



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Doctorado en Ciencias Mención Derecho

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPLEADOR POR ENFERMEDADES
OCUPACIONALES EN VENEZUELA**

**Tesis Doctoral presentada para optar al Título de
Doctor en Ciencias, mención Derecho**

AUTOR: JOSE LEONARDO CARMONA GARCIA

TUTOR: DR. RODRIGO RIVERA MORALES

San Cristóbal, Julio 2015



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Doctorado en Ciencias Mención Derecho

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPLEADOR POR ENFERMEDADES
OCUPACIONALES EN VENEZUELA**

**Tesis Doctoral presentada para optar al Título de
Doctor en Ciencias, mención Derecho**

San Cristóbal, Julio 2015

San Cristóbal, 17 de Octubre de 2013

Ciudadano (a)
Director (a) del Doctorado en Ciencias
Mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela
Presente.-

Reciba un cordial saludo. Me dirijo a usted en la oportunidad de informarle que el alumno Abg. JOSE LEONARDO CARMONA GARCIA ha concluido la Tesis Doctoral “**La responsabilidad civil del empleador por enfermedades ocupacionales en Venezuela**”, presentada para optar al título de Doctor en Ciencias Mención Derecho.

Asimismo, solicito que la Comisión de Estudios de Postgrado proponga al Consejo de Facultad la designación del jurado para la respectiva defensa.

Sin otro particular, se despide,

Atentamente,

DR. RODRIGO RIVERA MORALES
C.I.N° V- 1.705.230

DEDICATORIA

A Dios.

A la Virgen de Coromoto por su permanente compañía.

A mi Madre: El ser más extraordinario del Universo. Mi Luz de vida.

A mi Padre: Ejemplo de honestidad y rectitud.

A mis hermanos: Afranio, Ernesto y José Luis. Mis amigos, maestros y apoyos incondicionales.

A Esmeralda: Mi amor, mi amiga, mi apoyo y confidente

A mis sobrinos: Ernestico, Valeria, Santiago, Luisito, Sebastian y María José. A quienes deseo inspirar con logros como este.

INDICE

Contenido	
Aprobación del tutor	iii
Dedicatoria.....	iv
Índice General.....	v
Lista de cuadros.....	x
Resumen	xi
INTRODUCCION	1
CAPITULO I.....	08
NOCIONES BÁSICAS CONCEPTUALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL BASAMENTO FILOSÓFICO DE LAS TEORÍAS DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA.....	08
1.1. Evolución Histórica	12
1.2. Basamento filosófico y estructura de la teoría de la culpa y de la responsabilidad subjetiva	
1.2.1. La culpa.....	12
1.2.2. El daño	20
1.2.3. La relación de causalidad.....	27
1.3. Basamento filosófico de la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva	31
1.3.1. Evolución de la teoría de la responsabilidad objetiva. La seguridad social	37
CAPITULO II.....	42
SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRONAL POR ACCIDENTES Y ENFERMEDADES OCUPACIONALES EN VENEZUELA	42
2.1. Evolución Histórica de la normativa legal y reglamentaria relacionada con los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales en Venezuela ..	42
2.1.1 Contextualización	42
2.1.2. Ley del Trabajo de 1928.....	43
2.1.3. Ley del Trabajo de 1936.....	44
2.1.4. Ley del Seguro Social de 1940.....	46
2.1.5. Código Civil Venezolano de 1942	46
2.1.6. Reglamento General de la Ley del Seguro Social Obligatorio.....	46
2.1.7. Ley del Seguro Social 1946.....	47
2.1.8. Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1947	47
2.1.9. Constitución de la República de Venezuela de 1961	47
2.1.10. Ley del Seguro Social de 1966.....	48
2.1.11. Código Civil Venezolano de 1982.....	50

2.1.12. Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo de 1986	50
2.1.13. Ley Orgánica del Trabajo de 1990	53
2.1.14. Ley del Seguro Social.....	54
2.1.15. Ley Orgánica del Trabajo de 1997	54
2.1.16. Ley Programa de Alimentación de 1998.....	57
2.1.17. Criterio de la Corte Suprema de Justicia sobre la reparación del daño por accidente o enfermedades profesionales.....	57
2.1.18. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999...	58
2.1.19. Criterio del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, sobre la reparación del daño por accidente o enfermedades profesionales	58
2.1.20. Ley Orgánica Procesal del Trabajo	60
2.1.21. Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social	63
2.1.22. Ley Programa de Alimentación	64
2.1.23. Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo	64
2.1.24. Reglamento de la Ley Programa de Alimentación	68
2.1.25. Reglamento parcial de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo	69
2.1.26. Ley para Personas con Discapacidad	70
2.1.27. Ley Orgánica del Seguro Social	71
2.1.28. Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores y las Trabajadoras	72
2.1.29. Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras	72
2.1.30. Ley Orgánica de Sistema de Seguridad Social	74
2.1.31. Ley Orgánica del Seguro Social	74
2.2. Normativa aplicable en la actualidad	75
2.3. Determinación de la naturaleza del accidente o enfermedad ocupacional	77
2.3.1. Definición de accidente de trabajo y de enfermedad ocupacional en el ordenamiento jurídico Venezolano	78
2.3.1.1. Accidente de Trabajo	78
2.3.2. Órgano competente para determinar la naturaleza laboral de un accidente o enfermedad	83
2.3.3. Medios de impugnación en contra de la certificación médica ocupacional	85
2.3.4. Prejudicialidad por la impugnación de la certificación medica ocupacional	86
2.3.5. Facultad del Juez para apartarse del contenido de una certificación médica ocupacional.....	89

2.3.6. Posibilidad de interponer una reclamación por indemnizaciones derivadas de accidente o enfermedad ocupacional en ausencia de la certificación médica ocupacional.....	93
2.3.7. Órgano competente para determinar el grado de discapacidad del trabajador	96
2.3.8. Legitimidad pasiva del empleador en un proceso por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional	99
2.4. Leyes vigentes que establecen indemnizaciones derivadas de accidentes o enfermedades ocupacionales en Venezuela	102
2.4.1. Indemnizaciones consagradas en la Ley del Seguro Social.....	104
2.4.2. Indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo	105
2.4.3. Indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.....	110
2.4.4. Indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo	115
2.4.5. Indemnizaciones consagradas en el Código Civil Venezolano	120
2.5. La Indexación en las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional	151
2.5.1. Procedencia de la Indexación	152
2.5.2. Fecha a partir de la cual debe calcularse la Indexación	152
2.5.3. Períodos de exclusión de la Indexación	157
2.6. Carga de la prueba en los procesos por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedades ocupacionales en Venezuela.....	158
2.6.1. Carga de la prueba para el trabajador.....	160
2.6.2. Carga de la prueba para el empleador	162
2.7. Medios probatorios que pueden aportar las partes en un proceso por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedades ocupacionales en Venezuela	163
2.7.1. Por lo que respecta al trabajador	163
2.7.2. Por lo que respecta al empleador.....	171
2.8. Oportunidad para la prueba en el proceso laboral Venezolano	173
2.8.1. Cargas procesales.....	178
2.9. Lapso de Prescripción para reclamar las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedades profesionales	191
2.9.1. Acción para el cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo	191
2.9.2. Acción para el cobro de indemnizaciones derivadas de Enfermedades ocupacionales	197
CAPITULO III	202

PROBLEMÁTICA QUE REPRESENTA EN LA ACTUALIDAD EL SISTEMA DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR ENFERMEDADES OCUPACIONALES EN VENEZUELA.....	202
3.1. Contextualización	202
3.2. Comparación entre los costos laborales mínimos que representa para el empleador una relación de trabajo y los costos de una reclamación por indemnizaciones derivadas de esta patología	203
3.2.1 Costos laborales mínimos inmediatos en el ordenamiento jurídico Venezolano	204
3.2.2 Costos mínimos mediatos en el ordenamiento jurídico Venezolano ..	205
3.3. Régimen indemnizatorio para las enfermedades de la columna del trabajador	216
3.3.1. Doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con respecto a las indemnizaciones derivadas de este tipo de patologías.....	217
3.3.2 Problemática en la determinación de la naturaleza laboral de la enfermedad	220
3.3.3. Problemática para la determinación de la responsabilidad objetiva ..	239
3.3.4. Problemática para la determinación de la responsabilidad subjetiva	251
3.3.5. Decisiones de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con respecto a la responsabilidad subjetiva del empleador en este tipo de patologías	266
CONCLUSIONES	274
REFERENCIAS	285
ANEXOS.....	306
<u>Anexo No.01</u> Baremo para discapacidades del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.....	306
<u>Anexo No.02</u> Indemnizaciones consagradas en la Ley del Seguro Social..	309
<u>Anexo No.03</u> Indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo..	310
<u>Anexo No.04</u> Indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica de Prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo a cargo de la tesorería de la seguridad social	311
<u>Anexo No.05</u> Indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica de Prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo a cargo del empleador por violaciones a la normativa de seguridad y salud laboral.....	313
<u>Anexo No.06</u> Estimación realizado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia del daño moral en procesos judiciales para indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales.....	314

Anexo No. 07 Doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con respecto a las indemnizaciones derivadas de enfermedades ocupacionales (hernias discales).....316

Anexo No. 08 Estimación realizada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia del daño moral en procesos judiciales por cobro de indemnizaciones derivadas de hernias discales321

LISTA DE CUADROS

CUADROS	PP
1.-Tabla No1. Costos mínimos que impone la relación de trabajo en Venezuela.....	208
2.-Tabla No.02 Impacto económico que representa para el empleador una reclamación judicial por cobro de indemnizaciones derivadas de hernia discal por responsabilidad subjetiva y objetiva	214
3.- Tabla No.03 Impacto económico que representa para el empleador una reclamación judicial por cobro de indemnizaciones derivadas de hernia discal por responsabilidad objetiva	215

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Doctorado en Ciencias Mención Derecho

La responsabilidad civil del empleador por enfermedades ocupacionales en Venezuela

Autor: José Leonardo Carmona García

Tutor: Rodrigo Rivera Morales

Fecha: Octubre de 2013

RESUMEN

El propósito de esta tesis doctoral, es realizar un examen crítico al sistema de responsabilidad del empleador por enfermedades ocupacionales en Venezuela. Para ello, se formularon los siguientes objetivos específicos: - Analizar las nociones básicas conceptuales de la responsabilidad civil y el basamento filosófico de las teorías de la responsabilidad subjetiva y objetiva; - Describir el actual sistema de responsabilidad patronal por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en Venezuela; - Estudiar la problemática que representa en la actualidad el sistema de la responsabilidad empresarial por las enfermedades ocupacionales padecidas por los trabajadores en Venezuela. La metodología fue de carácter cualitativa, puesto que se presentaron teorías, reflexiones, conclusiones, recomendaciones en base al pensamiento del autor, a través de una búsqueda legal, jurisprudencial y doctrinal. Las conclusiones generadas, son: - Al analizar el contenido de la evolución de la responsabilidad civil en Venezuela se evidenció la asunción por parte de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de la teoría de la responsabilidad objetiva para la procedencia de la indemnización por daño moral. Dicho criterio jurisprudencial si bien ha sido criticado por la doctrina, encuentra su justificación en razones filosóficas y en la complejidad para determinar la culpa del empleador en determinadas enfermedades ocupacionales como las hernias discales, en tal sentido, conforme al principio de intangibilidad y progresividad de los derechos de los trabajadores debe continuarse aplicando. Sin embargo, el pago de la indemnización por daño moral se le atribuye jurisprudencialmente al empleador y no al sistema de seguridad social, por lo que tomando en consideración el incremento de la litigiosidad y el impacto económico que representa para el empleador público y privado una reclamación judicial de esta naturaleza se plantea una reforma al sistema de responsabilidad del empleador por enfermedades ocupacionales que atribuya el pago de dicha indemnización al sistema de seguridad social Venezolano.

Descriptor: teoría del riesgo, responsabilidad objetiva, empleador, enfermedades ocupacionales, sistema de seguridad social.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to critically review the system of employer liability for occupational diseases in Venezuela. To do this, set the following objectives: - To analyze the conceptual basics of liability and the philosophical foundation of the theories of liability subjective and objective ; - Describe the current system of employer liability for accidents at work and occupational diseases Venezuela ; - Study the problems that currently represents the system of corporate accountability occupational diseases suffered by workers in Venezuela . The methodology was qualitative in nature, since they were introduced theories, thoughts, conclusions, recommendations based on the author's thought, through legal research , case law and doctrine . The findings generated are: - To analyze the contents of the evolution of civil liability in Venezuela showed the assumption of the jurisprudence of the Social Chamber of the Supreme Court of Justice of the strict liability theory for the origin of compensation for moral damage. This jurisprudential approach but has been criticized by doctrine is justified by philosophical reasons and the complexity of determining the fault of the employer in certain occupational diseases such as herniated discs, as such, under the principle of intangibility and progressivity rights of workers should continue to apply . However, the payment of compensation for moral damage is attributed jurisprudence the employer and not the social security system, so that taking into account the increase in litigation and the economic impact posed to the public and private employer a claim this nature judicial system reform raises employer liability for occupational diseases that secures the payment of such compensation to the Venezuelan social security system.

Descriptors: theory of risk, liability, employer, occupational diseases, social security system

INTRODUCCION

El propósito de la presente tesis lo constituye realizar un examen crítico al sistema de responsabilidad del empleador por enfermedades ocupacionales en Venezuela. Para la realización de dicho examen crítico, se plantearon tres objetivos que corresponden a igual número de capítulos, el primero, analizar las nociones básicas conceptuales y el basamento filosófico de las teorías de la responsabilidad objetiva y subjetiva, el segundo, describir el sistema de responsabilidad patronal por enfermedades ocupacionales en Venezuela y el tercero, estudiar la problemática que representa tal sistema de responsabilidad.

Para el desarrollo de cada uno de los referidos objetivos se utilizará como instrumentos la doctrina nacional y extranjera, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las Leyes y la jurisprudencia Nacional particularmente la emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, pues al tener como propósito la tesis el análisis crítico del sistema de responsabilidad del empleador por las enfermedades ocupacionales en Venezuela, el análisis de las decisiones de dicha Sala, representarán un elemento importante en el desarrollo de la investigación.

En tal sentido, para entender el basamento filosófico de las teorías de la responsabilidad subjetiva y objetiva, en el primer capítulo, se tomará como punto de partida, las seis grandes etapas que según Melich Orsini¹ marcan la evolución de la responsabilidad civil en el mundo, particularmente las tres últimas etapas, es decir, aquella etapa en la que la responsabilidad se basó únicamente en la idea de culpa, la siguiente etapa, en la que se evidenció que en ciertos casos parecía inequitativo no acordarse una indemnización por ausencia de culpa particularmente en el campo de los accidentes de trabajo y la última etapa en la que se evidenció el peligro que representaba la teoría del riesgo que extendía la

¹ Melich Orsini, José (2006), La responsabilidad civil por hechos ilícitos. Ediciones C.A. Caracas. p. 21

responsabilidad civil apartándose de la idea de culpa y hacía responsable a una persona por el único hecho de haber desplegado la actividad que produjo el daño.

Partiendo del análisis de dicha evolución de la responsabilidad, se puede precisar la justificación de la existencia de la seguridad social, pues ante la nueva injusticia social que representaría la teoría del riesgo y para garantizar la reparación del daño al trabajador, lo correcto sería distribuir esas pérdidas entre un número tan grande de personas que prácticamente a cada una tocara una parte ínfima en la reparación y esto precisamente es lo que tiende a lograr el seguro social que viene a constituir la última etapa de la evolución de la responsabilidad.

En el segundo capítulo se describirá el sistema de responsabilidad patronal por enfermedades ocupacionales en Venezuela, para ello, será necesario precisar la evolución histórica de tal responsabilidad y precisar cuando surge la responsabilidad partiendo de la idea de la culpa, cuando surge la teoría del riesgo y cuando se desplaza la responsabilidad del empleador hacia el sistema de seguridad social.

En relación a ello es necesario mencionar que desde 1940 hasta 1999, existían en Venezuela indemnizaciones establecidas en las leyes especiales del trabajo que se correspondían con la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva (responsabilidad contractual), a cargo del sistema de seguridad social.

