

La salud laboral como derecho humano.

Hacia un cambio de paradigma normativo con enfoque preventivo.

Por Gastón Valente. (*)

Sumario: 1) Introducción. 2) La salud laboral. 3) Antecedentes normativos de la regulación preventiva. 4) El principio de la discordia. Dos modelos en pugna. 5) El principio de indemnidad, el deber de prevención y la obligación de seguridad. 6) Incumplimiento del deber de prevención y de la obligación de seguridad. 7) Las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que garanticen la seguridad, la salud e higiene, como derecho humano autónomo y exigible. 8) La gran deuda de la democracia.

1) Introducción

Es una frase muchas veces repetida, es que el trabajo enferma, pero esta es una verdad a medias. El trabajo en sí mismo no es nocivo a la salud. Lo que enferma son las condiciones laborales en que el mismo se presta, la mala organización del trabajo, los ritmos de producción agotadores, no priorizar que es la tarea la que debe adecuarse a la persona y no la persona a la tarea, es finalmente no establecer regulación normativa con enfoque preventivo, con soluciones colectivas y no solo individuales.

Por ello, el impacto negativo del trabajo en la salud ha sido abordado por múltiples disciplinas a lo largo de la historia. A pesar de ello, en el mundo jurídico no se le asigna la suficiente importancia a otras disciplinas que pueden contribuir válidamente a una regulación normativa más abarcativa.

La concepción dominante en el derecho del trabajo es que, las y los abogados solo podemos ofrecer una actuación en la faz reparativa del daño, y muy poco en la prevención de este, el que en todo caso se encuentra a cargo de otras disciplinas mayormente especializadas como la medicina preventiva, la ingeniería en higiene y seguridad, la ergonomía, etc. Basta sólo ver que la mayoría de las obras y tratados de Derecho del Trabajo en cuanto sólo abordan en escasas páginas la cuestión de la prevención del daño, y en forma muy extensa su reparación.

La reparación fue la respuesta que dio el ordenamiento jurídico, ya sea para sustituir ingresos de la persona accidentada que no podía ir a trabajar, o para indemnizar incapacidades sobrevinientes irreversibles para el resto de la vida laboral. Con lo cual, actuar y pensar desde el derecho un enfoque normativo preventivo, no implica renunciar a los logros conseguidos.

Como lo señala Cornagliaⁱ, el Derecho del Trabajo siempre ha encarado la reformulación crítica del Estado de Derecho, liberal clásico diría yo, por un Derecho Social que guarda una relación conflictiva e instrumental, siendo uno de sus principios fundantes, el principio de progresividad, como superación dialéctica de la cláusula del progreso. La normativa con enfoque preventivo, debe ser entonces la superación dialéctica de la reparación, no su negación.

A pesar de ello, nuestro país cuenta con normas vetustas de higiene y seguridad, acuñadas en período de interrupción democrática, sin que la reforma constitucional de 1994 y los años de democracia nos dieran una nueva normativa acorde a los estándares internacionales de derechos humanos en cuestión de salud de las personas que trabajan.

A diferencia del Derecho del Trabajo y procesal del Trabajo, otras ramas cuentan con importantes avances en cuanto a la prevención del daño. Ejemplo de ello son la acción preventiva del Código Civil y Comercial (art. 1.711); la acción de recomposición del daño de la Ley 25.675 de Medioambiente; las medidas preventivas urgentes que pueden ser dictadas en cualquier etapa del proceso que establece la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer; o la nueva regulación procesal sobre medidas cautelares y procesos urgentes que establecen las más modernas normas procesales, por citar algunos ejemplos.

Este cambio de paradigma que se propone debe contener además de una reorientación con enfoque preventivo primero y reparatoria después, un análisis sobre la aplicación efectiva de lo que se pregoná. Es decir, no basta con declamar objetivos sin los instrumentos necesarios para garantizar su cumplimiento. Valga como ejemplo el Sistema de Riesgos del Trabajo, que estableció a la “prevención eficaz” como su principal objeto, y es a su vez su más grande fracaso. Por ello se deben regular como parte del reconocimiento del derecho, los instrumentos idóneos para su exigibilidad.

Resulta necesario derribar algunos mitos. Por ejemplo, cuando se hace referencia a que en temas de “prevención” estamos todos de acuerdo, que no hay conflicto, que estos temas no

tienen controversias; eso no es cierto. Bajo el discurso de que la prevención es un derecho inocuo, contraponemos que la prevención encierra enormes controversias, y si no entendemos esto vamos a fracasar una y otra vez en su regulación.

La prevención muerde como dirían los anglosajones. Muerde porque es un derecho que genera controversias y resistencias cuando es bien regulado. Afecta intereses, genera costos empresariales. Modifica las formas de producción. Cuestiona el poder patronal en la empresa. Democratiza las relaciones laborales.

El cambio de paradigmas que proponemos en la regulación de la salud de la persona que trabaja, nos lleva a establecer enfoques preventivos (ex ante), y no sólo reparativos (ex post), que no se inicia en los tribunales ante la vulneración del derecho, sino en una actuación en el seno de la empresa, a través de un modelo con participación necesaria de quien pone en esa relación de intercambio su bien máspreciado, su salud.

¿Cómo podemos las y los operadores del derecho contribuir a ello?

2) La salud laboral

El primer aspecto pasa por entender cual es el bien protegido, y como lo definimos en toda su amplitud conceptual.

Siguiendo a Julio César Neffa, *“La salud no es simplemente “la ausencia de enfermedad”, ni un idílico “estado óptimo de bienestar físico, mental y social”, sino el resultado de una constante búsqueda de equilibrio de los seres humanos con sus semejantes y con el medio, que depende de las capacidades de resistencia y de adaptación del sujeto ante los factores de riesgo.- “La salud no es algo que se posee como un bien, sino una forma de funcionar en armonía con su medio (trabajo, ocio, vida social, modos de vida en general). No solamente significa verse libre de dolores o de enfermedades, sino también tener la libertad para desarrollar y mantener sus capacidades funcionales. [...] Como el medio ambiente de trabajo constituye una parte importante del medio total en que vive el hombre, la salud depende de las condiciones de trabajo”* (Epelman, 1990).ⁱⁱ

Esta definición de la salud y su relación con el trabajo demuestra cómo ha evolucionado el concepto clásico de salud, que paso de ser sólo un concepto negativo, como sinónimo de

“no padecer enfermedades y/o accidentes”, a un concepto positivo y de mayor amplitud, como un *“estado óptimo de bienestar físico, mental y social”*.

Esta amplitud conceptual será tomada por el Comité Mixto OIT/OMS a partir de 1950, cuando estableció que *“la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social y no consiste solamente en la ausencia de enfermedad”* y formará parte de diversos documentos de los organismos internacionales.

En ese sentido, será tomado por el artículo 3 inc. “e” del Convenio 155 de OIT en 1981, que define: *“el término salud, en relación con el trabajo, abarca no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo.”*. Siendo un documento internacional ratificado por Argentinaⁱⁱⁱ y de jerarquía supralegal (art. 75 inc. 22 C.N.).

Hasta antes de la reforma de 1994, la doctrina entendía que el derecho a la salud era un desprendimiento del derecho a la vida, consistente en uno de los derechos implícitos de la Constitución Nacional por imperio del artículo 33. La CSJN ha reconocido y tutelado el derecho a la vida y a la salud en innumerables precedentes.^{iv}

Formaro^v señala que la CSJN lo ha considerado el *“primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”*^{vi} y agrega el autor que *“la salud del hombre trabajador, considerada por la Corte como un bien de “superior naturaleza”*^{vii}.

A partir de la incorporación de los textos internacionales en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, varios instrumentos reconocieron expresamente el derecho a la salud, el que se encuentra expresamente en La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 25.1; en el PIDEDEC en su art. 12; en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su art. 11.1, 12 y 14.2; en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el art. 24.1; en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5.e; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el art. XI; en el Protocolo de San Salvador en su art. 10, y ahora también a partir del caso “Spoltore vs. Argentina” de 2020 de la Corte IDH, también es un derecho reconocido en el artículo 26 de la Convención Americana. Más adelante volveremos sobre ello.

