



Departamento de Derecho
Trabajo de Graduación

Una apreciación de la Ley de Riesgos del Trabajo desde el Análisis
Económico del Derecho

Alumno: Cristian Parkes
Legajo: 12140

Mentor: Lucas Sebastián Grosman
Victoria, 17 de Abril de 2012.

Introducción

En Argentina no se aplican usualmente los conceptos del Análisis Económico del Derecho al estudio del Derecho del Trabajo. Aún más, he notado que los juristas especializados en Derecho del Trabajo consideran al Análisis Económico del Derecho como incompatible con su área de especialidad. Creo que esto es resultado de un prejuicio sin fundamentos. El Derecho del Trabajo regula la relación que se genera entre un trabajador y su empleador, mientras que el Análisis Económico del Derecho intenta entender las consecuencias de las normas, apreciándolas como incentivos para condicionar la conducta de los actores sociales. No aprecio ninguna incompatibilidad para usar este método de análisis para esta rama del derecho en particular. De hecho, lo que se genera entre trabajador y empleador es un contrato, que en Argentina se encuentra fuertemente regulado, pero es un contrato al fin, y los contratos son un área en la cual el Análisis Económico del Derecho cuenta con importantes desarrollos. Asimismo, en el ámbito del Derecho del Trabajo existe una gran discusión acerca del tratamiento jurídico de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, y dentro del Análisis Económico del Derecho las regulaciones sobre accidentes y daños en general constituyen un área de intenso debate.

Los daños generados a los trabajadores en su ámbito de trabajo generan grandes costos, tanto materiales como espirituales. Para tener una dimensión aproximada del problema, en el año 2010 se reportaron 630.766¹ siniestros laborales, y esta cifra solo refleja los casos que afectan a los trabajadores correctamente registrados. Los costos generados a causa de estos infortunios afectan tanto a los actores involucrados en la relación de trabajo (trabajador y empleador) como a la sociedad en su conjunto, ya que como consecuencia de los daños laborales se disminuye la capacidad productiva de la fuerza de trabajo en su conjunto y asimismo se encarecen los bienes y servicios en la medida que las empresas deben trasladar a los precios de sus productos los montos abonados en indemnizaciones a sus trabajadores dañados. Ante este escenario, el sistema de responsabilidad por daños laborales que se implemente ayudará a reducir o aumentar la cantidad de costos que se generan en la medida que incentive en mayor o menor medida la prevención de los mismos. Asimismo, el tratamiento que las leyes hagan de estos costos determinará quiénes deberán soportarlos y en qué condiciones. Estas decisiones tendrán profundas implicancias sociales y económicas. Distintos valores y objetivos serán satisfechos de acuerdo al sistema que se

¹ Datos que surgen de los reportes estadísticos del sitio web de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (<http://www.srt.gov.ar/data/fdata.htm>)

implemente, típicamente se busca que el sistema sea “justo” y que al mismo tiempo reduzca los costos de los accidentes.

En nuestro país, la regulación sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se encuentra en la ley 24.557, denominada “Ley de Riesgos del Trabajo” (en adelante, LRT) y sus normas complementarias. En este trabajo me propongo analizar ciertos aspectos de esta normativa a la luz de algunos conceptos teóricos desarrollados en el área del Análisis Económico del Derecho. La posible relevancia de la presente investigación radicaría en la contribución que se puede hacer al gran debate suscitado alrededor de la LRT utilizando un aparato teórico que no se ha aplicado todavía al tema. Mi objetivo es hacer visibles ciertas características del sistema que considero relevantes y de las cuales no he encontrado un tratamiento por parte de los juristas laboristas argentinos. Asimismo, encontrándose la LRT muy debilitada por las críticas doctrinarias y las declaraciones de inconstitucionalidad de varios de sus aspectos fundamentales, hace tiempo que se plantea la necesidad de su reforma legislativa, luego es importante en este contexto apreciar no sólo sus rasgos negativos sino también ciertas características positivas de la normativa para que sean conservadas y quizás mejoradas en un futuro sistema superador.

Creo oportuno en esta etapa introductoria advertir al lector de que el presente trabajo se trata de una investigación exploratoria en cuanto indaga en un área que no cuenta con un desarrollo previo. Luego de una revisión de la bibliografía disponible, he llegado a la conclusión de que no podré polemizar con ningún jurista ni poner en evaluación ninguna investigación realizada. No nos estaremos adentrando en una discusión ya planteada, dado que no cuento con opiniones expresadas acerca del tema en tratamiento. No debe el lector ajeno al Derecho del Trabajo entender por esto que académicamente no se ha dado tratamiento a la LRT, todo lo contrario, son innumerables las obras escritas sobre esta ley. No obstante, los trabajos realizados se enfocan en otros aspectos bien distintos a los que se pueden apreciar desde el Análisis Económico del Derecho. Por ejemplo, mucho se ha escrito tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sobre la constitucionalidad de la LRT en cuanto no permite a los trabajadores reclamar ante la justicia laboral una reparación por los daños sufridos en su ámbito de trabajo, lo cual parece una violación al principio constitucional de acceso a la justicia. Esta discusión se ha centrado principalmente alrededor del Fallo “Castillo”² de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. También grandes discusiones ha suscitado la constitucionalidad de la disposición de la LRT que limita la responsabilidad civil del empleador en cuanto a los montos de las indemnizaciones que debe pagar

² "Castillo, Ángel Santos c. Cerámica Alberdi S.A.", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/09/2004.

a sus trabajadores dañados, tal como quedó plasmado en el fallo “Aquino”³, también del máximo tribunal. No obstante, no se han interesado los juristas por discutir acerca de la manera en que la LRT ayuda a prevenir daños y de qué manera, ni acerca de la distribución que la LRT hace de los costos generados, ni tampoco acerca de los costos administrativos que implica el sistema.

Dada la imposibilidad de polemizar con juristas, me limitaré luego simplemente a exponer tres observaciones sobre la LRT que surgen claramente al examinarla desde el Análisis Económico del Derecho. Utilizaré como marco teórico central algunos conceptos elaborados por Guido Calabresi, un jurista norteamericano de enorme influencia en el análisis económico del derecho de daños⁴. De acuerdo con el prisma confeccionado por este autor en su célebre obra “The Costs of Accidents” (1970) (traducida al español como “El coste de los accidentes”), surgen a mi criterio tres aspectos de la LRT que deben analizarse; a saber; (1) el rol de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo como “mejor reductor de costos”, (2) la distribución que la LRT hace de ciertos costos generados por los daños laborales entre los actores involucrados y (3) el esquema de costos administrativos generados por la LRT. El trasfondo comparativo, los parámetros contra los cuales evaluaré a la LRT, está compuesto por dos regímenes alternativos: por un lado se comparará a la LRT con el sistema de reparación de daños del derecho civil, también conocido como “derecho común”, que emana de las disposiciones del Código Civil, y por otro lado también se hará el contraste con el régimen de la ley 9.688. Esta última norma reguló los riesgos del trabajo en la Argentina desde su sanción en 1915 hasta que fue reemplazada por la ley 24.028 en 1991. Esta última ley “...reemplaza a la ley 9.688, con algunas importantes modificaciones pero conservando el espíritu de esta última. El eje central del sistema continúa siendo la responsabilidad objetiva” (García Rapp 1992). Luego, dada la similitud de ambas normativas en sus aspectos esenciales, me referiré a ambas conjuntamente como “régimen de la ley 9.688” que se extendiera desde 1915 hasta 1995, año en que fue sancionada la LRT.

Vale la pena dejar en claro en esta instancia que, atento los recursos disponibles para desarrollar el presente trabajo, el análisis se llevará a cabo a un nivel conceptual. Con esto me refiero a que, al

³ Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/09/2004

⁴ Con su obra “The Costs of Accidents” New Haven, Yale University Press, 1970, (traducida al español como “El coste de los accidentes”), Guido Calabresi sentó las bases del análisis económico del derecho de daños. También escribió otras obras de gran importancia como “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: A View of the Cathedral” (con Douglas Melamed), Harvard Law Review, vol. 85, 1972 (artículo que Ward Farsworth, en “The Legal Analyst”, Chicago, The University of Chicago Press, 2007, p. 188, describe como “tal vez el artículo jurídico más famoso jamás escrito”); y “Towards a Test for Strict Liability in Torts” (con Jon Hirschoff), Yale Law Journal, vol 81, n° 6, 1972. Sobre la importancia de Calabresi en el contexto del Análisis Económico del Derecho, véase “Mercurio & Medema, Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism”, Princeton, Princeton University Press, 1997. (Grosman 2011).

no contar con suficientes datos cuantitativos que permitan comparar las distintas métricas de los distintos sistemas, procedo a estudiar estas normas como esquemas de incentivos que de ser aplicados en forma consistente y regular, es de esperarse que generen ciertos resultados. Luego, de la comparación de estos resultados esperables, se extraen algunas conclusiones. Para abandonar este plano “conceptual” e investigar la manera en que los sistemas de reparación de riesgos del trabajo terminan funcionando en la realidad, necesitaríamos tener acceso a información que no está disponible. Por ejemplo, necesitaríamos saber la cantidad de siniestros laborales que se producían antes de la sanción de la LRT y la cuantía de los daños generados, para evaluar la evolución de estas cifras con la nueva legislación, pero en el sistema de la ley 9.688 no era obligatorio denunciar los siniestros acaecidos. Asimismo, los sistemas de la ley 9.688 y de “derecho común” no cuentan con un registro de datos a nivel nacional en el cual se pueda apreciar cuántos reclamos iniciaron los trabajadores por daños laborales, los montos de estos reclamos, ni los gastos que se generan al procesarlos, de manera que la apreciación cuantitativa del fenómeno implicaría un costoso proceso de recopilación de datos que se encuentra fuera del alcance de las posibilidades de esta investigación. Como única excepción al análisis conceptual del esquema de incentivos de las normas, y a modo de nota de color, sí haré una pequeña observación sobre cierta información disponible en la agencia estatal destinada a los riesgos del trabajo en la actualidad.

Marco teórico

El Análisis Económico del Derecho

El Análisis Económico del Derecho nos invita a evaluar las normas a partir de sus consecuencias, pensándolas como incentivos para condicionar la conducta de los actores sociales. La propuesta consiste en evaluar la eficiencia de las normas no tanto desde lo que parece “justo” o ajustado a las garantías constitucionales en casos particulares, sino analizando la medida en que una determinada regulación genera incentivos para alcanzar una asignación de recursos más deseable desde una perspectiva general. En el Análisis Económico del Derecho juega un rol fundamental el valor de la eficiencia. En la definición de este concepto no entro en el debate sobre los distintos tipos de eficiencia, sino que simplemente sigo a Ward Farnsworth que, en su obra *The Legal Analyst*, equipara la eficiencia a la eliminación de cualquier desperdicio, lo que, creo yo, es equivalente a evitar pérdidas innecesarias (Farnsworth 2007).

Siguiendo con la obra de Farnsworth, *The Legal Analyst*, tomemos de la misma un clásico ejemplo que ilustra el punto de la mirada “ex ante” que propone el Análisis Económico del Derecho.