Paralelamente a las indemnizaciones antes mencionadas, existían en Venezuela, indemnizaciones establecidas en el derecho común (responsabilidad civil extracontractual), es decir, en el Código Civil Venezolano para los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) y para los daños morales (Código Civil 1942²), sufridos por el trabajador como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional a cargo del empleador, que se fundamentaban en la teoría de la culpa, de tal manera que procedían únicamente cuando el daño había sido consecuencia de la culpa del empleador.

² Código Civil. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela del 13 de Agosto de 1942

Por lo tanto, si el empleador actuaba como un buen padre de familia, inscribiendo al trabajador en el sistema de seguridad social y garantizando un ambiente de trabajo sano y seguro, la reparación del daño que podía sufrir un trabajador como consecuencia de un accidente o enfermedad ocupacional era asumido por el sistema de seguridad social, quien lo indemnizaba, es decir, se cumplía el doble propósito de dicho sistema que es por una parte, garantizar la reparación del daño al trabajador y por otra parte, diluir las pérdidas en un número tan grande de ciudadanos que prácticamente haga imperceptible para uno solo la reparación.

El empleador indemnizaría al trabajador únicamente cuando incumpliere con la normativa en materia de salud y seguridad laboral, es decir, cuando el trabajador demostrara la relación de causalidad entre el daño sufrido y la acción u omisión patronal, caso contrario la única indemnización que favoreciera al trabajador la asumía el seguro social.

Hasta el año 1999 ese era el sistema de responsabilidad imperante en Venezuela, es decir, responsabilidad contractual a cargo del sistema de seguridad social y responsabilidad extracontractual por hecho ilícito a cargo del empleador, ello se puede evidenciar en la posición jurisprudencial de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia³, que sostenía que las indemnizaciones establecidas en la Ley del Trabajo a título de responsabilidad objetiva (responsabilidad contractual), debían ser asumidas por el sistema de seguridad social y que las indemnizaciones establecidas en el Código Civil Venezolano⁴ por daño material (emergente – lucro cesante) o daño moral (responsabilidad extracontractual ordinaria), así como las indemnizaciones establecidas en la LOPCYMAT de 1986⁵ (responsabilidad extracontractual especial) debían ser asumidas por el empleador únicamente cuando se demostrara el hecho ilícito.

³ Jurisprudencia: Caso: Carmen Luisa Ochoa de Ferris contra Electricidad de Caracas, C.A. Sentencia del 24 de Mayo de 1960. Ramírez y Garay. 1960. Primer Semestre. Página 327 a la 347.

⁴ Código Civil. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982

⁵ Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo. Gaceta Oficial de Venezuela N° 3850 del 18 de Julio de 1986

Sin embargo, como consecuencia de la aprobación por referéndum de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁶, la Sala de Casación Social dictó una sentencia⁷ que ha marcado un hito en la historia judicial del país conocida como el caso Hilados Flexión, en la que se estableció la teoría de la responsabilidad objetiva para la procedencia de la indemnización por daño moral, en materia de accidentes o enfermedades ocupacionales, es decir, se consideró en dicha decisión, que no se requiere la demostración del hecho ilícito para la procedencia de dicha indemnización por daño moral, sino que el empleador al crear un riesgo debe responder por los daños que se ocasionen por ese riesgo.

De una lectura del contenido de dicha decisión, se evidencia que la justificación que utiliza la Sala de Casación Social es básicamente de carácter legal y no de carácter filosófico, pues se señala que tal indemnización por daño moral procede a título de responsabilidad objetiva por la guarda de la cosa prevista en el mismo Código Civil. De la misma manera, las críticas que ha recibido tal decisión por parte de la doctrina, se ha realizado también básicamente desde el punto de vista legal y no filosófico, pues básicamente se señala que el Código Civil exige la demostración del hecho ilícito para la procedencia de la indemnización por daño moral.

Por tal razón, para lograr entender la justificación filosófica y pragmática de dicha decisión, se planteó analizar en el tercer capítulo, la problemática que representa el sistema de responsabilidad patronal en Venezuela y para ello, se tomó como punto de estudio y análisis las hernias discales, que constituyen una patología padecida por un importante porcentaje de la población mundial, que representa una dificultad importante tanto para el trabajador demostrar la culpa del empleador como para los empleadores desvirtuar tal responsabilidad subjetiva.

⁶ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 de fecha 24 de Marzo de 2000

⁷ Jurisprudencia: Caso: Hilados Flexión. Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 116 del 17 de Mayo de 2000. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/a116-170500-99591.htm> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2004)

La dificultad en la determinación de la responsabilidad subjetiva del empleador en este tipo de procesos y las consecuencias que tal declaratoria representaría para él, pudiera ser la justificación que encontró la Sala de Casación Social para el establecimiento de la teoría de la responsabilidad objetiva para la procedencia de la indemnización por daño moral por enfermedad ocupacional.

Por lo tanto, pareciera que la procedencia de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva constituyó para la Sala de Casación Social una válvula de escape en aquellos procesos en que no era evidente la culpa del empleador pero tampoco era evidente que se haya desvirtuado tal culpa.

No obstante, la solución utilizada que coloca en cabeza del empleador y no del sistema de seguridad social el pago de la referida indemnización por daño moral, ha conllevado a otro problema para la sociedad y es que luego de dicha decisión, el empleador en Venezuela que hubiere actuado como un buen padre de familia inscribiendo al trabajador en el sistema de seguridad social y garantizando un ambiente de trabajo sano y seguro siempre será condenado al pago de la indemnización por daño moral en reclamaciones judiciales por enfermedades ocupacionales.

Atribuir el pago de dicha indemnización al empleador y no al sistema de seguridad social genera varias problemáticas, por una parte, no garantiza al trabajador la existencia de un fondo que le permita cobrarla, por otra parte, genera un impacto económico, imprevisible e importante en la empresa que actualmente encuentra regulado el costo de sus productos y servicios⁸, el incremento de la litigiosidad judicial y desigualdad en la estimación del daño moral.

Ante tal problemática se pueden analizar dos soluciones, la primera, que la Sala de Casación Social del máximo Tribunal de la República cambie de criterio jurisprudencial y considere que la indemnización por daño moral en materia de enfermedades ocupacionales procede a título de responsabilidad subjetiva tal como lo establece el Código Civil y no a título de responsabilidad objetiva como

⁸ Ley de costos y precios justos. Gaceta Oficial N° 39.715 del 18 de Julio de 2011.

ha sido considerado desde la sentencia del caso Hilados Flexilón, solución esta que debiera analizarse a la luz del principio de intangibilidad y progresividad de los derechos de los trabajadores consagrado en el Texto Constitucional.

La segunda solución, podría ser mantener la procedencia de la indemnización por daño moral en materia de enfermedades profesionales a título de responsabilidad objetiva pero atribuir el pago no al empleador sino al sistema de seguridad social.

Pues bien, en ambas soluciones se centrará el desarrollo de la presente tesis y luego de analizadas las mismas, el autor realizará el aporte científico de la investigación que consistió, por una parte, en plantear la posibilidad que la indemnización por daño moral en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales proceda a título de responsabilidad objetiva pero que sea asumida por el sistema de seguridad social Venezolano y no por el empleador.

Entre las limitaciones existentes, se encuentra el hecho que luego de trece años de reiterarse la sentencia emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Hilados Flexilón (que conforme a la Sala Constitucional⁹ no es de carácter vinculante para los Tribunales del país), que estableció la teoría del riesgo para la indemnización por daño moral como consecuencia de un accidente o enfermedad de carácter ocupacional son escasos los autores que han abordado este tema, su justificación filosófica y los efectos que acarrea en la sociedad Venezolana el contenido de dicha decisión.

La metodología utilizada, fue la propia de una investigación documental, dado que los instrumentos usados para la obtención de la información, consistieron en adoptar técnicas como: el resumen, el subrayado, la síntesis, aplicadas en material bibliográfico como: leyes, jurisprudencias, libros, y en datos

⁹ Jurisprudencia: Caso: Henry Pereira Gorrin. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1264 del 01 de Octubre de 2013. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/156995-1264-11013-2013-10-0093.html> (fecha de consulta: 09 de Octubre de 2013)

divulgados por medios impresos, audiovisuales o electrónicos, examinados bajo un sentido crítico y temático. Según su profundidad, esta investigación fue de tipo descriptiva; según su alcance, fue seccional, según su naturaleza, fue analítica y conceptual, dado que se constituyó después de observar y leer lo fundamental de un extenso grupo de bibliografía y jurisprudencia especializada; y de conformidad con su carácter, fue cualitativa, pues se basa en el análisis de contenido.

El basamento epistemológico del presente estudio se inserta en la fenomenología, hermenéutica, positivismo y en el pragmatismo; desde esta perspectiva, el paradigma investigativo relacionado con este enfoque teórico, es el interpretativo a través de la fenomenología y la hermenéutica, dado que esta investigación aspiró, describir y precisar los elementos que determinan la existencia de una nueva tendencia en la responsabilidad del empleador por enfermedades ocupacionales en Venezuela, así como formular un juicio crítico al sistema de responsabilidad empresarial Venezolano, que utiliza la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva como elemento determinante de la responsabilidad del empleador pero no permite la subrogación legal en el sistema de seguridad social.

CAPITULO I

**NOCIONES BÁSICAS CONCEPTUALES DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL Y EL BASAMENTO FILOSÓFICO DE LAS TEORÍAS DE LA
RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA**

1.1. Evolución Histórica

Para entender las nociones básicas conceptuales que determinan la responsabilidad civil del empleador y el basamento filosófico de las teorías que han determinado dicha responsabilidad, es necesario comenzar por describir las seis grandes etapas que marcan la evolución histórica de dicha responsabilidad en el mundo a las que se hizo referencia en la introducción de la presente tesis y que según Melich Orsini¹⁰ son las siguientes:

1.- Primera etapa: predominio de la idea de venganza. Donde no se distinguía entre pena y reparación, tampoco entre acción pública penal y acción privada civil, quien padecía un daño procuraba vengarse infligiendo un daño análogo al causante del mismo. La víctima adquirió el derecho de vengarse. Es la época de la ley del talión: ojo por ojo y diente por diente. Sin embargo, la víctima no tardó en darse cuenta de que más que producir un daño equivalente a la persona de su adversario o a los miembros de su familia, le convenía agredir su patrimonio, entonces mediante el pago de una suma de dinero estaba dispuesta a otorgar el perdón. Esta forma de arreglar las injurias dio lugar a las llamadas composiciones voluntarias que luego dio origen a las composiciones legales a través de las cuales la víctima fue obligada a conformarse con la composición y el Estado fijó las características y el monto de esta en cada caso.

2.- Segunda etapa: Confusión entre pena y reparación. Se diferenció los delitos públicos de los delitos privados que atentan únicamente contra un interés particular; en la lex aquilia se intenta una sistematización de los delitos privados y concede contra el agente de ciertos daños una acción única que tenía por objeto

¹⁰ Melich Orsini, José (2006), La responsabilidad civil por hechos ilícitos. Op cit. p. 21

obtener una indemnización y exigía solo un daño causado sin ley que autorizara infligirlo.

3.- Tercera etapa: distinción entre pena y reparación. Se llegó a conceder reparación por daños que no afectaban las cosas corporales, sino que solamente causaban una depreciación en los bienes o que frustraban una ganancia legítima y además, que se llegara a concebir la culpa por omisión, esto es, la responsabilidad por daños que se producían pro corpore.

4.- Cuarta etapa: la responsabilidad civil basada en la idea de culpa. Se resume en una doble regla: quien reclame indemnización por un daño en virtud de una relación causal de orden físico pueda ser atribuido al hecho de una persona, deberá demostrar que este hecho constituye una culpa; segundo, el autor del hecho al cual se atribuye el daño quedará libre de toda responsabilidad si prueba que no incurrió en culpa, esto es, si logra establecer que él actuó en ejercicio de un derecho o que la verdadera causa del daño fue un caso fortuito o de fuerza mayor o el hecho de un tercero o de la propia víctima susceptible de ser calificado como culposo.

5.- Quinta etapa: responsabilidad sin culpa. Surge en la necesidad de corregir una insuficiencia de la teoría clásica de la culpa, que se mostraba infecunda para asegurar indemnización a la víctima en ciertos casos en que parecía inequitativo no acordársela, no obstante no aparecer claramente una culpa imputable a alguien. El conflicto se hizo particularmente agudo en el campo de los accidentes de trabajo, en constante incremento a consecuencia del desarrollo del maquinismo, ya que generalmente la complejidad misma de la máquina y la cada vez más remota relación entre el patrono y sus obreros hacían que no pudiera imputarse a aquel una culpa personal presunta, tanto menos cuanto que con frecuencia ni siquiera se alcanzaba a descubrir la verdadera causa del accidente (accidentes anónimos). Toda actividad implica necesariamente un cierto riesgo para quien actúa y para los terceros y puesto que el agente de tal actividad la

despliega para aprovechar sus beneficios, justo también que sufra las pérdidas de ella reparando los daños que ocasione.

En una época de gran sensibilidad revolucionaria y democrática, como lo fueron los últimos años del siglo XVIII y primeros del siglo XIX, esta nueva orientación teórica del viejo problema de la responsabilidad civil ejerció una gran seducción sobre los espíritus y a pesar de la índole conservadora de las altas magistraturas judiciales, ellas mismas no tardaron mucho en ingeniárselas para llegar a resultados idénticos a los de las nuevas doctrinas, guardando, eso sí, una respetable apariencia de fidelidad a los tradicionales postulados de la teoría de la culpa.

La vieja idea de la culpa parecía engendrada por un feroz individualismo y, en su lugar, era necesario ir construyendo todo un complejo sistema de responsabilidad sin culpa que a la larga viniera a funcionar en el sentido de una solidaridad social absoluta. El legislador por su parte se mostró activo en este proceso de acrecentamiento de la responsabilidad civil.

6.- Sexta etapa: el desplazamiento de la responsabilidad hacia la seguridad social. La doctrina no tarda, sin embargo, en señalar los peligros de una tan desmesurada extensión de la responsabilidad. Al apartarse de la idea de culpa y hacer responsable a una persona por el único hecho de haber desplegado la actividad que produjo el daño, sobre todo si no se pone algún límite al modo de establecer la casualidad del accidente, se está haciendo de la distribución de las pérdidas o daños que inevitablemente produce la vida social una especie de ruleta de la desgracia.

Por obra de esta arbitraria atribución de las pérdidas con que la Ley carga a ciertos sujetos o empresas, la casualidad se convierte en la suprema regla general de la responsabilidad civil y, como jamás será posible asegurarse de que el azar elija siempre a una persona con bienes de fortuna para cargarle la reparación del daño, ocurrirá con frecuencia lo que acontece con toda solución demagógica: en lugar de paliar la desgracia de un infeliz se habrán creador dos

infelices donde antes existía uno solo. La única forma de evitar esta nueva injusticia social será distribuir esas pérdidas entre un número tan grande de personas que prácticamente a cada una toque una parte ínfima en la reparación. Esto precisamente es lo que tiende a lograr el seguro social.

La finalidad principal del seguro es garantizar la reparación de los daños sufridos por los particulares. Por lo tanto, ella designa nominalmente un responsable, pero, por la intervención del seguro que cubre a este último, hace que en realidad la reparación de todos los daños gravite sobre la sociedad. Así la responsabilidad civil, al término de esta evolución se disuelve en una institución nueva: la seguridad social.

Luego de analizadas estas etapas de la evolución de la responsabilidad civil en el mundo, es necesario analizar el fundamento filosófico y la estructura de estas teorías, es decir, la teoría de la responsabilidad subjetiva que presupone la existencia de la culpa para la procedencia de la reparación del daño y la teoría de la responsabilidad objetiva que presume la culpa del empleador por el sólo hecho de beneficiarse del medio de producción creando un riesgo con ello y exime al trabajador del deber de demostrarla.

