa Coloma”, “Gunther” y “Luján”), o como derecho inferido de la garantía de propiedad (arts. 14, 17 y concs. (“Motor Once”)¹¹

En “Aquino” la Corte consolida el derecho a la reparación como derecho constitucional decididamente al declarar la inconstitucionalidad del art. 39 inc.1 de la ley 24.557.

En el voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni se proclama:

1) El carácter constitucional del derecho a la reparación y el rango igualmente: constitucional del principio *alterum non laedere* “que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana”.

2) Que la tutela de la dignidad humana se resiente gravemente en su dimensión constitucional frente a normas que sólo en apariencia brindan protección a los daños injustamente sufridos, a través de indemnizaciones menguadas, ínfimas o de otras formas de exclusión resarcitoria.

3) El grave retroceso legislativo que apareja el art. 39, inc. 1º LRT “en cuanto excluye la vía reparadora del Código Civil, comporta un retroceso legislativo en el marco de protección que pone a ésta en grave conflicto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte se compromete a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena eficacia de los derechos allí reconocidos, existiendo una fuerte presunción contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el Tratado, cuya orientación no es otra que la mejora continua de las condiciones de existencia “.

4) Que la “exclusión y eximición de la vía reparadora civil que contiene el art. 39, inc. 1º de la ley de riesgos del trabajo, mortifica el fundamento definitivo de los derechos

¹⁰ CS, 17/3/98, Peón Juan D. y otra c. Centro Médico del Sud S.A.

¹¹ Conf: Mosset Iturraspe, *Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos (violatorios de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales)*, Revista de derecho de daños, 2001-1, p. 125 y ss, en esp. p.129.

humanos enunciado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, esto es, la dignidad del ser humano, que no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, sino que resulta intrínseca e inherente a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo ”

5) “por más ancho que fuese el margen que consienta la Constitución Nacional en orden a dichas limitaciones, resulta poco menos que impensable que éstas puedan obrar válidamente para impedir que, siendo de aplicación el tantas veces citado principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional: "alterum non laedere", resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales”.(Considerando 14 del voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni

En sentido coincidente la Dra. Elena Highton de Nolasco, declara la inconstitucionalidad de la norma en cuestión señalando que: “Resulta censurable en la medida en que traduce el abandono de los preceptos constitucionales de protección al trabajador, que se ve privado, por su sola condición de tal, **de acceder a la justicia** en procura del amparo de sus derechos que, paradójicamente, tienen expreso y especial reconocimiento en la Ley Fundamental y en los pactos de igual jerarquía que le acceden. Que esa discriminación no encuentra razonable apoyo en el texto constitucional, pues la igualdad de tratamiento ante la ley —no exenta de razonables distinciones, según constante jurisprudencia del Tribunal—, no admite que se distinga negativamente a quienes ven lesionada su capacidad laborativa por un infortunio, privándoles de aquello que se concede a los restantes habitantes en circunstancias similares... “al vedar la promoción de toda acción judicial tendiente a demostrar la existencia y dimensión de los daños sufridos por el trabajador, y disponer, además, la exención de responsabilidad civil para el empleador, vulnera de manera inconciliable con los principios constitucionales, el derecho a obtener una reparación íntegra, en tanto la mencionada ley sólo admite una indemnización por la pérdida de la capacidad de ganancias del trabajador la cual, a su vez, resulta mensurada de manera restrictiva”

En el voto de los Ministros Belluscio y Maqueda, y también en el de Boggiano, se afirma que el solo hecho de que la ley haya determinado una limitación indemnizatoria o un régimen diferente del previsto por el código civil no es por sí propio inconstitucional. Lo es, en cambio, en el caso concreto, cuando se demuestra que su aplicación conduce “ al desarraigo del principio “alterum non laedere ”que aquella norma reglamenta” y comporte “un menoscabo sustancial al derecho a la adecuada reparación”..

Los jueces del alto Tribunal, en forma coincidente que la reparación de un infortunio laboral debe comprender en forma integral todos los daños: desde la incapacidad física, psíquica, moral, la pérdida de ganancia, los perjuicios en la vida de relación, social, deportiva y artística; la pérdida de chance de la víctima de ascender en su carrera. Inclusive resaltaron en la evaluación que el juzgador no debe seguir estrictamente los porcentajes dados por los peritos médicos en razón de que no computan todas las consecuencias que afectan a la víctima en lo individual y social, lo que conlleva a que la valoración sea más amplia”.

Reafirmaron también que para que una indemnización sea considerada “justa” no puede existir daño que no sea cabalmente reparado, “lo cual no se logra si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida”.