Supongamos que un ladrón entra a un banco y toma a una mujer de rehén. Supongamos que el ladrón apunta su arma a su rehén en la cabeza y le pide al cajero del banco que le dé todo el dinero disponible amenazándolo con que si no lo hace disparará su arma. Supongamos que el cajero no obedece la orden del ladrón y éste efectivamente descarga su arma como había adelantado. Supongamos que la familia de la rehén inicia una acción judicial contra el banco reclamando una indemnización por su muerte. Desde una perspectiva “ex post”, es decir, discutiendo acerca de lo sucedido, lo cual sería lo usual en el ámbito del derecho ya que tanto los abogados del caso como el juez buscarían una solución “justa” al caso concreto, probablemente nos inclinaríamos a condenar al banco a indemnizar a la familia por la muerte acaecida. Los argumentos podrían ser variados, pero en general nos parecería “justo” que la familia sea indemnizada por la muerte. No obstante, el Análisis Económico del Derecho, tomando una perspectiva más general y “ex ante”, es decir, no desde la intención de “hacer justicia” en el caso concreto sino considerando una norma de alcance general que conduzca a resultados más eficientes en el futuro, podría decir que es mejor no pagar ninguna indemnización a la familia, de manera que los bancos ordenen a sus cajeros no entregar dinero a ladrones aunque éstos amenacen con matar rehenes, y de esta manera evitar que los ladrones sigan matando rehenes en la medida en que se den cuenta de que ello no les proporcionará beneficios económicos.

Con este ejemplo queda claro que el Análisis Económico del Derecho analiza las normas abandonando el universo bilateral que se plantea típicamente en los casos judiciales y propone una mirada más general y consecuencialista del ordenamiento jurídico. Asimismo, queda en claro el alcance del Análisis Económico del Derecho en cuanto a que, si bien no nos puede proporcionar por sí sólo una solución definitiva a los problemas jurídicos, sí nos proporciona un punto de vista particular para tener en cuenta. Como señala Richard Posner, si bien un economista no puede decirle a la sociedad si debería limitar los robos, el economista sí puede demostrar que sería ineficiente permitir el robo ilimitadamente, y así clarificar el conflicto de intereses mostrando cuanto de un valor (eficiencia) debe ser sacrificado para alcanzar otros (*Posner 1992*).

Metas y submetas de un sistema de reparación de daños

Dentro del ámbito del Análisis Económico del Derecho, el jurista norteamericano Guido Calabresi propone una mirada a uno de los problemas sociales que más costos y litigios genera tanto en nuestro país como en muchos otros. El marco teórico que emana principalmente de su libro “The Costs of Accidents” nos propone analizar esta problemática considerando que, teniendo en cuenta

los intereses de la sociedad en su conjunto, se plantean dos metas a tener en cuenta en relación con la manera en que un ordenamiento jurídico regula el tema. La primera meta consiste en que el sistema sea “justo”, y la segunda consiste en reducir la suma de los costos de los daños y los costos de las medidas de prevención. Con respecto a la segunda meta, observa que se generan tres “submetas”, a saber; (1) queremos que se generen la menor cantidad de costos “primarios”, entendiendo por ello los costos de las medidas de prevención sumados a los que se generan directamente al acaecer un accidente o eventualidad dañosa, (2) queremos reducir los “costos secundarios” o “sociales” teniendo en cuenta que la manera en que los costos “primarios” sean distribuidos entre distintas personas y en distintos períodos de tiempo puede mitigar o agravar la carga que se le impone a quien debe soportar la pérdida generada, y (3) queremos reducir también los costos “terciarios”, entendiendo por ellos los costos administrativos que se generan a partir de la regulación. Veamos cada uno de estos aspectos y objetivos en mayor detalle.

Uno de los objetivos centrales y más problemáticos de los sistemas de reparación de daños es el de “justicia”. Queremos que el sistema sea “justo”, pero a la vez es muy subjetivo y elusivo el contenido concreto de lo que hace que algo sea justo. Aún así, las concepciones de lo que es “justo” nos plantean restricciones al momento de evaluar o adoptar sistemas de prevención y reparación de daños que puedan llegar a generar situaciones que nos parecen claramente disvaliosas. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha impugnado varios aspectos de la LRT por violar garantías constitucionales, lo cual ha generado intensos debates sobre lo “justo” del sistema, no obstante, en el presente trabajo dejo en gran medida de lado la discusión sobre estos aspectos de la regulación para observar en cambio la medida en que la LRT procesa los costos que generan los daños laborales.

El segundo objetivo del sistema consiste en reducir lo más posible la suma de los costos de los daños y las medidas de prevención. La primer submeta en este sentido consiste en reducir los costos “primarios”, dentro de los cuales quedan comprendidos aquellos costos que se generan en la prevención de los daños como así también aquellos que se generan en forma directa por el mismo acaecimiento del accidente de trabajo o la enfermedad profesional. Podemos incluir en esta categoría al daño físico del trabajador, el sufrimiento, el daño espiritual, los salarios caídos y la productividad perdida. En los términos del derecho civil, estaríamos hablando del daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, sumando también los costos de las medidas de prevención.

La segunda submeta dentro del esquema de Calabresi hace referencia a los “costos sociales” o “secundarios”, y consiste en lograr un nivel deseable de distribución de los costos generados por los daños. Los accidentes y las distintas eventualidades dañosas generan infinidad de costos que como sociedad debemos decidir si “los dejamos donde cayeron”, o sea que dejamos que la persona que haya sufrido el daño cargue por sí sola con la pérdida, o si, en cambio, se los asignamos a distintos actores a fin de satisfacer ciertos objetivos. En este sentido habrá dos tipos de consideraciones; en primer lugar la distribución de los costos entre más o menos personas a través de un período más largo o más corto de tiempo; y en segundo lugar consideraciones de “bolsillo profundo”, o sea, fijarse en si la persona que debe soportar los costos tiene más o menos recursos de manera que se verá afectado en mayor o menor medida por la pérdida. Aquí es importante el concepto de “utilidad marginal decreciente del ingreso”, según el cual los ingresos van generando menor utilidad al ir aumentando, es decir, a una persona sin ningún ingreso, ganar (o perder) \$100 le puede generar una cierta utilidad, pero esos mismos \$100 le generan una utilidad menor a otra persona que ya tiene ingresos por \$10.000.

Dentro de esta consideración, también se deben tener en cuenta los incentivos que se crean al distribuir los costos. El sistema más distributivo sería que el Estado pagara todos los costos de los accidentes de trabajo con las rentas generales. De esta manera, se distribuirían entre toda la población económicamente activa del país. No obstante, esta medida si bien puede ser eficiente desde el punto de vista distributivo, puede ser pésima vista desde los incentivos que se generan en los “costos primarios”, ya que, dejando de lado consideraciones éticas y morales del ámbito personal en cuanto al valor de no dañar a un tercero, no habría mayores incentivos para gastar dinero ni tiempo en prevenir daños a terceros cuya reparación no se debería pagar. La distribución de los costos sería óptima, pero el sistema sería pésimo desde el punto de vista de los incentivos.

Con respecto a los costos “terciarios”, la submeta consiste en reducir los costos administrativos del sistema, pudiéndose incluir dentro de esta categoría los salarios de los funcionarios públicos avocados a dirimir controversias sobre daños (típicamente los jueces y empleados judiciales), como así también de los abogados, peritos, y empleados de aseguradoras, entre otros. Esta consideración nos obliga a preguntarnos hasta qué punto es deseable un sistema de riesgos que si bien satisface en alguna medida las metas de reducir los costos primarios y lograr un nivel de distribución de costos aceptable, genera costos de administración tan altos que los otros beneficios del sistema terminan eclipsados.

De esta manera ha quedado expuesto a grandes rasgos el marco teórico elaborado por Calabresi. Para el desarrollo del presente trabajo, dejo de lado la problemática de la “justicia” del sistema, es decir que no entraré en la discusión acerca de si el sistema de la LRT es más o menos “justo” que otros sistemas. En cambio, sí tomaré la manera en que se nos invita a pensar los costos de los accidentes, esto es, dividiéndolos en “primarios”, “secundarios” y “terciarios”, a fin de evaluar la manera en que la LRT satisface en mayor o menor medida los objetivos que se plantean en estos tres planos.

Los daños laborales.

Me referiré a través del trabajo a los daños laborales como a aquellos que se generan en la integridad psicofísica de los trabajadores como resultado de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. El artículo 6 de la LRT define a los accidentes de trabajo como *“...todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo, siempre y cuando el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo.”* Con respecto a las enfermedades profesionales, el mismo artículo 6 de la LRT establece que se considerarán como tales a las enfermedades que se incluyen en un listado elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional que identifica para cada enfermedad listada el agente de riesgo, los cuadros clínicos, la exposición y las actividades capaces de determinarla. Asimismo, se establece que puede llegar a considerarse enfermedad profesional a aquella que, si bien no se encuentra en el listado, ante petición del trabajador o sus derechohabientes, la Comisión Médica Central (órgano administrativo dependiente del PEN integrado por médicos) determine como provocada por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo. Por último, vale dejar en claro que quedan excluidos tanto de las prestaciones de la LRT como del objeto de estudio de este trabajo las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo generados por dolo del trabajador o por fuerza mayor ajena al trabajo.

Parte 1

El rol de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo como “mejor reductor de costos”

La prevención de los riesgos del trabajo tiene su primer fundamento normativo en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional al establecer que *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas...”*. En este primer

apartado evaluaremos de qué manera la LRT genera incentivos para que se materialice este derecho constitucional. Dentro de los conceptos desarrollados por Calabresi en el tratamiento de los costos primarios de los daños, nos encontramos con la figura del “mejor reductor de costos⁵”. Se trata, a grandes rasgos, de la persona que, ante una eventualidad dañosa, pudo haber evitado el daño de la forma más barata o eficiente. Aplicando este concepto al sistema de la LRT nos encontramos con que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo se ajustan en gran medida a este concepto desarrollado en un plano meramente teórico.

El concepto del “mejor reductor de costos”

Típicamente, ante el acaecimiento de un daño se busca asignar la responsabilidad por los costos generados a alguna de las partes involucradas a través de algún factor de atribución preestablecido. Por ejemplo, el “derecho común” que emana de las disposiciones del Código Civil, nos conduce a identificar algunos factores de atribución de responsabilidad como ser haber actuado negligentemente o ser el dueño o guardián de la cosa riesgosa que provocó el daño. Calabresi, en cambio, nos propone hacernos otras preguntas; ¿quién pudo haber evitado ese daño de la forma más barata?, ¿quién pudo haber evitado ese daño más fácilmente? La persona que surja de responder estas preguntas será el “mejor reductor de costos” (en adelante, MRC).

Antes de adentrarnos en el desarrollo del concepto de MRC, veamos cuál es la instancia en la cual actúa. Planteada una actividad riesgosa, como sociedad tenemos dos herramientas básicas para evitar que los daños se generen y/o para mitigar su gravedad. Por un lado podemos tomar colectivamente la decisión de aplicar una regulación que prohíba la actividad riesgosa: esto es lo que Calabresi llama la “disuasión específica⁶”. La otra alternativa consiste en permitir que las actividades riesgosas se desarrollen “libremente”, dejando que cada actividad pague por los daños que genera y luego sólo continúen desarrollándose aquellas cuyos beneficios económicos sean mayores a los costos que genera (incluidos los costos de los daños). Esta última opción es denominada “disuasión general⁷”.