Esta amplitud normativa supralegal, no fue acompañada en el plano del derecho interno. Ello en tanto el concepto salud, como derecho tutelado, está totalmente ajeno de los textos normativos del Sistema de Riesgos del Trabajo. Prueba de ello es que la Ley 24.557, siguiendo la técnica de los seguros comerciales, repite 50 veces la palabra “*riesgos*”, y sólo 4 veces la palabra “*salud*”, cuando habla del Ministerio de *Salud* (art. 12.1), de la cobertura del seguro de *salud* (art. 15.1), de la Dirección Nacional de *Salud* (art. 35), y recién en el artículo 33.4 refiere a la *salud* de los trabajadores, pero con el único objetivo de realizar campañas publicitarias con fondos de donaciones, que tengan por fin disminuir impactos desfavorables sobre la misma.

La CSJN recién comenzará a desarrollar y reconocer la vulneración del derecho a la salud, haciendo aplicación del artículo 12 del PIDEC y de otros instrumentos internacionales, cuando refiere al “*disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”, a partir del precedente “Aquino”^{viii}.

Pero va a ser recién en “Torrillo”^{ix}, cuando la CSJN señalará por primera vez y en forma categórica, que el “*objetivo primario*”, “*eje central*”, “*objetivo primordial*”, “*lo sustancial*” (por utilizar palabras de la norma y de su mensaje de elevación), que era la “*prevención*”, que han sido incumplida por el Sistema de Riesgos del Trabajo en sus años de existencia afectando el derecho a la salud de la persona de preferente tutela constitucional.

3) Antecedentes normativos de la regulación preventiva

Coincidimos con Neffa^x en cuanto a que se pueden establecer diversas etapas en la historia de la humanidad en función de los modos de producción que han prevalecido.

A cada modo de producción le sobrevino una respuesta normativa para intentar paliar o proteger las consecuencias nocivas que el trabajo provocaba en la salud.

Bernardino Ramazzini, oriundo de Capri (Italia), es considerado el fundador de la medicina del trabajo, a partir de haber escrito una obra basal, que fue “*De morbis artificum diatriba*” (Tratado sobre Las enfermedades de los trabajadores), que se editó por primera vez en Módena en el año 1.700. Basándose en observaciones clínicas, agregó una pregunta a las clásicas que aconsejaba Hipócrates a todo médico, “*Cuando estés ante un enfermo, conviene que le preguntes qué le duele, cuál es el motivo, desde hace cuántos días, si hace de vientre y qué alimentos toma*”, incorporando: “*y qué oficio desempeña*”. Aún hoy muchas de sus

conclusiones siguen siendo pertinente para entender la relación que existe entre el trabajo y la salud. Pero esto ocurrió en una etapa preindustrial donde no existía regulación específica para la prevención de los accidentes de trabajo.

Vamos a centrarnos en el modo de producción capitalista, que surgió a partir de la revolución industrial, y que a diferencia del feudalismo o del esclavismo, no necesitó recurrir a la violencia física sobre la persona que trabaja para que el sistema funcione.

Fue recién a partir de allí que para responder a lo que se denominó la “*cuestión social*” los países europeos tomaron dos vías bien definidas, uno fue el modelo bismarkiano en base a un sistema de seguros colectivos contributivos por patronos y obreros, para la enfermedad (1883), accidentes (1884), e invalidez (1889). El otro fue el modelo francés de 1898, que fue regular una legislación especial de accidentes de trabajo reconociendo una indemnización tarifada. Allí surgen conceptos de “*enfermedad profesional*” y de “*riesgo profesional*”. Este último fue el seguido por Argentina.

Sostiene Cornaglia^{xi} que el concepto “enfermedad profesional” es ambiguo, producto de que nació con una vinculación manifiesta con la doctrina del “riesgo profesional”. En el mismo sentido Laurent Vogel^{xii} sostiene que, la noción de enfermedad profesional surgió a principios del siglo XX en la confluencia de tres corrientes, el desarrollo de la medicina laboral, la elaboración jurídica de la noción de “riesgo profesional”, y las movilizaciones sociales en defensa de la vida y la salud de los trabajadores en contra de su explotación.

Así como en Europa en el siglo XIX intelectuales preocupados denunciaban la situación social que había generado la revolución industrial, también en Argentina siguiendo ese ejemplo, va a ser Biale Massé con el informe de “El Estado de las Clases Obreras en el Interior de la República” de 1.904, quien canalizaría la denuncia sobre los padecimientos de los trabajadores y las condiciones en que vivían. Esto motivó, que las primeras leyes obreras fueran con un sentido protectorio estableciendo regulaciones específicas hacia la población vulnerable. Ejemplo de ello lo fue, la ley del descanso dominical, la ley de prohibición del trabajo de mujeres y niños, la ley de jornada y finalmente la Ley 9.688 de accidentes de trabajo.

En 1914 por iniciativa presidencial se presentó el primer proyecto de ley de higiene y seguridad en el trabajo que no llegó a ser sancionada. En el año 1915 se sanciona la Ley 9688 de accidentes de trabajo, pero va a ser su Decreto Reglamentario sin número del 14 de enero

de 1916, el que establecerá su capítulo V regulación sobre “*PREVENCIÓN DE ACCIDENTES SEGURIDAD E HIGIENE*”.^{xiii}

Con posterioridad se fueron sancionando otras normas relacionadas a preservar la salud, pueden citarse la Ley 11.127 (1921) de prohibición de fabricación de fósforo blanco o amarillo, la Ley 11.338 (1926) que prohíbe trabajo nocturno en panaderías, la Ley 11.544 (1929) de jornada de trabajo, la Ley 12.205 (1935) de la silla.

Además, se dictaron diversas regulaciones sobre actividades específicas, como minera, construcción, trabajo portuario, trabajo a domicilio, trabajo rural, obreros de la zafra azucarera, estatuto del peón, etc.^{xiv}

En el plano internacional, en 1919 se crearía la OIT, que en su preámbulo establecía que “*Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones*” establecía entre sus principales objetivos la “*protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales*”. Y le dedicada 3 de sus 6 primeros convenios a la prohibición de trabajos con riesgos específicos.

Este modelo desembocó en una de las grandes crisis del capitalismo a escala mundial, que fue la de 1929-30. Para salir de ella, el gobierno de Estados Unidos adoptó lo que se conoció como el New Deal, que consistió en un modelo de economía planificada, con una intervención mayor del Estado, lo que fue acompañado con las primeras leyes de higiene y seguridad que intentaron establecer valores técnicos para el medioambiente laboral y poder así evitar riesgos en el lugar de trabajo, tan bien representado por la película Tiempos Modernos de Charles Chaplin. El objetivo va a ser establecer regulaciones sobre el medioambiente laboral como cuestiones térmicas, lumínicas, sonoras, etc., las que cumplidas en sus valores predeterminados garantizarían la evitación del daño. Esta nueva regulación sobre la higiene y seguridad en el trabajo, que había sido influida también por el “higienismo” como una corriente importante dentro de la medicina, comenzó a ser objeto de regulaciones legales en los distintos países.

El constitucionalismo social, recién conseguirá plasmar en los textos constitucionales de nuestro país en períodos de post guerras, el *derecho a condiciones dignas de trabajo* (art. 37.4

Constitución de 1949) y el derecho a *condiciones dignas y equitativas de labor* (art. 14 bis Constitución Nacional).

Recién nuestro país dictaría un texto unificado en la materia por primera vez, a través del Decreto Ley 19.587 de 1972 de higiene y seguridad.

4) El principio de la discordia. Dos modelos en pugna.

Como referíamos al comienzo, hablar sobre prevención genera fuertes posturas controversiales, porque se dirime la disputa de dos modelos en pugna. Uno es el modelo que denominamos *patronal hegemónico* y el otro es el modelo *participativo obrero*. ¿En qué consisten éstas dos visiones?