La **Dra. Argibay** adhiriendo a la posición de los Ministros Petracchi y Zaffaroni en fallo posterior señaló ¹²: “Considero que la Ley de Riesgos del Trabajo, en particular su artículo 39, inciso 1), ha anulado parte de la protección que constitucionalmente corresponde al empleado contra la interferencia ilegal del empleador en sus derechos y libertades individuales (artículos 18 y 19, CN) y en la medida que esa desprotección consiste en la imposibilidad de demandar judicialmente indemnización por la pérdida de su capacidad económica, obligándole así a soportar, total o parcialmente, el costo de las acciones ilícitas culposas del empleador, también se encuentra involucrado el derecho de propiedad (artículo 17, CN). Es cierto que la protección prevista en el Código Civil no tiene por qué ser la única reglamentación concebible de la Constitución. Pero, es la que otorga nuestro derecho privado desde 1871 y, mientras ella no sea sustituida, excluir a un grupo de personas de ese régimen, implica privarlo de la protección que la ley ha dispuesto de la libertad e integridad personal garantizadas en el artículo 19, CN. Una restricción semejante no puede reclamar en su favor la genérica presunción de constitucionalidad que cabe reconocer a las leyes que el Congreso dicta dentro del marco genérico de sus atribuciones legislativas.

A la luz de estos conceptos del Máximo Tribunal es que aparece como inconstitucional la propuesta de una opción civil excluyente, que obliga a la víctima a una resignación de derechos, percibiendo por los daños sufridos sólo una reparación parcial, que no es otra que la indemnización tarifada.

Aún en el supuesto de mejora de dicha reparación fosfataría, la cual es bienvenida, ello no obsta que el impedimento a una reparación completa no implique, una renuncia injustificada para el trabajador de poder obtener de un juez el reconocimiento a la restitución integral de todos los demás daños padecidos.

Lo dicho se ve refrendado en el fallo Aquino, cuando expresamente dice que las prestaciones de la LRT, (art. 20, inc. 1, a, b y c), “nada agregan a lo que el régimen civil hubiese exigido al empleador. Otro tanto correspondería decir si se quisiera integrar al plexo de prestaciones, las previstas para la situación de incapacidad laboral temporaria y de provisionalidad de la incapacidad laboral permanente total (LRT, arts. 13 y 15, inc. 1, primer párrafo)”. (Considerando 5to. del voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni en el caso Aquino).

También se dijo en este histórico fallo que el propósito perseguido por el legislador de la LRT fue el de “*consagrar un marco reparatorio de alcances menores que el Código Civil*”, y que el marco legal cuestionado se ha apartado de la concepción reparatoria integral”. Estos conceptos más allá de las mejoras que se pueden conceder en el proyecto oficial a las indemnizaciones tarifadas, no pueden soslayar que la finalidad de la tarifa siempre traduce la finalidad de disminuir las indemnizaciones integrales de carácter civil.

Se desoye también el mandato de la Corte que además de otorgar el resarcimiento civil, ratificó la obligación de las A.R.Ts. de cumplir con todas las obligaciones derivados de la ley vigente, esto es otorgar las prestaciones dinerarias y en especie que manda la L.R.T.

¹² CSJN Buenos Aires, 7 de marzo de 2006: Recurso de hecho deducido por la actora en la causa “Díaz, Timoteo Filiberto c/Vaspia SA”

Del pensamiento glosado de los Jueces de la Corte Suprema puede concluirse que el derecho constitucional a la reparación de los daños sufridos por un infortunio laboral se ve seriamente afectada por la imposición del Anteproyecto Oficial que regula la opción excluyente en la vía de reparación.

4. RENUNCIA A TITULO GRATUITO EN VIOLACIÓN AL ARTICULO 15 LCT Y DEL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO

Desde otro ángulo, no puede desconocerse que en derecho del trabajo la autonomía de la voluntad se ve fuertemente restringida ya que la dependencia laboral introduce un marco jurídico que modifica sustancialmente la igualdad que rige en el derecho privado de raíz romanista. El trabajador, sólo dispone de su fuerza de trabajo y además necesita trabajar, por lo que normalmente no está en condiciones de negociar sus condiciones remunerativas y contractuales. Estas circunstancias se agravan aún más en el contexto de alto desempleo y en el marco de un accidente del trabajo.

Coincidiendo con el Fiscal General de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Dr. Eduardo Álvarez, entendemos que los mayores derechos emergentes de normas no imperativas pueden disponerse a título oneroso y variarse su nivel de contenido, pero es imposible abdicarlos gratuitamente o sea renunciarlos, lo que tiene su fundamento en la técnica erigida por el ordenamiento para paliar la desigualdad del poder de negociación de las partes.¹³

Es decir, según el mismo autor, corresponde desconocer la validez de acuerdos que impliquen renuncia de derechos a cambio de nada y no cuando se recibe una contraprestación que pueda ser juzgada como equivalente.

