

PERFILES Y MATICES DE LA ACCIÓN CIVIL CONTRA LAS ART*

por JOSÉ DANIEL MACHADO

SUMARIO: 1. Una grieta en la pared. 2. ¿Es seguro o es deudor? 3. Responsabilidad por hecho propio. 4. ¿A título de culpa? 5. El problema de la relación causal en la ciencias “blandas”. Ni filosofía ni física. 6. Las omisiones y el “nexo de evitabilidad”. 7. ¿Quién debe probar qué cosa? 8. Prescripción. El plazo. 9. Prescripción. El cómputo. 10. Escenarios procesales. Demanda autónoma. Acumulación subjetiva. Acumulación objetiva.

1. Una grieta en la pared

No obstante la esmerada pulsión del legislador de 1995 por encapsular el resarcimiento de los daños a la salud causados al trabajador por el hecho o la ocasión laboral, tempranamente la doctrina advirtió la existencia de algunas “fallas o fisuras” por las que era dable (y deseable) esperar que filtrara la posibilidad de acceder a una reparación justa.

* Mantengo en el texto la denominación sacralizada por el uso. No obstante, el pudor técnico me lleva a aclarar aquí que la llamada “acción civil” no es acción ni es civil. La *acción*, sabemos desde la obra de Guasp, es el derecho público subjetivo abstracto que cada persona tiene de recurrir a la jurisdicción y no debe ser confundido con su ejercicio práctico, *la demanda*, ni mucho menos con el contenido de la misma, *la pretensión*. Por otra parte, aunque la misma se funde “en normas de Derecho común” no pierde su calidad de laboral a los fines de la competencia, según aclara el art. 20 de la ley 18.345 y todos los códigos procesales laborales de provincia. De modo que la correcta denominación de esta nota sería *pretensión resarcitoria integral contra las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo*.

Entre ellas, al par de las “enfermedades no enlistadas”¹ (las que, por no ingresar al universo de contingencias aseguradas, quedaban literalmente fuera del sistema, pero no de la realidad, ni del Derecho), se destacaba la ausencia de toda previsión, tanto sea inclusiva como restrictiva, respecto de la posible imputación de responsabilidad a las ART *por hechos propios*. Con lo cual, desde luego, quedaba expedita la posibilidad de demandarlas con base en las disposiciones del Código Civil de las que nadie puede considerarse sustraído².

Por cierto, la obnubilación que produjo en los operadores jurídicos el “hecho maldito” del artículo 39.1 (y el consecuente despliegue de energías para derrumbarlo) demoró más de la cuenta la utilización de aquella posibilidad tan obvia, que no suponía embarcarse en planteo de inconstitucionalidad alguno. Además, la circunstancia de recurrir a la llamada “vía civil” proponía una serie de desafíos teóricos a los que el abogado laboralista debía acomodarse, puesto que su tradición, ligada en todo caso a la persecución de la reparación integral *contra el autor* del daño (el empleador), producía cierta incomodidad a la hora de identificar cómo jugaban los *presupuestos de responsabilidad* (antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad) cuando se trataba de interpelar en Derecho a un nuevo sujeto (con semejanzas, pero no exactamente un seguro tradicional) de contornos ciertamente esquivos.

2. ¿Es seguro o es deudor?

La primera incomodidad del asunto consiste en que la ART, para la Ley de Riesgos, *es un deudor originario, directo y exclusivo* de las prestaciones prometidas por el sistema de reparación especial. Su deber

¹ Tema que ha sido tratado por la Corte Suprema en la causa “Silva, Facundo c/Unilever de Argentina SA”, fallada el 18-12-2007. Ver el comentario de ACKERMAN, Mario, en *La Ley de Riesgos del Trabajo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 79.

² CSJN, en las causas “Soria, José Luis c/RA y CES SA” del 10-4-2007 y “Galván, Renée c/Electroquímica Argentina SA”, del 30-10-2007. Ver también HOCKL, María Cecilia, *Incumplimiento de los deberes de seguridad en cabeza de las ART*, y SCHICK, Horacio, *Acerca de la responsabilidad civil de las ART*, ambos en revista *La causa laboral*, N° 40, junio de 2009.

de otorgarlas no viene, como en el seguro tradicional, a reforzar o suplementar el costado pasivo de la obligación de resarcir a la víctima. Simplemente le sustituye, dado que el débito nace a su respecto “en cabeza propia”. Pero ello, por supuesto, dentro del marco de requisitos y límites previstos por la propia LRT.

Queda entonces dicho que *la ART no es aseguradora ni garante* respecto de los daños que el empleador cause por afuera de esa relación atípica de aseguramiento (un afuera que tanto puede ser “al costado”, dado el caso de las enfermedades laborales-no profesionales, como “por encima”, si se trata del daño que excede a la tarifa prevista en la LRT para cada contingencia).