1.2. Basamento filosófico y estructura de la teoría de la culpa o de la responsabilidad subjetiva

La teoría de la culpa tiene como premisa fundamental que una persona únicamente soportara la pérdida que su actividad ocasione a terceros cuando esta actividad contenga algo censurable (negligencia, imprudencia, impericia, dolo). Las pérdidas deberán distribuirse en función de la idea de culpa; esta teoría está basada sobre el principio de la independencia recíproca de los individuos.

La teoría de la responsabilidad subjetiva parte de la idea de que solo deben ser reparados los daños que el agente cause por su propia cuenta, es decir, imputa la consecuencia del hecho al agente del mismo, por sus acciones u omisiones fundadas en el libre albedrío.

Es el Código francés de 1804 ó Código de Napoleón, quien fundamentó la obligación de reparar en la existencia de un hecho, atribuible a una persona, que pudiera ser calificado de culpa, por lo que quien pretende la reparación del daño experimentado en su patrimonio, deberá demostrar, no solo el daño sufrido, sino que el mismo se debe a la acción del agente del daño y que tal accionar puede ser calificado de culpa.

La teoría de la responsabilidad subjetiva presupone la existencia de tres elementos para que surja la obligación de responder, es decir, de reparar el daño causado a la víctima, a los que se les denomina elementos de la responsabilidad civil y sobre los cuales la doctrina y la jurisprudencia han indagado y desarrollado, ellos son: 1° la culpa o conducta antijurídica que hace que la obligación de responder le pueda ser imputada a una persona a la que se atribuye el hecho causante del daño; 2° el daño o lesión experimentada por la víctima en su patrimonio o en su persona y 3° una relación de causa a efecto entre el hecho culposo y el daño de cuya reparación se trata.

1.2.1. La culpa

El fundamento de la responsabilidad civil por hecho propio, requiere que el daño provenga de la acción o de la abstención del demandado para que este pueda ser condenado a repararlo: se requiere un hecho suyo, positivo o negativo, para que pueda ser condenado a prestar la indemnización. Pero se discute si todo hecho del hombre que cause un daño debe entrañar la responsabilidad del autor de ese hecho o si se requiere además que tal hecho constituya una culpa.

Este problema domina toda la materia de la responsabilidad civil, pues de aceptar una u otra teoría, depende su ámbito de aplicación y la determinación de los requisitos que debe probar el actor en juicio para que el demandado pueda resultar condenado a reparar.

En relación a ello, los intentos realizados en la doctrina para llegar a una definición de la noción de culpa han salido a partir de la consideración del doble

aspecto objetivo y subjetivo. La culpa se ha dicho es “un hecho ilícito imputable a su autor”. Se pretende señalar así que la noción de culpa resulta de la combinación de los elementos: ilicitud e imputabilidad.

La ilicitud alude a la antijuridicidad objetiva, a que el daño haya sido contrario a derecho. No puede negarse la exactitud de este aserto. Es claro que si el daño ha sido causado conforme al derecho no hay responsabilidad civil para el autor.

La imputabilidad ha sido precisamente añadida por reconocerse la insuficiencia del primer elemento para caracterizar la culpa. Pero decir que un hecho debe ser imputable a su autor quiere decir sencillamente una de dos: o que le es atribuible como un efecto a su causa y entonces no estamos definiendo la culpa, sino cayendo en el campo de la relación de causalidad: o significa lo que la mayoría de los autores estudian bajo el rubro de la capacidad aquiliana o aptitud de discernimiento, cuestión ésta que no puede ayudarnos a definir la noción de culpa, sino que más bien presupone haber adquirido ya una noción de la culpa en su sentido objetivo para poder decidir el problema ulterior de cuando se tiene capacidad para incurrir en culpa.

Para De Cupis¹¹ la culpa se trata de un *quid* subjetivo, más exactamente de un modo de ser psicológico, para este autor la culpa constituye un estado anímico que, con relación a un daño concreto, puede apelarse de reprobable y la describe en la siguiente forma: “Se puede afirmar que hay culpa cuando no se ha empleado aquella tensión de las facultades mentales que habrían permitido prever el daño previsible, al igual que aún habiéndose previsto el daño, no se ha impreso a la propia conducta volitiva aquella orientación que, con la finalidad de evitarlo, habría sido necesaria”.

La doctrina, en general, ha considerado que la calificación de “reprobable” que se le atribuye a la acción dañosa debe tener un carácter jurídico, de allí que se exige que la conducta del agente del daño presente un carácter antijurídico.

¹¹ De Cupis Adriano. El Daño. Bosch. Barcelona. 1.975.página 185

Para Demogue¹² en la culpa se advierten dos elementos: el primero de ellos objetivo representado por el atentado contra el derecho, en tanto que el segundo es subjetivo y consiste en el hecho de haber advertido o podido advertir que se atentaba contra el derecho.

Para Mazeaud¹³ la culpa es un error tal de conducta que no habría sido cometido por una persona cuidadosa, situada en las mismas circunstancias “externas” que el demandado.

Planiol¹⁴ ha elaborado cuatro reglas para determinar la culpa, que se han dado en llamar “tetràlogo de Planiol” a saber; primera, abstenerse de toda violencia para con las cosas o las personas; segunda, abstenerse de todo fraude, es decir, de todo acto destinado a engañar a los demás; tercera, abstenerse de todo acto que exija cierta fuerza o determinada habilidad y que no se posea en el grado necesario; y cuarta, ejercer una vigilancia suficiente sobre las cosas peligrosas que se posean o sobre las personas cuya guarda se tenga (hijos, locos, entre otros).

Las dos primeras obligaciones comenta Planiol son absolutas: la violencia y el fraude en si mismos son reprochables, y quienes las emplean necesariamente son culpables o responsables. A ellas corresponde la clase de los delitos propiamente dichos o daños intencionales causados “dolo”. En las dos ultimas hipótesis, la persona responsable no ha actuado “dolo”, sino solamente “culpa”; su conducta exige cierta apreciación porque la culpa cometida es susceptible de grados.

Todas las definiciones precedentes nos sirven únicamente para poner de relieve una cosa: que se es responsable solo cuando uno obra como no era debido, o sea, que no se puede concebir la culpa sin partir de la noción de deber. La culpa supone necesariamente haber violado un deber. Sin duda nosotros

¹² Demogue René. Tratado de Obligaciones en General.. Librería Arthur Rousseau. Paris. 1.925 T. III. N° 225.

¹³ Léon Henri et Mazeaud Jean. Lecciones de Derecho Civil. Ediciones Montchrestien. Paris. 1.978. Tome II. Premier volume. P.441.

¹⁴ Planiol Marcel y Ripert George. Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho. Editorial Mexicana. 1997. página 786

estamos obligados a actuar de modo que nuestra acción no sea fuente de daños para los demás. Pero no es por haber lesionado el derecho de otro que incurrimos en culpa.

El Código Civil Venezolano¹⁵ en su artículo 1185 distingue entre el daño intencional (delito) y el daño causado por imprudencia o negligencia (cuasi delito). Desde el punto de vista de sus efectos tanto el delito como el cuasi delito producen para su autor la misma consecuencia: obligación de reparar la totalidad del daño causado al tercero.

La culpa intencional (dolo o delito) es un error de conducta caracterizado por constituir un acto maligno. Su peculiaridad proviene, pues, de un estado de conciencia existente en el agente del daño y por eso el Juez tendrá que realizar una investigación psicológica, para descubrir, generalmente por vía de indicios, si existió o no tal intención maligna.

La culpa por imprudencia o negligencia (cuasi delito) resulta más difícil de definir. No basta destacar que tratamos del daño causado sin intención, debemos caracterizar el error en la conducta, surge entonces la pregunta ¿Cómo saber en caso cuando se incurre en un error de conducta? ¿Con que conducta debe compararse la conducta correcta observada por la persona demandada en responsabilidad civil para saber si obró o no conforme a la diligencia y prudencia requeridas? Hay dos maneras de responder a estas cuestiones:

1.- Examinar la conciencia del agente para averiguar si ella le reprocha haberse comportado como lo hizo. Se toma en cuenta entonces el modo habitual del actuar del individuo considerado y se decide que es culpable si él ha realizado un acto que ordinariamente no realiza en atención de sus negocios. Es el sistema que se llama de la apreciación de la culpa in concreto.

Se dice que es necesario haber tenido la posibilidad de prever el daño. Si la conciencia del agente nada le reprocha, si él ha creído actuar con toda

¹⁵ Código Civil. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

prudencia y diligencia, nada puede reprochársele. El agente habrá debido evitar las consecuencias de sus actos en la medida en que haya podido preverlas. A este modo de enfocar el problema se le critica: 1.- Que hace de la reparación civil una pena al subordinar la responsabilidad a la existencia de un hecho reprochable. La culpa sería una especie de pecado, concepto que es totalmente subjetivo. 2.- El Código civil en materia de responsabilidad contractual, refiere la diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato a un patrón abstracto de comparación, a saber, la conducta del buen padre de familia.

2.- Puede, en cambio, examinarse la conducta del agente, comparada luego con un tipo abstracto y preguntarse si este ente abstracto se habría comportado exactamente como se comportó el agente. Si se llegara a la conclusión de que tal no habría sido el comportamiento del ente abstracto, entonces decidiremos que el agente incurrió en culpa. Este sistema se llama de la apreciación de la culpa in abstracto. Este es el principio defendido por la casi totalidad de la doctrina y de la jurisprudencia. Hay que distinguir aquí: que en el campo contractual, la comparación debe hacerse, salvo norma especial en contrario, con el *bonus pater familia*; y en el campo extracontractual, la comparación debe hacerse con el *optimus pater familia*.

Las circunstancias profesionales de lugar ó de época hacen que una determinada conducta pueda calificarse o no de prudente y diligente, un buen padre de familia no osaría jamás ignorar tales circunstancias objetivas. La labor del juez consiste en descubrir cuál es la conducta que en las circunstancias objetivas concretas habría observado un buen padre de familia.

El Juez para saber lo que habría hecho el hombre prudente y diligente colocado en las mismas circunstancias externas, pensará más que todo en lo que su propia conciencia moral le dice que habría hecho él mismo. Su apreciación tiene un grado de subjetivismo innegable. Es evidente que cuando la conducta debida no está expresada de un modo directo en la ley como una obligación de

resultado, el juez tendrá un poder muy amplio para determinar cuál es la conducta que en el caso concreto impone el artículo 1185 del Código Civil. Para hacerlo, el juez tendrá en cuenta como hemos dicho, las circunstancias externas (medio social, tiempo, lugar, profesión que condicionaban la conducta del agente). No tomará en cambio en cuenta las circunstancias internas, aquellas circunstancias que sólo atañen a la individualidad psíquica o moral del agente (salud, edad, enfermedad).

1.2.1.1 La culpa por comisión y culpa por omisión

Se incurre en culpa por haber realizado un acto positivo en cuyo caso se habla de culpa por comisión, pero también se puede incurrir en culpa a pesar de no haber actuado y precisamente por el mismo hecho de no haber actuado, por la abstención en cumplir un acto que se debió haber cumplido en cuyo caso se habla de culpa por omisión. El artículo 1185 del Código Civil es suficientemente explícito en el punto cuando ordena reparar el daño que uno causa, no únicamente por acción imprudente, sino también por negligencia.

Según Ripert¹⁶ únicamente puede hablarse de culpa por abstención cuando el hecho omitido debió haber sido cumplido en virtud de una obligación legal, reglamentaria o contractual. Pero la tendencia dominante parece ser considerar que no solo hay culpa por abstención cuando uno desobedece una disposición expresa de una ley, reglamento o contrato, que obliga a actuar, sino también cuando una mera regla de solidaridad social imponía el deber de actuar.

Es precisamente en este campo de la simple abstención en donde suelen presentarse los más difíciles problemas sobre cuándo debe considerársela una negligencia de esas que en virtud del artículo 1185 del Código Civil, dan derecho a la víctima a reclamar indemnización. En realidad, es imposible dar un criterio general. Cuando se trata de reprochar a alguien el no haber intervenido en un caso en que ninguna explícita disposición legal, reglamentaria o contractual le

¹⁶ Planiol Marcel y Ripert George. Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho. Editorial Mexicana. 1997. página 853

imponga hacerlo, estamos en un terreno vecino al del abuso del derecho; se trata de juzgar el uso que hemos hecho de nuestra libertad de hacer todo aquello que la ley no nos impone; y en semejante situación, solo el examen del caso específico podrá decir al juez si se debe o no considerarse culposa la abstención del demandado. Evidentemente, dentro de la mentalidad de nuestra época, que tienden cada días más subrayar como deber jurídico el deber de asistencia y solidaridad social, el juez se sentirá impulsado a calificar de culposas meras abstenciones que un juez imbuido de una mentalidad individualista habría encontrado perfectamente lícitas.

1.2.1.2. Relación entre la noción de culpa y la causa extraña no imputable

Para comprender bien la noción de culpa es necesario plantear el problema de establecer si la ausencia de culpa impone o no la prueba de una causa extraña no imputable. Entendemos por causa extraña (caso fortuito o de fuerza mayor) un acontecimiento imprevisible e irresistible que impide a una persona ejecutar su obligación. Supone, pues, que el deudor se encuentre en la situación de serle imposible ejecutar su obligación y, además, que se halle en tal situación por causa de un acontecimiento que no pudo prever y, por tanto, que no estuvo en la posibilidad de tomar precauciones para evitar verse colocado ahora en tal imposibilidad de cumplir con su obligación.

Para saber si hay causa extraña, el intérprete debe preguntarse si una persona prudente y diligente, colocada en las mismas circunstancias externas del demandado, habría cumplido con su obligación a pesar del acontecimiento que invoca el demandado. Llegar a la conclusión de que un buen padre de familia colocado en aquellas mismas circunstancias externas no habría podido actuar de otro modo que como actuó el demandado; que el incumplimiento de la obligación a su cargo no dependió de su voluntad, sino del acontecimiento, esto es, de la causa extraña (caso fortuito o de fuerza mayor), es llegar a la conclusión de que el demandado no incurrió en culpa.

Si nadie discute que cuando hay causa extraña hay necesariamente ausencia de culpa, la regla contraria no resulta evidente por si misma. En efecto, he aquí un problema que su hace surgir la pregunta ¿Cuándo hay ausencia de culpa hay necesariamente causa extraña? Responder afirmativamente a esta pregunta sería admitir que las nociones de ausencia de culpa y de causa extraña son una y la misma.

Henri Mazeaud¹⁷ sostiene que admitir tal identidad sería incurrir en un craso error; que hay una diferencia de grado entre la ausencia de culpa y la causa extraña. En efecto ¿Qué es lo que se pregunta el juez para saber si hay ausencia de culpa? El se pregunta si un hombre prudente habría obrado como el demandado? ¿Qué es lo que se pregunta, en cambio, para saber si hay fuerza mayor? El se pregunta si un hombre prudente habría estado en la imposibilidad de actuar como el demandando. Se observa, pues que hay una diferencia de grado considerable entre la ausencia de culpa y la fuerza mayor: hay ausencia de culpa cuando el demandado se ha comportado como un individuo prudente, pero es necesario mucho más para que exista caso fortuito o fuerza mayor: es necesario que haya imposibilidad, para un hombre prudente, de obrar de otro modo que como actuó el demandado.

De esta distinción, deduce las siguientes consecuencias: 1.- La víctima del daño, para obtener reparación, no podrá conformarse con que quede establecido que no hay un caso fortuito o de fuerza mayor que justifique la conducta del autor del daño. Será necesario que la víctima demuestre que el autor del daño ha incurrido en culpa. 2.- En ciertos casos, las circunstancias probadas en los autos pueden hacer presumir la culpa del demandado. Si el demandado quiere destruir esta presunción de culpa, le basta probar ausencia de culpa y no está obligado a probar la existencia de una causa extraña, cosa mucha más difícil.

¹⁷ Léon Henri y Mazeaud Jean. Lecciones de derecho civil. Ediciones Montchrestien. Paris. 1.978. Tome II. Premier volume. P.449.