La legislación sobre riesgos del trabajo argentina, como casi todas las legislaciones sobre riesgos, utiliza ambas herramientas. Dentro de la regulación se establecen varias prohibiciones en cuanto a las condiciones de trabajo. Por dar un ejemplo, no se permiten jornadas de trabajo de más de seis horas en establecimientos que se consideran insalubres; no se deja la decisión en manos del

⁵ Mi traducción del término “least cost avoider”.

⁶ Mi traducción del término “specific deterrence”.

⁷ Mi traducción del término “general deterrence”,

“mercado”, es decir que no se permite que trabajador y empleador negocien jornadas eventualmente más extensas, sino que directamente se prohíben. Luego, una vez prohibidas las actividades o condiciones que se consideran tan indeseables que ni siquiera se permite su existencia, se establece una regulación sobre seguridad e higiene en el trabajo, fundamentalmente en la ley 19.587 (Ley de Higiene y Seguridad) y sus normas complementarias como, por ejemplo, el decreto reglamentario 351/79. Establecido el marco legal, se deja que cada industria y cada establecimiento desarrolle su actividad bajo un sistema de control que verifique que se respeten las prohibiciones pero al mismo tiempo sabiendo que se generarán daños a los trabajadores, los cuales serán procesados a través de un sistema que determinará: la modalidad de prevención, la forma en que los costos serán distribuidos entre distintas personas, y los recursos que se destinarán a administrar toda esta regulación. La figura del MRC aparece como aquel actor que, a la hora de determinar la manera en que el sistema trabajará sobre la prevención de aquellos daños que previsiblemente se generarán, debe tenerse especialmente en cuenta ya que podrá hacerlo de la manera más barata.

Aclarado el ámbito de acción del MRC, veamos sus características. En primer lugar queremos que el MRC actúe como si fuese el “único dueño” de todos los intereses en juego ya que al preguntarnos acerca del actor que puede evitar cierto daño de la forma “más barata”, estamos considerando los costos y beneficios de todos los actores involucrados. Veíamos que dentro del Análisis Económico del Derecho juega un papel importante el valor de la eficiencia, entendida como la búsqueda de eliminar las pérdidas o los desperdicios. En principio nadie quiere generar desperdicios en la medida que sean propios, pero sí encontramos que distintos actores están dispuestos a generar pérdidas en los demás si eso le puede significar ganancias propias (Farnsworth 2007). En este sentido, un sistema de responsabilidad por daños se enfrenta con el desafío de que alguien vele por los intereses generales, internalizando todos los costos de manera que tenga los incentivos para tratar de reducirlos, tomando en cuenta los costos de las medidas de prevención y los costos de los daños que pueden sucederse. En este punto se debe hacer mención a que puede resultar incómodo comparar costos de medidas de prevención (en el ámbito laboral podría ser un casco, una faja lumbar, un protector visual o cualquier dispositivo de protección personal) con el dolor que le puede generar a una persona sufrir un accidente o una enfermedad. No obstante, esto es lo que hace cualquier persona en su vida cotidiana al tomar medidas de prevención razonables sin dejar de tomar ciertos riesgos como puede ser mismo salir a la calle, manejar un auto o condimentar la comida con sal. Como afirma Farnsworth, “*Pocas personas son*

*absolutistas en sus propias vidas; todos tratan de alcanzar un balance entre seguridad y economía. La ley no pide más que esto mismo. Sólo insiste en que el balance incluya los intereses de los otros además de los propios*⁸ (Farnsworth 2007). Luego, queremos que el MRC actúe razonablemente intentando alcanzar un balance razonable que contemple todos los riesgos, pérdidas y beneficios que interactúan.

Este balance razonable entre los costos de las medidas de prevención y los costos por los potenciales daños puede ilustrarse con el siguiente ejemplo. Supongamos que existe un 10% de probabilidad de que suceda un accidente que genera costos por \$1.000 y que puede evitarse tomando medidas de prevención que tienen un costo de \$80. Como sociedad nos conviene que esas medidas preventivas sean llevadas a cabo ya que su costo es inferior al costo del accidente multiplicado por la probabilidad de que ocurra ($\$80 < \$1.000 \times 0,1 = \$100$). En este caso, tomando la medida de prevención, se preservará la riqueza agregada en \$20. Desde esta perspectiva nos es indiferente quién pague por la prevención, ya que mirando los números agregados, estaremos conservando esos \$20 independientemente de quién sea la persona que efectivamente pague esos \$80, de manera que tomar la medida preventiva es eficiente para la sociedad en su conjunto, y también lo será para la persona que actúe como un “único dueño” de todos los intereses en juego.

Luego, en un escenario de información plena para todos los actores y costos de transacción nulos, como sociedad podríamos implementar un sistema de reparación de daños que asigne la responsabilidad objetiva a cualquier persona para que actúe como “único dueño” ya que, dados los incentivos que se le presentan, siempre tomará las medidas preventivas eficientes, es decir, las que tienen un valor inferior al daño esperado que se genera si no son llevadas a cabo. Esta persona responsabilizada tendrá dos opciones, o no toma las medidas de prevención y se asegura de recibir próximamente una factura por \$100, o paga \$80 y se asegura no recibir esa factura por \$100. De esta manera, actuando racionalmente, siempre tomará la medida de prevención para ahorrarse \$20. No obstante, sabemos que no todos los actores sociales están en las mismas condiciones, y luego debemos fijarnos en las personas que cuentan con la información suficiente y la capacidad de transacción adecuada como para llevar a cabo esas medidas preventivas al más bajo costo. Asimismo, al elegir al MRC debemos prestar atención a los costos administrativos, ya que si encontrar a esa persona o asignarle la responsabilidad es demasiado costoso, luego conviene elegir a otra persona.

⁸ Mi traducción del siguiente pasaje: *“Few people are absolutists in their own lives; everyone tries to strike a sensible balance between safety and economy. The law does not ask for more. It just insists that the balance include the interests of others as well as oneself”*

También es deseable al identificar al MRC buscar el máximo grado de “internalización” posible que sea consistente con los otros requisitos que debe reunir. Por ejemplo, contemplando la problemática de los accidentes de tránsito, podemos analizar si los peatones o los conductores son los MRC, pero asignar la responsabilidad a los fabricantes de televisores cargaría sobre esta industria unos costos que no genera y les quitaría a los peatones y conductores un costo en cuya generación sí están involucrados. Como resultado, estaríamos desincentivando la fabricación de televisores e incentivando los riesgos del tránsito, lo cual conduce a resultados indeseables. En este sentido, siempre que se asigne al Estado actuar como MRC sin discriminar el origen de los fondos con los cuales se trabaja en la prevención de ciertos riesgos, y luego pagando con las rentas generales los costos generados por los riesgos de una actividad particular, esos costos dejan de ser costos de esa actividad específica y pasan a ser costos de vivir en general, ya que todos los contribuyentes cargaran con ellos. Luego, queremos que el MRC internalice los costos de los daños de manera que la actividad riesgosa pague por los daños que genera y sólo se continúe desarrollando en la medida que sea más beneficiosa que perjudicial, es decir que genere más beneficios económicos que pérdidas.

Lo particular de esta figura consiste en que, si bien en gran medida se puede llegar a terminar responsabilizando a la misma persona que responsabilizaríamos en los términos de los factores de atribución “clásicos”, el motivo por el cual se le asigna responsabilidad pasa por consideraciones de eficiencia económica, entendiendo por ello una asignación de recursos que genera más beneficios que costos para la sociedad en su conjunto, evitando de esta manera el “desperdicio”. Tomemos como ejemplo un caso en el cual un tren atraviesa una zona en la cual los vecinos eventualmente se divierten tirando piedras a los trenes, lo cual genera daños a los pasajeros. Analizando el problema desde los valores agregados, podemos evaluar distintas soluciones. Podríamos responsabilizar a los pasajeros por no cerrar sus ventanillas, pero supongamos que la experiencia nos dice que los pasajeros igualmente continuarán bajando sus ventanillas al no poder evaluar correctamente los riesgos que corren, de manera que los daños físicos seguirán generándose. Podríamos responsabilizar a los vecinos de la zona que tiran piedras, pero supongamos que es altamente improbable que la policía pueda llegar a encontrar a los revoltosos, y aún si los encontrara, ellos serían insolventes, de manera que los costos de los daños quedarían en cabeza de las víctimas. Finalmente, podríamos responsabilizar a la empresa dueña de los trenes, y nos encontraríamos con que es la mejor posicionada para evitar el daño ya que no solo tiene perfecto conocimiento de los riesgos sino que además puede instalar ventanillas que los pasajeros no

pueden abrir, las cuales tienen el mismo costo que las que sí se pueden abrir. De esta manera, como sociedad vemos que responsabilizando a los pasajeros se generan costos primarios, responsabilizando a los revoltosos se generan costos administrativos, y responsabilizando a la empresa ferroviaria se llega a la solución más eficiente que evita la eventualidad dañosa sin costo alguno. En este caso, la empresa ferroviaria es el MRC.

El escenario de prevención de los daños laborales

Había adelantado que las ART cumplen en gran medida con este rol de MRC en el ámbito de la prevención de los daños laborales. Como lo sugiere el mismo término, para evaluar si un actor es el “mejor” reductor de costos, debe apreciarse comparativamente con los demás potenciales candidatos. Veamos entonces el escenario en el cual han sido llamadas a actuar las ART, y particularmente observemos los distintos actores involucrados, sus capacidades, y las obligaciones legales que se les han impuesto para recién luego estudiar los incentivos que se les pueden plantear a través de un sistema de regulación de riesgos.

En primer lugar, un nivel básico y constante de prevención puede presumirse por parte de los trabajadores ya que siempre tomarán todas las medidas preventivas a su alcance por su interés personal en preservar su integridad psicofísica. Siendo éste su incentivo más importante, es razonable prever que siempre cuidarán su salud más allá de la legislación sobre riesgos vigente. Además, los trabajadores también están obligados legalmente a cumplir con las normas de higiene y seguridad de acuerdo a lo establecido en el artículo 10 de la ley 19.587, el artículo 31 de la LRT y el artículo 30 del decreto 170/96 (reglamentario de la LRT).

Por el lado de los empleadores, también podemos suponer que actuarán diligentemente en la prevención de daños por el simple deber moral de “no dañar al otro”, como así también por el interés en evitar disminuciones en su producción. Asimismo, la ley 20.744, Ley de Contrato de Trabajo (LCT), impone a los empleadores el deber de tomar las medidas preventivas a su alcance de acuerdo con el “deber de seguridad del empleador” establecido en su artículo 75. La obligación de seguridad del empleador “...evoca al cúmulo de acciones exigibles al empleador para tutelar la integridad psicofísica de cada uno de los trabajadores que dependen de él” (Ackerman 2007). El fundamento de esta obligación radica en que, a través del contrato de trabajo, el trabajador se subordina a su empleador y la LCT otorga a éste facultades de dirección (Art 65), de modificar las formas y modalidades de trabajo (Art 66) y de disciplina (Art 66). Teniendo el empleador tales facultades legales, surge claramente la responsabilidad de ejercerlas asegurándose que el

cumplimiento de las labores no perjudique al trabajador en su salud psicofísica. Asimismo, el artículo 8 de la ley 19.587 establece que *“Todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores...”*.