El modelo *patronal hegemónico* podríamos sintetizarlo así. Existe un contrato de trabajo, que, con ciertos límites, reconoce el poder de dirección patronal. Con lo cual, todo lo relativo a la organización del trabajo, lo realiza en forma exclusiva el empleador. Éste puede, conforme a las pautas y limitaciones, y a la duración del trabajo establecidas por las normas reglamentarias, ejercer este poder de dirección. Acompañado con regulaciones sobre la higiene y seguridad, en donde en base a estudios técnicos se establecieron condiciones sobre las cuáles se debe prestar el trabajo. A su vez, tiene ciertas obligaciones el empleador, según sea su actividad y tamaño de su explotación, de tener que contar con servicios de higiene y seguridad y medicina del trabajo, los que también maneja en forma exclusiva. Por otra parte, su derecho de propiedad sobre el establecimiento no resulta ser un impedimento, para que el Estado a través de su poder de policía, pueda inspeccionar los lugares de trabajo, y en su caso declarar la insalubridad de estos, o llegar a prohibir la actividad. La persona que trabaja no tiene ni voz ni voto en el seno de la explotación, no puede cuestionar ni discutir las órdenes de trabajo, es más, su incumplimiento puede ser sancionado incluso con el despido. A lo sumo ante un peligro grave e inminente en su salud, puede rehusar la prestación del trabajo en forma individual, o tomarse medidas de fuerza colectiva como una huelga. Si por motivo y en ocasión del trabajo se sufren consecuencias nocivas en la salud, el empleador será responsable de los daños causados, lo que se traduce en una indemnización monetizada.

El modelo *obrero participativo*, como lo señala Vogel^{xv}, sin cuestionar el derecho de propiedad patronal, pretende realizar una manera más eficaz posible, los intereses inmediatos de las personas que trabajan. Plantean que la salud obrera es un bien muy valioso y preciado,

que es un derecho humano básico, para que sólo sea compensado monetariamente ante los daños causados. Reclama una mayor actuación preventiva, la que puede ser llevada a cabo en ámbitos de participación internos en los lugares de trabajo. Reclama que las y los trabajadores, pueden y deben ser escuchados en cuestiones referentes a la organización del trabajo. Plantea que no se necesita ser médico, técnico, licenciado o ingeniero, para darse cuenta de algo que está afectando su salud. Se dice que es el trabajador o la trabajadora, constituye el primer detector de la sintomatología de lo que lo afecta. Que, en la organización del trabajo, se debe dar participación a quien lo realiza y cuenta con una experiencia muy importante sobre ello.

Según Vogel, este modelo participativo surge del modelo obrero italiano, y refiere a un conjunto de prácticas y análisis que a partir de los años 60 del siglo XX cambiaron profundamente los enfoques tradicionales de la salud y seguridad laboral. Surgido desde movilizaciones en grandes fábricas, dicha experiencia permitió también un cuestionamiento de todas las disciplinas especializadas en salud y seguridad del trabajo. Si el mundo del trabajo ha cambiado de modo significativo, algunos elementos esenciales del modelo obrero italiano siguen dando respuestas válidas a los problemas actuales de salud y seguridad.

Son características de este modelo.

La salud no se vende, se defiende. Haciendo referencia a que no se van a aceptar las monetizaciones por riesgos, recargos por excesos de jornadas o trabajos insalubres. Si hay riesgo, este debe ser eliminado, minimizado o aislado el trabajador o trabajadora, pero no compensada monetariamente su exposición al mismo.

La salud no se delega. Critica la prevención prescrita por los especialistas que pretenden dictar a las y los trabajadores sus reglas técnicas. Que, en el seno de la empresa, salvo honrosas excepciones en situaciones límites, los servicios de medicina del trabajo y de higiene y seguridad, terminan respondiendo a quien los contrata, el empleador. Entiende que la salud, es construida en el marco de estrategias colectivas y que no puede ser delegada a una exclusiva determinación a través del poder de dirección patronal.

Es fundamental el reconocimiento de la subjetividad obrera. Cuestiona que ningún conocimiento experto externo al colectivo de trabajo puede decretar cuáles serían los riesgos aceptables. Lo que en la práctica se escucha es *“quien me va a decir a mi que acá no hay riesgo, si yo soy el único que esta acá todo el día, la ART nunca vino, los dueños de la*

empresa nunca aparecen”; resulta ser muchas veces una frase repetida diariamente cuando uno informa a la persona accidentada que en el mapa de riesgos o en el registro de agentes de riesgos no se encuentra denunciado los agentes de riesgos causante de su enfermedad. No se necesita ser médico traumatólogo, ergónomo o ingeniero industrial, para darse cuenta que el dolor de columna que aparece a la noche luego de volver de la fábrica, se ha originado o se ha agravado, luego de haber levantado ese fardo que pesaba más de 50 kilogramos.

Este modelo participativo, tuvo directa incidencia no sólo en los principales países europeos (Francia, Alemania, Bélgica, etc.) sino que tuvo su recepción en Argentina en el astillero del norte de la provincia de Buenos Aires, Astarsa (Astilleros Argentinos Río de la Plata S.A.) en la década del '70. En donde no sólo se cuestionó el modelo patronal hegemónico sino también a las burocracias sindicales que nada hacían al respecto. Desde que se tomó el control de la empresa, con hechos de violencia, por cierto, nunca más se perdió una vida por cada embarcación que se construía.

Muchos se preguntarán, porque un gobierno de facto como el de Lanusse, dictó la Ley 19.587 de higiene y seguridad, que en cierta medida implicaba un avance normativo protectorio de las condiciones de trabajo, y no fue esto realizado por un gobierno democrático.

Sin ánimos de profundizar sobre los acontecimientos históricos de la época, pero que es muy necesario para entender porque surgieron determinadas leyes y muy poco abordado en los tratados de Derecho del Trabajo; hay que entender que, en el contexto conflictivo de la época, un importante movimiento obrero que ya había expresado su descontento social en el Cordobazo reclamaba adoptar el modelo italiano de participación obrera.

La respuesta no se hizo esperar, siguiendo la máxima de *“dar algo antes que nos pidan demasiado”*, el proyecto de Rubens San Sebastián, un tecnócrata de carrera del Ministerio de Trabajo se transformó en la Ley de Higiene y Seguridad 19.587 en 1972. Con pocos artículos (13) que serían reglamentados, pero que en esencia preservaba el *modelo patronal hegemónico* en discusión.

La primera reglamentación se llevaría a cabo en un denso, inentendible y técnico Decreto 4160/73 que nunca se llegaría a aplicar. Hasta que por otro gobierno de facto (Videla) fue reglamentada por el Decreto 351/79, el que aún permanece vigente, con las modificaciones introducidas por el Decreto 1338/96.

La prueba mas cabal de las fuertes controversias que genera una regulación efectiva de la protección de la salud, reconociendo mínimas herramientas ante el peligro de daño inminente, es lo que ocurrió en nuestro país con la regulación del denominado “*derecho de retención*” dispuesto en el texto originario del artículo ^{xvi} de la Ley de Contrato de Trabajo de 1974 de Centeno. Este artículo, a días del golpe militar de 1976 fue reformado y reducido a su mínima expresión derogando ese “*derecho de retención*” por la redacción dada por el Decreto 390/76^{xvii}, sumado a que luego con la reforma de 1995, sería nuevamente vaciado de contenido al remitirse todas las acciones ante su vulneración por lo dispuesto por el artículo 49 de la Ley 24.557^{xviii}. Finalmente se pudo volver a su texto originario, con la reforma de la Ley 27.323 (B.O. 15/12/2016), cuando ese “*derecho de retención*” ya estaba también incorporado al derecho positivo interno con la ratificación del Convenio 155 de OIT que se hizo en 2011, y que lo reconoce en su artículo 13^{xix}.

Por cuestiones de extensión de este trabajo, no vamos a abordar la legislación especial sobre Comités Mixtos de Salud y Seguridad en el trabajo, que actualmente se encuentra en debate legislativa en el Congreso de la Nación. Señalando solamente que, en nuestro país, existe legislación al respecto mediante la Ley 12.913 de 2008 en la provincia de Santa Fe; también la Ley 14.226 de 2010 (Comité Empleo Público) y su Decreto Reglamentario 120/11, y la Ley 14.408 de 2012 (Comité Empleo Privado) y su Decreto Reglamentario. 801/14. También existe regulación Ley 24.600 (Estatuto Congreso art. 62 Comités Mixtos), o en SRT 311/03 (Televisión por cable art. Comité Mixto) y SRT 770/13 (prevención por rama de actividad), o en el Decreto 214/06 (CCTGAPN art. 117 Cymat), o en algún convenio colectivo (FOETRA, SADOP, SUTEBA, ACEITEROS, entre otros); pero no existe a nivel legal nacional, una regulación que obligue a ciertas empresas a constituir estos ámbitos de discusión a nivel empresa, que son aconsejados por los organismos internacionales (ver al respecto Recomendación de OI 164 por ejemplo entre otras).^{xx}

5) El principio de indemnidad, el deber de prevención y la obligación de seguridad

Como señala Cornaglia^{xxi} el principio de indemnidad es una manifestación concreta y especializada del deber de no dañar, en las conductas producidas en ocasión del contrato de trabajo. Se manifiesta a través del deber de prevención y seguridad del empleador. Este deber no tiene un fundamento unívoco, sino una pluralidad de fundamentos jurídicos. Si la garantía de prevención y seguridad es desprendimiento del principio de indemnidad, los alcances de

las obligaciones que la comprenden son mayores y de distinta naturaleza que si la reducen a la consideración simple de una obligación legal tipificada en el derecho positivo.