En el supuesto de que el empleado renuncie a la acción civil el empleador se ve liberado a cambio de nada de su obligación de reparar daños causados por su responsabilidad.

No se trata de un negocio bilateral donde las partes efectúan concesiones recíprocas, sino lisa y llanamente el abandono, la pérdida o abdicación gratuita y unilateral del trabajador de su derecho a una reparación integral sin ninguna ventaja jurídica para él, ni contraprestación por parte del deudor beneficiado con la liberación.

Por un acto unilateral y abstracto se produce la extinción del derecho o la ventaja jurídica que el poseía.

La renuncia que estamos refiriendo es la gratuita que está tipificada en el artículo 868 del Código Civil.

En cambio, la que es a título oneroso es la prevista en el artículo 869 del citado Código donde se prescribe que “cuando la renuncia se hace por un precio o una prestación cualquiera, la capacidad del que la hace y la de aquel a cuyo favor fue hecha, se determinan según las reglas relativas a los contratos a título oneroso”.-

Concordantemente el artículo 871 del C.Civil. dice que si la renuncia por un contrato oneroso se refiere a derechos litigiosos o dudosos le serán aplicables las

¹³ Álvarez Eduardo, La irrenunciabilidad del crédito remuneratorio, Revista de Derecho Laboral 2004-2, Edit. Rubinzal Culzoni Pág. 256).

reglas de las transacciones”. Esto significa que conforme a la definición del artículo 832: la transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas”

De acuerdo a los conceptos del derecho civil, en el sistema proyectado, el trabajador es obligado a efectuar una renuncia a título gratuito, es decir no recibe ningún beneficio ni contraprestación de su empleador como consecuencia de este abandono. Sólo recibe la indemnización tarifada a cargo de la ART, la que siempre tuvo derecho a percibir y que el empleador no está obligado a oblar.

Ahora bien, para efectuar tal negocio jurídico en el marco de un contrato de trabajo deben cumplirse los recaudos establecidos por el artículo 15 de la LCT que legitima la transacción de negocios litigiosos siempre que implique, que tal modo de extinción de la obligación configure “una justa composición de los derechos e intereses de las partes” reconocida por la autoridad administrativa o judicial mediante resolución fundada.

Si el trabajador sólo puede transigir, compensar o ceder derechos nacidos de normas no imperativas, cumpliéndose determinados requisitos, a pesar de tratarse de negocios que garantizan una contraprestación, con mucha más razón carecerá del poder de disponer y renunciar de aquellos a cambio de nada.¹⁴

En consecuencia con lo expuesto y lo previsto por el principio protectorio reconocido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, debe entenderse por nula e inválida la imposición al trabajador para que renuncie a título gratuito de sus derechos, liberando en forma total y absoluta a su empleador de sus responsabilidades legales.

Como técnica legislativa puede aceptarse que los valores resarcitorios de la Ley especial sean mejorados y elevados- para darle previsibilidad a los costos de aseguramiento y, de esa forma, disuadir el reclamo civil. Lo que es constitucionalmente inaceptable es que la ley especial sea abortiva del acceso al resarcimiento civil y se restrinja inconstitucionalmente el acceso del trabajador a la justicia para reclamar su indemnización plena.

5. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DEL EMPLEADOR. EXONERACION DESCALIFICABLE CONSTITUCIONALMENTE

El régimen de opción implica una negativa virtual del acceso a la reparación integral, repitiendo la veda impuesta por el artículo 39 LRT y determina que el empleador no está obligado a asumir responsabilidad personal alguna frente a la víctima, cuando desatiende las normas de seguridad.

En la doctrina del Derecho Civil aún para quienes admiten un límite cuantitativo - que en la materia se traduciría en las indemnizaciones tarifadas- éste debe restringirse a los casos de responsabilidad objetiva. Es decir casos que no pueden preverse pero que igualmente deben ser reparados por el sistema.

¹⁴ Eduardo Álvarez, op. Citada en 10, Pág. 258).

Pero la mayor cantidad de infortunios son atribuibles a la culpa del empleador por incumplimiento a las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo. Son supuestos de daños que pudieron preverse y no se previnieron, se podrían haber evitado y no se han evitado.¹⁵ En la culpa siempre se recae en un defecto de conducta, por falta de previsión o de precaución, ya sea por imprudencia, torpeza negligencia o desatención¹⁶

La tarifa en consecuencia cubre limites mínimos por los llamados riesgos de actividad, pero en los demás casos cuando la violación a las disposiciones legales es demostrable y es factor causal del infortunio el responsable debe responder ante el damnificado por sus propias conductas¹⁷