Sin embargo, computados todos esos matices, el nexo jurídico que articula a la ART con su cliente no deja de participar de la lógica propia de quien *sustituye la responsabilidad ajena* pero sólo en el marco y los límites que, antes, se definieron como *siniestro* dando lugar a la pertinente conformación del *fondo de respuesta* basado en cálculos estadísticos que determinan el precio del negocio (que aquí se denomina “cotización”). Y en esto sí se asimila a un seguro.

En conclusión, el primer error a evitar consiste en creer que toda vez que sea dable predicar la responsabilidad civil del empleador le seguirá necesariamente la posibilidad de demandar también a la ART por eventos dañosos que ni están cubiertos por la ley ni se comprometió a sustituir *ex contractus*.

3. Responsabilidad por hecho propio

En estricto paralelo con lo dicho en el título que antecede resulta que la *pretensión integral* contra la ART sólo corresponderá, eventualmente, cuando sea dable predicar que algún hecho propio (activo u omisivo) la emplaza como *coautora* del daño causado al trabajador. En ausencia de esa configuración sólo responderá en el marco sistémico-tarifado, si se tratare de un siniestro asegurado, o no responderá en absoluto.

Por otra parte, si concurriera dicha *coautoría* estaríamos ante una situación de *responsabilidad solidaria* que es extraña al diseño de la

LRT. En la economía de la ley 24.557 si el siniestro asegurado se concreta, la ART no funciona como un deudor yuxtapuesto o agregado al original (según es propio del seguro de responsabilidad civil) sino que *lo sustituye* como deudor originario, directo y exclusivo de la reparación. El empleador queda, por así decirlo, fuera del escenario de la reparación. En cambio, cuando concurren sendas responsabilidades civiles por hechos propios, corresponde aplicar la regla del artículo 1081 del Código Civil y por lo tanto “La obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal”, en disposición que se aplica no sólo a los delitos civiles (daños dolosos) sino también a los hechos ilícitos que no son delito (daños culposos) por expresa remisión del artículo 1109 del Código Civil (primer párrafo, segunda proposición).

Ahora bien, ¿cómo es posible arribar a una incriminación de ese tipo respecto de una ART?

La clave del asunto radica, como lo ha puesto de relieve la Corte Suprema en los considerandos del fallo “Torrillo”³, en comprender que las ART no asumen meramente aquella responsabilidad de *sustitución sistémica* del empleador a fin de dar prestaciones una vez consumado el daño. La ley, que en esto ha sido especialmente clara, las emplazó también como *efectoras de prevención* imponiéndoles una serie de deberes que pueden esquematizarse mediante el uso de cuatro verbos: a) inspeccionar; b) asesorar; c) controlar; d) denunciar. Quizás merezca aclararse que la fiscalización aparece en dos momentos diferentes puesto que entre “a” y “c” media la tarea de asesoramiento que, a la vez, ancla en los resultados de la primera inspección y se proyecta como contenido necesario de los controles ulteriores.

Todo ello determina un plexo de posible antijuridicidad en su obrar que franquea el acceso a la responsabilidad por omisión, en los términos requeridos por el artículo 1074 del Código Civil, incluso en la más estrecha y literal de sus interpretaciones⁴. Es claro que respecto de las

³ CSJN, del 31-3-2009. Ver especialmente su considerando 6°. En afín sentido ver la causa “Trejo, Jorge Elías”, fallada por el alto tribunal en noviembre de 2009.

⁴ TRIGO REPRESAS, Félix, *Omisión que viola el deber legal de obrar impuesto*

ART hay *deberes legales de obrar* en cierto sentido, cuyo incumplimiento por indolencia o negligencia autoriza el reproche. Desde luego, nada conduce a descartar que también pueda incurrirse en otras modalidades del incumplimiento culposo, por ejemplo, si el asesoramiento que se brinda es técnicamente *imperito*.

Otro aspecto, menos transitado hasta ahora, es el que resulta del incumplimiento de sus deberes de prestación posteriores al siniestro. Los pocos casos que registran los anales aparecen principalmente referidos a *la atención médica deficitaria*. Así, entre otros, puede mencionarse el fallo de la CNAT, sala I (Vilela-Pirola), del 21 de noviembre de 2008, en que se decidió que “La administradora de riesgos del trabajo responde por omisión, insuficiencia o deficiencia en las prestaciones (en especie) que se halla obligada a otorgar. Asume un deber de garantía por la eficiencia del servicio a su cargo, la dirección del sistema y su control, como también de la elección de los ejecutores materiales del objeto de las prestaciones”.