Esto quiere decir, que aún cuando no se encuentre expresamente legislada, como lo está hoy en la Ley de Contrato de Trabajo, este deber de prevención y la obligación de seguridad igualmente existen por la naturaleza misma de la relación dependiente y los principios que la comprenden.

Algunos autores^{xxii} realizan una minuciosa distinción entre *deber de prevención* y *obligación de seguridad*.

Se señala que el *deber de prevención* es un deber jurídico general de prevenir los riesgos, de fuente estatal, en principio con obligación de resultado, en función de un interés general pero no genera un derecho subjetivo en cada trabajador afectado, que es consecuencia del poder de organización del contrato de trabajo, donde está toda la comunidad interesada en que no existan amenazas a la salud de las personas que trabajan, y que su incumplimiento es sancionables por la autoridad pública ya sea por vía administrativa o penal sin perjuicio de la responsabilidad civil que su incumplimiento genere.

En relación a la *obligación de seguridad* se dice que es la obligación del empleador de adoptar medidas necesarias para tutelar la integridad psicofísica del trabajador, que es consecuencia del poder de dirección del contrato de trabajo, que tiene fundamento en el interés individual de la persona que trabaja, y por ende genera un derecho subjetivo de naturaleza contractual, siendo el empleador el único obligado, que es sólo una obligación de medios, que ante su incumplimiento se genera responsabilidad civil por los daños padecidos y sólo se reclama a iniciativa exclusiva de la persona afectada.

No estamos totalmente de acuerdo con esta excesiva distinción de características que se hace, y que termina reduciendo o vaciando de contenido a la obligación de seguridad, considerándola a una mera obligación de medios, sin exigirse resultados.

Estando en juego la afectación de un derecho humano básico como es la salud en el contexto de trabajo, me parece mas apropiada la calificación de Cornaglia al respecto, en cuanto tanto *deber de prevención* y *obligación de resultados* son desprendimientos del principio de indemnidad, que ambos existen aún si no tuvieran consagración normativa y es una característica distintiva que los contractualistas a fines del siglo pasado sostuvieron en cuanto a que en el contrato de trabajo, la asunción del riesgo profesional corre por cuenta del

empleador, ya que éste es quien se beneficia con la actividad que provoca (el trabajo enajenado por el dependiente). Imbricados discursos jurídicos culminan soslayando y calificando como obligación de medios, a una obligación de seguridad que, si no es de resultado, se la vacía totalmente de contenido.

Tampoco la obligación de seguridad puede ser solamente reducida a un deber legal de respecto sólo a normas reglamentarias de higiene y seguridad en el trabajo. Algunos autores en base al texto que consagra el artículo 75 de la LCT cuando refiere a las “*pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y demás normas reglamentarias*”, intentan reducir la obligación de seguridad al mero cumplimiento de la norma de higiene y seguridad vigente. No siendo esta la razón de ser de la obligación de seguridad ni su génesis como lo mencionamos supra. Ya que su vulneración puede ser invocada incluso ante la existencia de otros daños, aún cuando se ha cumplimentado con todas las normas de higiene y seguridad y reglamentarias vigentes. Por que la razón de ser esta obligación es la indemnidad de la persona que trabaja, y si la reglamentación vigente en un país en un momento determinado no prevé acciones preventivas e igualmente termina lesionándose la salud, el empleador será igualmente responsable por los daños que se generen por la aplicación de la teoría del riesgo profesional que hace más de un siglo fue ampliamente desarrollada por los franceses. Este y no otro es el fundamento jurídico mayoritario que campea en el ámbito del Derecho Civil, en relación con la obligación de seguridad de algunos contratos.

6) Incumplimiento del deber de prevención y de la obligación de seguridad.

Este sea tal vez el aspecto más desarrollado por la doctrina iuslaboralista, qué es lo que ocurre cuando se ha vulnerado el deber de “*prevenir eficazmente los riesgos del trabajo*” que establece el artículo 4.1 de la Ley 24.557, y la “*obligación de seguridad*” del empleador.

Claro está que, ante su incumplimiento, surgen responsabilidades de tipo administrativas, penales y obviamente la responsabilidad civil por el daño causado que haya sido nexo causal la referida omisión en el cumplimiento de la obligación.

Para el tipo administrativo, existe un régimen sancionatorio de infracciones a las normas de seguridad y salud en el trabajo regulado por SRT y por las jurisdicciones provinciales. De modo que, ante la existencia de un incumplimiento a estas regulaciones, se pueden impulsar

los procedimientos administrativos sancionatorios. Estos procedimientos se siguen contra el incumplidor, que puede ser conforme el régimen vigente, la ART o el empleador autoasegurado, y una vez agotado el mismo, se cuenta con una instancia de revisión judicial según sea la jurisdicción.

El artículo 5 inciso 1 de la Ley 24.557 establece un recargo por incumplimiento, dice que *“Si el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se hubiere producido como consecuencia de incumplimientos por parte del empleador de la normativa de higiene y seguridad en el trabajo, éste deberá pagar al Fondo de Garantía, instituido por el artículo 33 de la presente ley, una suma de dinero cuya cuantía se graduará en función de la gravedad del incumplimiento y cuyo tope máximo será de treinta mil pesos (\$ 30.000).”*

Lamentablemente este monto nunca fue actualizado. A la fecha de su sanción en el año 1995 esa suma representaba 30.000 dólares estadounidenses, ahora al valor oficial son un poco más de 200 dólares estadounidenses. Si tenemos en cuenta las multas que se aplicaron en otros países, como es el caso de España a las empresas que no habían adoptado la exigencia de no circular con trenes de subte con amianto, sustancia cancerígena y prohibida, a las cuales se les aplicaron multas mayores a los 900.000 euros, si eso se hubiera aplicado hoy en nuestro país, sólo serían multas de 200 dólares, parece insignificante.

Si bien las multas no resuelven los problemas, sí es una señal de la fuerza sancionatoria del Estado con los empleadores que incumplen con dicha normativa.

El artículo 32 inciso 1 de la Ley 24.557 a su vez establece que *“El incumplimiento por parte de empleadores autoasegurados, de las ART las compañías de seguros de retiro de obligaciones a su cargo, será sancionado una multa de 20 a 2.000 AMPOs (Aporte Medio Previsional Obligatorio), si no resultare un delito más severamente penado.”*

Cuando la Ley habla de *obligaciones a su cargo* debe entenderse las obligaciones en cuanto a prestaciones del sistema, pero también las relativas a la seguridad y salud en el trabajo. Lamentablemente vemos que la ley aplica una intensidad mayor a penalizar el incumplimiento de prestaciones de la Ley, que llega a aplicar penas de prisión (ver artículo 32 incisos 2, 3 y 4) y cuando el incumplimiento es con relación a otras obligaciones que no son prestaciones de Ley, solo penaliza con multas, como lo hace el citado artículo 32 inciso 1 y el artículo 5 antes citados.