Típicamente, el escenario también cuenta con una agencia estatal destinada a controlar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad. En el caso de la LRT, al ser sancionada, creó la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), una entidad autárquica que actúa en la órbita del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. No obstante, al haber la SRT absorbido las funciones y atribuciones de la anterior agencia, la Dirección Nacional de Salud y Seguridad en el Trabajo, no es significativo el cambio que la LRT ha introducido en cuanto al aporte estatal a la prevención de riesgos laborales. A modo ilustrativo, en su artículo 36 la LRT le asigna a la SRT las funciones de *“... a) Controlar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo pudiendo dictar las disposiciones complementarias que resulten de delegaciones de esta ley o de los decretos reglamentarios, b) Supervisar y fiscalizar el funcionamiento de las ART, c) Imponer las sanciones previstas en esta ley, ... f) Mantener el Registro Nacional de Incapacidades Laborales...”*, entre otras.

Planteada la situación en estos términos, nos encontramos con tres actores trabajando sobre la prevención de riesgos laborales: los trabajadores, los empleadores y las agencias estatales. A partir de este escenario “permanente”, que es independiente en gran medida de las particularidades de la legislación sobre riesgos del trabajo vigente, la aplicación de distintos sistemas de prevención y reparación de daños pueden empezar a marcar diferencias en cuanto a los incentivos planteados a los actores privados para una mayor reducción de costos primarios. No obstante, en este punto dejamos ya de lado el estudio del accionar de la agencia estatal ya que al no tratarse de un agente privado que busca maximizar su beneficio personal y, al estar constituida como entidad de bien público con el objeto de observar el cumplimiento de la normativa en higiene y seguridad en el trabajo, su accionar debería ser en gran medida independiente de los incentivos económicos que se planteen y debería cumplir con su cometido más allá de cualquier sistema de responsabilidad por daños laborales que se implemente.

La aplicación de un sistema de “derecho común” hace en gran medida responsable al empleador por todos los daños sufridos por sus trabajadores en su establecimiento, recordemos que pesa sobre su cabeza el “deber de seguridad” establecido por la LCT. Ante una eventualidad dañosa, el

trabajador podría acceder a una reparación plena (es decir, de acuerdo a la apreciación de un juez, sin ninguna restricción) por su incapacidad probando en una acción judicial que existió una actitud negligente por parte de su empleador o que el daño se produjo por el riesgo o vicio de la cosa riesgosa (que pueden ser las máquinas con las que se trabaja, cualquier herramienta o hasta el establecimiento y la actividad en sí misma). Luego, demostrado este factor de atribución, el empleador deberá pagar todos los costos de las incapacidades generadas. En este sentido, la implementación de un sistema de responsabilidad por riesgos del trabajo de estas características aumentaría al máximo los incentivos para que los empleadores tomen la mayor cantidad de medidas de prevención posibles a fin de que su “cosa riesgosa” (en términos generales, su establecimiento) no genere daños y a fin de que no se les pueda atribuir una actitud negligente.

El régimen de la ley 9.688 no modificaba sustancialmente estos incentivos. Se trataba de un sistema de “opción con renuncia”. El trabajador dañado tenía la opción de reclamar una reparación plena en los términos del derecho civil o reclamar una reparación tarifada en los términos de la ley 9.688, para lo cual no necesitaba probar la causalidad del daño sufrido con su trabajo. Una vez planteado el reclamo por una de las dos vías, la otra quedaba vedada. Luego, el empleador tenía los incentivos para tomar la mayor cantidad de medidas de prevención posibles dada la posibilidad de que el trabajador dañado accionara en los términos del derecho común, lo que implica no solo una reparación plena y no tarifada, sino además un proceso judicial más costoso que debe pagar el vencido de acuerdo al principio procesal que así lo establece⁹. Optimizando las medidas de seguridad, el empleador podía procurar eximirse de culpa ante un eventual proceso civil de manera que disminuía la probabilidad de que se le endilgaran estos factores de atribución y luego el trabajador tuviera más incentivos de accionar en los términos de la ley especial, que otorgaba una indemnización tarifada, más previsible y reducida, y a través de un proceso menos costoso.

Ambos sistemas otorgan a los empleadores la posibilidad de contratar un seguro para responder por las indemnizaciones reclamadas por los trabajadores. Vistos desde el punto de vista de los incentivos, los seguros “genéricos”, o sea, compañías de seguro que cobran una cuota mensual a los empleadores para luego cubrir las indemnizaciones reclamadas por los trabajadores, no alteran sustancialmente los incentivos para adoptar medidas de prevención, sobre todo si la cuota no está determinada por el nivel de siniestralidad del empleador, lo cual es obligatorio bajo el régimen de la LRT pero no lo es bajo los regímenes del “derecho común” ni de la ley 9.688. De hecho, con

⁹ Artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y equivalentes.

respecto al régimen de la ley 9.688, dice García Rapp que *“...la realidad del mercado asegurador, y la evolución doctrinaria y jurisprudencial que estaba teniendo el régimen, no incentivaban la aplicación de medidas de prevención”* (García Rapp 1992). Lo que sí se puede prever es la aparición de algún “riesgo moral”, es decir, el riesgo de que el empleador, una vez asegurado, disminuya las medidas de prevención al estimar menos costosas las eventuales indemnizaciones por daños ya que la compañía aseguradora respondería por las mismas.

Las ART

La LRT fue sancionada en 1995 e implementó un sistema de responsabilidad por riesgos del trabajo que se diferencia esencialmente de su antecesor, el régimen de la ley 9.688, en que éste era de corte netamente reparador, mientras que la nueva regulación hace un fuerte hincapié en la prevención. De hecho, al establecer el primer artículo de la LRT los objetivos de la norma, pone en primer lugar *“Reducir la siniestralidad a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo”* y recién en segundo lugar *“Reparar los daños”*. Esto es un gran mérito del sistema ya que “puso en la agenda” del sistema de responsabilidad por daños laborales el factor preventivo, que antes se encontraba ausente.

Hasta ahora apreciamos básicamente los tres actores típicos - los trabajadores, los empleadores y la agencia estatal y vimos que los sistemas de derecho común y de la ley 9.688 podían aumentar o disminuir los incentivos de estos actores en cierta medida. La LRT altera sustancialmente esta situación al introducir un cuarto actor trabajando en el área de prevención, las ART. Se trata de empresas aseguradoras que en parte conservan sus funciones típicas al cobrarles a los empleadores una cuota mensual por cada trabajador a cambio de la cual les entrega una cobertura por las indemnizaciones que se deban pagar por los daños laborales acaecidos. No obstante, además de esta función básica, la forma en que la LRT regula su funcionamiento y sus responsabilidades convierten a la ART en un novedoso MRC. Tal como las define, al crearlas, la LRT, el único y exclusivo objeto de las ART consiste en gestionar las prestaciones y demás acciones que establece la propia LRT, de manera que se trata de empresas especializadas en la materia. De la manera en que han sido concebidas, las ART cumplen importantes funciones en la prevención de riesgos laborales actuando conjuntamente con los trabajadores, los empleadores asegurados y la SRT. La LRT regula las facultades y el funcionamiento de las ART de manera que éstas terminan ostentando un poder de policía cuasi estatal en la prevención de riesgos laborales. Veamos las disposiciones que conducen a esta conclusión.

Ya desde el inicio de su articulado, la LRT les asigna a las ART la obligación *“de adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo”* (Artículo 4.1 LRT), junto con los trabajadores y los empleadores. Si bien se trata de un enunciado genérico, es importante ya que deja en claro que se requiere de las ART una actitud proactiva en la reducción de la siniestralidad. En esta misma dirección, el artículo 19 del decreto reglamentario 170/96 establece que *“Las aseguradoras deberán realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo”*. Luego, el rol que se les asigna no es el de solamente intervenir una vez consumado el daño pagando las indemnizaciones que correspondan, tal como funcionaban las aseguradoras bajo el régimen anterior, sino que se les exige que actúen en primer lugar en el momento anterior al de la consumación de la pérdida, de manera de intentar evitarla con diligencia. De hecho, la LRT establece que las ART tendrán un *“protagonismo central”* en la política de prevención de riesgos.

En principio, la LRT obligaba a las ART a diseñar un *“Plan de Mejoramiento”* junto con los empleadores en el momento de firmar el contrato mediante el cual les otorgaba cobertura. El fin del plan era adecuar los establecimientos a la normativa vigente en materia de seguridad e higiene en un plazo máximo de 24 meses. Esta normativa fue luego eliminada por el decreto 1278/2000 y reemplazada por el régimen de acciones intensivas de prevención para las llamadas *“empresas o establecimientos críticos”* (luego reglamentado bajo el nombre de empresa o establecimiento *“testigo”*), que son aquellos en los que se verifican índices de siniestralidad superiores a los parámetros medios o normales (Ackerman 2007). Este es el régimen vigente en la actualidad, y establece que una vez detectada la empresa o el establecimiento crítico, la ART deberá establecer un plan de acción con el fin de reducir la siniestralidad, que debe incluir la evaluación periódica de los riesgos existentes y su evolución, la definición de las medidas correctivas que deberán ejecutar las empresas para reducir los riesgos y la siniestralidad registrados, deberá llevar a cabo visitas periódicas a fin de controlar el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos del trabajo y del plan de acción elaborado, y elaborar propuestas de capacitación para el empleador y los trabajadores en materia de prevención de riesgos del trabajo. Este plan de acción es supervisado en su formulación y su desarrollo por la SRT, y las ART deben denunciar ante la SRT los incumplimientos por parte del empleador.

En esta misma línea, el artículo 31 de la LRT establece como obligaciones de las ART denunciar ante la SRT los incumplimientos de sus afiliados en cuanto a las normas de higiene y seguridad en el trabajo. También establece que tendrán acceso a la información necesaria para cumplir con las

prestaciones de la LRT y mantendrán un registro de siniestralidad por establecimiento. De esta manera vemos que se les otorgan amplias facultades de control y fiscalización de los establecimientos.

El decreto 170/96, al reglamentar el artículo 31, estableció que las ART deberán brindar asesoramiento y asistencia técnica a los empleadores afiliados en las siguientes materias: determinación de existencia de riesgos y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores, normativa vigente en materia de higiene y seguridad en el trabajo, selección de elementos de protección personal y suministro de información relacionada a la seguridad en el empleo de productos químicos y biológicos. Asimismo, la función de asesoramiento también se encuentra presente en el artículo 14 del decreto reglamentario 1338/96 que determina que en los establecimientos donde el empleador esté exceptuado de disponer de los Servicios de Medicina y Seguridad e Higiene en el Trabajo, la ART deberá prestar el asesoramiento necesario a fin de promover el cumplimiento de la legislación vigente por parte del empleado.