1.2.2. El daño

Con respecto al daño debe señalarse que en todo caso de responsabilidad civil de lo que se trata es de obtener una reparación, lo cual supone necesariamente que exista un daño que reparar. El daño es el elemento que da interés al acreedor para ejercer la acción por responsabilidad civil, pues en materia civil, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad penal, la antijuricidad de la acción (incumplimiento en sentido objetivo), ni aun cuando vaya unida a culpa (incumplimiento en sentido subjetivo), sería suficiente para dar lugar a la reacción del ordenamiento jurídico.

El derecho positivo no reacciona contra el daño en general, o sea, contra cualquier lesión de intereses, sino que únicamente reacciona cuando la lesión sea una de aquellas que, según los criterios que dominan en el respectivo ordenamiento positivo, conviene evitar o reparar. Una concepción según la cual indiscriminadamente toda clase de daño deba ocasionar una reacción del derecho haría insoportable la convivencia humana.

La palabra daño, trae consigo la idea de un cambio que modifica una situación previa desmejorándola, provocando una disminución. Si bien, el daño es un fenómeno de orden físico (o moral), su presencia puede provocar un cambio en una situación jurídica preexistente al causar efectos que trascienden al campo jurídico. Esa reacción que provoca la existencia del daño, en el campo del derecho, se traduce en la obligación de reparar la lesión que el hecho dañoso ha causado, es decir, en la responsabilidad civil.

No obstante lo anterior, no todos los daños son susceptibles de generar la obligación de responder; se requiere, además, que el daño sea “injusto”; cuando el daño ha sido causado dentro del marco de una conducta jurídica lícita, es decir, realizada conforme a la norma jurídica, el daño no es injusto y por lo tanto, no resulta reparable. En el campo de las relaciones de trabajo, por ejemplo la huelga causa un daño al empleador, daño que no da derecho a exigir una reparación, por

cuanto la huelga, desarrollada dentro de los parámetros legales, constituye un derecho de los trabajadores.

1.2.2.1 Requisitos del daño

El daño no sólo debe ser injusto, sino además debe cumplir con los requisitos de ser cierto, lesionar un interés legítimo, ser personal a quien lo reclama, determinado o determinable y no debe haber sido reparado.

a) El requisito de la certeza del daño, señala Jaime¹⁸ no está relacionado necesariamente con la existencia actual del daño, pero sí con el hecho de que sea una consecuencia necesaria del hecho que lo causa, bien sea que el daño se haya producido ya (daño actual o presente), o bien, que aún no habiéndose producido, se tenga la seguridad de que necesariamente se va a producir.

Cuando se dice que la certeza del daño es uno de los requisitos o caracteres imprescindibles de los hechos invocados como daño para dar lugar a indemnización, significa que es necesario que el juez tenga la evidencia de que el daño ocurrió efectivamente, es decir, el juez debe precisar si la víctima se hallaría en una mejor situación si el hecho del demandado no hubiera ocurrido. El juez solo podrá condenar la indemnización de aquellos daños cuya existencia, cualquiera que sea el tiempo en que la misma se haya actualizado o deba actualizarse, se presente a su análisis con carácter de certeza.

Lo anteriormente afirmado suscita dos cuestiones: la primera de ellas tiene que ver con el rechazo de la reparación del daño eventual, que constituye un daño que no se presenta de un modo directo al juez, ni siquiera como el resultado de un encadenamiento de consecuencias necesarias de la situación actual, es un daño hipotético de cuya producción futura no existe seguridad alguna.

La segunda cuestión tiene que ver con el daño futuro, es decir, aquel que no se ha producido todavía pero que, como consecuencia del hecho dañoso, necesariamente se ha de producir. Si un trabajador que era el único sostén de su

¹⁸ Héctor Jaime. El daño extrapatrimonial en el derecho del trabajo Venezolano. Universidad Central de Venezuela. Pág. 27

familia, queda incapacitado de manera total y permanente para prestar sus servicios, no podrá continuar trabajando y, en consecuencia, no podrá percibir un salario y tanto él como su familia quedarán privados de los recursos necesarios para su sustento.

b) El daño debe lesionar un interés legítimo, es decir un interés objeto de tutela por parte del ordenamiento jurídico. En materia de trabajo, por ejemplo, es evidente que la Ley ampara la seguridad del trabajador y la integridad de la persona del trabajador, a punto que coloca a cargo del empleador la obligación de garantizar al trabajador que no sufrirá lesión alguna ni en su integridad física ni en su integridad moral, con ocasión de las actividades que realice en beneficio del empleador y con ocasión de un contrato de trabajo.

c) El daño debe ser personal a quien lo reclama: ello en razón de que sólo quien ha sufrido o experimentado un daño es quien tiene interés legítimo en su reparación o en obtener una indemnización, en caso que no fuere posible la reparación efectiva del daño. Esto no es más que la consecuencia, en el terreno del derecho sustantivo, del principio procesal que requiere de la existencia de un interés para que surja la acción.

d) El daño no debe haber sido reparado: ello es lógico, porque la acción de responsabilidad civil busca precisamente la reparación del daño y si éste ya fue reparado, ello trae como consecuencia la extinción de la acción. La medida de la reparación no es otra que la del daño experimentado. No se puede pretender lograr una reparación superior al monto del daño sufrido por cuanto el daño no puede ser fuente de lucro.

En materia de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales se presenta una particularidad. Generalmente la reparación del daño que el trabajador experimenta con ocasión de la ejecución del servicio que se comprometió a prestar, corresponde al sistema de seguridad social, el cual garantiza, en principio la asistencia médica y hospitalaria, el pago de un sustitutivo del salario dejado de percibir durante el tiempo de recuperación, así como el pago

de una pensión para el caso de que, como secuela del riesgo profesional, el trabajador quede incapacitado. Sin embargo, la propia Ley contempla la posibilidad de que el trabajador víctima del accidente acceda a otras indemnizaciones, siempre que se demuestre que el daño se produjo por culpa del empleador.

Por otra parte, la reparación no necesariamente debe ser llevada a cabo por el agente del daño. En efecto, el empleador puede, por ejemplo, haber contratado, con una compañía de seguros, una póliza para cubrirse del riesgo de accidentes de trabajo o de enfermedades ocupacionales, en cuyo caso, de ocurrir el riesgo, la compañía de seguros cargará con la indemnización y el pago hecho por la compañía de seguros, tendrá como finalidad reparar el daño, extinguiendo, de esta manera, la acción de la víctima para reclamar el pago. No obstante lo anterior, si el monto pagado por la compañía aseguradora no alcanza a cubrir la totalidad del daño, conservará el trabajador la acción para reclamar a su empleador, la diferencia necesaria para cubrir la totalidad del daño sufrido, pues el trabajador (la víctima del daño) tiene derecho a que se le indemnice la totalidad del daño sufrido, en todo caso, las indemnizaciones acordadas no pueden generar un lucro para la víctima.

1.2.2.2. Clases de daño

Históricamente tanto la Ley como la jurisprudencia y la doctrina han buscado establecer una clasificación de los daños, con base en los más diferentes criterios. La propia Ley contiene algunas referencias a ciertos tipos de daños que pueden derivarse, tanto del incumplimiento de una obligación contractual, como de la inobservancia de la obligación general atribuida a todo sujeto de derecho de abstenerse de causar daño a alguien. En el Código Civil Venezolano por ejemplo, se contemplan las siguientes categorías de daños:

a) Daños previsibles e imprevisibles: El artículo 1.274, a propósito de la extensión de la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas en un contrato, se distingue entre daños previsibles e

imprevisibles al tiempo de la celebración del contrato, limitándose la obligación del deudor de una obligación contractual a responder sólo por los primeros, es decir, los daños previsibles.

b) Daño emergente y lucro cesante: aunque la denominación es producto de la doctrina, esta clasificación se basa en la disposición contenida en el artículo 1.273 del Código Civil el cual dispone: “los daños y perjuicios se deben generalmente al acreedor por la pérdida que haya sufrido y por la utilidad de que se le haya privado...” La pérdida sufrida equivale a lo que la doctrina denomina “daño emergente”, es decir, la lesión patrimonial que aflora inmediatamente al momento cuando se produce el hecho dañoso, en tanto que por lucro cesante hay que entender, la utilidad de la que se haya privado al acreedor y que se produce con posterioridad a la ocurrencia del hecho dañoso.

c) Daños directos y daños indirectos: esta tercera clasificación del daño se puede construir a partir de la disposición contenida en el artículo 1.275 cuando limita la obligación de reparación atribuida al deudor a los solos daños que hayan sido consecuencia *“inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación”*. Cómo quiera que esta norma se encuentra ubicada dentro del Capítulo III del Título III del Código Civil que rige el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, podría pensarse que, en materia extracontractual, la obligación de reparar abarcaría los daños indirectos, es decir, aquellos que no han sido consecuencia directa e inmediata del hecho ilícito. Ello no es así, debido a que para que surja la obligación de reparar se exige la existencia de una relación de causalidad, de acuerdo con lo cual el daño debe ser una consecuencia necesaria y directa del hecho culposo.

d) Daño material y daño moral: Esta clasificación se fundamenta en la disposición del artículo 1.196 la cual contempla que la obligación de reparar el daño se extiende a todo daño material o moral causado por la acción ilícita. El interés, objeto de tutela por parte del ordenamiento jurídico, puede tener tanto una naturaleza patrimonial como no patrimonial, de manera que el daño será calificado

como patrimonial o como no patrimonial según afecte, a un interés privado patrimonial o a un interés no patrimonial. El interés patrimonial se refiere al beneficio o utilidad patrimonial que un sujeto puede obtener de una cosa o de una actividad, en tanto que el interés no patrimonial es referido a un bien de naturaleza no patrimonial. Los bienes de naturaleza no patrimonial generalmente se relacionan con los sentimientos de una persona, o con las consecuencias que un deterioro de ciertos atributos personales puedan sufrir en su vida de relación con otros, o pueden consistir en sufrimientos físicos y morales que la persona puede experimentar.

1.2.2.2.1. El daño patrimonial y extrapatrimonial

El daño material comprende toda disminución inmediata del patrimonio, es decir, la pérdida o disminución de tipo económico o patrimonial que una persona experimenta en su patrimonio. Según que los daños consistan en una disminución inmediata del patrimonio de la persona que lo experimenta o en el no aumento del mismo por habersele privado de alguna utilidad considerada como de seguro ingreso en su patrimonio, se estará en presencia del daño emergente y del lucro cesante.

En la última etapa del derecho romano, se concedieron acciones para la reparación no sólo de daños materiales sino derechos que tenían que ver con valores inmateriales también, conforme lo señala Ihering¹⁹ la jurisprudencia romana llegó en esto a la idea de que, en la vida humana, la noción de valor no consiste solamente en dinero; sino que al contrario, además del dinero existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye un valor y que quiere ver que los proteja el derecho.

La necesidad de tutelar otros valores diferentes de los económicos, llevó a aceptar la posibilidad de un daño “no patrimonial”, es decir, aquél no susceptible directamente de ser valorado económicamente, como una garantía de la dignidad

¹⁹ Ihering. Citado por Fernando Fueyo Lanieri,. “De Nuevo sobre el Daño Extrapatrimonial y su Resarcibilidad”. Universidad de los Andes. Mérida. 1.972. P. 20

personal del hombre. Así, Franzoni²⁰ concluye que el daño patrimonial ha terminado por representar solamente un componente del daño reparable y ha cesado de ser su sinónimo.

1.3.2.1.1.1. El daño moral

El Código Civil Francés de 1.804 no previó en forma expresa la posibilidad de reparación del daño moral, sin embargo, conforme con el criterio de Mazeaud-Tunc²¹ la amplitud con la que fue redactado el artículo 1.382 se empleó una fórmula general, susceptible de englobar tanto el perjuicio moral como el material.

El artículo 85 del Proyecto de Código Francoitaliano de las Obligaciones y de los Contratos previó la reparación del daño moral disposición que constituye la fuente directa del artículo 1.196 de nuestro código civil de 1942, texto que no sufrió modificación alguna en la reforma de 1.982.

Al precisar el concepto de daño moral, Mazeaud-Tunc afirman que el daño moral es el perjuicio extrapatrimonial, no económico. Como se desprende de los conceptos antes señalados, lo que caracteriza al daño moral es la naturaleza del bien o del interés legítimo, si se afecta un interés susceptible de valoración económica, estaríamos en presencia de un daño patrimonial, por el contrario, cuando el interés afectado no constituye parte del patrimonio (en el sentido económico) de la víctima, se trata de un daño moral.

Analizadas algunas definiciones de daño moral puede establecerse las características del mismo: a) afecta un interés extrapatrimonial; b) la lesión se relaciona con sentimientos de sufrimiento o dolor; c) la reparación no es posible ya que una vez producido el daño no es posible restaurar la situación preexistente de allí que la víctima sólo pueda obtener una especie de compensación (*pretium doloris*); d) no es determinable la cuantía del daño, pues no puede ser evaluado en dinero, lo que no significa que los jueces no acuerden en pago de una cantidad

²⁰ Franzoni i. "El daño biológico y otros en el sistema de derecho de trabajo." Giuffrè. Milano. 2002. P.400.

²¹ Mazeaud y Tunc André. "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Quinta edición 1.977. Tomo I. Vol. I. P. 432.

en “compensación” por los daños sufridos; y, c) como sostiene Ennecerus, “sólo compete al perjudicado inmediato, no al mediato”²²

1.2.3. La relación de causalidad

Para la determinación de la responsabilidad civil se requiere que la producción del daño pueda ser atribuida a la conducta culposa del agente del daño y ello se le denomina relación de causalidad. Comoquiera que a la producción de un daño pueden concurrir varios hechos, debe tomarse como relevante para la producción del daño, aquel hecho que sea ordinariamente el requisito idóneo para generar el hecho dañoso, (causalidad adecuada) en el sentido que se pueda concluir que el daño no se habría verificado sin la presencia de aquel acto considerado como su premisa necesaria (causalidad necesaria).

La exigencia de la relación de causalidad lleva a desechar la responsabilidad en aquellos casos en los que la producción del daño es atribuible a otros hechos, pese a la presencia de la culpa del supuesto agente del daño. Siguiendo la teoría de la responsabilidad subjetiva, un daño no engendra responsabilidad civil para el autor del mismo sino cuando tal daño ha sido causado por un hecho o una omisión suya que sean susceptibles de ser calificados de “culpa”. El hecho culposo debe jugar, por consiguiente, el papel de antecedente necesario del daño; debe ser causa eficiente.

La verdadera complejidad del problema no radica para el jurista en la investigación de cuáles sean desde el punto de vista de las leyes físico naturales las causas que explican un determinado daño. Es claro que tal investigación es un presupuesto indispensable de la tarea que le está impuesta al jurista; y si se tratare de un juez que no pudiese con sus propios conocimientos llegar a una conclusión acerca de las causas físico naturales de un daño, tendrá forzosamente que ordenar una experticia para que peritos en la materia proporcionen tales datos previos. Ahora bien, es únicamente después de obtenidos estos, cuando se

²² Ludwig Ennecerus. Derecho de las Obligaciones en Tratado de Derecho Civil. Ennecerus /Kipp y Wolf. Bosch. Barcelona. 1.966. Tomo II Volumen II. P. 1158.

plantea al jurista, o al juez en su caso, el verdadero problema jurídico, a saber; donde debe detenerse el examen de los vínculos causales para el ordenamiento jurídico. Lo que él debe destacar, en efecto, es una relación de causalidad de orden jurídico y no de orden físico natural.

La gran complejidad de su tarea proviene del hecho que un daño no es normalmente el efecto de una sola causa, sino que es el resultado de multitud de hechos y de infinitas abstenciones. A medida que uno se remonta en la investigación de la génesis física natural del daño crecen, en progresión geométrica, el número de causas o condiciones necesarias para la producción del mismo. Si uno de esos hechos o de esas abstenciones hubiera faltado, el daño no se habría producido. Entre esa infinidad de concausas hay algunas que constituyen acciones o abstenciones del demandado, otras que son acciones o abstenciones de la propia víctima o también de terceros, y otras, en fin, que constituyen simples hechos naturales, algunos de los cuales son manifiestamente inocuos.