Así es como lo ha entendido la jurisprudencia cuando ha dicho que *“Las obligaciones que emanan de tales preceptos también regulan la actividad de empresas como la demandada. Cuando el artículo 32 de la ley 24.557 dispone sanciones por los “incumplimientos”, alude a los de todas las reglas que integran el sistema; es decir de esa ley y sus normas reglamentarias. En el caso, no se trata de sancionar incumplimientos “formales”, sino de obligaciones que afectan -severamente- a los trabajadores.”*^{xxiii}

En un ejemplar fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial, ratificó la sanción impuesta por la autoridad de aplicación, porque la ART *“no brindó asesoramiento ni ofreció asistencia técnica a su afiliado respecto de Sustancias y Agentes Cancerígenos a los que sus empleados se encuentran expuesto”* además se consideró en la sentencia que *“Resulta oportuno resaltar que es deber de las A.R.T. contribuir en forma efectiva a la prevención de riesgos en el trabajo donde los peligros son mayores (en tal sentido, v. Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Torrillo A.A. c/ Gulf Oil Arg. S.A.” del 31.3.09; fallos: 332:709), máxime ante la constante posibilidad de ocurrencia de siniestros laborales. Cabe señalar, asimismo, que una A.R.T. desde el inicio del contrato debe interiorizarse sobre la situación del afiliado en cuanto a los factores de riesgos en los lugares de trabajo, como también asesorar al empleador y capacitar al personal respecto de los riesgos que se relacionan directamente con las actividades que se llevan a cabo. A ello le sigue la realización de permanentes tareas de prevención en los establecimientos laborales”* y concluyó que *“Asimismo, es de ponderar que en el caso en análisis se puso en riesgo nada menos que la salud y la seguridad de los trabajadores, cuya tutela es precisamente el objetivo principal de la ley de riesgos del trabajo y del sistema instaurado en función de dicha norma.”*^{xxiv}

También se ha sancionado a una ART porque *“no habría realizado los exámenes médicos periódicos a los trabajadores consignados en la nómina entregada a la S.R.T., con la frecuencia y los contenidos mínimos establecidos en la normativa vigente”*^{xxv}, o porque *“no cumplió con el Plan de Visitas establecido en la normativa. Sus actuaciones fueron valoradas en el dictamen jurídico de fs. 151/162 y en esta instancia no se invocaron razones serias para revocar lo decidido.”*^{xxvi}.

En lo que respecta a las sanciones penales, no existe en nuestro país tipificado el delito de riesgo o peligro a la salud de las personas que trabajan como sí existe en otros ordenamientos jurídicos. Valga como ejemplo el artículo 316 del Código Penal Español que tipifica *“Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando*

legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión...”

En el Anteproyecto de Reforma del Código Penal Argentino (2012) elaborado por una comisión dirigida por Zaffaroni se había incorporado el Capítulo IV de “*Delitos contra la libertad y dignidad en el trabajo*” y en su artículo 124 se establecía el delito de “*Contrataciones y condiciones laborales ilegales*”. En su inciso 3° se tipificaba el delito específico de poner en riesgo la salud y seguridad en el trabajo. Al respecto hay un interesante desarrollo doctrinario que puede ampliarse realizado por la gran obra escrita por Patricia Gallo^{xxvii}

Lo que sí se encuentra mayormente desarrollado por la doctrina, es la cuestión referente a la responsabilidad civil, cuando la omisión en el cumplimiento de una obligación de salud y seguridad en el trabajo configura un presupuesto necesario en el nexo causal del daño.

Allí se ha generado un debate en relación con los alcances de esta responsabilidad.

No hay dudas que el empleador resulta responsable por la obligación de seguridad que rige en un contrato de trabajo, y somos partidarios que la misma es una obligación de resultado, como referimos supra.

Ahora bien, existe alguna controversia en cuanto a los alcances de esta obligación en relación con las aseguradoras de riesgos del trabajo. Allí se dividen las aguas, en cuanto existe una postura que podemos denominar amplia, que ante la existencia de estos incumplimientos, considera que las ART son responsables civilmente en forma integral, y otra postura que podemos denominar restringida, que sólo las considera responsables en los límites de la cobertura del seguro contratado.

El criterio amplio fue al acuñado por la mayoría de la CSJN en el precedente “Torrillo” del año 2009^{xxviii}

Allí se dijo que “*no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, cuando se demuestren los presupuestos de aquél, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado - excluyente o no- entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la*

primera de sus deberes legales.”. Se había invocado en la demanda la aplicación del derogado artículo 1.074 del Código Civil, que establecía que, si *“por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”*, con lo cual ante el incumplimiento de normas de salud y seguridad en el trabajo, se hacía responsable a la ART por dicho incumplimiento, condenándola a abonar la indemnización integral del daño.

El criterio restrictivo ya se delineó en la misma sentencia, el Dr. Lorenzetti que votó revocar la condena a la reparación integral que había sido dispuesta por la Cámara manifestando que ello *“no importa colocar a una ART al margen del régimen de responsabilidad del Código Civil, sino sólo precisar que no cabe responsabilizar a las mismas si no concurren los presupuestos del deber de reparar- entre los que se encuentra el nexo causal adecuado-, y que las omisiones de los deberes de control y prevención, por sí solos no autorizan a establecer una regla general y abstracta que los erija automática e inexorablemente en condición apta para producir el resultado dañoso con prescindencia del curso normal de los acontecimientos.”*.

Recordemos que en este caso se trató de la muerte de un joven trabajador ante un incendio ocurrido en un establecimiento donde prestaba servicios y se habían demostrados incumplimientos en las normas de salud y seguridad en el trabajo.

Si bien fue un voto en minoría, lo cierto es que con los cambios de integración del superior tribunal y los fallos que se sucederían posteriormente, dicha postura cobraría importancia.

Primero hay que señalar, que de esta postura restringida no surge la imposibilidad de la condena integral por responsabilidad civil a la ART, sino que exige una mayor rigurosidad en su análisis. No va a ser ya entonces una condena integral por el sólo resultado, sino que amerita articular qué incumplimientos concretos ocurrieron, a qué deberes de prevención, dispuestos por qué normativa, y como ello incidió en el nexo de causalidad adecuada para la producción del daño.

Por eso es importante para la abogacía, conocer las normas de seguridad y salud en el trabajo, y todo lo que tiene que ver con la normativa específica que regula las condiciones laborales, para cuando ocurrido el evento dañoso, poder articular las mejores herramientas de defensa en los procesos.

Es importante señalar que con posterioridad la CSJN volvió sobre el tema, revocando en todos los casos sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que habían condenado en forma integral por responsabilidad civil a las ART por incumplir normas de higiene y seguridad.

Por ejemplo, liberó de responsabilidad civil a la ART por responsabilidad de un tercero, diciendo que si *“por el accidente sufrido por el trabajador -embestido por un automóvil en la vía pública mientras conducía un taxi como chofer dependiente- si, para dicho fin, prescinde de analizar de modo suficiente la configuración de los presupuestos en materia de responsabilidad civil, en particular, la relación de causalidad entre el supuesto incumplimiento que se le imputa y el daño sufrido por el actor.”*^{xxxix}

Volvió a revocar condenas a ART con el argumento de que *“La sola circunstancia de que el trabajador hubiera sufrido daños como consecuencia de su labor no autoriza a concluir sin más que la aseguradora de riesgos del trabajo incumplió con sus deberes de prevención y vigilancia a los efectos de la eventual imputación de responsabilidad en los términos del art. 1074 del Código Civil vigente al momento de los hechos.”*^{xxx}

También dijo que *“La sola circunstancia de que la demandada al momento de realizarle el examen preocupacional al actor no hubiera especificado el grado de incapacidad que lo aquejaba -determinación que no le es impuesta por norma legal alguna- no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad civil en atención a la preexistencia del daño y la ausencia de prueba de su agravamiento y de su relación causal con su actividad.”*^{xxxi}

También revocó una sentencia reconociendo que *“Si bien la apreciación de elementos de hecho y prueba constituye, como principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, esta regla no es óbice para que el Tribunal conozca en los casos”* en el caso resaltó que la sentencia de la Cámara era arbitraria en tanto *“se apartó del encuadre fáctico y jurídico de la controversia así como de las constancias probatorias existentes en la causa, en tanto no tomó en consideración que, al demandar, el actor no atribuyó responsabilidad a la aseguradora por hipotéticos incumplimientos de sus deberes de prevención y control en materia de seguridad e higiene como causal del siniestro, sino solo por haber omitido determinar su incapacidad y por no brindarle las prestaciones dinerarias y médicas adecuadas.”*^{xxxii}

Revocó también la condena de responsabilidad civil a una ART, declarando la nulidad de una resolución aclaratoria que fue dictada con posterioridad por la Cámara, por considerar que se *“modificó diametralmente la solución dada a la causa en su anterior decisión, con grave afectación del derecho de defensa”*^{xxxiii}

Revocó otra sentencia de la Cámara que había condena civilmente a una ART, argumentándose que sin perjuicio de tratarse de cuestiones de hecho y prueba ajenas a la instancia extraordinaria, dice que amerita su tratamiento porque *“conforme al informe pericial el esfuerzo físico que requería el trabajo desarrollado por el actor se encontraba dentro de lo permitido por la reglamentación pertinente y dentro de la denominada “zona de seguridad” y no menciona que la faja lumbar resultase indispensable.”*^{xxxiv}. Esta argumentación es muy cuestionable, porque implica que sí, la deficiente reglamentación que existe permite la realización de una tarea, aunque esta cause daño, ello igualmente habilita a eximir de responsabilidad civil a la ART por el evento dañoso.