El Artículo 19 del mismo decreto establece que las ART deberán realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo, para lo cual deberán: vigilar la marcha de los planes de mejoramiento, dejar constancia de sus visitas y observaciones, brindar capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos, promover la integración de comisiones paritarias de riesgos del trabajo y colaborar en su capacitación, informar a trabajadores y empleadores sobre el sistema de prevención de la LRT y sobre los derechos y deberes de cada una de las partes, instruir a los trabajadores en los sistemas de evaluación para verificar el cumplimiento del plan de mejoramiento y colaborar en las investigaciones y acciones de promoción de prevención que desarrolle la SRT.

Es también importante destacar que el artículo 20 de la LRT obliga a las ART a otorgar a los trabajadores damnificados prestaciones no solo dinerarias sino que también en especie. Estas últimas no solo tienen un fin reparativo, sino que también evitan el agravamiento de afecciones físicas ya generadas. Las prestaciones en especie incluyen asistencia médica farmacéutica, la provisión de prótesis y ortopedia, y la rehabilitación y recalificación profesional. Las mismas deben ser otorgadas hasta la curación completa del damnificado o mientras subsistan los síntomas incapacitantes. Inclusive, las ART están obligadas a otorgar prestaciones en especie al trabajador que ha sufrido una enfermedad de trabajo o un accidente profesional, aún cuando no se haya generado una incapacidad.

Queda así incluido un cuarto actor en el escenario más “permanente” que veíamos planteado inicialmente. La SRT echó luz sobre los roles y obligaciones de los trabajadores, empleadores y ART en este nuevo escenario, estableciendo: *“Que de acuerdo con el esquema previsto por el sub-sistema de seguridad social adoptado por la mentada ley 24.557, las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo promoverán la prevención, los empleadores recibirán asesoramiento de su aseguradora en materia de prevención de riesgos, manteniendo la obligación de cumplir con las normas de higiene y seguridad, y los trabajadores deberán recibir de su empleador capacitación e información en materia de prevención de riesgos del trabajo, participando activamente en las acciones preventivas.”*¹⁰

De esta manera vemos que a través del articulado de la LRT y sus normas complementarias, se pone en cabeza de las ART la obligación de actuar fuertemente en la prevención de los daños laborales y en el control del cumplimiento de la normativa en Seguridad e Higiene en los establecimientos. No obstante, no debemos perder de vista que las discusiones en el ámbito del Análisis Económico del Derecho giran en gran medida alrededor del problema de los incentivos. Luego, a esta altura de la exposición podríamos preguntarnos, ¿Qué incentivo tienen las ART para prevenir eficazmente los daños laborales independientemente de las sanciones que podrían recibir por no cumplir sus obligaciones legales? La respuesta nos la otorga el artículo 26 de la LRT al establecer que las prestaciones establecidas en la ley estarán a cargo de las ART. Esto quiere decir que las ART deberán pagar “todos” los costos generados por los daños sufridos por los trabajadores. Es importante dejar en claro en esta instancia dos aspectos del sistema, por un lado, no existe la opción para el trabajador dañado de buscar una reparación por los daños sufridos por fuera de la LRT, es decir que solo puede acceder a la reparación que le otorga la ART de su empleador. Por otro lado, la LRT no hace referencia a que deba probarse la relación de causalidad que debe existir entre el daño generado al trabajador y el accidente de trabajo o enfermedad profesional sino que ésta se presume. Las ART tienen una responsabilidad objetiva por los daños sufridos por los trabajadores de sus asegurados y no pueden eximirse de responder por los mismos demostrando haber llevado a cabo las medidas preventivas. Su obligación es de resultados, y no de medios. Las ART siempre “reciben la factura” por los daños laborales.

Las ART, además de tener la obligación legal de actuar diligentemente en la prevención de riesgos laborales y la responsabilidad objetiva de responder económicamente por los daños acaecidos, poseen importantes ventajas que le permiten llevar a cabo la prevención de costos de la manera

¹⁰ Resolución SRT 522/01, párrafo 3° de sus considerandos.

más barata o eficiente. Veíamos que uno de los requisitos esenciales para encontrar al MRC consistía en que éste tuviera la mejor información acerca de los eventos dañosos. Esto surge bastante intuitivamente ya que para poder evitar accidentes y enfermedades laborales es primero necesario saber cuáles son los factores que causan estos problemas para poder anticiparse al daño. En el caso de las ART este requisito se cumple en gran medida ya que por su presencia en distintos establecimientos pueden apreciar el fenómeno siniestral desde una perspectiva más amplia. Si bien podemos asumir que el trabajador empleará su máxima diligencia en conservar su integridad psicofísica, su capacidad de modificar sus condiciones son limitadas, e incluso desde su puesto de trabajo puede llegar a evaluar incorrectamente los riesgos que corre. Por el lado del empleador, también nos encontramos con que la información con la que cuenta acerca de los riesgos que se generan en su explotación, es simplemente la que surge de la historia de su propio establecimiento, no contando con referencias externas.

En contraposición, las ART cuentan con una cantidad de información muy superior que es recopilada de todos los establecimientos asegurados para luego ser procesada en forma más sofisticada y así luego poder apreciar el fenómeno de la siniestralidad de una manera más precisa. En el ámbito de la SRT funciona el *Registro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, un centro de información estadística que cuenta con información detallada antes inexistente. A través del registro se puede apreciar la historia siniestral de cada trabajador, de cada establecimiento e inclusive de cada puesto de trabajo, apreciando las industrias transversalmente. Este centro de información cuenta con todos los registros siniestros de las ART y es utilizado por las mismas para planificar e implementar las medidas preventivas. Claramente se trata de una herramienta fundamental para la prevención de riesgos. Si bien el centro de información funciona en el ámbito de la SRT, de manera que su existencia es independiente de la existencia de ART, es importante tener en cuenta que la LRT ha puesto en cabeza de las ART la responsabilidad objetiva de responder por todos los daños laborales que se generen, de manera que tienen todos los incentivos para que utilice esta herramienta lo más eficientemente posible. Asimismo veíamos que las ART cuentan con facultades de control, fiscalización y coerción cuasi estatales al deber controlar la siniestralidad de los establecimientos y denunciar cualquier incumplimiento, de manera que no sólo cuentan con la información necesaria sino que también con la capacidad de influir en el comportamiento de los distintos actores.

El *Registro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales* es un componente fundamental del sistema de la LRT en cuanto permite a las ART desempeñar el papel de MRC. A fin de valorar

correctamente la utilidad de esta herramienta, vale la pena observar que no todos los sistemas de daños en Argentina cuentan con esta ventaja. Lucas Grosman, al analizar en *“El artículo 1113 y el problema de los incentivos”* el funcionamiento del sistema de responsabilidad objetiva con seguro obligatorio en el ámbito de los accidentes de tránsito en Argentina, afirma que la compañía aseguradora *“... se convierte en algo así como un agente del interés público en materia de prevención”* (Grosman 2009). Fundamenta este argumento en base al plausible comportamiento racional de la aseguradora, que en base a la información siniestral con la que cuenta puede plantear incentivos para sus asegurados a través de los precios de las pólizas a fin de que tomen las medidas de prevención más adecuadas. No obstante, al contrastar el sistema normativo en abstracto con su funcionamiento en la realidad, observa que *“Sin embargo, para que todo esto funcione, es importante que las compañías de seguros cuenten con la mayor cantidad de información posible. La información es un bien público que los aseguradores pueden generar de manera imperfecta. El estado está en mejor posición para reunir esta información y hacerla accesible a un costo bajo. Una de las razones por las que en Argentina las compañías de seguros cumplen las funciones mencionadas solo de manera parcial es que esa información es escasa y poco confiable”* (Grosman 2009). De esta manera vemos que el sistema de la LRT a través del *Registro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales* suple esa falencia de otros sistemas de prevención de daños y permite que las ART tengan las herramientas para trabajar como un agente del bien público.

De esta manera vemos que las ART, más allá de tener la imposición legal y los incentivos económicos para trabajar intensamente en la prevención de riesgos del trabajo, cuentan con herramientas (información, capacidad de transacción) que las posicionan como un MRC. Luego, comparando abstractamente la LRT con los regímenes alternativos que se han implementado históricamente en Argentina, podemos esperar que a través del régimen vigente tanto los trabajadores, como los empleadores, como la sociedad en su conjunto se vean beneficiados económicamente al contar con un nuevo actor en prevención de riesgos del trabajo que cuenta con las facultades y las herramientas para actuar como MRC.

Dicho esto, y si bien la presente investigación se desarrolla en un plano meramente conceptual, no puedo dejar de hacer un comentario sobre los datos estadísticos que la SRT elabora sobre el sistema de la LRT y sobre las discrepancias que se generan al interpretarlos a la luz de la efectividad del sistema de la LRT en materia de prevención de daños. Por tomar dos opiniones encontradas, por un lado, Carlos Marín Rodríguez, asesor legal de la unión de ART, dice sobre el aspecto

preventivo del sistema: “... la ley 24.557 tiene el mérito de haber puesto el tema sobre la mesa, generándose a partir de 1996 una serie de herramientas que han dado resultados concretos de reducción de siniestralidad y, sobre todo, permiten encarar el futuro con optimismo” (Marín Rodríguez 2008). Por otro lado, Horacio Schick, jurista y abogado laboralista con una práctica profesional más orientada a la defensa del trabajador, afirma al evaluar los cambios en los índices de siniestralidad: “Esta comparación permite comprobar el grado importante de ineficiencia del sistema asociado al incremento de la siniestralidad laboral, al cabo de más de doce años de vigencia del mismo” (Schick 2010). Lo curioso es que ambos juristas discrepan tan notablemente sobre la eficacia del sistema haciendo referencia a los mismos datos estadísticos, que son los que se encuentran en el sitio de la SRT¹¹. Al margen de estas opiniones encontradas, al no contarse con datos comparables acerca de los índices de siniestralidad bajo los sistemas alternativos de riesgos del trabajo, ni contarse con un grupo de control que evaluara la eficacia del sistema de la LRT en comparación con otros sistemas bajo las mismas condiciones, es difícil extraer una conclusión unívoca sobre la reducción de la siniestralidad a través de la implementación del sistema. No obstante ello, se mantiene la conclusión de que el diseño de la LRT introduce cuarto actor en la prevención de riesgos laborales que actúa como MRC y que esto es ventajoso en comparación con los otros sistemas implementados anteriormente en nuestro país.

Parte 2

La distribución de los costos de los daños laborales efectuada por la LRT

Habíamos visto que al evaluar un sistema de prevención y reparación de daños estamos interesados no sólo en reducir la generación de costos sino también en apreciar de qué manera los costos generados son distribuidos (o no lo son) entre distintas personas a través de períodos de tiempo más o menos extensos y teniendo consideraciones acerca del nivel de recursos de las personas que terminan cargando con las pérdidas.

En esta segunda parte, primero analizamos las consideraciones de “bolsillo profundo” en el Derecho del Trabajo. Luego apreciamos que, de los costos generados por los daños laborales, algunos entran en el sistema de reparación y distribución de la LRT mientras que otros no lo hacen. Finalmente, veremos de qué manera se distribuyen los costos por los daños laborales que sí se

¹¹ www.srt.gov.ar

procesan a través de la LRT.