La redacción de los textos legales demuestra la necesidad que quede establecida la existencia de un nexo causal que una el daño sufrido por la víctima a un hecho imputable al demandado. Hay dos nexos causales que deben ser tomados en cuenta. Uno de orden puramente físico natural que explica el daño como un efecto del hecho de la cosa del demandado, y otro que debe unir este hecho de la cosa del demandado a la propia persona del demandado, a fin de que a éste pueda hacerse responsable. Ahora bien, es precisamente este último nexo causal el que debe ocupar nuestra atención. El problema para el jurista consiste en investigar las condiciones según las cuales el daño puede ser atribuido "jurídicamente" al hecho del demandado, pues al derecho solo le interesa el nexo causal de la medida en que sirve para fundamentar una obligación de resarcimiento a cargo del demandado. Si el daño no puede ser atribuido al demandado, éste no debe ser obligado a indemnizarlo. He aquí un

punto en que están de acuerdo tanto los partidarios de la tesis clásica de la culpa, como los defensores de la teoría de la responsabilidad objetiva.

Planiol y Ripert²³ plantean el problema así: “con mucha razón la jurisprudencia no se contenta con que el hecho culposo constituya uno de los eslabones indiscutibles en la serie de causas del daño: cada uno de nuestros actos es susceptible, en la complejidad y el encadenamiento ininterrumpido de los hechos, de desempeñar una función en la producción de una infinidad de sucesos y en tal sentido nuestra responsabilidad no tendría límite. Pero es imposible hallar en la sola noción de causalidad los elementos de una regla limitativa. Desde este punto de vista, el acto incriminado es o no necesario para la producción del daño; no cabe término medio alguno. Por tanto es, sobre todo cuestión de sensibilidad determinar cuándo una culpa, antecedente necesario del daño, es demasiado remota para producir la responsabilidad. Según esto, el criterio que realmente emplean los tribunales para descartar la responsabilidad del agente cuando niegan la relación causal, tanto en caso de pluralidad de causas como en caso de daño indirecto, es tomar en consideración la gravedad de la culpa. Cuanto más grave sea la culpa más inclinada se verá el juez a atribuir sus diversas consecuencias a su autor.

Puesto que la relación de causalidad se nos muestra como un elemento jurídico distinto de la culpa, es necesario buscar otro criterio para decidir, en presencia de una multitud de acontecimientos que concurren en el orden físico natural a la producción de un daño, cual entre ellos debe ser retenido por el ordenamiento jurídico como causa del daño.

El problema se ha agudizado en trascendencia práctica con el desarrollo de las presunciones de responsabilidad. La existencia de estas presunciones conduce a menudo a la víctima a reclamar contra personas absolutamente extrañas al daño. ¿Qué defensa queda en tal caso al demandado? Evidentemente tendrá que probar que el daño no se debe a su hecho, sino a un hecho extraño a

²³ Planiol Marcel y Ripert George. Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho. Op. Cit. página 853

él: a caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero o hecho de la propia víctima. Esto ha conducido a que en los últimos tiempos haya adquirido particular importancia el estudio de la relación de causalidad. Dos teorías principales se disputan la solución del problema: primero, la teoría de la equivalencia de condiciones, y segundo la teoría de la causalidad adecuada.

La teoría de la equivalencia de condiciones, que ha sido formulada por el penalista Von Buri citado por Melich Orsini²⁴, expresa que la cualidad de causa pertenece a todos los hechos y circunstancias cuyo concurso haya determinado la creación del daño y entre los cuales el derecho retiene únicamente los hechos del hombre que tienen carácter de culpa, para fundar sobre ellas la responsabilidad de su autor. Por tanto, desde que entre la pluralidad de las causas pueda calificarse una al menos como “culpa”, habría responsabilidad civil. Importa muy poco que en la cadena de antecedentes el hecho calificado de “culpa” haya jugado un papel inmediato o solo mediato.

La teoría de la causalidad adecuada, formulada por el filósofo alemán Von Kries, sostiene, en contraposición a la anterior teoría, que no todos los elementos que concurren a la producción del daño son causas del mismo desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. Solo son jurídicamente causas del daño aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo. Es pues, necesario que la vinculación entre el hecho y el daño sea adecuada y no meramente casual.

Cuando hay pluralidad de causas podría pensarse que el autor del hecho culposo no estaría obligado a reparar sino en la medida en que su culpa causare el daño. Nada, sin embargo, sería más erróneo. La relación de causalidad no ejerce influencia en la determinación del monto de la reparación. Cuando un daño ha sido causado por varios hechos, todos y cada uno de ellos han sido condición del resultado; y si entre esos hechos existe alguno que constituya culpa, el autor de tal hecho deberá reparar la totalidad del daño. No se podría encontrar, en

²⁴ Melich Orsini, José (2006), La responsabilidad civil por hechos ilícitos. Op cit. p. 784

efecto, ningún argumento derivado de la relación de causalidad para limitar la obligación de reparación del autor del hecho culposo.

El artículo 1185 del Código Civil establece que quien por un hecho culposo causa un daño a otro está obligado a reparar el daño causado. No distingue este artículo según que el hecho culposo sea más o menos grave, ni tampoco según que él sea la única o solo una concausa en la producción del daño; por el contrario, el artículo 1196 ejusdem se encarga de precisar que la obligación de reparación se extiende a la totalidad de los daños materiales y morales causados. Es en virtud de estos principios que cuando, en lugar de ser uno solo, son varios los autores de un daño, el artículo 1195 del Código Civil consagra en forma expresa la solidaridad pasiva entre los mismos y a favor de la víctima.

1.3. Basamento filosófico de la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva

Con posterioridad a la aparición del Código Francés de 1804, el fundamento de la responsabilidad en la culpa se mostró insuficiente, ante el desarrollo del maquinismo, cuando resultaba en extremo difícil demostrar la culpa del dueño o guardián de la máquina, ello conllevó a que la doctrina y la jurisprudencia francesa elaborase lo que se llamó el descubrimiento del artículo 1834 del Código Francés (responsabilidad por el hecho de las cosas) y ver, en la norma en él contenida, una presunción de culpa que exime a la víctima de la necesidad de demostrar la culpa del guardián de la cosa, ello con el fin de beneficiar a las cada vez más numerosas víctimas de accidentes de trabajo en cuya producción no había intervenido directamente la mano del hombre sino una máquina.

Tal situación llevó a buscar un fundamento a la responsabilidad diferente de la culpa. Es así como surgen las llamadas teorías de la responsabilidad objetiva que pretenden fundamentar la obligación de reparar en la idea del riesgo: quien asume una actividad que crea un riesgo y le proporciona una utilidad, debe reparar los daños que se pueden producir con la ejecución de dicha actividad.

Normalmente esta teoría se aplicaba a aquellas actividades de índole industrial, en las que se utilizan máquinas para la producción, lo que dejaba sin fundamento la responsabilidad en el caso de actividades comerciales o de servicios que no empleaban máquinas, por ello, para estos casos, se apeló a una variante en la teoría del riesgo profesional y se habló de la existencia de “un riesgo de autoridad”.

La teoría de la responsabilidad objetiva busca amparar al trabajador ante los daños que puede sufrir como consecuencia de la prestación de servicios, pues con la invención y aplicación masiva de las máquinas industriales desde la segunda mitad del siglo XVIII, las fuerzas de la industria se multiplicaron y con ellas su capacidad de estrago sobre sus inmediatos servidores: los obreros que las manejaban o vigilaban. A partir de ese instante, la peligrosidad de ciertas tareas, elementos o productos, la confianza y los descuidos del trabajador, así como lo fortuito, inseparable del hombre, se erigieron en perpetuas amenazas laborales, concretadas con siniestros y víctimas en número creciente, tanto de accidentes como de enfermedades de tipo profesional.

Durante el tiempo en el cual la prestación del trabajo remunerado estaba regulada por el Derecho Civil, bajo la forma de contrato de arrendamiento de servicios, la responsabilidad del arrendatario del servicio (hoy patrono o empleador), estaba sometida a las reglas de la culpa aquiliana y por tanto, si el arrendador del servicio (hoy trabajador) sufría algún daño durante la ejecución del contrato, tenía la carga de probar la culpa del contratante o beneficiario de su labor, a falta de dicha prueba, su reclamación era desestimada y no tenía derecho a cobro de indemnización alguna, aún cuando el daño padecido fuere de consecuencias terribles, es por ello, que surge la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo.

Pues con la consolidación de la revolución industrial, la noción de culpa resultaba ya insuficiente para satisfacer las exigencias de la justicia social ya que para el trabajador era realmente difícil demostrar la culpa del empleador y ello

generaba como consecuencia que quedaba desprotegido ante una situación de discapacidad, nace entonces la teoría de la responsabilidad objetiva, basada en la noción de “riesgo-provecho”. Esta teoría, definida especialmente por Saleilles y Josserand, tiene la premisa que quien crea un riesgo para lucrarse o beneficiarse a sus expensas, debe también responder de las consecuencias dañosas que ese riesgo pueda deparar, independientemente de la concurrencia o no de la culpa, pues dicha teoría, parte de la idea de que todo daño debe ser reparado, independientemente de que el agente actúe o no con culpa en el momento de causarlo²⁵. De acuerdo a esta teoría, la reparación del daño no depende de un elemento psíquico, de un elemento subjetivo (culpa), sino que depende de un hecho objetivo: el daño.

El simple hecho de haber causado un daño, engendra la obligación de reparar, aunque no exista culpa; en esta hipótesis se le da absoluta preferencia al principio general en materia de responsabilidad civil: todo aquel que cause un daño debe repararlo y en cuanto a la carga de la prueba, no es la víctima quien debe sufrir las consecuencias del daño al tener que demostrarlo, las consecuencias las ha de sufrir el agente que causó el daño.

En tal sentido, la teoría de la responsabilidad objetiva del empleador a cuyo tenor éste es responsable en el accidente o enfermedad del que resulte víctima su trabajador, exista culpa o no de su parte, es una modalidad laboral de la teoría civil de la responsabilidad contractual, a la cual sustituye con el objeto de eximir al trabajador en la prueba de la culpa del patrono en el daño provocado por su acción u omisión, pues, las acciones por indemnización de daños producto de accidente o enfermedades profesionales estaban destinadas al fracaso por la dificultad para el trabajador de probar el hecho culposo del patrón.

La teoría de la responsabilidad objetiva surge de la necesidad de resolver un problema humano y a la vez social, pero esencialmente un problema de justicia, que no puede resolver sólo el derecho civil: de ahí la necesidad de crear

²⁵ Maduro L. Eloy. Curso de Obligaciones Derecho Civil III, Octava Edición. 1993. Pág. 137

una teoría propia del derecho del trabajo que se diferenciara de la teoría clásica de la culpa que por haber sido concebida en una época donde la industrialización no había hecho estragos en la salud de los trabajadores, no estaba en capacidad de resolver una problemática de carácter humano y social como lo son las consecuencias de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los trabajadores.

La solidaridad social, es uno de los principios que vinculan el derecho con esta nueva visión de la reparación civil del daño por parte del empleador y por consiguiente, conforme a la teoría de la responsabilidad objetiva el patrono de una empresa está obligado a pagar una indemnización, a cualquier obrero víctima de un accidente de trabajo o a sus representantes, sin que haya que investigar, en principio, si este accidente proviene de la culpa del patrono.

Según Colin y Capitant²⁶ el accidente de trabajo es un riesgo de la profesión: que amenaza a todos los que trabajan. No hay hombre prudente, por atento que sea, que pueda jactarse de escapar a él. No hay que buscar la causa que lo produce porque, en virtud de la costumbre profesional, los actos de negligencia de un patrono, y, sobre todo, los de un obrero, son inevitables y hasta excusables. Se considera, por lo tanto, el accidente como algo aleatorio unido al oficio. Este algo aleatorio pesará sobre la empresa misma; es ella la que produce el riesgo y es ella la que debe repararlo. El que hace trabajar por su cuenta, mediante salario debe sufrir las consecuencias de los riesgos inherentes a dicho trabajo, porque es él quien los origina, y, además, porque es él quien obtiene el principal beneficio del trabajo.

Para Mario de la Cueva²⁷ el accidente es para el patrono, un riesgo profesional, la justicia y la equidad exigen que el empresario, creador del riesgo y quien además aprovecha los beneficios de la producción, tome a su cargo la reparación de los daños que causen sus instalaciones.

²⁶ Colin y Capitant; Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo 3º, Editorial Reus, Madrid, 1960, pp. 873 y 838.

²⁷ De La Cueva, Mario; Derecho Mexicano del Trabajo, Novena Edición, Tomo II, Editorial Porrúa, S.A., México, 1969, pp. 46 y 50.

Saleilles quien es considerado el autor que más ha defendido la teoría de la responsabilidad objetiva, influenciado por el derecho alemán, sustentó su teoría de responsabilidad objetiva en el artículo 1.384 el Código de Napoleón que establece que se es responsable, no solamente del daño causado por hecho propio, sino, también, del causado por el hecho de las personas por las que debe responderse, o de las cosas que se tienen bajo su cuidado, en tal sentido, el patrono responde del accidente, no porque haya incurrido en culpa, sino porque su cosa, su maquinaria, ha creado el riesgo. La responsabilidad deja de tener su fundamento en la culpa del que obra o posee; es decir, en la culpa subjetiva; el simple daño causado por una cosa o por un acto, o más simplemente, el hecho causado por la culpa objetiva, resulta suficiente para originarlo. Esta teoría fue acogida por la Corte Francesa de Casación en la sentencia del 16 de junio de 1896. Con esa sentencia se abrieron las puertas a la teoría del riesgo profesional y la transformación de la doctrina de la responsabilidad civil.

Conforme a la teoría de la responsabilidad objetiva existe una presunción de culpa *juris et de jure*, absoluta e irrefragable. Esta presunción cae sobre una culpa *in vigilando*, la cual se supone absolutamente en la persona del guardián de una cosa cuando ésta causa un daño, es decir, no se le permitirá al guardián demostrar la ausencia de culpa, no se le aceptará demostrar que ejerció correctamente sus poderes de vigilancia y de control sobre la cosa o que fue diligente en el cumplimiento de sus deberes. Para exonerarse, el guardián sólo puede demostrar que el daño se debió a una causa extraña no imputable (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero o hecho intencional de la víctima).

El guardián responde porque él introduce un riesgo en el seno de la sociedad al usar la cosa y como obtiene un provecho o beneficio de esa cosa, como contrapartida debe soportar el riesgo que esa cosa produzca, de modo que

repara el daño causado por la cosa sin que sea necesario que incurra en culpa alguna²⁸ .

Para Cabanellas²⁹ la responsabilidad resulta independiente de la culpa y sobre la base de un nuevo elemento: el riesgo, basta que se dé el elemento objetivo, el daño, y un vínculo de conexión entre el hecho y el agente, esto es, un vínculo entre las partes, que constituye a una en un deber hacia la otra. Deriva así de la propia existencia de la empresa concebida como complejo de actividades y riesgos; por lo cual la misma organización laboral debe responder de los accidentes que encuentran su causa en actividades de ella no solamente por ser la creadora del riesgo sino por cuanto se beneficia de las actividades de sus trabajadores. El trabajador se expone al riesgo profesional en beneficio de la industria y, como víctima de sus accidentes, corresponde a la misma industria el repararlos, esos accidentes inevitables, que constituyen peligros inherentes a la empresa, que tienen como único propósito el desenvolvimiento de la actividad humana hacia un fin lícito, constituyen precisamente, en su conjunto, el riesgo profesional.

Como se señaló en párrafos precedentes, la teoría de la responsabilidad objetiva fue asumida por la Casación Francesa en 1896, luego de algunos años como se analizará en el siguiente capítulo, en 1928 en la primera Ley del Trabajo Venezolana, se consagraron unas indemnizaciones a favor de los trabajadores a título de responsabilidad objetiva, es decir, independientemente de la culpa en que hubiere incurrido o no el empleador debía indemnizar al trabajador.