También revocó una condena a una ART por responsabilidad civil, ante la ocurrencia de un accidente de tránsito de una persona que se encontraba cumpliendo funciones para su empleador, porque consideró que *“Las medidas tendientes al mejoramiento de la circulación vial a los efectos de su mayor seguridad constituyen una competencia propia y específica de la autoridad estatal y, por ende, resultan ajenas, en principio, a las funciones concretas de prevención y control que la ley impone a las aseguradoras de riesgos del trabajo.”*^{xxxv}

Dejó sin efecto otra sentencia de la Cámara que había condena a la ART por responsabilidad civil, ante afecciones (trastornos de ansiedad, hipertensión, etc.) que presentaba una trabajadora que realizaba tareas de enfermería por considerar que la sentencia *“no explica qué medidas concretas debía haber adoptado la aseguradora a efectos de evitar los trastornos de salud que padece la actora”*.^{xxxvi}

Liberó nuevamente de responsabilidad civil la CSJN a una ART, en un caso reciente se trató de un accidente de tránsito con un chofer que conducía un camión de gran porte, y se cuestionaba la falta de capacitación del trabajador para realizar las tareas asignadas. La CSJN dijo que revoca la condena a la ART porque *“quedó acreditado que la relación entre la empleadora y el trabajador era clandestina y se había omitido informar a la aseguradora, en tanto aquellas exigencias solo pueden ser satisfechas respecto de trabajadores de cuya existencia la aseguradora tiene conocimiento, es decir respecto de trabajadores declarados en la nómina”*.^{xxxvii}. Este criterio de tratarse de un trabajador que no se encuentra en la nómina

de la ART es sumamente criticable, deja a amplios sectores sin seguro de ART, lo que es demostrativo que no estamos ante un sistema de seguridad social, el que debe ser contar con el carácter de universalidad. Además, convalida la gran informalidad que existe y los pocos trabajadores asegurados que hay hoy en el sistema siendo sumamente inferior a la población económicamente activa del país.

En la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, también se dio esta discusión. Siendo señeros los fallos que marcaron doctrina al respecto, manifestando que *“no existe obstáculo jurídico alguno para que, verificados los presupuestos legalmente establecidos en el Código Civil, las aseguradoras de riesgos del trabajo puedan ser responsabilizadas civilmente por los daños sufridos por los trabajadores como consecuencia del incumplimiento -o deficiente cumplimiento- de los deberes de prevención, seguridad y control de los riesgos del trabajo que el sistema de la ley 24.557 pone a su cargo, debiendo en tal hipótesis reparar integralmente los perjuicios originados”*^{xxxviii}

Incluso revocó sentencia de tribunales inferiores que habían desestimado la condena civil de una ART, por considerar que incurría en absurdo, cuando la sentencia había ignorado *“que el plan de mejoramiento de las condiciones de higiene y seguridad -que lo llevó a considerar que ésta había cumplido con las obligaciones legales a su cargo- es posterior al infortunio.”*^{xxxix}. También porque consideró que *“en el marco de la responsabilidad civil extracontractual en que inmodificablemente se la consideró incurso por omisión de los deberes legales a su cargo, aparece entonces inobjetable el consecuente deber de indemnizar con integridad -atento la obligación concurrente que se consideró creada en cabeza de la aseguradora de riesgos del trabajo- el daño padecido por el trabajador incapacitado.”*^{xl}

En un caso muy interesante donde se resaltó el incumplimiento en la realización de los exámenes médicos de salud obligatorios, dijo que *“la falta de realización en tiempo y forma de los exámenes médicos periódicos impidió que la demandada tomara debido y oportuno conocimiento de la enfermedad de la accionante y adoptara las medidas necesarias para impedir su avance y, en el caso, disponer los cambios o correcciones necesarias para disminuir los perjuicios provocados en su salud de acuerdo a las exigencias propias de la actividad. Esa conducta, consignó, resultó demostrativa de un obrar culposo en el sentido legal, que la obliga a resarcir los daños que no evitó, pudiendo hacerlo con la previsión necesaria (arts. 512 y 1109, Código Civil derogado ley 340-)”*^{xli}

En un reciente caso, la Corte Provincial, parece adoptar los últimos lineamientos trazados por la Corte Nacional, en cuanto exige un análisis de mayor precisión en cuanto, de qué manera el incumplimiento incide en el daño. Lo dijo en un reciente caso, en el cual revoca una condena civil de un tribunal de trabajo, en tanto dice que *“Incorre en absurdo el Tribunal de Trabajo que, en el contexto en que fuera elucidado el riesgo de la actividad cumplida por la actora (empleada administrativa y recepcionista durante poco más de quince meses de duración del contrato), atribuyó responsabilidad civil a la aseguradora de riesgos del trabajo con fundamento en el art. 1.074 del Código Civil (ley 340), sin evidenciar concretamente de qué manera la realización de una visita o una capacitación e incluso una denuncia ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo hubiesen podido mitigar el daño motivo de reclamo.”*^{xlii}

Debemos recordar que la nueva redacción que da el Código Civil y Comercial al artículo 1.749 es lo suficientemente amplia cuando regula que *“Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión.”*. En el mismo sentido el artículo 1716 en cuanto establece que *“La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”*.

Sagarna^{xliii} sostiene que el actual art. 1749 del CCyC encierra el deber de responder, tanto surja de un vínculo jurídico preexistente entre las partes como de la inexistencia de una relación anterior entre los intervinientes -dañoso y dañado-, fundado en el principio rector alterum non laedere contenido ahora expresamente en el art. 1716, el que prevé que la violación de dicho deber de no dañar a otro como el incumplimiento obligacional provocan el deber de reparar el perjuicio causado.

7) Las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que garanticen la seguridad, la salud e higiene, como derecho humano autónomo y exigible.

Por si existe alguna posición doctrinaria zigzagueante, la Corte IDH vino a fortalecer las posturas tutelares. Al reconocer por primera vez, en un precedente que calificamos como “histórico”^{xliv} a las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador, como un derecho humano dentro del artículo 26 de la CADH, en donde los

Estados miembros son responsables ante su violación, siendo a su vez de exigibilidad directa e inmediata.

La Corte en el caso “Spoltore vs. Argentina”, destacó que *“Los trabajadores afectados por un accidente o enfermedad profesional prevenible deberían tener derecho a una reparación, incluido el acceso a mecanismos adecuados de reclamación, como los tribunales, para resolver las controversias. En particular, los Estados parte deberían velar por que los trabajadores que sufran un accidente o se vean afectados por una enfermedad y, cuando proceda, las personas a su cargo, reciban una indemnización adecuada que incluya los gastos de tratamiento, la pérdida de ingresos y otros gastos, y tengan acceso a servicios de rehabilitación. (...) En este sentido, con base en los criterios y elementos constitutivos del derecho a condiciones de trabajo que aseguren la salud del trabajador, y tomando en cuenta los hechos y particularidades del presente caso, la Corte concluye que este se refiere al derecho del trabajador a realizar sus labores en condiciones que prevengan accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En cumplimiento de las obligaciones del Estado de garantizar este derecho, los Estados, entre otras obligaciones, deben asegurar que los trabajadores afectados por un accidente o enfermedad profesional prevenible tengan acceso a mecanismos adecuados de reclamación, como los tribunales, para solicitar una reparación o indemnización.”*^{xlv}