El “bolsillo profundo” en el derecho del trabajo

En materia de riesgos del trabajo, las consideraciones de “bolsillo profundo” toman un color particular. Esto no es necesariamente así en otras áreas: si tomamos como ejemplo los accidentes de tránsito, no surge claramente quiénes tienen más recursos, si los automovilistas o los peatones. Pero al referirnos a los riesgos del trabajo, es claro que el empleador muy probablemente tenga mayores recursos que sus trabajadores, ya que el trabajador solo cuenta con su fuerza de trabajo para hacerse de ingresos, mientras que el empleador cuenta con un capital productivo. Esto no es una consideración menor, ya que una pérdida que acarrea un empeoramiento de status social es mucho más dolorosa que una pérdida que no lo hace. En palabras de Calabresi, *“Es cierto que algunos de los peores ejemplos de pobreza provienen de casos de accidentes. Pero sospecho que, aún si la pobreza fuese eliminada por un ingreso mínimo garantizado, todavía encontraríamos como demasiado severos los cambios sociales y económicos que resultan del hecho de que algunos costos de accidentes que no se distribuyen reducen el estándar de vida de la gente de bueno a mínimo.”*¹² (Calabresi 1970). Asimismo, retomando el concepto de “utilidad marginal decreciente del ingreso” y a modo ilustrativo, una pérdida de \$.1000 no produce los mismos efectos en una persona con un ingreso mensual de \$100, que en una persona con un ingreso mensual de \$10.000. Luego, si bien al producirse un daño el monto del daño queda fijo, el sufrimiento generado y la pérdida de valor pueden incrementarse si ese daño inicial debe ser soportado íntegramente por una persona en una posición vulnerable. Asimismo, considerando que están en juego la capacidad de trabajo y, por ende, la única fuente de ingresos del trabajador, la sensibilidad de la parte más débil de la ecuación es muy mayor a la afectación que podría sufrir un empresario de mayores recursos por esa misma pérdida. Observando esta situación como sociedad, las consideraciones de bolsillo profundo parecen ser muy tentadoras, lo cual podría justificar que en el ámbito de riesgos del trabajo, bajo el sistema de la LRT, de la ley 9.688 o del derecho común, el empleador deba responder por los daños laborales salvo situaciones excepcionales como accidentes generados por dolo o culpa grave del trabajador, es decir que el trabajador se haya dañado intencionalmente o como resultado de una grave negligencia o falta de prudencia.

¹² Mi traducción del siguiente pasaje que se encuentra en las páginas 44 y 45 de la edición que cito en la bibliografía del libro “The Costs of Accidents” de Guido Calabresi, : *“It is certainly true tha some of the direst examples of poverty stem from accident situations. But I suspect that even if poverty were eliminated by a guaranteed minimum income, we would still find too severe those social and conomic dislocations resulting from the fact that some unspread accidents costs reduce people from a good to a minimum standard of living.”*

No obstante estas observaciones, debe tenerse en cuenta que las consideraciones de bolsillo profundo pueden generar problemas de incentivos en la reducción de costos primarios ya que asignarle los costos de un daño a una persona sólo por su capacidad económica puede llevar a situaciones ineficientes. Por ello, las consideraciones de bolsillo profundo deben ser tenidas en cuenta como un parámetro para definir situaciones en las cuales no queda claro quién es el MRC, más que como un criterio autónomo de asignación de responsabilidad.

Los costos de los daños laborales que quedan por fuera del sistema de la LRT

Antes de adentrarnos en la apreciación de la manera en que la LRT distribuye los costos generados por los daños laborales, debemos tener en claro que algunos de esos costos quedan por fuera del sistema y, luego, por fuera de su sistema de distribución. Desde su concepción, la LRT tuvo la vocación de ser un subsistema cerrado de reparación de daños, limitando las eventualidades que darían lugar a sus prestaciones. Muchas de las limitaciones iniciales fueron eliminadas, no obstante, persisten aún hoy algunas de ellas, como ser la falta de resarcimiento al daño moral sufrido por los trabajadores ante un daño laboral. Asimismo, con respecto a los daños en la esfera física del trabajador, se procede a indemnizar los mismos a través de un sistema que ha generado fuertes críticas.

La exclusión del daño moral del sistema de reparación de la LRT

De los tres rubros que resultan indemnizables en la esfera del derecho civil, esto es, el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, queda fuera del sistema de reparación de la LRT el último de ellos. Por daño moral nos referimos a la afectación que un accidente de trabajo o enfermedad profesional genera en la esfera espiritual, moral y extrapatrimonial del trabajador. La exclusión de este rubro del sistema de la LRT significa que “queda donde cayó”, o sea que debe soportarlo el trabajador afectado por sí solo sin que los “costos” generados sean monetizados (al menos de manera simbólica) a fin de ser distribuidos entre más actores. Este tratamiento normativo difiere del llevado a cabo por el derecho civil, ya que el daño moral se considera resarcible de acuerdo a lo establecido en el artículo 1.078 del Código Civil. Por su parte, la ley 9.688 no resarcía el daño moral en sus prestaciones específicas, pero sí permitía al trabajador accionar en los términos del derecho común, de manera que el trabajador podía acceder a una reparación por su sufrimiento espiritual y/o moral eligiendo ésta vía procesal.

Sin entrar en las discusiones existentes alrededor del concepto mismo de daño moral y de la

posibilidad de repararlo, creo pertinente remarcar que en el fallo “Aquino¹³”, varios ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación marcan la falta de compensación del mismo como una deficiencia del sistema de la LRT. Sólo por exponer algunos de los argumentos, los ministros Belluscio y Maqueda, citando jurisprudencia anterior del Alto Tribunal, argumentan que *“El valor de la vida humana no resulta apreciable tan solo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ni se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de la víctima pues ello importaría instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres”*.

Asimismo, sobre la importancia de la reparación del daño moral, es muy ilustrativa una observación llevada a cabo por Lucas Grosman en su artículo *El cuerpo humano como propiedad y el problema de los daños*. El texto discute acerca de lo que el autor llama el “principio de equivalencia”, que consiste en la exigencia que se plantea al determinar indemnizaciones por expropiaciones a la propiedad privada o daños generados a terceros, y que consiste en que el titular del bien dañado o expropiado sea compensado con una suma de dinero que resulte razonablemente equivalente al valor perdido. El autor analiza críticamente este principio y, si bien no se encuentra de acuerdo con él, lleva a cabo en su exposición una reflexión que nos ayuda a pensar la problemática del daño moral. Al tratar el tema de los daños corporales, el autor afirma que de acuerdo al principio de equivalencia, la indemnización del daño moral debería ser tal que, sumado al daño emergente y al lucro cesante, se aproxime al valor de indiferencia, es decir que deje a la persona en una situación tal que le sea indiferente sufrir el daño y ser indemnizada o no sufrir el daño. En este contexto, plantea el siguiente caso hipotético: *“...si a una persona se le garantiza que la pérdida de su dedo no le significará ningún gasto médico o de otro tipo ni le ocasionará ningún sacrificio de ganancias futuras ¿cuanto exigiría esa persona a cambio de perder el dedo? Para responder a esa pregunta, la persona deberá tener en cuenta el sufrimiento físico y mental derivado de la pérdida del dedo, no solo en el momento mismo de perderlo sino a lo largo de su vida. Por ejemplo, si la persona toca el piano y la pérdida del dedo le dificulta esa actividad, ese padecimiento será tenido en cuenta para calcular el valor de la indiferencia. Este análisis sugiere que, en muchos casos de daños corporales, el daño moral, juzgado a la luz del principio de equivalencia, sería el más importante de los tres rubros que hoy se toman en cuenta para fijar la indemnización”* (Grosman 2009).

¹³“Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA”, CSJN, 21/09/2004.

Las enfermedades no listadas

Otro supuesto de costos por daños laborales que pueden no llegar a ser procesados y distribuidos por el sistema de la LRT es el de las enfermedades “no listadas”. Una de las disposiciones iniciales que marcaron fuertemente la tendencia limitada de las prestaciones de la LRT fue la que establecía que sólo se considerarían enfermedades profesionales a aquellas incluidas en un listado elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional, quedando vedado el resarcimiento de cualquiera otra. Doctrina y jurisprudencia cuestionaron fuertemente esta norma de la LRT en su redacción inicial, y finalmente en el año 2001 el decreto 1278/2000 modificó este aspecto al introducir la posibilidad de que las enfermedades no listadas puedan ser consideradas profesionales, y luego resarcibles, para casos concretos, a petición del trabajador afectado o sus derechohabientes ante un organismo administrativo. Luego de esta reforma, el trabajador afectado o sus derechohabientes tienen la facultad de peticionar ante un organismo administrativo, la Comisión Médica Jurisdiccional, a fin de que se reconozca el carácter laboral de su enfermedad para que sea adecuadamente reparada.

No obstante, el procedimiento que se ha establecido para recibir una reparación por una enfermedad “no listada” genera espacios para que esto no suceda. En primer lugar, la petición no es obligatoria y el trabajador debe identificar por sus propios medios el origen laboral de su dolencia y *“demostrar la concurrencia de los agentes de riesgos, exposición, cuadros clínicos y actividades con eficiencia causal directa respecto de su dolencia”*¹⁴. Además, el procedimiento no contempla ni patrocinio letrado ni intervención de un perito médico de parte, lo cual, además de plantear serias contradicciones con las garantías constitucionales de acceso a la justicia y debido proceso, deja al trabajador sin la asistencia técnica necesaria para llevar a cabo cualquier acción de estas características.

Comparando este diseño normativo con nuestros dos modelos alternativos, tanto en el derecho común como en el sistema de la ley 9.688, la diferencia fundamental radica en que la asistencia letrada y la determinación de incapacidad en un proceso judicial y no meramente administrativo le otorga previsiblemente al trabajador mayores garantías de que su incapacidad sea correctamente apreciada y luego reparada.

El ingreso base, las indemnizaciones tarifadas y el pago en forma de renta periódica de los daños físicos

¹⁴ Artículo 6, Apartado 2, inciso b, LRT.

Como vimos, el sistema de la LRT sólo toma como daño laboral a aquel que se genera en la esfera física del trabajador. Acaecido el daño laboral, la ley procede a otorgar al trabajador una reparación dineraria por los ingresos de los cuales se verá privado a raíz del infortunio. Las reparaciones dinerarias varían de acuerdo al carácter de la incapacidad y en la determinación de la cuantía y forma de pago de las prestaciones se utilizan tres mecanismos que han sido fuertemente criticados¹⁵, a saber; por un lado se reemplaza como base de cálculo al salario con el concepto de “ingreso base”, luego se calculan las indemnizaciones de acuerdo a una fórmula preestablecida, y también se procede al pago de las indemnizaciones por incapacidades superiores al 50% a través de mecanismos de renta periódica.