Para Cabanellas³⁰ la teoría de Megner (precedente de la teoría del riesgo profesionales antes analizada) justificaba la responsabilidad de los patronos en el hecho que no puede consentirse verse humillados los intereses de los débiles trabajadores, víctimas de los accidentes de trabajo (por lo que recomendaba

²⁸ Maduro Luyando, Eloy; Curso de Obligaciones, Décima Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1997, pp.662 a la 703

²⁹ Cabanellas, Guillermo; Tratado de Derecho Laboral, Tomo IV, Ediciones El Gráfico, Buenos Aires, 1.949, pp. 80 y 81

³⁰ Cabanellas Guillermo. Derecho de los Riesgos del Trabajo. Unica Edición. Editores Libreros. Buenos Aires. 1968. página 294.

reformar el Código Civil) dicha teoría que carecía de bases jurídicas exaltaba el principio de solidaridad social para proteger a los menos favorecidos económicamente. Para este doctrinario, tal obligación por inspiraciones de orden moral, la posibilidad de resarcir los daños y perjuicios no se fundan en una noción de culpa, la obligación de indemnizar se basa en razones o motivos de equidad o en otros de carácter más político que jurídico.

La teoría del riesgo profesional esta sumamente emparentada con la idea de la responsabilidad objetiva pero no se confunde con ella. En efecto, en virtud de esta última el propietario o encargado de una cosa responderá por los daños y perjuicios que se causen por el hecho de la cosa, con independencia de la culpa. Por el contrario, en virtud de la teoría del riesgo profesional, el patrono responderá ante el siniestro, dada la peligrosidad de las instalaciones fabriles, esto es, por el peligro a que está sometido el trabajador por el empleo de las máquinas, utensilios y técnicas del empleador y no como consecuencia de los daños y perjuicios que se causen por el hecho de la cosa bajo su guarda, lo cual constituye el fundamento de la primera responsabilidad”³¹

En resumen, la teoría de la responsabilidad objetiva o riesgo profesional está integrada por los siguientes elementos: a) La existencia del riesgo que engendra responsabilidad patrimonial del patrono por causa del infortunio laboral; b) La aplicación de dicha responsabilidad únicamente a los siniestros que puedan ser catalogados como accidentes de trabajo o enfermedades profesionales y c) La exclusión de la responsabilidad del patrono cuando el accidente o enfermedad se deba al dolo del trabajador o a una fuerza mayor extraña al trabajo.

1.3.1. Evolución de la teoría de la responsabilidad objetiva. La seguridad social

Las legislaciones, al acoger el riesgo profesional, establecieron que todos los accidentes ocurridos con ocasión del trabajo dan derecho a una reparación, sin embargo, en la medida en que iban asumiendo la teoría de la responsabilidad

³¹ De La Cueva, M. Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo II, Edit. Porrúa, S.A. México. 1949

objetiva, surgió una nueva realidad y era la carga que representaba para el empleador asumir el pago de dichos daños y percibieron la necesidad de diluir las pérdidas mediante la creación de un fondo que recibiera los aportes de todos aquellos quienes estaban sometidos a riesgos (Estado, empleadores y trabajadores) de tal manera que ante un hecho de esta naturaleza, tal ente se encargara del resarcimiento de dichos daños, es decir, del pago de tales indemnizaciones con el dinero aportado por quienes se encontraban sometidos al riesgo, creándose de esa manera la seguridad social.

La aplicación de la teoría del riesgo profesional conduce, en última instancia, a un tipo de seguro social obligatorio, que tiene precisamente por fundamento la necesidad de proteger al trabajador; por cuanto, producido un hecho que disminuye su capacidad de ganancia, corresponde su reparación, sin el imperativo de buscar para nada la responsabilidad ajena.

Como señala Villasmil³² se colocó entonces bajo la responsabilidad de la colectividad la reparación de los daños e incapacidades resultantes de los infortunios del trabajo, mediante la creación de un sistema de seguridad social a cuyo sostenimiento contribuyen según sus posibilidades, los empresarios, los trabajadores y el Estado.

El primer régimen de seguridad social señala Fuentes³³ nace en Alemania en 1881 como producto de la industrialización, las fuertes luchas de los trabajadores, la presión de la iglesia y de los sectores políticos y académicos de la época. Según él, Bismarck, impulsó la sanción de tres leyes sociales en Alemania que representan hasta el día de hoy, la base del sistema de seguridad social universal: seguro contra enfermedad (1883); seguro contra accidente de trabajo (1884) y seguro contra invalidez y vejez (1889), modelo de seguridad social que resultó ser eficaz y muy pronto fue extendido a Europa y a otras partes del mundo.

³² Villasmil, Fernando. Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo. Primera Edición. 2000.

³³ Fuentes, William. Apuntes sobre la Seguridad Social y el Sistema de Previsión Venezolano. Ediciones Liber. Caracas 2009. Pág. 28

Los factores que propiciaron la creación del sistema alemán de seguros sociales, según Arenas³⁴, fueron entre otros: el proceso de industrialización que hizo que surgiera un proletariado urbano expuesto a riesgos sociales, la existencia de precedentes favorables como la legislación que obligaba a los empleadores a garantizar prestaciones de enfermedad a sus dependientes, así como el establecimiento de responsabilidades por accidentes de trabajo, la aparición de la asociación sindical y del partido socialdemócrata. Aunado a ello, una profunda crisis económica, con dificultades financieras, cierres de fábricas y huelgas que dieron impulso a las ideas socialistas y el acceso de los proletarios al parlamento. De allí que Bismarck, puso en práctica una política de “habilidad y fuerza” en la que restringió notoriamente las libertades sindicales, a la vez que se dio cuenta de la necesidad de mejorar la suerte de clase obrera, a fin de suprimir las causas de la agitación popular y desviar las masas del socialismo.

Según Fuentes³⁵, más tarde, las leyes promulgadas por Bismarck fueron reunidas en el Código de Seguros Sociales dictado en 1911 y completadas por un régimen de seguro de invalidez y vejez para los empleados y un seguro de muerte; y luego por un seguro de desempleo en 1929, que se caracterizaron por:

1. Proveer una asistencia médica, farmacéutica y otros medios curativos.
2. Entregar una percepción sustitutiva del salario o subsidio por incapacidad, equivalente a la mitad del jornal local o del salario que hubiera servido de base a la cuota de cotización.
3. Ámbito de aplicación a los trabajadores industriales, más no lo agrario y trabajadores autónomos.
4. Financiado por los trabajadores quienes aportaban 3% de su salario, como mínimo, y como máximo el 6%, y los patronos contribuían con sumas fijas.
5. Administrado mediante cajas gremiales profesionales.
6. Se incluyó la teoría del riesgo social bajo la cual resultaba indiferente quién era el responsable del hecho, pues el accidentado percibía 2/3 partes de su salario durante un determinado período, y en caso de muerte, la viuda recibía el 60% de la retribución durante un determinado lapso.

³⁴ Arenas, Gerardo. El Derecho Colombiano de la Seguridad Social. Legis Editores S.A. 2007. Pág. 20-25

³⁵ Fuentes, William. Apuntes sobre la Seguridad Social y el Sistema de Previsión Venezolano. Ediciones Liber. Caracas 2009 Ob. Cit. Pág. 30

La Declaración Universal de los derechos del hombre, aprobada por las Naciones Unidas en 1948, establece, en su artículo 22, el derecho a la seguridad social; y el artículo 25 determina el derecho que toda persona tiene a los seguros para los casos de enfermedad, invalidez u otros de pérdida de los medios de subsistencia, por circunstancias independientes de su voluntad.

Son numerosos los países que cuentan con régimen de seguros sociales y seguridad social que abarca el seguro de enfermedad, varían de una legislación a otra los sistemas seguidos en cuanto a los seguros por accidente de trabajo. Así, mientras en algunos países tal aseguración se declara obligatoria, en otros se considera facultativa. En unos ordenamientos, se encuentran regulados dentro de lo vigente en materia de seguridad social, y se nutren sus fondos con aportes hechos por el patrono, a veces por el trabajador, y también por el Estado. En otras ocasiones se establecen sistemas mixtos; en ellos, si bien responde este seguro a un concepto de seguridad social, el mismo se funda en contribuciones económicas que recaen, como único obligado, sobre el patrono o empleador.

Para Iturraspe³⁶ con los seguros sociales aparece la teoría del riesgo social, por la cual, un organismo (comisión de compensación o Instituto de Seguridad social) asume la responsabilidad de asegurar los siniestros laborales, subrogándose en las obligaciones del patrono quien deberá cotizar una suma para cubrir las prestaciones o indemnizaciones que le correspondan al trabajador, socializando el riesgo, difundiéndolo entre un gran número de empleadores.

La teoría de la responsabilidad objetiva se basa en la idea de que la exposición del trabajador a los riesgos de sufrir lesiones o enfermedades a causa de la producción de bienes o servicios en beneficio del empleador lleva a que éste responda, sin que pueda considerarse en su descargo si cometió algún error o falta susceptible de engendrar responsabilidad civil, sin embargo, al contribuir el empleador con el sostenimiento del sistema de seguridad social, era este ente

³⁶ Iturraspe Francisco. Derecho de la salud y seguridad del trabajo: Un informe comparativo entre Venezuela y Canadá. Dossier sobre condiciones y medio ambiente de trabajo. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1999. Intertextos consultores. Pág. 154

quien garantiza la reparación del daño al trabajador y se subroga en la obligación del empleador de reparar dicho daño.

Con la aparición de la seguridad social, se asiste a lo que se ha dado en llamar, un desplazamiento de la responsabilidad hacia la colectividad dando origen a la llamada “responsabilidad social” que establece que la responsabilidad se distribuye o reparte entre los miembros de la comunidad.

Es de hacer notar que los sistemas que “objetivizan” la obligación de responder por el daño, en el sentido de que se exige a la víctima de demostrar la presencia de una conducta culposa en el sujeto obligado a la reparación, generalmente ésta se encuentra limitada o tarifada.

El sistema de seguridad social Venezolano, creado en 1940 como lo señala León Rojas³⁷ se desarrolla sobre el principio de reparto o solidario, que tiene como principio básico una relación intergeneracional: cotizantes y pensionados; en este sentido los primeros contribuyen con sus aportes al disfrute de las pensiones de los segundos.

La presente tesis se centrará en el estudio del sistema de responsabilidad civil por enfermedades ocupacionales en Venezuela, específicamente el sistema de reparación de la indemnización por daño moral consagrado en la Jurisprudencia Laboral Venezolana, que aún cuando se determinó su procedencia a título de responsabilidad objetiva, su reparación no recae en el sistema de seguridad social Venezolano sino directamente en el empleador, lo que si bien ha permitido garantizar un resarcimiento del daño al trabajador ha contribuido al incremento de litigios y proliferación del contencioso, es decir, someter a la resolución de los órganos jurisdiccionales las controversias entre trabajadores y empleadores generando un impacto económico y emocional sobre ambas partes (empleador y trabajador).

³⁷ León Rojas Armando. Pensiones La Revolución del Siglo XXI. Centro de Promoción y Análisis de políticas públicas. 2000. Editorial Texto. Página 31.

CAPITULO II

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRONAL POR ACCIDENTES Y ENFERMEDADES OCUPACIONALES EN VENEZUELA

2.1. Evolución Histórica de la normativa legal y reglamentaria relacionada con los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales en Venezuela

Para entender y describir el sistema de responsabilidad patronal por accidentes o enfermedades ocupacionales en Venezuela, es necesario estudiar la evolución histórica de las normas que han consagrado indemnizaciones a favor de los trabajadores ante este tipo de eventos, en tal sentido, se enunciarán seguidamente y en orden cronológico cada una de las Leyes tanto sustantivas como procesales que se han dictado en materia laboral en Venezuela referida a los accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales, para luego describir el régimen actual con las normas que se encuentran vigentes.

2.1.1 Contextualización

En Venezuela antes de la promulgación de la primera Ley del trabajo de 1928³⁸ las indemnizaciones que podía reclamar el trabajador que sufría un accidente o una enfermedad de naturaleza ocupacional se encontraban consagradas únicamente en el Código Civil de 1916³⁹ que según Sandra Álvarez⁴⁰ constituye la primera norma relativa a la responsabilidad del patrono por accidentes de trabajo por el servicio prestado, que establecía en Venezuela indemnizaciones a favor del trabajador por concepto de daño material (emergente-lucro cesante) por los accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales que sufriera como prestador de servicios, pero que requería del hecho ilícito patronal como presupuesto fundamental para la procedencia de dichas indemnizaciones, es decir, se requería demostrar la culpa del empleador

³⁸ Ley del Trabajo. Gaceta oficial N° 16.482 del 23 de Julio de 1928.

³⁹ Código Civil. Gaceta Oficial N° 17.328 del 04 de Julio de 1916

⁴⁰ Alvarez Escalona Sandra. Evolución del derecho laboral en Venezuela. Biblioteca de la Academia de ciencias políticas y sociales. Serie Estudios. Caracas 1993. Anauco Ediciones C.A. página 103.

como elemento determinante de la responsabilidad patronal. En Venezuela tal como lo señala Parra citado por Iturraspe aún cuando en los Códigos de Minas se encontraban⁴¹ deberes u obligaciones legalmente impuestas al patrono relativas a la seguridad y salud de sus trabajadores, no existían para entonces indemnizaciones consagradas bajo la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva (responsabilidad contractual), sólo indemnizaciones por hecho ilícito (extracontractual).

2.1.2. Ley del Trabajo de 1928

La primera Ley del Trabajo⁴² promulgada en Venezuela el 23 de Julio de 1928 durante el gobierno del Gral. Juan Vicente Gómez, constituyó la primera norma especial de naturaleza laboral, que establecía a favor del trabajador indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedades profesionales orientadas por la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva.

Dicha Ley en su capítulo IV aún cuando no definía lo que debía entenderse por accidente de trabajo o enfermedad profesional, consagraba la procedencia de dichas indemnizaciones a título de responsabilidad objetiva, es decir; dicha norma fue acorde con los movimientos de la época que veían los cada vez mayores índices de siniestralidad que representaba el maquinismo y la industrialización; en ese sentido, en su artículo 19 señalaba que los propietarios de las empresas estarían obligados a pagar a los obreros, empleados o aprendices ocupados por tales empresas, las indemnizaciones previstas en dicha Ley por los accidentes y por las enfermedades profesionales que provengan del servicio mismo, o con ocasión directa del él, exista o no culpa simple o grave, o negligencia por parte de la empresa, o por parte de los obreros, empleados o aprendices.

Establecía entonces tal norma, la procedencia de una serie de indemnizaciones inspiradas por la teoría del riesgo o de la responsabilidad

⁴¹ Iturraspe Francisco. Los deberes de prevención y seguridad en el cuadro de la estructura jurídica del contrato de trabajo. Ensayos Laborales. Tribunal Supremo de Justicia. Colección de Estudios Jurídicos N° 12. Caracas Venezuela 2005.

⁴² Ley del Trabajo. Gaceta oficial N° 16.482 del 23 de Julio de 1928.

objetiva, es decir, independientemente de la culpa de éste el empleador debía indemnizar al trabajador, en tal sentido, en sus artículos 21 y siguientes consagraba una serie de indemnizaciones que se determinaban dependiendo de la gravedad de la lesión (muerte, incapacidad absoluta y permanente, incapacidad absoluta y temporal o incapacidad parcial y temporal); dichas indemnizaciones debían ser pagadas directamente por el empleador por cuanto no existía en Venezuela para ese momento un sistema de seguridad social que asumiera el pago de las misma, es decir, se consagraba por primera vez en Venezuela la procedencia de indemnizaciones a título de responsabilidad objetiva y era el empleador quien asumía el pago de dichas indemnizaciones.

2.1.3. Ley del Trabajo de 1936

La Ley del Trabajo de 1936⁴³ a diferencia de la anterior, si definió tanto el accidente de trabajo como la enfermedad profesional, en tal sentido, consideró el accidente de trabajo como toda lesión funcional o corporal, permanentes o temporales, inmediatas o posteriores, o la muerte, resultantes de la acción violenta de una fuerza exterior que pueda ser determinada y sobrevenida en curso del trabajo por el hecho u ocasión del trabajo: sería igualmente considerado como accidente de trabajo toda lesión interna determinada por un esfuerzo violento, sobrevenida en las mismas circunstancias.