En lo que respecta a las condiciones laborales, al ejercicio de actividades peligrosas, a la obligación del Estado de inspeccionar, la Corte IDH en el caso “Fábrica de Fuegos vs. Brasil” dijo que *“La fábrica contaba con autorización de las autoridades competentes para su funcionamiento”, sin embargo, agregó, “desde su registro hasta el momento de la explosión no hubo fiscalización por parte de las autoridades estatales en relación con las condiciones laborales o con el ejercicio de actividades peligrosas, pese a que esta era una exigencia de la normatividad por el riesgo que implicaba la actividad”. “La Corte considera que la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de las condiciones de trabajo que aseguren la seguridad, salud e higiene del trabajador, incluyen aspectos que tienen una exigibilidad inmediata, así como aspectos que tienen un carácter progresivo. Al respecto, la Corte recuerda que, en relación con las primeras (obligaciones de exigibilidad inmediata), los Estados deben garantizar que este derecho se ejerza sin discriminación, así como adoptar medidas eficaces para su plena realización. Respecto a las segundas (obligaciones de carácter progresivo), la realización progresiva significa que los Estados*

partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho”^{xlvi}

La triada de la Corte IDH, que ha sido minuciosamente abordada por Gialdino^{xlvii}, se completa con el más reciente fallo “Buzos Miskitos vs. Honduras” en donde se resuelve que *“En complemento a lo anterior, este Tribunal considera pertinente señalar que son las empresas las primeras encargadas de tener un comportamiento responsable en las actividades que realicen, pues su participación activa resulta fundamental para el respeto y la vigencia de los derechos humanos. Las empresas deben adoptar, por su cuenta, medidas preventivas para la protección de los derechos humanos de sus trabajadoras y trabajadores, así como aquellas dirigidas a evitar que sus actividades tengan impactos negativos en las comunidades en que se desarrollen o en el medio ambiente*⁵¹. *En este sentido, la Corte considera que la regulación de la actividad empresarial no requiere que las empresas garanticen resultados, sino que debe dirigirse a que éstas realicen evaluaciones continuas respecto a los riesgos a los derechos humanos, y respondan mediante medidas eficaces y proporcionales de mitigación de los riesgos causados por sus actividades, en consideración a sus recursos y posibilidades, así como con mecanismos de rendición de cuentas respecto de aquellos daños que hayan sido producidos. Se trata de una obligación que debe ser adoptada por las empresas y regulada por el Estado.*”^{xlviii}

Es muy importante en el plano de la jurisdicción internacional, donde se ventila con exclusividad la responsabilidad de los Estados, que se resalte en éstos últimos fallos la responsabilidad de las empresas en respetar los derechos humanos.

Como lo señala Gialdino^{xlix}, la responsabilidad de las empresas en el respeto de los derechos humanos exige que eviten que su propia actividad provoque o contribuyan a provocar consecuencias negativas en los derechos humanos, prevengan o mitiguen las consecuencias negativas, y que estas obligaciones exigibles sean aplicadas a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Lo amplía sensiblemente nuestra vetusta regulación dispuesta en normativa interna sobre higiene y seguridad en nuestro país.

8) La gran deuda de la democracia

Como refiere el médico del trabajo Carlos Aníbal Rodríguez, en cuestiones de seguridad y salud en el trabajo, en nuestro país contamos con una norma dictada por una dictadura militar (Ley 19.587 de 1972) y reglamentada por otra (Decreto 351 de 1979).

A pesar de los claros avances que obtuvo nuestro ordenamiento jurídico, primero con un derecho social constitucionalizado (Constitución de 1949 y reforma de 1957), y luego convencionalizado (reforma de 1994) en la cual se incorporaron instrumentos internacionales que reconocen los derechos humanos a la salud, a las condiciones equitativas y satisfactorias; sumado ello a la importante ratificación de convenios de OIT en la materia (Convenio 155 y 187, el Protocolo del Convenio 155, Convenio 190 OIT entre otros); es hora de reformular nuestra legislación interna y dictar una Ley de Salud y Seguridad en el trabajo que respete los mejores estándares con enfoque preventivo.

En el año 2017, cuando se debatía la reforma al Sistema de Riesgos del Trabajo, varios actores involucrados manifestamos preocupación en tanto se ponía eje en combatir la *litigiosidad* y no el *incumplimiento* de las normas de salud y seguridad en el trabajo.

Se prometió enviar una ley sobre prevención al congreso, así lo dispuso el artículo 19 de la Ley 27.348, cuando estableció que *“La Superintendencia de Riesgos del Trabajo deberá remitir al Comité Consultivo Permanente creado por el artículo 40 de la ley 24.557 y dentro del plazo de tres (3) meses contado a partir de la vigencia de la presente, un anteproyecto de ley de protección y prevención laboral destinado a garantizar que las condiciones y medio ambiente de trabajo resulten acordes con las mejores prácticas y la normativa internacional en la materia de su incumbencia y que permita que esos principios generales sean ajustados en forma específica para cada actividad, a través de los convenios colectivos de trabajo.”*

A partir de ello, se convocó al Comité Consultivo Permanente, quien se abocó a la redacción de dicho proyecto. Se consultó a los organismos internacionales, y por ello la oficina de OIT en Argentina publicó un documento titulado *“Tendencias legislativas en seguridad y salud en el trabajo con enfoque preventivo”* (autores Pablo Páramo Montero y Carmen Bueno Parejas). Ese documento coincide con varios de lineamientos trazados en éste artículo, incluso con la importante participación que se le debe dar en ésta temática a las y los trabajadores.

Lo cierto es que el anteproyecto que finalmente redactó el Comité Consultivo Permanente, sin observar las recomendaciones del organismo internacional en cuanto a las

tendencias legislativas con enfoque preventivo, y las fuertes críticas recibidas, en donde algo dijimos al respecto¹, nunca tomó estado parlamentario siendo ello una gran deuda de la democracia.

Hay que dejar de llenar ríos de tinta en debates jurídicos sobre el sistema de Riesgos del Trabajo, los que en su gran mayoría solo giran en la faz reparativa, y muy pocos en su faz preventiva.

Como lo señala Henry^{li} es importante estudiar la situación real de trabajo, observando a los trabajadores en su medio concreto y mientras realizan su labor. Es por medio de este abordaje in situ que se hace evidente una distinción fundamental para los estudios sociales del trabajo: la distancia entre lo que se denomina *trabajo real* y *trabajo prescripto*. Este es tal vez el primer y más angular problema del Sistema de Riesgos del Trabajo hoy, en tanto los órganos de control se encuentra absolutamente alejados de las situaciones de riesgos y de las personas que trabajan, existiendo una distancia evidente entre lo que se pregona y lo que efectivamente se hace. Los trabajos prescriptos, en su gran mayoría están diseñados por personas que jamás realizaron esa tarea, con lo cual mal pueden dimensionar también los riesgos a los que se encuentra expuesto quien sí tienen que ejecutarlas.

Y cómo no escuchar lo que proponen quienes son sus verdaderos destinatarios de las normas, y también quienes la padecen.

(*) El autor es miembro de la Sección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del IDEL-FACA, integra la mesa directiva del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio de Abogados de La Plata, asesor sindical y abogado laboralista. Este trabajo está destinado a ser publicado en una obra colectiva inédita, de autores que integran el Instituto de Derecho Social (del Trabajo y la Previsión), de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, que difunde doctrina e investigaciones practicadas por la llamada doctrina del derecho social platense.

ⁱ CORNAGLIA, RICARDO J. "A RELACIÓN DIALÉCTICA ENTRE LA CLÁUSULA DEL PROGRESO Y EL LLAMADO PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD" Revista "La Causa Laboral" de la Asociación de Abogados Laboralistas, octubre de 2007, año VII, n° 30, p. 16

ⁱⁱ NEFFA, JULIO CÉSAR (2015). Los Riesgos Psicosociales en el Trabajo. Contribución a su estudio. Ceil Conicet. Argentina. Página 53.

ⁱⁱⁱ Ratificado por Ley 26.693 (B.O. 26/082011)

^{iv} CSJN "Policlínica Privada de Medicina y Cirugía SA c/ Municipalidad de Buenos Aires, Fallos 321:1684, "Campodónico de Beviaqua, Ana C. c/ Ministerio de Salud y Acción Social" Fallos 323:3229., "Etcheverry, Roberto c/ Omint SA" Fallos 324:677, entre otros

^v FORMARO JUAN J. (2021) Derecho de Daños Laborales, Hammurabi.