Es inadmisibles que se trate igual la responsabilidad objetiva y a la subjetiva. Los topes cuantitativos de las indemnizaciones, se ciñen exclusivamente a la responsabilidad objetiva o sea por riesgo de desarrollo o actividad y nunca a los supuestos de dolo o culpa. La justificación que sólo se admita el límite en las indemnizaciones de responsabilidad objetiva tiene un claro e innegable trasfondo ético, porque no es posible, repito, tratar de igual manera al que dañó a otro sin incurrir en incumplimiento alguno ni en negligencia reprochable por el sólo riesgo de su actividad, y al que produjo un perjuicio por su objetiva ilicitud, por su culpa, por el incumplimiento de las normas que se tornan exigibles, en atención a las circunstancias de persona tiempo y lugar para no dañar (doctrina arts. 512 y Cates Código Civil.¹⁸

Cuando se diluye el costo de la reparación, al punto de liberar al dañante de sus responsabilidades por culpa, se corre el peligro de promover una conducta empresarial irresponsable. Si así sucede por lógica consecuencia aumenta sensiblemente la accidentabilidad.

La dispensa de una conducta negligente, descuidada imprudente del obligado atenta contra el concepto mismo de obligación. Si desde el principio se asegura al deudor que cualquiera sea la magnitud de su indolencia no se lo hará responsable, el vínculo obligatorio pierde seriedad, dándole carta blanca al obligado, excusándolo ab initio de manera que sea una verdadera invitación al incumplimiento. También esta dispensa de la culpa configura un ataque directo al principio de buena fe, al permitirse al deudor a limitarse de su responsabilidad, aún por su desidia. Por otra parte a la amparo de una dispensa indiscriminada de la culpa puede encubrirse fácilmente un incumplimiento doloso.¹⁹

Aún en un sistema de reparación con base a sistemas de seguridad social o de aseguramiento colectivo obligatorio, la responsabilidad civil y otras vías del derecho privado fundantes de la función resarcitoria seguirán operando como regla general aplicable en el ámbito de la reacción jurídica frente a la dañosidad, por cuanto lo mas

¹⁵ Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Nro 795

¹⁶ Código Civil, Análisis doctrinario y jurisprudencial, dirigido por Alberto Bueres, Coordinado por Elena Highton, T. 3 A, pag. 403

¹⁷ Conforme Cornaglia Ricardo. En “La Salud y la Seguridad en el Trabajo es un derecho” transcripción del debate del simposio del 15.03.06, En Boletín Noticias SRT, Internet srt.gov.ar.

¹⁸ Alvarez Eduardo “La Responsabilidad Civil, Validez Constitucional del artículo 39 de la LRT, Revista de Derecho L2001-2 Ley de Riesgos del Trabajo-I, 164 y 165

¹⁹ Trigo Represas Felix A. Y Lopez Mesa Marcelo, Tratado de la Responsabilidad Civil, T. 1, pag. 729.

corriente es que ambas coexistan. El principal problema de la responsabilidad civil en la hora actual es de delimitación de campos respectivos y relaciones legítimas de responsabilidad por culpa y de los medios colectivos de indemnización. Lo que es impensable es un sistema de responsabilidad sin culpa. Responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva ocupan parcelas distintas del firmamento de la responsabilidad y deben necesariamente complementarse.²⁰

En definitiva en ningún caso, es constitucionalmente aceptable que se combine tarificación con eximición de culpa subjetiva (art. 1109 CHA.).

6. LA TARIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL AÑO 2000. INEXISTENCIA DE TOPE EN CASO DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

En el Proyecto de Reforma al Código Civil elaborado por Atilio Alterini y otros notables juristas, se establece que en caso de daños con cosas con riesgo, supuestos asimilados, residuos industriales, radiactivos, y actividades especialmente peligrosas la reparación del daño queda limitada a \$300.000 por cada dañado. Sin embargo el responsable no tiene derecho a prevalerse de la limitación en caso de: a) Si actuó sin diligencia y, en especial si no adoptó las medidas de prevención razonablemente adecuadas; b) si razonablemente debió asegurar ese riesgo lo hizo; c) Si tomo un seguro y la aseguradora no pone en tiempo oportuno conforme la legislación de seguros la liquidación del siniestro. si el damnificado sufre gran incapacidad puede aumentar el piso hasta el triple. Es decir, en caso de gran discapacidad personal por responsabilidad objetiva el juez puede aumentar la indemnización hasta un tope indemnizatorio de \$900.000. El tope no rige en caso de responsabilidad subjetiva.

Los autores del proyecto de modificación al Código promovieron una solución de equidad que busca que el potencial agente dañador internalice costos y conductas de evitación cuando se trata de cuestiones relativas a la capacidad física de las personas.