Adviértase como en un solo párrafo se condensan tres títulos de imputación distintos (garantía de un resultado, culpa *in eligendo*, culpa *in vigilando*), de cuyo concurso no resulta difícil extraer, en el plano práctico, consecuencias semejantes a las de los sistemas de responsabilidad objetivos⁵.

formalmente, en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, N° 2007-2, p. 7; BUERES, Alberto y CALVO COSTA, Carlos, *Omissiones puras, ilicitud objetiva (amplia) y abuso del derecho*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2007-2, p. 33. Recordemos que el art. 1074 del Cód. Civ. permite imputar culpa por omisión *solamente* cuando haya un deber legal de obrar preexistente. Sin embargo, la moderna doctrina de daños entiende en un sentido amplio dicha restricción, por lo que todo obrar genéricamente negligente en el sentido del 1109 alcanza para la imputación, aunque no exista norma específica alguna que consagre en concreto el deber de hacer omitido.

⁵ El fallo completo puede verse en T. y S. S. 2009-417. Se caratula “Cruz, Armando c/La Caja ART” y refiere a un asalto sufrido *in itinere* por el actor, en ocasión del cual sufre “un certero puntapié” en los testículos. La prestadora médica contratada por la ART lo trató con antiinflamatorios. Dos meses después se le debe realizar una exploración quirúrgica “de limpieza” ante la detección de un nódulo y la posibilidad de malignización. La ART rechazó la posibilidad de brindar atención argumentando que esta patología era preexistente al trauma.

4. ¿A título de culpa?

También en el considerando 6° de “Torrillo”, ya citado, las consideraciones *obiter dictum* que se adicionan a la decisión mayoritaria de la Corte (que aplicó al caso el art. 280 del CPCCN) dejan claro que las ART han asumido voluntariamente mediante un vínculo jurídico oneroso una serie de deberes en materia de prevención, los cuales presuponen que, respecto de cada establecimiento asegurado, han de mantener una relación *directa, concreta, intransferible, permanente, individualizada y especializada*. No dice el alto tribunal que su responsabilidad sea de garantía, de resultado u objetiva. Es decir que permanece dentro del campo de atribución subjetivo y de medios. Pero basta recordar la cantidad de establecimientos cubiertos (o descubiertos) por cada aseguradora para advertir que el cumplimiento de esos “medios”, si bien no es materialmente imposible, resulta técnicamente dificultoso y económicamente inviable⁶. Adviértase que los adjetivos que destacué en cursiva conducen, en la práctica, a que las ART deban implementar la presencia de personal propio y calificado en todos los establecimientos con una periodicidad o frecuencia que, aunque pueda variar según los riesgos de cada actividad, tienda a ser diaria (la voz “permanente” así lo indica).

Ya hace unos 20 años Santiago Cavanillas Mugica o Yvonne Lambert-Faivre discutieron –en sus respectivos contextos nacionales español y francés– la idea de obstinarse con la culpa frente a sistemas de imputación en que la misma aparece presunta de una manera virtualmente ilevantable. En nuestro país la doctrina transitó un camino semejante, indicando que el dato verdaderamente relevante para caracterizar un sistema de atribución pasa por establecer si el demandado *tendrá o no disponible la prueba de “su no culpa”* (expresión que puesta en positivo sería “acreditando su diligencia”). Y es que poco se gana, desde la perspectiva práctica, con afirmar

⁶ RAMÍREZ, Luis Enrique, *Riesgos del Trabajo*, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2007, p. 203. Según informa el autor con datos de 2006, entre 7 aseguradoras concentran el 70% del mercado, de suerte que cada una de ellas, en promedio, tendría bajo cobertura al 10% de los casi 700.000 establecimientos asegurados en todo el país.

que una obligación es “de medios” si a la hora de establecer cuáles y cuántos son los exigibles, resulta que estamos ante una nómina inabarcable⁷.

Entre nosotros Mario Ackerman viene insistiendo en sus conferencias en que el adverbio *eficazmente* calificando al verbo *prevenir* (art. 4.1, LRT) conduce hacia un resultado de este tipo. Y razón le asiste, desde el *Diccionario de la Lengua*, en tanto la eficacia es “la capacidad de lograr el efecto que se espera”.

En cualquier caso, sea cual fuere la posición que al respecto se adopte, lo cierto es que la tendencia parece perfilarse en el sentido de que incumbe a la ART la demostración de que adoptó todas las diligencias que le imponía su singular estatus y que, si el resultado-daño igualmente se produjo, ello se debió a causas fortuitas extrañas a su esfera de actuación preventiva.

Desde luego, un sistema de estas características puede producir incentivos o desincentivos para la prevención, lo que habrá de depender del modo en que los operadores jurídicos lo apliquen y los responsables económicos “lean” esos mensajes. En un primer momento lógico, es dable esperar que la intensificación de las responsabilidades de las aseguradoras induzca a tomarse más seriamente los deberes preventivos que la ley les asignó. Es la consecuencia normalmente esperable de toda asignación de derechos y deberes.

Sin embargo, en un segundo momento lógico (aunque nada impide que cronológicamente anteceda al otro), si el sujeto al que se imputa la consecuencia prevé que será condenado igualmente aunque demuestre haber desplegado una actividad preventiva razonable, lo más probable es que no haga nada, al menos en tanto ese hacer suponga un costo adicional al de la obligación de indemnizar que igualmente le será impuesta.