^{vi} CSJN "Saguir y Dib" Fallos 302:1284

^{vii} CSJN "Recurso de hecho deducido por SMATA" Fallos 305:2040

^{viii} CSJN "Aquino" Fallos: 327:3753

^{ix} CSJN "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro." Fallos 332:709

-
- ^x NEFFA, JULIO CÉSAR (2020) “Crisis, Pandemia y Riesgos Psicosociales en el trabajo” publicado en obra colectiva “Pandemia y Riesgos Psicosociales en el Trabajo” Homosapiens
- ^{xi} CORNAGLIA, RICARDO J. (2020). Pandemia Trabajo y Fuerza Mayor. Revista La Defensa
- ^{xii} VOGEL, LAURENT (2014) Un espejo deformante: apuntes históricos sobre la construcción jurídica de las enfermedades profesionales en Bélgica. Revista Laboreal, volumen 10 n° 2.
- ^{xiii} El Decreto s/n reglamentario de la Ley 9.688 estableció en sus artículos 62 a 104, la regulación del CAPITULO V PREVENCIÓN DE ACCIDENTES SEGURIDAD E HIGIENE
- ^{xiv} LIVELLARA CARLOS ALBERTO (1987) “Medicina, higiene y seguridad en el trabajo” Astrea
- ^{xv} VOGEL LAURENT (2016) “La actualidad del modelo obrero italiano para la lucha a favor de la salud en el trabajo” Revista Laboreal volumen XII n° 2.
- ^{xvi} El texto originario del artículo 81 de la Ley 20.744 decía: “Deber de seguridad.- El empleador debe hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos. - Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca.”
- ^{xvii} El texto ordenado por el Decreto 390/76 dice “Art. 75. — Deber de seguridad. - El empleador debe hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en esta ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad del trabajo.”
- ^{xviii} El artículo 49 de la Ley 24.557 estableció: “Sustitúyase el artículo 75 de la ley 20.744 por el siguiente texto:
1. El empleador esta obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo, y a hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal.
2. Los daños que sufra el trabajador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del apartado anterior, se regirán por las normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales, dando lugar únicamente a las prestaciones en ellas establecidas.”
- ^{xix} Art. 13 Convenio 155 OIT dice “De conformidad con la práctica y las condiciones nacionales, deberá protegerse de consecuencias injustificadas a todo trabajador que juzgue necesario interrumpir una situación de trabajo por creer, por motivos razonables, que ésta entraña un peligro inminente y grave para su vida o su salud.”
- ^{xx} SAN JUAN CLAUDIO (2016) “PARTICIPACION DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO EN ARGENTINA UNA ACTUALIZACION.” Relats.
- ^{xxi} CORNAGLIA RICARDO J. “El principio de indemnidad del trabajador el deber de prevención y la obligación de seguridad del empleador” (1993) en Revista de Jurisprudencia Argentina n° 5845
- ^{xxii} ACKERMAN MARIO E. (2020) “Riesgos del Trabajo” Tomo II Rubinzal - Culzoni
- ^{xxiii} CNCom Sala B, “SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO c/ FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. s/ORGANISMOS EXTERNOS.” Expediente 13448/2021, 2/09/2022.
- ^{xxiv} CNCom. Sala C “SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO c/ LA SEGUNDA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A.s/ORGANISMOS EXTERNOS Expediente N° 12094/2022/CA01, fecha 2/08/2022.
- ^{xxv} CNCom Sala B “Superintendencia de Riesgos del Trabajo c/La Segunda ART S.A. s/Organismos Externos”. 7/07/2021. Y también CNCom Sala F “Superintendencia de Riesgos del Trabajo c/ La Segunda ART S.A. s/ organismos externos, del 28/12/2021. También CNCom Sala C “Superintendencia de Riesgos del Trabajo c/ La Segunda ART S.A. s/ organismos externos” del 8/09/2020, entre otros.
- ^{xxvi} CNCom Sala B “SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO c/ OMINT A.R.T. S.A. s/ORGANISMOS EXTERNOS” 6984/2022, 11/08/2022.
- ^{xxvii} GALLO PATRICIA (2018) “Riesgos Penales Laborales” ByF.
- ^{xxviii} CSJN “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro.” Fallos 332:709
- ^{xxix} CSJN “Palacín, Fernando Sergio c/ Bruno, Darío Hugo y otros/ accidente - ley especial “13/11/2018

Fallos: 341:1611

^{xxx} CSJN “Rodríguez, Hermógenes Héctor c/ Industrias Perna S.R.L. y otros/ accidente - acción civil” 2/03/2019 Fallos: 342:250.

^{xxx} CSJN “Báez, Jorge Guillermo c/ Darlene SAIC y otro s/ accidente - acción civil” 09/04/2019 Fallos: 342:609

^{xxx} CSJN “Ciminelli, Fabián Walter c/ Cinco Ediciones y Contenidos S.A. y otros/ accidente - acción civil” 21/11/2019 Fallos: 342:2079

^{xxx} CSJN “Recurso Queja Nº 2 - MONTIEL VICTOR SALVADOR c/ COLIALCO S.A. Y OTROS s/ACCIDENTE - ACCION CIVIL 11/02/2021 Fallos: 344:62

^{xxx} CSJN Recurso Queja Nº 1 - JUAREZ, SERGIO DANIEL c/ FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. Y OTRO s/ACCIDENTE - LEY ESPECIAL 08/04/2021 Fallos: 344:535

^{xxx} Recurso Queja Nº 1 - DE LA FUENTE, ALEJANDRO DAMIAN c/ QBE ARGENTINA ART S.A. Y OTRO s/ACCIDENTE - LEY ESPECIAL. 15/04/2021 Fallos: 344:566

^{xxx} CSJN Recurso Queja Nº 1 - VALOTTA, MARIA CONCEPCION c/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO SA s/ACCIDENTE - LEY ESPECIAL 22/04/2021 Fallos: 344:741

^{xxx} CSJN CAILLAVA, ADRIANA LAURA Y OTROS c/ VESS LOGISTICA SRL (SINDICO DELAVAUULT FERNANDO AGUSTIN) Y OTROS s/ACCIDENTE - ACCION CIVIL. 28/10/2021 Fallos: 344:3345

^{xxx} SCBA Causas L. 92.370, "Dodds", sent. del 18-II-2009, L. 96.124, "L., N.", sent. del 15-VII-2009, L. 98.584, "Bordessolies de Andrés", sent. del 25-XI-2009, L. 101.137, "Brest", sent. del 14-VI-2010, L. 95.988, "Mereles", sent. del 6-X-2010, L. 101.094, "Berthet", sent. del 27-IV-2011, L. 91.016, "L., R.", sent. del 6-VI-2011, L. 100.966, "Zapata", sent. del 14-IX-2011, L. 96.238, "M., B.", sent. del 9-XI-2011, L. 103.075, "Vallejos", sent. del 21-XII-2011, L. 103.810, "Montiel", sent. del 30- V-2012; Causa L. 114.411, "Díaz", sent. del 12-VI-2013, L. 117.447, "E. , G. A. contra Municipalidad de Florencio Varela y otro/a. Accidente de trabajo-Acción especial” 29/04/2015, entre otras

^{xxx} SCBA L 114587 S 15/07/2015 “Giménez”

^{xi} SCBA L. 116955 S 29/03/2017 “Enríquez”

^{xii} SCBA L. 119.143 29-3-2017 “Correa”

^{xiii} SCBA L. 121086 18/08/2020 “Prevettoni” (votos de los dres. Genoud, Soria, Kogan, Pettigiani, y De Lazzari en disidencia)

^{xiii} SAGARNA FERNANDO ALFREDO (2014) “Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros. En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” Publicado en: Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial

^{xiv} VALENTE GASTÓN (2021) El caso «Spoltore vs. Argentina». Histórica sentencia de la Corte IDH sobre derechos humanos laborales. Revista La Causa Laboral 83

^{xv} CORTE IDH “SPOLTRE VS. ARGENTINA”, sentencia del 9/06/2020 (Apartado 96 y 99)

^{xvi} CORTE IDH “FABRICA DE FUEGOS VS. BRASIL” sentencia del 15/07/2020

^{xvii} GIALDINO ROLANDO E. (2022) “Condiciones de trabajo, salud, seguridad social y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los jueces nacionales, las empresas y las garantías de no repetición”. Revista de Derecho Laboral. Actualidad. Rubinzal – Culzoni n° 2002-1

^{xviii} CORTE IDH “Buzos Miskitos vs. Honduras” sentencia del 31/08/2021

^{xix} GIALDINO ROLANDO E. artículo citado

ⁱ VALENTE GASTON (2018) “Anteproyecto de ley de prevención de Riesgos Laborales” Anuario de la revista de la Justicia Nacional el Trabajo.

ⁱⁱ HENRY MARIA LAURA (2020) “Riesgos psicosociales del trabajo durante la pandemia: entre la proliferación de protocolos y la autonomía padecida” publicado en obra colectiva “Pandemia y Riesgos Psicosociales en el Trabajo” Homosaiens