En cambio el sistema de opción incentiva el desinterés de los empleadores, en invertir en la prevención de los riesgos laborales. La promesa de inmunidad ante actos u omisiones que causen daños a sus trabajadores, aún en casos de culpa o negligencia grave producirá un relajamiento en el cumplimiento de la obligación patronal de brindar protección a la salud de los trabajadores.

Así, se ha señalado que “El tope cuantitativo puede generar la falta de incentivos para evitar los daños por encima del límite fijado como quantum indemnizatorio. Existe entonces un riesgo moral o “azar moral”(moral azar) de que el causante de los daños no se preocupe de los perjuicios por encima del tope cuantitativo. Un sistema que se precie de ser un conjunto de normas ordenadas, armónicas eficientes justas y equitativas no puede concentrar en la regla del tope cuantitativo todas las vías de acceso a la responsabilidad civil.”²¹

En el proyecto de reforma al Código Civil la responsabilidad subjetiva no está atada a límites cuantitativos de responsabilidad, no funciona el tope.

²⁰Represas Trigo Félix y Lopez Mesa M. Teoría General de la Responsabilidad Civil, T. 1,pag. 114.

²¹ Vergara Leandro Reglas, Funciones Objetivos de la Responsabilidad Civil, La Ley T.1999, pág. 1140 y siguientes

Inclusive en los supuestos de responsabilidad subjetiva cuando el agente dañador actuó con culpa o dolo se adiciona una “multa civil “ que obviamente carece de tope cuantitativo. Así el Artículo 1587 del Proyecto 2000 dice: “El Tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquel obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta...”.-

7. OTRAS OPINIONES SOBRE LA OPCIÓN

Algunos especialistas se han pronunciado antes de ahora sobre el tema que nos ocupa. Así, Ackerman señala que: “No obstante la percepción de las prestaciones del sistema, el trabajador y los damnificados indirectos no deberían perder el derecho de reclamar al empleador la reparación de los daños y perjuicios que no resulten compensados por las prestaciones del sistema, siempre que concurren los presupuestos que imponen el deber de reparar según la legislación general, aunque podría tal vez admitirse la excepción del daño causado por el riesgo propio de la actividad”²²

También Ackerman opina que: “La opción por el sistema de responsabilidad civil –renunciando a las garantías del sistema tarifado-nunca fue una respuesta adecuada a las necesidades de la víctima ya que en muchos casos, pone al trabajador- o a su familia-frente a la elección dramática de entre el alea de una reparación integral-subordinada a una decisión judicial que acoja adecuadamente su reclamo y condicionada a la solvencia del empleador o de su asegurador –y una indemnización insuficiente –de la que, de todos modos, debe abdicar si pretende efectuar el reclamo al amparo de las normas civiles” En cuanto a sugerencias de contenidos de una reforma a la LRT, en lo que refiere a la responsabilidad civil, este mismo autor propone: “No obstante la percepción de las prestaciones del sistema, el trabajador y los damnificados indirectos no deberían perder el derecho de reclamar al empleador la reparación de los daños y perjuicios que no resulten compensados por las prestaciones del sistema, siempre que concurren los presupuestos que imponen el deber de reparar según la legislación general, aunque podría tal vez admitirse la excepción del daño causado por el riesgo propio de la actividad”

A su vez, Ricardo Cornaglia afirma que “el artificio de la opción que no da derecho a más reparaciones que la inicialmente alcanzada en un estado de necesidad, depende de la ficción impuesta, de la renuncia de lo irrenunciable, a mérito de una disposición legal arbitraria. Insistir en activarlo es desconocer la razón constitucional que inspira el principio de indemnidad.²³ “Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en las causas “Castillo” y “Aquino”, declarando la inconstitucionalidad de los artículos 46 y 39 apartado lo. de la L.R.T. 24.557, habilitan plenamente a procurar la reparación integral de los daños padecidos y al ejercicio

²² Ackerman, Mario La Responsabilidad civil en la LRT, Editorial Hamurabi, pág. 278

²³ Ricardo Cornaglia: Diario La Ley, Suplemento Actualidad del martes 2 de mayo de 2006, año LXX, N° 84, p. 1.

subsidiario de las acciones que responden a los distintos regímenes de responsabilidad: Debiendo ser esos regímenes y las acciones con que se instrumentan interpretados como formas operativas que la ley adopta en virtud de consagrar a partir del art. 19 de la Constitución Nacional, el principio “alterum non laedere”.