Además, entre uno y otro momento entrará a jugar el análisis de costos. Si prevenir supone, digamos, una inversión de \$ 100.000 y

⁷ CAVANILLAS MUGICA, Santiago, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, 1987; LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, *La evolución de la responsabilidad civil*, París, 1987; WAYAR, Ernesto, *Tratado de la mora*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 365 y ss.; BUERES, Alberto, *Responsabilidad contractual objetiva*, en J. A. 1989-II-964.

con ello logra evitar un costo de resarcimientos de \$ 120.000, su inversión estará económicamente justificada. Pero la relación inversa no es esperable del “hombre de negocios” tal cual es. Esto no es una conjetura. Ya pasó. Según afirmó el jurista cordobés Ricardo Gilletta en el Congreso Nacional de la AADTSS (Salta, 2008), sin que ninguno de los muchos abogados de ART presentes lo desmienta, la indolencia por la prevención que mostraron las aseguradoras en el período 1996-2004 se basó en cálculos racionales de esas características.

Quiero decir con los párrafos anteriores que si *realmente* se desea que las ART asuman funciones de prevención, puede ser tan malo desincriminarlas total y axiomáticamente, como se desprende de los votos del doctor Ricardo Lorenzetti, como, en sentido contrario, minimizar hasta su desaparición la posibilidad de que prueben haber obrado con diligencia para eximirse de su responsabilidad civil.

Es necesario, por ende, que se mantenga una “tasa de probabilidad” de evitar la consecuencia indemnizatoria integral que sea directamente proporcional al obrar preventivo desplegado.

Todo lo cual, hay que decirlo para finalizar, es consecuencia de haber puesto en cabeza de un “agente racional” con fines de lucro las tareas de prevención. El único modo de sustraerse de esta lógica de costos y beneficios, según entienden muchos, sería subvertir radicalmente el régimen vigente y confiar la tarea de aseguramiento a entidades públicas o semipúblicas.

5. El problema de la relación causal en las ciencias “blandas”. Ni filosofía ni física

En el sistema de resarcimiento integral es presupuesto de la obligación que entre el daño y el hecho (sea que se lo atribuya subjetiva u objetivamente) medie un vínculo o nexo de causalidad⁸. En el sentido de las ciencias duras, existe una relación de ese tipo cuando resulta posible predicar que cierto resultado o efecto ha sido provocado de manera determinante por un antecedente, sin cuya concurrencia no hubiera acontecido.

Pero el Derecho, vaya novedad, no es una ciencia dura.

⁸ También, por supuesto, en el sistema tarifado. Pero allí viene presunto en algunos casos y además incluye un tipo de vinculación más laxo, la “ocasión” laboral.

De allí que se conforme con un estándar menos exigente, al que se ha dado en llamar *causalidad adecuada* y que obra magistralmente desarrollado en los artículos 901 y siguientes del Código Civil. Según sus términos, lo que se requiere para afirmar un nexo causal en sentido jurídico es un *juicio de probabilidad*, superior a la mera conjetura pero inferior a la certeza. No es compatible con enunciados hipotéticos del tipo “no es posible descartar que”, lo que sería una especulación casi filosófica, pero tampoco requiere conclusiones “más allá de toda duda”.

La clave probabilística radica en la palabra *previsible*. Algo, una consecuencia, es previsible cuando relacionada con cierto hecho antecedente *acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas*, lo cual involucra al saber estadístico, si estuviera disponible, pero también un ingrediente especulativo basado en la experiencia humana.

Ahora bien, esto es decisivo, el análisis tendente a decidir si la consecuencia de un acto u omisión era o no previsible no puede hacerse *después de conocido el resultado* (o, como suele decirse, si se me permite la heterodoxia, “con el diario del lunes”) sino ubicándose retrospectivamente en la posición del agente al momento en que decide hacer u omitir. El intérprete debe simular que ignora lo que ya sabe que ocurrió y establecer si con la información con que contaba el autor al momento era esperable, o no, que se sucedieran tales consecuencias. Es lo que en Derecho Civil se designa como técnica de la *prognosis póstuma* o *pronóstico póstumo*: ¿al momento de actuar, estaba el agente en condiciones intelectuales de considerar que probablemente ocurriría lo que finalmente ocurrió?, ¿o, por el contrario, ésa era una hipótesis remota, improbable, extraordinaria?

Para complicar todavía más el panorama hay que decir que según el artículo 902 del Código Civil esa lectura retrospectiva puede hacerse con base en dos criterios diferentes: 1) el del hombre corriente; 2) el de quien por sus calidades o responsabilidades está impuesto con el deber de obrar con mayor celo. Al segundo, desde luego, le resulta más estricto el deber de prever⁹.