Como veíamos, el objetivo de las prestaciones dinerarias consiste en otorgar al trabajador una reparación por los ingresos de los cuales se verá privado a raíz de su menor capacidad de trabajo una vez sufrido el daño. Sin embargo, la LRT no calcula los salarios caídos en base al real monto del salario sino que toma como base de cálculo una variable que denomina “ingreso base”, y que consiste en un promedio de los ingresos del trabajador durante los 12 meses anteriores al hecho dañoso que hayan estado sujetos a aportes y contribuciones al sistema de jubilaciones y pensiones. Esto no es un detalle menor ya que es generalizado el fenómeno de la “desalarización” del salario, es decir, la práctica de los empleadores de dar tratamiento “no salarial” a ingresos del trabajador para de esta manera evitar pagar aportes a la seguridad social en base a esos conceptos, tal como afirma Adrian Goldin: *“Una de las técnicas de flexibilización económica de los salarios – de reducción de los costos que de ellos derivan – puesta en práctica durante los ’90 ha sido la de la denominada “desvalorización”, consistente en el tratamiento de conceptos o tramos del salario como si no lo fueran. La privación de su naturaleza salarial determina que esos importes “desalarizados” no sean considerados como base para determinar los aportes y contribuciones destinados a financiar las prestaciones de la seguridad social, ni se computen para el cálculo de indemnizaciones...”* (Goldin 2008). Luego, la LRT se hace eco de esta práctica y sólo considera como “ingreso” del trabajador, aquellos rubros sujetos a aportes y deja por fuera los ingresos que los empleadores han “desalarizado”, de manera que la reparación que el trabajador

¹⁵ Sólo por citar algunos de los fallos que atacaron la validez de estas disposiciones: T.Trab. Nº 3, Lomas de Zamora [Buenos Aires], mayo 15-1998. - "Vera, Carlos A. c. Camfide S.A."; ídem, junio 12-1998. - "Balcazar, Eugenia y otro c. Alvarez Patiño S.A."; TySS-1999-434, (T.Trab. Trenque Lauquen [Buenos Aires], diciembre 26-2000, "Uria, Héctor M. C. Ponti, Raúl S. y otro.", LLBA 2001-714, (C. 4º Trab., Mendoza, agosto 11- 2000, "Roch de Carrizo, Graciela c. Petrich Construcciones Civiles SRL". LLG.Cuyo, 2001-352, (CNTrab. S. VIII, sent. 29.743 de mayo 9-2001; "Lazarte, Patricia Noemí p/sí y en rep. De sus hijos menores c. AFIP Administración Federal de Ingresos Públicos,

reciba por sus salarios caídos partirá de una base de cálculo inferior a la suma que el trabajador realmente se llevaba a su casa luego de cada mes de trabajo antes de ser incapacitado.

Luego, una vez determinado el grado de incapacidad física permanente generada en el trabajador por el daño laboral, la LRT procede a otorgarle una reparación dineraria que se calcula a través de una fórmula preestablecida en el artículo 14. Esta modalidad de indemnización tarifada ha sido fuertemente cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia, en cuanto no permite al trabajador acceder a una reparación “plena”, libremente determinada por un juez de acuerdo a su apreciación del caso, tal como sucede en el ámbito del derecho civil. El cuestionamiento viene desde la violación de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y del *alterum non laedere*, debido a que los trabajadores no acceden a una reparación en los mismos términos que los peatones o que cualquier otro ciudadano que haya sufrido un daño, ya que la cuantía de la indemnización tarifada es previsiblemente menor en comparación con la “libremente determinada”. Observemos como botón de muestra que la sala III de la Cámara Nacional del Trabajo de la Ciudad de Buenos Aires (CNAT), apartándose de la fórmula establecida por la LRT, y siguiendo criterios propios del derecho civil como ser el del riesgo creado, propuso un nuevo criterio para determinar una indemnización por incapacidad laboral en el fallo “*Méndez Alejandro Daniel c/ Mylba S.A. y otro s/ Accidente - Acción Civil*” que arroja resultados sensiblemente superiores. El caso versa sobre un trabajador de 29 años, con un sueldo mensual de \$604 que al haber sido incapacitado en un 13,6% de su integridad física luego de un accidente de trabajo, la LRT le asignaba una indemnización de \$7.836,53 mientras que el criterio propuesto por el tribunal terminó asignándole una suma de \$25.906,45 sólo en concepto de indemnización por daño físico, es decir, una suma que representa el 331% de la indemnización tarifada de la LRT.

Asimismo, la LRT establece que cuando el porcentaje de incapacidad física generada a un trabajador por un daño laboral sea superior al 50% la prestación dineraria se efectivizará a través de un pago único (de \$30.000 si la incapacidad es inferior al 65% o \$40.000 si es superior) más un pago de renta periódica. Esta modalidad de pago a través de un sistema de renta periódica ha sido fuertemente criticada desde la sanción de la ley en cuanto no permite al trabajador damnificado disponer de la totalidad de la indemnización que le corresponde, tal como lo hace cualquier ciudadano indemnizado por incapacidad, y fue finalmente declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en el fallo “*Milone*”¹⁶.

¹⁶ “*Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente - ley 9688*”. Corte Suprema de Justicia de

Por todos estos motivos, las prestaciones dinerarias de la LRT han suscitado intensos cuestionamientos cuyos efectos han sido determinantes para el sostenimiento del sistema. En este sentido es muy ilustrativa del opinión del jurista Adrian Goldin al afirmar que *“... el modo insuficiente y hasta mezquino en el que se previera la reparación al trabajador que padeciera un accidente en el trabajo o una enfermedad profesional ha sido uno de los puntos más cuestionables del nuevo régimen y mereció por tal causa el reproche implacable de jueces y especialistas en la materia, lo que permite hoy afirmar que es la propia Ley de riesgos de Trabajo la que actualmente padece una enfermedad terminal que anticipa su más que pronta reestructuración, en aras de preservar la vigencia de un sistema que con poco más de una década de vida, ha demostrado tener fallas sustanciales que imposibilitan su supervivencia”* (Goldin 2009).

A modo de cierre de esta exposición de los costos por daños laborales que quedan por fuera del sistema de reparación y distribución de la LRT, me gustaría hacer dos observaciones. En primer lugar, debemos tener en cuenta que intencionalmente o no, al haber sancionado la LRT, como sociedad hemos decidido subcompensar a los trabajadores afectados por daños laborales al haber dejado fuera de cualquier posibilidad de reparación el daño moral, el ingreso no remunerativo y el daño físico que no es alcanzado por la tarifación del artículo 14 de la LRT. Esto puede interpretarse como un “subsidio” a la producción de bienes y servicios en la medida que eximimos a las industrias de pagar todos los costos que generan. Al margen de la cuestión valorativa acerca de si es deseable o no tal subsidio, debe tenerse en cuenta el conflicto de intereses que se genera, ya que al reducir los costos de los daños laborales a los cuales se les asigna una reparación, se está obligando a los trabajadores dañados a cargar con costos que bien podrían ser distribuidos entre más actores.

En segundo lugar, desde el enfoque del Análisis Económico del Derecho, vale la pena observar que tanto la exclusión del daño moral, como la utilización de un concepto insuficiente de lo que son los verdaderos ingresos del trabajador, como las indemnizaciones tarifadas conducen a resultados disvaliosos ya que como sociedad estamos interesados en que los incentivos estén planteados de manera que se eviten los daños cuyo costo de prevención son menores a los costos de su acaecimiento. Como ya observara en la parte introductoria, si un daño genera un costo de \$100 y puede evitarse tomando una medida preventiva cuyo costo es de \$80, es eficiente tomar la medida de prevención ya que genera un ahorro de \$20. Si estos costos son alterados a través de todos

estos mecanismos que utiliza la LRT y el responsable por la prevención del daño terminará pagando \$75 en concepto de reparación en vez de \$100, luego no tomará la medida preventiva y se terminará generando una pérdida de \$20 que pudo haberse evitado. Este problema ha sido en parte mitigado por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia al haber declarado la inconstitucionalidad de varios aspectos de las prestaciones dinerarias de la LRT. En este sentido afirma Horacio Schick *“Los fallos judiciales que revirtieron las inicuas indemnizaciones originales y permitieron el acceso a la justicia para obtener la reparación de todos los daños sufridos por los damnificados determinaron que los empleadores y las ART adopten conductas más diligentes en materia de prevención”* (Schick 2011). No obstante, debemos tener en cuenta que se trata de una solución “extra sistémica”, es decir que el sistema de la ley tal cual ha sido redactada sigue cayendo en estas falencias en cuanto a la importante cantidad de daños que “deja donde cayeron”, es decir, en la integridad psicofísica del trabajador.

¿Quiénes terminan pagando los costos generados por los daños laborales en el sistema de la LRT?

Dicho esto, con respecto a los daños que sí quedan dentro del sistema de la LRT, claramente se distribuyen los costos entre los distintos empleadores afiliados a una misma ART. Las ART recaudan las alícuotas mensualmente de sus asegurados y luego con ese dinero pagan las prestaciones dinerarias y en especie que devengan los trabajadores. Es importante observar que el régimen de alícuotas que establece el artículo 24 de la LRT establece que las mismas serán determinadas en base a tres parámetros: la siniestralidad presunta, la siniestralidad efectiva y la permanencia del empleador en una misma ART. De esta manera, se logra distribuir los costos de los daños laborales pero al mismo tiempo se procura que cada empresa “internalice” los costos de los riesgos que genera. La internalización consiste en que, si bien a fin de cuentas cada empresa afiliada a una determinada ART termina contribuyendo con su alícuota a pagar los costos generados por todas las empresas afiliadas a esa misma ART, lo hace en proporción al riesgo que ella misma genera. De esta manera la distribución de los costos no acarrea un incentivo negativo para la reducción de los riesgos, ya que mientras menos riesgos genere la explotación, menor será la alícuota mensual que se deba pagar.

Se debe observar que existe un riesgo en la implementación de un sistema de seguros que determina las alícuotas de los asegurados en base a su siniestralidad, y éste consiste en que el gasto de cobertura de los agentes más riesgosos termine siendo tan alto que éstos decidan no asegurarse, lo cual no es socialmente deseable ya que podría generar supuestos de insolvencia. En

este sentido son importantes las disposiciones de la LRT que establecen por un lado la obligatoriedad para los empleadores de contratar una ART (o autoasegurarse si están en condiciones de hacerlo), y por otro lado la prohibición de que las ART rechacen un pedido de cobertura¹⁷. De esta manera queda asegurada la solvencia para el trabajador, ya que aún ante un supuesto de insuficiencia patrimonial de su empleador para enfrentar el pago de una indemnización por daños, el trabajador siempre contará con que la ART podrá hacerse cargo de la reparación que le corresponde. Asimismo, la obligatoriedad del seguro también procura evitar que un empleador deba afrontar la reparación de un siniestro que se torne de imposible cumplimiento y lo haga caer en un estado de insuficiencia patrimonial. De hecho, este fue uno de los puntos centrales en el *“Acuerdo Marco para el Empleo, la Productividad y la Equidad Social”* suscripto en 1994 entre el Poder Ejecutivo de la Nación, la Confederación General del Trabajo y representantes empresariales, que sirvió como punto de partida para dar forma al proyecto de la LRT.

Como cierre de esta segunda parte del trabajo en la cual apreciamos la manera en que la LRT distribuye los costos de los daños laborales, podemos mencionar que el sistema de la LRT tiene ciertas virtudes al distribuir los costos de los daños laborales entre varios de los actores con más recursos de la actividad productiva (los empleadores) respetando al mismo tiempo un criterio de fijación de cuotas por aseguramiento que incentiva la reducción de costos primarios. No obstante estos aspectos que considero positivos, la aplicación de mecanismos como el “ingreso base”, la determinación tarifada las prestaciones dinerarias, los pagos en modalidad de renta periódica y la exclusión del daño moral, hace que sea tal la magnitud de los costos por daños laborales que quedan sin distribuir que los reproches sistemáticos al sistema parecen estar justificados.