“Esto es lo que se está tratando de dejar sin efecto, con la reforma que se promueve del tema de la opción excluyente de acciones. Se pasa con ello torpemente por alto, la violación que implica del principio de razonabilidad y del art. 28 de la Constitución Nacional, encargándole al legislador esa tarea que pretende desvirtuar la doctrina de Corte. En esto el menor costo del empresario, puede traducirse en mayor costo social y económico subsidiado por las víctimas. El sistema de cobertura de los riesgos del trabajo no consiste en un negocio preparado para los dañantes, sino en un servicio público relacionado profundamente con las prestaciones de salud. Las resoluciones administrativas de la administración al respecto, constitucionalmente deben contar con la garantía de revisión judicial de sus actos, a partir del acceso irrestricto al reclamo ante el juez natural, para asegurar a las víctimas, del abuso y la ilicitud del proceder de los dañantes y quienes los aseguren. La revisión judicial de esos procedimientos, debe formar parte del libre acceso a la justicia de los trabajadores desde su condición de víctimas hiposuficientes. Desactivar las normas que les vedan u obstaculizan el ejercicio de sus defensas, es un deber del Estado de derecho, que lamentablemente ha sido contradicho a partir de un discurso autoritario y de patas cortas, que hace del dañante, la víctima”²⁴

8. LA DESIGUALDAD DESDE LA OPTICA PROCESAL

Desde el ángulo procesal la opción excluyente configura también una afectación del principio protectorio.

Se pretende una decisión poco menos que heroica del damnificado, para que en el marco de las urgencias que se viven por un accidente laboral y sus instancias recuperatorias y en el contexto de inestabilidad contractual que caracteriza al sistema laboral argentino, deba adoptar una compleja decisión jurídica, que implica la renuncia de derechos, que hasta ahora eran irrenunciables.

Con la opción se profundizan los perjuicios para el trabajador que siempre se encuentra frente a su empleador y la ART., en un estado de desigualdad, de inferioridad jurídica y de libertad menguada.

La imposición al damnificado para que deba optar por un régimen legal u otro determinando que incurra en una renuncia anticipada de derechos no es otra cosa que acentuar esta desigualdad negocial y procesal de la víctima cuando recibe las prestaciones que dispone la LRT, sin tener un conocimiento cabal del régimen que se le está aplicando.

En este marco también hay que computar datos empíricos sobre el funcionamiento actual del sistema que confirma que la voluntad de los damnificados es

²⁴ Ricardo Cornaglia: Diario La Ley, Suplemento Actualidad del martes 2 de mayo de 2006, año LXX, N° 84, p. 1.

cooptada por los actores del sistema.

Según informes de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo con relación al cuestionamiento por parte de las víctimas: “han existido más acuerdos que divergencias entre aseguradores y damnificados, ya que en los últimos períodos, se han requerido intervención de las Comisiones Médicas sólo en el 6% del total de los siniestros denunciados y asistidos por el ART.”..²⁵

Es decir, que en el resto del 94% son acuerdos suscriptos entre el trabajador y su asegurador y sometido a una “homologación” en las Oficinas de Visados y Homologación dependiente de las Comisiones Médicas.

La elevada cantidad de “acuerdos” que se formalizan entre las víctimas y las ART, sobre incapacidades laborales, lejos de demostrar la “salud” del sistema, corroboran el estado de indefensión en el que se encuentran los trabajadores, que sin asesoramiento que aceptan sumisamente la determinación de la aseguradora.

Estos datos demuestran que hoy día la mayoría de los trabajadores suscriben acuerdos con la A.R.T., enfrentando sólo a la sociedad comercial aseguradora, sin siquiera cuestionar las propuestas indemnizatorias ante las comisiones médicas, quedando, en definitiva, sometido a la entera voluntad de la ART.

Que esperanza existe entonces para que no se repita esta experiencia, pero agravada con la renuncia a derechos hasta hoy irrenunciables.

Con el cambio propuesto nuevamente sé transgrediría el principio de igualdad ante la ley, pues se colocaría a las víctimas de accidentes laborales en una diferenciación peyorativa –como virtuales ciudadanos de segunda- respecto a las restantes categorías de dañados.

Por la sola circunstancia de estar unido a un contrato de trabajo con su empleador, el trabajador es colocado en situación de menor beneficio al obligarlo a renunciar al derecho al “integrum restituto”.

En este sentido tampoco puede aceptarse como argumento un supuesta transaccionalidad del sistema de la L.R.T., basado en el otorgamiento de las llamadas prestaciones en especie, ya que éstas también integran el daño emergente y son otorgadas a todas las víctimas por el Derecho de Daños porque son integrantes de la reparación civil, más allá de sus facetas temporales de concreción. La víctima de un accidente de tránsito producido por la negligencia del que conduce también tiene derecho a que se le paguen los remedios, los tratamientos médicos e, incluso la jurisprudencia ha admitido condenas a solventar rehabilitaciones.²⁶

9. OBLIGACION DE TRAMITAR LA DEMANDA CIVIL ANTE LA JUSTICIA CIVIL

Repitiendo el esquema de la Ley 24.028 dictada en 1991, se dispone en el proyecto que la reclamación de la indemnización civil se tramite ante la Justicia Civil.