⁹ ÁLVAREZ, Eduardo, *La responsabilidad civil de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo por deficiencias en la prevención*, en D. T. 2007-B-1167.

No caben dudas de que a las ART corresponde ubicarlas en la segunda categoría¹⁰.

6. Las omisiones y el “nexo de evitabilidad”

Cuando la incriminación no se funda en una acción sino en una omisión, la cuestión analizada en el punto anterior no cambia radicalmente, pero posee matices propios. Por cierto, las abstenciones carecen de la capacidad de alterar el mundo físico. No inciden en el desplazamiento de las cosas. Por ende, si nos circunscribimos al concepto puramente físico del asunto, nunca pueden considerarse estrictamente la *causa* de un suceso. Los ejemplos se multiplican en doctrina, pero me gusta el que propuso Orgaz: es el agua la que ahoga al bañista, no la indolencia del guardavidas.

Y sin embargo, una vez más, estamos en una ciencia del comportamiento humano. Nadie en su buen juicio consideraría que carece de antijuridicidad la conducta de quien, pudiendo evitar un daño a otro o aligerar su gravedad, se abstiene de obrar, especialmente si con ello no corre riesgo alguno y más todavía si pesaba sobre él un específico deber de intervenir¹¹. Ninguna sociedad que pretenda fundarse en valores altruistas o aspire al menos a una convivencia solidaria puede justificar semejante conclusión.

En función de esta singularidad de las omisiones es que, a su respecto, se ha propuesto la terminología *relación de evitación* o *nexo de evitabilidad*. La pregunta jurídicamente pertinente sería entonces si la conducta omitida pudo interferir favorablemente en el curso causal, sea interrumpiéndolo, sea desviándolo, o de cualquier otro modo que hubiera frustrado el efecto dañino o morigerado su gravedad¹².

Como se advierte, seguimos, al igual que en el supuesto de la causalidad propiamente dicha, manejándonos en el terreno de *las probabilidades, no de las certezas*. Nadie puede asegurar (tal es lo que parece pretender el ministro Lorenzetti en sus reiteradas disidencias) que si

¹⁰ SCHICK, ob. cit., p. 25.

¹¹ En el ejemplo, no son equivalentes las responsabilidades de otro bañista que presencia impasible el episodio que las del guardavidas entrenado a estos fines.

¹² TRIGO REPRESAS, ob. y lug. cit.

cierta conducta preventiva omitida se hubiera adoptado, el daño no habría ocurrido igualmente. Pero lo que es incuestionable es que *las chances de la víctima* de salir indemne, o con daños menores, se habrían incrementado. Y si esas chances superan el test de probabilidad –importante, seria, basada siempre en lo que previsiblemente pudo ocurrir–, la base de la imputación al omitente resulta jurídicamente consistente.

En este punto es que adquiere relevancia la aclaración del título anterior acerca de la perspectiva del intérprete y mi extravagante mención al “diario del lunes”. No resulta lícito razonar en términos de “dado que algo pasó, que hubo un daño, algo preventivo debe haber fallado”. Esto es puramente conjetural y no tiene recepción en nuestro Derecho.

En suma, es necesario persuadir al juez de que la ART omitió alguno de los extensos deberes a su cargo y de que por esa omisión, probabilísticamente apreciada, se le sustrajo a la víctima una posibilidad suficientemente seria (previsible) de no sufrir el daño.

7. ¿Quién debe probar qué cosa?

Retorno sobre la idea de que, a mi entender, la obligación asumida por la ART en materia de prevención es “de medios” y que la imputación debe basarse en su culpa activa u omisiva.

Aclaro, aunque resulte obvio, que la aseguradora no es dueña ni guardiana de las cosas que por su riesgo o vicio hubieren provocado el daño, ni tampoco “principal” de los dependientes que puedan haber intervenido en su causación. Ambos atributos recaen sobre el empleador, no sobre ella.

Si acierto en eso, además del daño, el demandante debiera identificar con el mayor grado de precisión que le fuere posible cuál es el deber incumplido por la ART al que asocia con su producción. O, en otras palabras, cuál es el recaudo de higiene y seguridad omitido por el empleador que la ART, de haber cumplido con sus funciones preventivas y delatorias, pudo probablemente haber coadyuvado a evitarlo. Desde luego, como le incumbe la prueba de la *relación de evitación*, debiera en su caso ofrecer los peritajes tendentes a establecer la mecánica del siniestro.

Si cumple con dicha carga, la prueba de la *no culpa* (o de la dili-

gencia) de la ART deberá referir de manera específica a lo que hizo respecto de ese factor de inseguridad en concreto, sin que pueda mejorar su posición acreditando un cumplimiento genérico (por ej., que realizó visitas al establecimiento, que hizo cursos de capacitación, etc.).