Parte 3

Costos administrativos

Con respecto a los costos administrativos, *“El punto consiste en tener en cuenta que si vamos a preocuparnos acerca de evitar desperdicios, o acerca de solucionar los problemas de la manera en que un único dueño los solucionaría, tenemos otra dimensión a tener en cuenta además de la manera en que las reglas afectarán la manera en que los actores actúan. Tenemos que pensar*

¹⁷ La única excepción a esta obligación se genera en los casos de empleadores con contratos con ART finalizados por falta de pago en el año inmediato anterior a la solicitud de la nueva afiliación y que no hayan regulado su deuda.-

*acerca de cuán cara será la regla cuando los tribunales y las partes la intenten aplicar*¹⁸” (Farnsworth 2007).

En este sentido, surge claramente con el sistema de la LRT un costo administrativo de envergadura que debe destinarse al funcionamiento del “cuarto actor”, es decir, las ART. Recordemos que tienen amplias funciones de fiscalización de establecimientos y de asesoramiento y capacitación a empleadores y trabajadores, además de los costos propios de una empresa aseguradora. No obstante, no contamos con datos precisos acerca de la cuantía de estos costos, ni de los costos de los litigios en los sistemas de derecho común o del régimen de la ley 9.688 (jueces, empleados judiciales, peritos, abogados) como para poder estimar si al menos comparativamente algún sistema genera menor cantidad de costos “terciarios”.

Sí se puede hacer en abstracto una apreciación acerca del grado de centralización de distintos mecanismos de prevención y reparación de daños, asumiendo que un mayor grado de centralización genera menores costos administrativos en comparación con un sistema más descentralizado. Siguiendo nuevamente a Calabresi, trabajando en este caso junto a Hirschhoff, se nos plantean tres mecanismos para trabajar en la prevención de costos: podemos establecer prohibiciones, podemos implementar un sistema basado en la culpa, o podemos implementar un sistema de responsabilidad objetiva (Calabresi y Hirschhoff 1972). Las prohibiciones tienen un alto grado de centralización en cuanto se toma colectivamente la decisión de prohibir ciertas actividades y luego simplemente se procesan los incumplimientos a través de mecanismos de sanciones administrativas y/o penales. El sistema de determinación de responsabilidad por culpa es altamente descentralizado ya que los jueces deben determinar caso por caso si los actores involucrados actuaron con diligencia y prudencia o no lo hicieron, para luego asignar los costos. La responsabilidad objetiva consiste simplemente en decidir colectivamente quién es el MRC para luego asignarle siempre la responsabilidad de los costos generados, de manera que su nivel de centralización es mayor en comparación con el sistema de la culpa, y los costos administrativos sensiblemente más bajos. En este sentido, la LRT al asignarle a las ART responsabilidad objetiva por los daños laborales, reduce sensiblemente los costos administrativos que se generarían al tener que determinar en cada caso concreto si existen los factores de atribución que hacen que los costos por el daño acaecido deba ser trasladado de la víctima a otros actores o si se los deja

¹⁸ Mi traducción del siguiente pasaje: *The point to bear in mind is that if we're going to worry about avoiding waste, or about solving problems the way a single owner would, there is another dimension to account for besides how the rule will cause people to act. We have to think about how expensive the rule will be when courts, and the parties to lawsuits, try to apply it.*

“donde cayeron”.

Asimismo, puede hacerse una observación acerca de los costos administrativos y las indemnizaciones tarifadas. Uno de los beneficios de establecer este tipo de indemnizaciones consiste justamente en la reducción de costos administrativos que genera la determinación de la magnitud de un daño y de la indemnización que le corresponde al trabajador dañado de acuerdo a las circunstancias del caso en particular. En este sentido es ilustrativa la opinión de los ministros de la Corte Suprema de Justicia, Dres. Fayt y Lorenzetti, al referirse en el fallo “Soria” a las características del sistema tarifado de indemnizaciones: *“Entre las pretensiones con finalidad resarcitoria del daño causado, debe distinguirse aquella que, fundada en el sistema de riesgos del trabajo tiene una lógica legislativa transaccional, puesto que facilita la acción al establecer presunciones de autoría y causalidad, pero limita la indemnización a los fines de facilitar la asegurable. En cambio, la acción civil se basa en la exigencia de la prueba de los presupuestos de su procedencia y, como contrapartida, hay reparación plena.”*¹⁹ De esta manera queda plasmada una idea que subyace al sistema de prestaciones dinerarias de la LRT que consiste en que, al atribuírsele a las ART una responsabilidad objetiva, se exige al trabajador de la carga de demostrar la causalidad del daño sufrido por su trabajo, pero, por otro lado, se lo indemniza de acuerdo a una fórmula preestablecida que es previsiblemente menor a la que obtendría bajo un sistema de derecho común y se lo deja sin reparación por el daño moral sufrido.

Podemos apreciar que al menos de acuerdo a estas dos apreciaciones, la LRT ha implementado mecanismos de reducción de costos administrativos adoptando un sistema de responsabilidad objetiva e indemnizaciones tarifadas. Esto parece ser consecuencia de una de las preocupaciones generalizadas en el debate previo a la sanción de la ley acerca de la “alta litigiosidad” que generaba el sistema de opción con renuncia de la ley 9.688.

Conclusiones

En el presente trabajo hemos analizado el sistema de la LRT tal como emana de la ley 24.557 y sus normas complementarias. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la norma fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en varios de sus aspectos esenciales, y estos fallos han tenido profundas repercusiones en la manera en que hoy la ley es aplicada en la realidad.

El sistema de la LRT se concibió como hermético y autosuficiente, *“...Sin embargo, según lo ha*

¹⁹ (Voto en disidencia, Ministros Lorenzetti y Fayt). CSJN S 1458 XXXIX “Soria, Jorge Luis c/ Ra y Ces SA y otro” 10/4/07.

demostrado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en distintos pronunciamientos y a través de distintos votos que no necesariamente coinciden en sus fundamentos, aunque sí en sus conclusiones descalificantes de algunas normas del sistema, tal hermetismo y tales instituciones que pretendían autosatisfacer el régimen de prevención y cobertura de riesgos de trabajo, no todo era compatible con el orden constitucional y ello provocó, como es sabido, un quebrantamiento sistémico, que hace imposible un funcionamiento pleno y autónomo de la ley. Se han abierto grietas de importancia que hacen que el edificio no pueda ya más sustentarse de la manera que fue concebido; se abren vías de protección de daños más allá de las previstas, con dimensiones diferentes, con procedimientos distintos, con jueces que no tenían participación en la aplicación de la ley, etc.” (Rodríguez Mancini 2008)

La necesidad de una reforma legislativa se hace manifiesta ante un sistema regulatorio que difiere enormemente en la forma en que fue concebido y la forma en que es finalmente aplicado una vez declaradas las inconstitucionalidades de las prestaciones a las que da lugar y de los tribunales que deben dirimir las controversias que se generan en su ámbito. Las negociaciones entre trabajadores, empleadores, aseguradoras, las entidades colectivas que agrupan a estos actores y el Estado ya se encuentran en marcha en la búsqueda de un sistema superador. Esta nueva normativa deberá tener en cuenta el criterio del máximo tribunal en cuanto a los aspectos que fueron considerados inconstitucionales de la LRT, de manera que las prestaciones dinerarias deberán satisfacer la reparación plena de los daños sufridos por los trabajadores y se deberá dar un adecuado acceso a la justicia laboral para petitionar ante insuficiencias de la ley. No obstante estos puntos que tanto debate han generado en la doctrina y la jurisprudencia, considero que la nueva regulación debería también considerar la importancia de que el sistema asigne la prevención de riesgos a un actor que se acerque a la figura de un mejor reductor de costos y que distribuya los costos generados por los daños laborales de acuerdo a un criterio consensuado, observando al mismo tiempo que los costos administrativos que se generen sean razonables, de manera de alcanzar un sistema que podamos considerar no sólo ajustado a las garantías constitucionales, sino que también eficiente en el aspecto económico.

Bibliografía.

- Ackerman, Mario, comp. 2009. *Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo VI, Riesgos del Trabajo*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni editores.
- Calabresi, Guido. 1970. *The Costs of Accidents, A Legal and Economic Analysis*. Michigan: Yale University Press, New Haven and London.
- Calabresi, Guido y Hirschoff, Jon, T. 1972. *Toward a Test for Strict Liability in Torts*. The Yale Law Journal, Vo. 81, No 6, páginas 1055 – 1085.
- De Diego, Julián Arturo. 1998. *Manual de Riesgos del Trabajo, Segunda Edición Actualizada*. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Farnsworth, Ward. 2007. *The Legal Analyst, A Toolkit for Thinking about the Law*. Estados Unidos: The University of Chicago Press.
- García Rapp, Jorge. 1992. *Antecedentes en la materia y en particular en la República Argentina*. Capítulo 2 de la obra colectiva “Riesgos del Trabajo”, dirigida por Jorge Rodríguez Mancini y Ricardo A Foglia. Provincia de Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Goldin, Adrian. 2009. *Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Adrian Goldin (Director), Jorgelina F. Alimenti (Coordinadora). Avellaneda: editorial La Ley.
- Goldin, A. *Normas laborales y mercados de trabajo argentino: seguridad y flexibilidad*. Documento preparado por Adrián Goldin, Consultor, de la División de Desarrollo Económico, de la CEPAL, en el marco de las actividades del proyecto CEPAL/Dinamarca: "Labour Markets, Workers' Protection and Lifelong Learning of the Labour Force in a Global Economy: Latin America and Caribbean Experiences and Perspectives" (BDE/07/001). 2008.
- Grosman, Lucas. 2009. *El artículo 1.113 y el problema de los incentivos*. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros número 11, La Ley.
- Grosman, Lucas. 2009. *El cuerpo humano como propiedad y el problema de los daños*. Disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Grosman_Spanish.pdf
- Grosman, Lucas. 2011. *La franquicia inoponible, causas y consecuencias*. Revista La Ley, N° 245, 27/12/2011. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Posner, Richard A. 1992. *Economic Analysis of Law, Fourth Edition*. Estados Unidos: Little, Brown and Company, Law Book Division.
- Rodríguez Mancini, Jorge y Foglia, Ricardo A. Directores. 1992. *Riesgos del Trabajo*. Provincia de Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Rodríguez Mancini, Jorge. 2008. Acciones habilitadas a partir de la inconstitucionalidad decretada sobre prohibiciones y restricciones de la ley, Artículo C del capítulo 12 de la obra colectiva “Riesgos del Trabajo”, dirigida por Jorge Rodríguez Mancini y Ricardo A. Foglia. Provincia de Buenos Aires: editorial La Ley.
- Schick, Horacio. 2010. *Riesgos del Trabajo, temas fundamentales*. Provincia de Buenos Aires: Editorial David Grinberg Libros Jurídicos.

- Schick, Horacio. 2011. *Reparación para accidentes de trabajo*. Diario Clarín, 29 de octubre de 2011, página 42, Buenos Aires.



Universidad de
SanAndrés