Igualmente dicha ley, definió como enfermedades profesionales todos los estados patológicos resultantes del trabajo que efectuara el obrero o del medio en el cual se encuentra obligado a trabajar, y que provocan en el organismo una lesión o un trastorno funcional, permanente o temporal, pudiendo ser determinadas dichas enfermedades profesionales por agentes físicos, químicos o biológicos.

La Ley del Trabajo de 1936 (al igual que la derogada), estableció expresamente la procedencia de indemnizaciones a título de responsabilidad objetiva, es decir, consagró la obligación de los empleadores de pagar a los

⁴³ Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 19.640 del 16 de Julio de 1936.

obreros, empleados o aprendices, las indemnizaciones previstas por los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que provengan del servicio mismo o con ocasión directa de el, exista o no culpa o negligencia por parte de las empresas o por parte de los obreros, empleados o aprendices.

El aspecto quizás más novedoso de esta Ley a los efectos de la presente investigación, es que acorde con la sexta etapa de la reparación del daño descrita por Melich Orsini⁴⁴ y a la que se hizo referencia en el primer capítulo de la presente tesis, se creó en el texto de la misma y por primera vez en Venezuela, un capítulo denominado “seguro social obligatorio” y en dicho capítulo, se estableció que el Ejecutivo Federal para la protección de los empleados y obreros, en los casos de riesgos profesionales, instituiría el seguro social obligatorio a cargo del patrono mediante organismos o entidades que funcionen legalmente en el país, y que la entidad aseguradora se obligaría a responder del pago total de las indemnizaciones, rentas o pensiones que en derecho correspondan, en cuyo caso el patrono quedará relevado de su responsabilidad por el riesgo respectivo

Se creó entonces el sistema de seguridad social como una manera de mitigar las pérdidas que representaba para el empleador, las indemnizaciones concebidas bajo la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva, quien aportaba al mismo determinadas cotizaciones para que fuera dicho sistema quien asumiera el pago de tales indemnizaciones y que el sistema de seguridad social debía garantizar el derecho a asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica, así como el derecho a la alimentación adecuada durante el tiempo del tratamiento.

Obsérvese que ante la carga que imponía para el empleador el pago de las indemnizaciones consagradas a título de responsabilidad objetiva en la Ley de 1928, se creó en esta Ley de 1936 (acorde con la nueva etapa de la evolución de la reparación civil) el sistema de seguridad social Venezolano, con el objetivo por una parte, de garantizar la reparación del daño al trabajador que sufriera un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional y por otra parte, de mutualizar

⁴⁴ Melich Orsini, José (2006), La responsabilidad civil por hechos ilícitos. Op cit. p. 21

las pérdidas que ocasionaba la reparación del daño, pues una vez que el empleador contribuía al sostenimiento del sistema de seguridad social, dicho sistema pagaría las indemnizaciones, rentas o pensiones que en derecho correspondían al trabajador, en cuyo caso, el patrono quedaría relevado de su responsabilidad por el riesgo respectivo.

2.1.4. Ley del Seguro Social de 1940

El 24 de julio de 1940, entró en vigencia la primera Ley del Seguro Social⁴⁵ y se puso en funcionamiento los servicios para la cobertura de las siguientes contingencias: a) enfermedad, b) maternidad, c) accidentes y d) patologías por accidente. Este marco legal fue reglamentado posteriormente en el año 1944, lo que conllevó a que se le diera rango constitucional al derecho a la seguridad social, en la Constitución de 1947.

2.1.5. Código Civil Venezolano de 1942

En Venezuela, históricamente hubo una enorme resistencia a aceptar la acción por daños morales, sistemáticamente los Tribunales se opusieron a ello durante toda la historia jurídica venezolana, hasta que finalmente fue admitida por la reforma del Código Civil de 1942⁴⁶ (artículo 1196). Esa reforma que marcó gran diferencia entre el mundo frío del derecho estableció la indemnización por daño moral en los siguientes términos: “la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito”, es decir, se consagró la procedencia de la indemnización por daño moral siempre y cuando se demostrara el hecho ilícito del deudor, en este caso, del empleador.

2.1.6. Reglamento General de la Ley del Seguro Social Obligatorio

Luego de nueve años de la entrada en vigencia de la Ley del Trabajo de 1936, que creó el capítulo del seguro social obligatorio, el Ejecutivo Nacional

⁴⁵ Ley del Seguro Social. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela de fecha 24 de Julio de 1940

⁴⁶ Código Civil. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela del 13 de Agosto de 1942

promulgó el Reglamento general de la Ley del seguro social obligatorio⁴⁷, que permitió el inicio de las labores del Seguro Social el 09 de Octubre de 1944, con la puesta en funcionamiento de los servicios para la cobertura de riesgos de enfermedades, maternidad, accidentes y patologías por accidentes.

2.1.7. Ley del Seguro Social 1946

En 1946 se reforma la Ley del Seguro Social⁴⁸, dando origen a la creación del Instituto Central de los Seguros Sociales, organismo con responsabilidad jurídica y patrimonio propio. Posteriormente con la intención de adaptar el referido Instituto a los cambios que se verificaban en esa época, el 5 de octubre de 1951 se deroga la Ley que creaba el Instituto Central de los Seguros Sociales y se sustituye por el estatuto Orgánico del Seguro Social Obligatorio.

2.1.8. Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1947

La Constitución de 1947⁴⁹, dedicó un capítulo completo a dos obligaciones esenciales del Estado: la salud y la seguridad social, consagrando por una parte, en su artículo 51 que el Estado velaría por el mantenimiento de la salud pública y que todos los habitantes de la República tendrían el derecho a la protección de la salud. Por otra parte, en su artículo 52 que los habitantes de la República tendrían el derecho de vivir protegidos contra los riesgos de carácter social que puedan afectarlo y contra la necesidad que de ello se derive.

2.1.9. Constitución de la República de Venezuela de 1961

La premisa Constitucional de un desarrollo legislativo progresivo en cuanto a un sistema de seguridad social dirigido a amparar de manera integral a toda la población, fue dispuesto en el artículo 94 de la Constitución de 1961⁵⁰ en los siguientes términos “en forma progresiva se desarrollará un sistema de seguridad social tendiente a proteger a todos los habitantes de la República contra

⁴⁷ Reglamento de la Ley del Seguro Social Obligatorio. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela del 01 de Septiembre de 1944.

⁴⁸ Ley del Seguro Social. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela del 17 de Septiembre de 1946.

⁴⁹ Constitución de los Estados Unidos de Venezuela. Gaceta Oficial N° 192 de 18 de Julio de 1947

⁵⁰ Constitución de la República de Venezuela. Gaceta Oficial N° 66 del 23 de Enero de 1961

infortunios de trabajo, enfermedad, invalidez, vejez, muerte, desempleo y cualquiera otros riesgos que puedan ser objeto de previsión social, así como contra las cargas derivadas de la vida familiar. Quienes carezcan de medios económicos y no estén en condiciones de procurárselos, tendrán derecho a la asistencia social, mientras sean incorporados al sistema de seguridad social”.

2.1.10. Ley del Seguro Social de 1966

En 1966 bajo la premisa Constitucional de un sistema de seguridad social, se promulga la nueva Ley del Seguro Social⁵¹, (que comienza a ser aplicada efectivamente al año siguiente), que funde los seguros de enfermedades, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el seguro de asistencia médica; se amplían los beneficios además de asistencia médica integral, se establecen las prestaciones a largo plazo (pensiones) por conceptos de invalidez, incapacidad parcial y vejez. Se establecen dos regímenes, el parcial que se refiere solo a prestaciones a largo plazo y el general que además de prestaciones a largo plazo, incluye asistencia médica y se crea el fondo de pensiones y el seguro facultativo.

Una vez creado entonces el sistema de seguridad social Venezolano y en funcionamiento pleno el Instituto que garantizaría la ejecución de dicho sistema, el empleador que cumpliera con tener inscrito al trabajador en el sistema de seguridad social para el momento del accidente o del padecimiento de una enfermedad de carácter ocupacional, se subrogaba legalmente en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales y era el Estado Venezolano a través de dicho sistema de naturaleza contributiva, quien asumía el pago de las indemnizaciones establecidas en la Ley del Trabajo a favor del trabajador (responsabilidad contractual), quedando relevado el empleador de responsabilidad alguna salvo que el trabajador demostrare el hecho ilícito patronal en la ocurrencia del accidente o enfermedad de carácter ocupacional, en cuyo caso pudiera ser condenado al pago de las indemnizaciones establecidas en el

⁵¹ Ley del Seguro Social. Gaceta Oficial de Venezuela del 03 de Abril de 1966.

Código Civil de 1942 por daños materiales (emergente – lucro cesante) y daño moral.

Como puede observarse, durante este período que va desde 1936 hasta 1966, paralelamente a las indemnizaciones consagradas a título de responsabilidad objetiva en la Ley del Trabajo de 1936, existían otras indemnizaciones establecidas en el derecho común, es decir, en el Código Civil Venezolano⁵² para los daños materiales (emergente - lucro cesante) y daños morales sufridos por el trabajador como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, que se fundamentaban en la teoría de la culpa, de tal manera que procedían únicamente cuando el daño había sido consecuencia de la culpa del empleador.

Por lo tanto, si el empleador actuaba como un buen padre de familia, inscribiendo al trabajador en el sistema de seguridad social y garantizando un ambiente de trabajo sano y seguro, las pérdidas que podía sufrir como consecuencia de un accidente o enfermedad ocupacional eran asumidas por el sistema de seguridad social, es decir, se cumplía el doble propósito de dicho sistema que es garantizar la reparación del daño al trabajador y a su vez diluir las pérdidas en un número tan grande de ciudadanos que prácticamente hacía imperceptible para uno solo la reparación, pues el empleador había aportado una parte ínfima en la reparación al contribuir al sostenimiento de la seguridad social.

Le correspondía entonces, al trabajador cuando reclamaba las indemnizaciones establecidas en el Código Civil (daño material y daño moral), es decir, una reparación mayor a la establecida en la Ley del Trabajo, debía demostrar la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión patronal, vale decir, el hecho ilícito o la responsabilidad subjetiva del empleador.

⁵² Código Civil. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela del 13 de Agosto de 1942

2.1.11. Código Civil Venezolano de 1982

En el mes de Julio de 1982, se publicó el Código Civil Venezolano⁵³ que ratifica el sistema de responsabilidad por daño material (emergente – lucro cesante) y daño moral a título de responsabilidad subjetiva consagrado en el Código Civil de 1942 derogado, es decir, exige en sus artículos 1185 y 1196 la demostración del hecho ilícito como supuesto de procedencia de las indemnizaciones tanto por daño material como por daño moral. De la misma manera, establece que la estimación del daño moral le correspondería al Juez y transcribió el sistema de responsabilidad especial por guarda de la cosa consagrado en la norma derogada.

2.1.12. Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo de 1986

En el año 1986 como consecuencia de una tragedia que enlutó muchos hogares Venezolanos, producto de un incendio en una fábrica de cauchos en el Estado Vargas en el sector de Tocoa ocurrida el mes de Diciembre de 1982; el Gobierno Nacional se vio obligado a promulgar una Ley Especial que buscaba garantizar un ambiente de trabajo sano y seguro en las empresas Venezolanas, a dicha Ley se le denominó Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo⁵⁴ y en ella se establecieron un conjunto de indemnizaciones que se fundamentaban en la teoría de la culpa, es decir, que debían ser pagadas por el empleador directamente al trabajador cuando se demostrara la culpa de aquel en la ocurrencia del daño, es decir, cuando se demostrara el hecho ilícito, es decir, una indemnización por responsabilidad extracontractual especial.

Dicha norma especial estableció la procedencia de las referidas indemnizaciones cuando el empleador a sabiendas que los trabajadores corrían peligro en el desempeño de sus funciones no haya corregido tales riesgos y como consecuencia de ello se haya ocasionado el accidente o la enfermedad, previendo

⁵³ Código Civil. Gaceta Oficial de Venezuela N° 2990 del 26 de Julio de 1982

⁵⁴ Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo. Gaceta Oficial de Venezuela N° 3850 del 18 de Julio de 1986

como supuestos de exención de responsabilidad del empleador, que el accidente haya sido provocado intencionalmente por la víctima ó que el accidente sea debido a fuerza mayor o causa extraña no imputable al trabajo sino se comprobare el riesgo especial, es decir, la referida norma requería la presencia de una culpa que pudiera ser calificada como grave o culpa lata.

Igualmente la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo de 1986 estableció una indemnización por secuelas o deformaciones permanentes provenientes de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo, cuando la lesión vulnerara la facultad humana más allá de la simple pérdida de la capacidad de ganancias, alterando la integridad emocional y psíquica del trabajador lesionado.

Concurrían de esa manera, a partir de la entrada en vigencia de la referida Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del Trabajo⁵⁵, dos indemnizaciones a favor del trabajador que sufría un accidente o una enfermedad de carácter ocupacional establecidas en leyes laborales especiales, por una parte, las establecidas en la Ley del Trabajo a título de responsabilidad objetiva a cargo del sistema de seguridad social siempre y cuando el trabajador estuviere inscrito en él y por otra parte, las establecidas en esta Ley orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo que procedían a título de responsabilidad subjetiva, es decir, cuando se demostraba el hecho ilícito del empleador en la ocurrencia del accidente o la enfermedad. Paralelamente a ellas, existían las indemnizaciones a título de responsabilidad subjetiva por daño material (emergente – lucro cesante) y daño moral establecidas en el Código Civil que requerían igualmente la demostración del hecho ilícito patronal.

Con respecto a las indemnizaciones previstas en la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del Trabajo, la jurisprudencia

⁵⁵ Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo. Gaceta Oficial de Venezuela N° 3850 del 18 de Julio de 1986

Venezolana⁵⁶ consideró que las sanciones contempladas en dicha Ley requerían para su necesaria aplicación, que el patrono tuviera conocimiento del peligro a que se encontraban expuestos sus trabajadores, es decir, que conociera la condiciones riesgosas en el seno de la empresa, quedando obligado a la reparación del daño por la no corrección de las condiciones de trabajo peligrosas del dependiente.

Para Iturraspe⁵⁷ el convenio 155 ratificado por Venezuela en 1984 constituyó la consagración de los derechos fundamentales del trabajador derecho a condiciones de seguridad, salud y ambiente de trabajo adecuados y los tres derechos básicos que lo desarrolla: derecho de información y formación, derecho de participación y consulta, y derecho de rehusarse a trabajar en condiciones peligrosas o insalubres. Con la LOPCYMAT de 1986 señala se dió cumplimiento al Convenio 155 y se enfatiza en nuestra legislación la importancia de los deberes de prevención y seguridad: la garantía de que el servicio al que está obligado el trabajador por el contrato se preste en condiciones de seguridad, salud y bienestar, en un medio ambiente de trabajo adecuado y propicio para el ejercicio de sus facultades físicas y mentales y las garantías de reparación en caso de accidentes o enfermedades.

Para Rodríguez Rojas⁵⁸ la finalidad de las indemnizaciones establecidas en la LOPCYMAT de 1986 es proteger la salud de los trabajadores a través de dos vertientes: a) la tasación de los montos que el patrono debe cancelar considerados proporcionalmente al tipo de incapacidad que haya sufrido el trabajador a consecuencia de la omisión del empleador que produjo la enfermedad, para que el trabajador tenga la posibilidad de recuperar la salud y b)

⁵⁶ Jurisprudencia: Caso: Quintero JG contra Costa Norte Construcciones C.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 722 del 02 de Julio de 2004. Exp. 04-383. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Julio722-020704-04383.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

⁵⁷ Iturraspe Francisco. Los deberes de prevención y seguridad en el cuadro de la estructura jurídica del contrato de trabajo. Ensayos Laborales. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Estudios Jurídicos, N° 12. Caracas Venezuela 2005. pag. 443

⁵⁸ Rodríguez Rojas Leonardo. Asegurabilidad de las indemnizaciones previstas en el artículo 33 de la LOPCYMAT. Dossier sobre condiciones y medio ambiente de trabajo. Universidad Central de Venezuela. Intertextos Consultores. Caracas 1999. página 111

la disuasión, al responsabilizar al patrono por el pago de dichas cantidades reafirmando la tesis empresarial de que resultaría más barato “pagar un accidentado” que evitar el accidente o la enfermedad. Adicionalmente correccionalista pues la pena tiene como función la educación del infractor y la defensa social.