Entiendo que rige al respecto la doctrina de la *carga probatoria dinámica*¹³. Puesto que si la misma conduce a emplazar como deudor procesal de la prueba a quien esté en mejores condiciones técnicas, fácticas o económicas de suministrarla, resulta evidente que en estos casos es la ART quien debe poseer las constancias documentales de la actividad preventiva que desplegó, como lo requiere la Corte, *respecto de cada establecimiento* bajo su órbita de cobertura. Pero esto no debe ser entendido en el sentido de liberar a la actora de todo esfuerzo probatorio. Por ejemplo, una informativa cursada a la SRT para establecer si se registra alguna denuncia de la aseguradora contra el empleador, aparte de su sencilla tramitación, puede frustrar en el último eslabón la cadena de argumentos de la defensa¹⁴.

No quiero decir en los párrafos anteriores que las imputaciones de tipo general (por ej.: “la aseguradora incumplió sistemáticamente con los deberes de control a su cargo y no hizo nada respecto de la seguridad en el lugar de trabajo”) conduzcan sin más al rechazo de la pretensión. Pero, *congruencia mediante*, a la ART demandada le bastará en principio con establecer que dicha afirmación es falsa. En cambio, si la demanda incluye un relato más preciso de los hechos, de la mecánica del siniestro y de los dispositivos de prevención que pudieron haberlo evitado, la aseguradora deberá demostrar una diligencia específica en torno a esas cuestiones.

Debo ser coherente en esto con lo que escribí más arriba sobre el *nexo de evitación*, ya que con todas sus singularidades no deja de ser un presupuesto de la obligación de resarcir. Si no se convence al juez de que alguna omisión preventiva de la ART perjudicó las chances de

¹³ MACHADO, José Daniel, *La doctrina de la carga probatoria dinámica y su aplicación al proceso laboral*, en *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, N° 2007-2.

¹⁴ Entienden la doctrina y los fallos que no basta a la ART demostrar que ha sido diligente en los tramos de asesoramiento si, luego, no fiscaliza su cumplimiento ni denuncia las fallas a la Superintendencia.

salir indemne, la demanda puede ser rechazada. Claro está, sin embargo, que estas reglas de juego sobre la carga de invocación y prueba sólo podrá reclamarlas la aseguradora que, antes, acredite haber dado un cumplimiento siquiera genérico a sus deberes. Es que toda disquisición al respecto cobra sentido cuando es dable identificar en la conducta de la ART dos segmentos, uno cumplido y otro no, de modo que sea preciso identificar a cuál corresponde la omisión concreta. Si en cambio lo que surge de autos es un puro incumplimiento (como ocurre en la mayoría de los casos en que me ha tocado intervenir como magistrado), no parece que asista derecho a pretender que se identifique cuál de todos los deberes incumplidos ha sido el más adecuado a la causación del siniestro.

8. Prescripción. El plazo

Termino esta aproximación al tema con la consulta más frecuente que recibo en escenarios de exposición oral. Es la relativa al plazo y modo de computar la prescripción a propósito de la acción “civil” contra la ART.

En la medida en que el negocio jurídico de afiliación se consuma entre el empleador y la ART, pueden surgir dudas acerca de la índole contractual o no del vínculo entre la víctima y la aseguradora, con eventual impacto sobre dicho instituto.

Un ligero repaso por la doctrina del tema muestra las siguientes posiciones:

1. *Relación extracontractual*: Juan Formaro¹⁵ y Ricardo Foglia¹⁶ entienden que se trata de un vínculo extracontractual, explicando el último que la relación ART-víctima es ajena tanto al contrato de seguro como al de trabajo, funcionando ambos como *ocasión* pero no como causa del deber de obrar omitido. La conclusión de esta posición es que el plazo sería el indicado por el artículo 4037 del Código Civil (bienio).

¹⁵ FORMARO, Juan J., *Juicio por accidentes y enfermedades inculpables*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 516.

¹⁶ FOGLIA, Ricardo, en *Riesgos del Trabajo*, AA. VV., dir. por Jorge Rodríguez Mancini y Ricardo Foglia, La Ley, Buenos Aires, p. 656.

2. *Relación contractual, pero laboral*: Es la posición de Osvaldo Maddaloni y Diego Tula, quienes con cita de Tosca y Vázquez Vialard entienden que, aunque los deberes incumplidos son de índole contractual, se aplica el artículo 256 de la LCT y por tanto el plazo de prescripción de dos años que de allí emerge para todas las disposiciones legales o reglamentarias del Derecho del Trabajo¹⁷. Esta postura ha sido la dominante desde la vigencia del artículo 258 de la LCT, norma que unificó en dos años el plazo para “Las acciones provenientes de la responsabilidad por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, sin distinción entre la fundada en el sistema especial o en el Derecho común¹⁸. Ricardo Foglia, mediante una sólida reconstrucción jurídica, entiende que esta norma está vigente y resulta aplicable al género que prevé –la responsabilidad por accidentes–, con la sola excepción de la especie –las acciones derivadas de la LRT–, que se rigen por el artículo 44.1 de dicho cuerpo legal¹⁹.