De esta manera se vulnera la garantía del juez natural que no es otro que el Juez del Trabajo.

El apartamiento de la Justicia Laboral, para entender en los juicios por

²⁵ Riesgos del trabajo informe anual julio 2001 – junio 2002 Superintendencia de Riesgos del Trabajo

²⁶ Alvarez Eduardo, El Fallo Aquino El esperado retorno de la seriedad científica a la Argentina, Revista de Derecho Laboral, Ley de riesgos del Trabajo, Nro 2, pag., 159.

responsabilidad civil del empleador, tiene la clara intencionalidad de derivar un conflicto netamente laboral como es el derivado de un accidente del trabajo, hacia una justicia no especializada, abarrotada de juicios de características totalmente disímiles a las derivadas de un contrato de trabajo.

También se reitera el enfoque de la vigente LRT que apartó a la Justicia del Trabajo para entender en las apelaciones a la resolución de la Comisiones Médicas y que derivó inusitadamente a la Justicia Federal.

Esta alteración de la jurisdicción ordinaria fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema en el caso "Castillo",²⁷ en el que se determinó que es competente para actuar la Justicia del Trabajo, de igual modo que se asignó a los jueces laborales la competencia de las acciones civiles emergentes de un accidente del trabajo.²⁸

10. REPARACION DEL DERECHO CIVIL EN EL DERECHO COMPARADO:

En numerosos y significativos países se admite que los damnificados, sin imponer opción ni restricción alguna, además de las indemnizaciones tarifadas que prevén los respectivos sistemas, tienen derecho a la reparación integral con fundamento en el derecho civil.

En **Chile**, el art. 69 de la ley 16.744 inc. b) establece que "la víctima y demás personas a quien en accidente o enfermedad cause daño, podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral."

En **España**, la ley 31/1995 del 08 de noviembre de 1995 establece que sin perjuicio de las reparaciones económicas que surgen del sistema tarifado especial, "la

²⁷ C. 2605. XXXVIII - "Castillo, Angel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A." - CSJN - 07/09/04

²⁸ "UGALDE, JUANA c/ EL CONDOR E.T.S.A. s/ INDEMNIZACION POR FALLECIMIENTO" a través del dictamen del Señor Procurador General del Trabajo, N° 23.100 del 15 de agosto de 1997, al cual adhirió la C.N.A.Tr. Sala I a mediante la sentencia N° 45.057 del día 5.9.97. en el cual se señaló que: "Resulta competente la Justicia Nacional del Trabajo para entender en las actuaciones que persiguen el cobro de la reparación integral, con fundamento en el Derecho Civil, aún en el marco de la ley 24.557 cuya inconstitucionalidad resulta planteada en subsidio por la parte actora. Ello así pues estamos en presencia de una demanda dirigida contra la empleadora y fundada en el Derecho Civil, por el fallecimiento del trabajador mientras prestaba servicios para la demandada, que más allá de su admisibilidad o del acierto o error del planteo, encuadra claramente en el diseño amplio del art. 20 de la ley 18.345, que no ha sido derogada..." Y concluye, en su dictamen el señor Procurador señalando que: "... En efecto, la citada norma adjetiva establece la aptitud jurisdiccional de la Justicia Nacional del Trabajo en las causas entre trabajadores y empleadores '...aunque se funden en disposiciones del derecho común aplicables a aquél...' sin argumentación del escrito de inicio, que deberá ser analizada al dictar la sentencia definitiva." Esta postura fue ratificada por el Máximo Tribunal de la República, cuando debió dirimir sobre que fuero era el competente para resolver sobre un accidente de trabajo fundado en el derecho civil, vigente la ley de Riesgos de Trabajo N° 24.557, si el fuero Civil o el del Trabajo,. Fallando que fuera competente el fuero de Trabajo : Autos MUNILLA, GLADYS c/ UNITY OIL S.A. s/ACCIDENTE-ACCION CIVIL, sentencia C-315.34 del 6/10/1998) donde se indicó que: "... insistiendo el actor respecto de la validez de la vía por el derecho común, que la Justicia Nacional del Trabajo es la llamada a entender en esta presentación, desde que despojada la controversia de su innegable complejidad jurídica, nos encontramos frente a un infortunio suscitado en el marco de una relación de trabajo que tiene por sujeto pasivo a un empleador, en al que se reclama una reparación con amparo en disposiciones del derecho laboral y común, todo en consonancia con el citado artículo 20..."

responsabilidad que se regula es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción."