En suma, con independencia de que se entienda que el vínculo es de naturaleza extracontractual o contractual (pero en tal caso laboral), parece haber acuerdo en la doctrina acerca de que la prescripción liberatoria es de dos años. Y ello es así por cuanto el artículo 4023 del Código Civil deja suficientemente claro que el plazo de diez años se aplicará a las acciones personales, “salvo disposición especial”, rol este último que vendrían a jugar las previsiones específicamente laborales arriba indicadas.

De modo que, consistencia obliga, si se funda la responsabilidad de la ART en la imposición de obligaciones preventivas que pone a

¹⁷ MADDALONI, Osvaldo y TULA, Diego, *Prescripción y caducidad en el Derecho del Trabajo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 21; VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *La responsabilidad en el Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 654; TOSCA, Diego, *El instituto de la prescripción en el sistema de riesgos del trabajo*, en *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, N° 2001-2, p. 346. Aclaro que los autores refieren al supuesto de la acción civil contra el empleador, pero sus conclusiones resultarían aplicables *a fortiori* a la que se intenta contra la ART.

¹⁸ ALTAMIRA GIGENA, Raúl y HÜNICKEN, Javier, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, dir. por Antonio Vázquez Vialard, Astrea, Buenos Aires, t. 4, p. 445.

¹⁹ FOGLIA, Ricardo, *El artículo 258, LCT, ¿continúa vigente?*, en T. y S. S. 2008-1041. Una opinión distinta puede verse en GODOY LEMOS, Sebastián, en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (dir.) y OJEDA, Raúl H. (coord.), *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. III, p. 595.

su cargo el sistema de riesgos del trabajo, siendo la misma inequívocamente una norma legal del Derecho del Trabajo, no podría luego el intérprete apartarse de dicho esquema para prescindir de las disposiciones de los artículos 256 y 258 de la LCT.

9. Prescripción. El cómputo

En cuanto a su cómputo (*dies a quo*), no comienza desde el siniestro en sí, sino desde el daño. Como ha dicho reiteradamente la CSJN, lo que se indemnizan son incapacidades y no accidentes²⁰. Y la existencia del daño no concurre sino desde el momento en que la víctima cuenta con la información relativa a su salud y a la incapacidad resultante, que sea necesaria y suficiente para demandar.

Dicho extremo no debe confundirse con la cuantificación precisa de la tasa porcentual de incapacidad, la que normalmente se obtendrá recién en juicio. Como dice Lorenzetti²¹: “el cómputo comienza desde que el crédito es exigible, pero se requiere que sea un tiempo útil. Ello significa que la acción debe poder presentarse ante los estrados judiciales y, si faltase algún elemento importante, no sucede el tiempo útil. Conforme lo han señalado la doctrina y la jurisprudencia, esto ocurre cuando no se tiene conocimiento de la incapacidad, de su gravedad y su vinculación con el trabajo, que son los supuestos de hecho de la norma en la cual tiene su causa la obligación de indemnizar”.

Y agrega a continuación: “Lo que se requiere no es un conocimiento subjetivo, sino una razonable posibilidad de información por parte del actor”, información sin la cual, agrego yo, una demanda podría devenir inconsistente y hasta temeraria. Por ejemplo, mientras el trabajador se encuentra en período de convalecencia, bajo tratamiento y sin certeza alguna sobre si la dolencia es permanente o transitoria. Recordemos que no hay prescripción sin exigibilidad, ni exigibilidad sin mora, ni mora sin deuda. De manera que hasta tanto la víctima no se encuentre

²⁰ CSJN, 12-9-96, L. L. 1997-B-642; 4-11-97, L. L. 1998-A-281, entre otros. Ver CIFUENTES, Santos (dir.) y SAGARNA, Fernando (coord.), *Código Civil. Comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. IV, p. 865.

²¹ LORENZETTI, Ricardo, *La responsabilidad por daños y los accidentes de trabajo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 222.

en condiciones objetivas de establecer, en base a una razonable posibilidad de información, que ha sufrido un daño, la prescripción no corre. Las condiciones para demandar resultan ser entonces, según estándar de la CSJN, que el daño “sea cierto y susceptible de apreciación”²², aunque no medie todavía una “apreciación” o cuantificación en concreto.

Por supuesto, el curso prescriptivo puede ser interrumpido o suspendido por las causas previstas en el Código Civil, siendo una exigencia de la buena praxis profesional utilizar la posibilidad que acuerda el artículo 3986, párrafo segundo²³.

En este orden, hay que decir que las actuaciones tendentes a hacer efectivo el cobro de la *tarifa sistémica* no tendrían aptitud, en principio, con relación a una ulterior pretensión integral contra la aseguradora, dado que aunque el deudor sea el mismo, el objeto es diferente. De cualquier manera cabe distinguir la hipótesis en que la ART rechaza la denuncia del siniestro, del caso en que la acepta y, por la razón que fuera, se dilata el pago del resarcimiento. En este último escenario es posible predicar que al no tener conocimiento del *quantum* de la reparación sistémica la víctima carecía de la información como para evaluar si existía un daño remanente imputable a la responsabilidad civil²⁴.

En cambio, la interrupción o suspensión contra el empleador con imputación a su responsabilidad civil extrasistémica sí sería oponible a igual reclamo contra la ART (y viceversa). Ello así en tanto, por efecto del artículo 1081 del Código Civil²⁵, ambos serían *coautores cuasidelictuales* y por ende responsables solidarios, de suerte que se

²² STIGLITZ, Gabriel y ECHEVESTI, Carlos, en *Responsabilidad civil*, AA. VV., dir. por Jorge Mosset Iturraspe y Aída Kemelmajer de Carlucci, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 547.

²³ Para una actualización de las causas de suspensión o interrupción, ver MADDALONI y TULA, *Prescripción y caducidad...* cit.

²⁴ Recordemos que según la doctrina de la CSJN, conforme interpretación armónica de los fallos “Aquino”, “Llosco”, “Cura” y “Mosca”, entiende que la reparación integral *suplementa* a la tarifa, sin excluirla. De tal suerte, hasta tanto no se haya establecido el importe de esta última, la víctima carece de la información suficiente como para evaluar si hay un daño excedente por demandar.

²⁵ Aunque esta norma refiera a los delitos, se aplica también a los cuasidelitos por efecto de la segunda proposición del párrafo primero del art. 1109, Cód. Civ.

propagan los efectos respecto de todos los codeudores, tal como lo establece el artículo 713 del Código Civil.

**10. Escenarios procesales. Demanda autónoma.
Acumulación subjetiva. Acumulación objetiva**

Como anticipé, nada impide que la demanda de reparación integral contra la ART se promueva de manera autónoma, es decir, sin involucrar al empleador. Rige al respecto el artículo 705 del Código Civil, puesto que se trataría de codeudores solidarios por el dispositivo legal mencionado al final del título anterior²⁶.

La alternativa más corriente será sin embargo que se demande a ambos, en cuyo caso mediará un supuesto de *acumulación subjetiva* en que idéntica pretensión (como objeto de la demanda) se intenta contra dos personas distintas.

Y, por último, es posible también que en las mismas actuaciones se *acumule objetivamente* y con carácter *subsidiario* la pretensión tarifada o sistémica contra la ART (a la que el empleador resulta ajena). Esta alternativa es interesante en la medida en que previene un eventual rechazo de las pretensiones civiles, posibilitando que el mismo juez considere acreditados los presupuestos de la LRT y condene a la aseguradora. Los argumentos para proponer conjuntamente en el mismo expediente estas acciones distintas son los que ordinariamente autorizan la *acumulación procesal*, es decir: 1) economía, y 2) evitar sentencias contradictorias sobre los mismos hechos²⁷. Es que si bien se trata de juicios distintos (cada uno de los cuales debe ser fallado en base al análisis separado de los presupuestos de responsabilidad de cada demandado, según cada régimen jurídico), son conexos o afines por *el elemento fáctico de la causa del pedimento* que no es sino la ocurrencia misma del siniestro. De modo que la tramitación separada conduciría

²⁶ Debe tenerse presente que cuando se trate de una responsabilidad cuasidelictual compartida, la ART tendría acción de reintegro contra el empleador y, por ende, podría traerlo a pleito bajo la figura de la *denuncia de litis* (art. 1109, Cód. Civ.). En cambio, no podría hacerlo si su responsabilidad fuera delictual (art. 1082, Cód. Civ.).

²⁷ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, en PALACIO, Lino y ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, t. 3º, Apéndice.

a duplicar la prueba sobre esos hechos, sin descartar que al azar de la prueba o del “criterio” de jueces distintos se declare ocurrido el accidente en un pleito y no ocurrido en el otro.

Ahora bien, establecida positivamente esa circunstancia común, cesa la comunidad de suerte entre los codemandados. No necesariamente la responsabilidad sistémica-tarifada de la ART coincidirá con su responsabilidad civil, ni con la del empleador (por ej., en los accidentes *in itinere*). Ni tampoco toda vez que haya responsabilidad civil estaremos en presencia de un daño resarcible según el esquema de la LRT (por ej., en las enfermedades no enlistadas).

En síntesis, la sentencia *no podrá tratar indiferentemente* los distintos presupuestos de procedencia. A cada uno lo suyo, según sus reglas. A la ART corresponde juzgarla por las *contingencias* del sistema y aparte, si la hubiere, por su responsabilidad civil subjetiva por hecho propio. Al empleador, por su eventual obligación de suplementar la reparación sistémica si conforme al Derecho Civil resultara también responsable subjetiva u objetivamente.