Inclusive en este supuesto modelo inspirador de la LRT se prevé que además de las prestaciones sistémicas y el derecho a las indemnizaciones de otros regímenes, inclusive la civil, se establece un agravamiento entre un 30 y 50% de las prestaciones sistémicas para el empleador cuando hubiera incurrido en incumplimientos a la prevención de riesgos, prohibiendo el aseguramiento de esta responsabilidad adicional

En **Francia** luego de sucesivas normativa el trabajador damnificado sólo tiene derecho a las prestaciones tarifadas del sistema, excepto en caso de "falta inexcusable o de falta intencional del empleador".

Según la jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa se establecieron 5 notas distintivas para tipificar la falta inexcusable del empleador:1) Gravedad excepcional de la falta, 2)conciencia del peligro 3) voluntariedad del acto u omisión, 4)Ausencia de intención de dañar 5) ausencia de causa de justificación.

Luego existen dos presunciones que establecen una falta inexcusable del empleador de pleno derecho en caso de infortunio laboral:1.) cuando el trabajador o el comité mixto de higiene y seguridad hubieran comunicado al empleador el riesgo de aquellos se produzcan 2) cuando el accidente lo sufra un trabajador a plazo determinado afectado a un puesto peligroso y no se le hubiera dado una formación en higiene y seguridad en el trabajo.

En todos los casos de falta inexcusable del empleador el damnificado tiene derecho a un incremento de las prestaciones tarifadas y a la reparación de otros perjuicios fundados en el Código Civil como el daño moral, estético y pérdida de la posibilidad de ascenso profesional.

Similares situaciones se repiten en la **ley uruguay 16.074** que establece la responsabilidad civil del empleador cuando "haya mediado dolo o culpa grave en el incumplimiento de las normas sobre seguridad y prevención" (art. 7mo. primer párrafo).

En **Brasil** donde ley 8.213 del año 1991, fija que "el pago por la previsión de las prestaciones por accidente de trabajo, no excluye la responsabilidad civil de la empresa ni de otros".

Es decir, que en los países del Mercosur tienen establecidas la compatibilidad entre las prestaciones del sistema de cobertura social y las indemnizaciones que correspondan según el régimen general, al menos cuando existe un factor de atribución subjetiva del empleador responsable.

El sistema de indemnizaciones por accidentes de trabajo previsto en el " Labour Code"del **Estado de California, Estados Unidos de América** " y que es tomado por varios estados de más de EEUU, se establece que en el caso de que un trabajador se encuentre disconforme directa o indirectamente con la orden o decisión final que le regula el régimen tarifado de indemnizaciones por infortunios laborales, como ser los casos de discrepancia con la incapacidad determinada, montos de la indemnización, modo en que se produjo el accidente, que la decisión haya sido irrazonable, injusta e in equitativa podrá iniciar, podrá iniciar una acción civil ante la justicia en contra de su empleador y en caso de que la acción prospere deberá la indemnización deberá ser abonada por el "El fondo de Seguro de Empleadores", solventado por los empleadores, está destinado a pagar indemnizaciones laborales por negligencias con los trabajadores y todo lo relativo al excedente de las indemnizaciones laborales tarifadas. Asimismo, en

el supuesto de que se pruebe la intención de dañar del empleador, está prevista una sanción punitiva que asciende a 10 veces el monto de la indemnización que ascienden generalmente a cientos de millones de dólares.

En otras palabras, el modelo de “opción con renuncia” que propone el proyecto del P.E.N. de reforma a la LRT no era ni es establecido en otros países.

A modo de síntesis:

Luego que la Corte efectuara un valioso viraje jurisprudencial dejando de lado la corriente economicista del derecho vigente en los “90”, y mandara al “mercado” a amoldarse los derechos humanos y constitucionales, nos encontramos ahora de nuevo, con un giro regresivo y una licuación de contenidos, impulsado por los actores del sistema y aceptado por los funcionarios gubernamentales.

En definitiva el impedimento de la vía civil, ahora con el disfraz de una elección de la víctima, es una salida gatopardista, que conlleva una falacia formal, que desnaturaliza los principios y garantías constitucionales de acceso a la justicia, de reparación integral, de no discriminación, de protección del trabajo subordinado y de progresividad.

¿Cuál es el motivo de privar a la víctima de una reparación tarifada a cuenta de la integral?

Como respuesta, la única imaginable es la eterna reivindicación de los obligados del sistema de la reducción del costo del seguro y la teleología lucrativa de las compañías aseguradoras, transfiriendo ese costo a las víctimas.

Seguir sosteniendo la necesidad de obstaculizar el acceso a la justicia de las víctimas, a mérito de operar sobre las acciones por daño, propias del derecho común, implicará un tratamiento discriminatorio a los trabajadores, que determinará nuevos planteos de inconstitucionalidad al nuevo régimen de riesgos del trabajo.