2.1.13. Ley Orgánica del Trabajo de 1990

La Ley Orgánica del Trabajo⁵⁹ promulgada el 20 de diciembre de 1990, dio lugar a la institución de la “indemnización por antigüedad” (que luego se denominaría “prestación por antigüedad”) que vendría a sustituir el auxilio de cesantía y la indemnización por antigüedad que desde la Ley del trabajo de 1974⁶⁰ constituía un derecho adquirido por el trabajador por el simple transcurso del tiempo de trabajo y que consistía en el pago de 30 días de salario normal por cada año de servicio prestado por el trabajador, que debía ampararlo en caso de cesantía, calculado en base al último salario normal devengado al finalizar la relación de trabajo.

Esta Ley Orgánica del Trabajo de 1990 en su artículo 94 transcribió de la ley derogada las causas de suspensión de la relación de trabajo y dentro de ellas estableció el accidente o enfermedad profesional que inhabilitara al trabajador para la prestación del servicio durante un período que no excediera de doce meses; así mismo que a los efectos del cálculo de la indemnización por antigüedad el tiempo de la suspensión de la relación de trabajo no se computaría, es decir, que durante el período de suspensión de la relación de trabajo como consecuencia de una discapacidad por accidente o enfermedad ocupacional, (que no debía superar 12 meses), no se generaba antigüedad alguna a favor del trabajador a los efectos del cálculo de la indemnización por antigüedad.

⁵⁹ Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial N° 4.240 del 20 de Diciembre de 1990

⁶⁰ Ley del Trabajo. Gaceta Oficial N° 1656 del 04 de Junio de 1974

Esta Ley estableció igualmente en su artículo 125 tal como lo había consagrado la Ley contra despidos injustificados⁶¹ el pago doble de prestaciones sociales como sanción para el empleador que despidiere al trabajador sin que existiere causa que lo justifique, dicha indemnización no tenía límite o tope máximo. Sin embargo, para los casos en que el trabajador fuere discapacitado de manera permanente como consecuencia de un accidente o enfermedad de carácter ocupacional, ello no daba lugar al pago de tal indemnización, pues se entendía que la relación finalizaba por una causa extraña no imputable a las partes y no a la voluntad unilateral e injustificada del empleador.

2.1.14. Ley del Seguro Social

El Congreso de la República de Venezuela en el año 1991 dicta la Ley del Seguro Social⁶² que viene a constituir la primera Ley que compila todo el sistema de prestaciones tanto asistenciales como dinerarias para los cotizantes del sistema de seguridad social Venezolano; dicha Ley que contenía 106 artículos, estructuró y desarrolló lo relativo a las personas sujetas al seguro social obligatorio, a la asistencia médica, las prestaciones por incapacidad, vejez, sobrevivientes, la administración del seguro social obligatorio, las cotizaciones, los fondos del seguro social obligatorio, sanciones, prescripción y jurisdicción. Dicha norma prácticamente se ha mantenido vigente hasta la actualidad salvo dos modestas reformas.

2.1.15. Ley Orgánica del Trabajo de 1997

La prestación por antigüedad como derecho de los trabajadores, incorrectamente denominada “indemnización por antigüedad” en la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, sufrió un cambio significativo en la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997⁶³, pues conforme a la nueva Ley dicha “prestación por antigüedad” se generaba mes a mes a partir del cuarto mes ininterrumpido de servicios y debía acreditarse bien sea en la contabilidad de la empresa, en una

⁶¹ Ley contra despidos injustificados. Gaceta oficial N° 30.468 de fecha 08 de Agosto de 1974.

⁶² Ley del Seguro Social. Gaceta Oficial N° 4.322 del 03 de Octubre de 1991.

⁶³ Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial N° 5.152 de fecha 19 de Junio de 1997

cuenta de fideicomiso a nombre del trabajador o en cualquier otra de las modalidades previstas en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, pero ya no se calculaba con el último salario normal devengado por el trabajador al finalizar la relación de trabajo, sino con el salario integral devengado por el trabajador mes a mes durante la vigencia de la relación de trabajo.

Para algunos, la prestación por antigüedad concebida en esta Ley en 5 días de salario integral por cada mes de servicio, constituía un salario diferido que se pagaba mes a mes al acreditar dicha cantidad de dinero en cualquiera de las modalidades consagradas en la norma, es decir, el empleador pagaba 35 días de salario al trabajador de los cuales 30 días se los entregaba al finalizar el mes y 5 días los acreditaba en una de dichas modalidades, con lo cual liquidaba al trabajador mes a mes y una vez finalizada la relación de trabajo se le entregaba al trabajador dicha cantidad de dinero con los intereses generados mensualmente.

Esta Ley Orgánica del Trabajo, mantuvo en su artículo 94 como causas de suspensión de la relación de trabajo, el accidente o enfermedad profesional que inhabilitaría al trabajador para la prestación del servicio durante un período que no excediera de doce meses y que la antigüedad del trabajador a los efectos del cálculo de la prestación por antigüedad comprendería el tiempo servido antes y después de la suspensión de la relación de trabajo, es decir, que durante el período de suspensión de la relación de trabajo como consecuencia de una discapacidad por accidente o enfermedad ocupacional (que no debía superar 52 semanas), no se generaba antigüedad alguna a favor del trabajador a los efectos del cálculo de la prestación por antigüedad.

Esta Ley sustituyó el pago doble de las prestaciones sociales como sanción para el empleador que despidiere a un trabajador sin causa que lo justificare por la indemnización por despido injustificado consagrada en el artículo 125, que debía pagarse únicamente cuando el trabajador fuese despedido de manera injustificada, es decir, cuando el empleador despidiere al trabajador sin que hubiere incurrido en algunas de las causales de despido injustificado consagradas

en el artículo 102 de la LOT y equivalía a la cantidad de 30 días de salario integral⁶⁴ por cada año de servicio calculado en base al último salario devengado por el trabajador al finalizar la relación de trabajo, teniendo como límite máximo de dicha indemnización la cantidad de 150 días de salario.

Las causales de despido justificado establecidas en dicha norma eran taxativamente las siguientes: a) falta de probidad o conducta inmoral en el trabajo; b) vías de hecho, salvo en legítima defensa; c) injuria o falta grave al respeto y consideración debidos al patrono o familiares; d) hecho intencional o negligencia grave que afecte la seguridad o higiene del trabajo; e) omisiones o imprudencias que afecten gravemente la seguridad o higiene en el trabajo; f) inasistencia injustificada al trabajo durante tres días hábiles en el período de un mes; g) perjuicio material causado en los útiles de trabajo; h) revelación de secretos de manufactura, fabricación o procedimiento; i) falta grave a las obligaciones que impone la relación de trabajo y; j) abandono de del trabajo.

En tal sentido, cuando el trabajador era discapacitado de manera permanente como consecuencia de un accidente o enfermedad de carácter ocupacional, no procedía el pago de la indemnización por despido injustificado antes señalada, por una parte, por cuanto dicho motivo de terminación de la relación de trabajo no se encuadraba dentro de ninguna de las causales establecidas en el artículo 102 de la Ley y por otra parte, por cuanto el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo⁶⁵ establecía en su artículo 46 como causas ajenas a la voluntad de las partes la incapacidad permanente del trabajador para la ejecución de sus funciones.

⁶⁴ Jurisprudencia Caso: Armando Cabrera contra FUNDESO. Sentencia N° 1033 de fecha 03 de Septiembre de 2004. Exp. 04-122. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Dr. Alfonso Valbuena. (Documento en línea) Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/1033-030904-04122.htm>

⁶⁵ Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial N° 5.292 del 25 de Enero de 1999

2.1.16. Ley Programa de Alimentación de 1998

En el año de 1998, se promulgo la Ley programa de alimentación para los trabajadores⁶⁶ que buscaba garantizar a todos aquellos trabajadores que laboraren en empresas con más de 50 trabajadores, una comida que les proporcionara los nutrientes y las energías básicas consumidas por su organismo en cada jornada laboral y compensara el desgaste que implicaba tal jornada de trabajo. Dicha norma establecía como presupuesto de procedencia para el pago de dicho beneficio, el cumplimiento de la jornada efectiva de labores por parte del trabajador, es decir, que durante el tiempo de suspensión de la relación de trabajo por la discapacidad del trabajador como consecuencia de un accidente o enfermedad profesional no era procedente el pago de tal beneficio, es decir, que el trabajador que sufría un accidente o enfermedad de naturaleza ocupacional durante el tiempo de reposo se suspendía el pago de este beneficio.

2.1.17. Criterio de la Corte Suprema de Justicia sobre la reparación del daño por accidente o enfermedades profesionales

Hasta el año 1999, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia (quien conocía de los procesos en materia laboral), había sostenido que las indemnizaciones establecidas en la Ley del Trabajo a título de responsabilidad objetiva, debían ser asumidas por el sistema de seguridad social siempre y cuando el empleador haya cumplido con el deber de tener inscrito al trabajador para el momento del accidente o la enfermedad en el seguro social obligatorio y que las indemnizaciones establecidas en el Código Civil Venezolano⁶⁷ por daño material (emergente – lucro cesante) o daño moral, así como las indemnizaciones establecidas en la LOPCYMAT de 1986, debían ser asumidas por el empleador únicamente cuando se demostrara el hecho ilícito.

Tal criterio jurisprudencial se puede evidenciar en diferentes decisiones entre la que podemos mencionar la sentencia del caso Carmen Luisa Ochoa de

⁶⁶ Ley Programa de alimentación. Gaceta oficial N° 36.538 del 15 de Septiembre de 1998

⁶⁷ Código Civil. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982

Ferris contra Electricidad de Caracas, C.A.⁶⁸ en la que se consideró que la responsabilidad consagrada en el artículo 1193 del Código Civil no era aplicable, al no estar demostrado un hecho ilícito por parte del patrono, sin que pueda demandarse un daño moral fundado exclusivamente en una relación de trabajo existente entre las partes, pues necesariamente tiene que existir la ocurrencia de un hecho ilícito por parte del patrono que lo haga responsable, según lo dispuesto en el artículo 1185 del Código Civil.

2.1.18. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999

En el año 1999, el pueblo Venezolano aprueba por referéndum popular la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁶⁹, en la que se define al Estado Venezolano, como un Estado social de derecho y de justicia, se crea el principio de intangibilidad y progresividad de los derechos de los trabajadores y se ordena a la Asamblea Nacional promulgar dentro del año siguiente a su instalación una Ley Orgánica del Trabajo que regresara la retroactividad de los prestaciones sociales de los trabajadores. El Constituyente Venezolano inspirado en dicha ideología, crea una nueva Sala dentro de la estructura del máximo Tribunal de la República, denominada Sala de Casación Social, que vendría a conocer de los recursos ejercidos por las partes en los procesos de naturaleza laboral conocidos por los Tribunales de primera y segunda instancia del trabajo de todo el territorio Nacional. En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se establecen en su artículo 86 las contingencias que debe cubrir la seguridad social relativa a los riesgos laborales.

2.1.19. Criterio del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, sobre la reparación del daño por accidente o enfermedades profesionales

El 17 de Mayo de 2000, cinco meses posteriores a la aprobación por referéndum popular del nuevo texto Constitucional, los Magistrados integrantes de

⁶⁸ Jurisprudencia: Caso: Carmen Luisa Ochoa de Ferris contra Electricidad de Caracas, C.A. Sentencia del 24 de Mayo de 1960. Ramírez y Garay. 1960. Primer Semestre. Página 327 a la 347.

⁶⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 de fecha 24 de Marzo de 2000

la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en una sentencia que ha marcado un hito en la historia judicial laboral del país conocida como el caso Hilados Flexión⁷⁰ con ponencia del Magistrado Omar Mora Díaz, asumieron la teoría de la responsabilidad objetiva para la indemnización por daño moral establecida en el Código Civil Venezolano en materia de accidentes o enfermedades ocupacionales, es decir, que no se requería la demostración del hecho ilícito para la procedencia de dicha indemnización por daño moral; por consiguiente, independientemente se demostrara o no la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente o la enfermedad debía indemnizarse al trabajador por el daño moral padecido.

La decisión antes mencionada, tiene doble particularidad, en primer lugar, contrariamente a lo establecido en el artículo 1196 del Código Civil, no exige la demostración del hecho ilícito para la procedencia de la indemnización por daño moral y en segundo lugar, aún cuando asume la teoría de la responsabilidad objetiva para el pago de dicha indemnización, no establece que el pago de la misma este a cargo del sistema de seguridad social Venezolano, sino que coloca en cabeza del empleador y no del seguro social el pago directo de dicha indemnización.

Obsérvese que al inicio del presente trabajo, se señaló que en la sexta etapa de evolución de la responsabilidad civil, se constató que por muy nobles y justificados que fueren los argumentos que sostienen la teoría de la responsabilidad objetiva en materia de infortunios laborales, era peligroso generalizar la responsabilidad haciendo abstracción de la culpa y para ello, se creó el sistema de seguridad social, con la idea de garantizar por una parte, la reparación de los daños sufridos por los trabajadores y por otra parte, que el daño gravitara y se disolviera sobre la sociedad; mutualizando de esa manera las pérdidas.

⁷⁰ Jurisprudencia: Caso: Hilados Flexilón. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 116 del 17 de Mayo de 2000. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/a116-170500-99591.htm> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2004)

Sin embargo, en la decisión emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el caso antes mencionado conocido como Hilados Flexilón (criterio que se ha reiterado en decenas de decisiones), no se atribuye el pago de la indemnización por daño moral (estimable por el Juez laboral) al sistema de seguridad social sino directamente al empleador; lo que pareciera repetir la situación existente en Venezuela durante el período 1928 a 1936 cuando se crearon indemnizaciones a título de responsabilidad objetiva por accidentes o enfermedades ocupacionales a favor del trabajador en la Ley del Trabajo de 1928 y se pusieron a cargo directamente del empleador por cuanto no existía en Venezuela un sistema de seguridad social que asumiera el pago de dichas indemnizaciones. Sin embargo, en la actualidad aún existiendo el sistema de seguridad social la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva se atribuyó no a dicho sistema sino al empleador.

Esta situación, plantea una problemática que se puede resumir en que en Venezuela actualmente conforme al criterio jurisprudencial antes mencionado, así el empleador actúe como un buen padre de familia y cumpla tanto con inscribir al trabajador en el sistema de seguridad social Venezolano como con toda la normativa en materia de salud y seguridad laboral; ante un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional que padezca algún trabajador, estará sujeto a una reclamación en vía judicial y a una futura condenatoria por indemnización por daño moral que deberá pagarlo directamente el empleador y no el sistema de seguridad social pues conforme a la jurisprudencia del máximo Tribunal de la República procede a título de responsabilidad objetiva, es decir, independientemente de la culpa en que haya incurrido.

2.1.20. Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Hasta el año 1999, fecha de entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Casación Venezolana tenía como propósito asegurar la uniformidad de la jurisprudencia Venezolana y los Jueces de la República debían procurar la uniformidad de dicha jurisprudencia. Con la

entrada en vigencia del nuevo texto Constitucional conforme al contenido del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es de carácter vinculante para todos los Tribunales de la República cuando interpreten principios y normas Constitucionales.

En relación con tal disposición Constitucional, en el mes de Agosto de 2002, entró en vigencia la Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁷¹, que en su artículo 177 consagró los efectos vinculantes de la doctrina emanada no sólo de la Sala Constitucional sino también de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Dicha disposición legal conllevó a que los Tribunales de primera y segunda instancia del trabajo de Venezuela, asumieron durante varios años casi de manera generalizada la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva para la indemnización por daño moral por accidentes o enfermedades ocupacionales respetando y siguiendo la doctrina de la Sala de Casación Social del máximo Tribunal de la República en el caso Hilados Flexilón, es decir, que no se requiere la demostración del hecho ilícito patronal para la procedencia de dicha indemnización, sino únicamente demostrar que el accidente o la enfermedad tienen carácter ocupacional para que proceda dicha indemnización por daño moral.

No obstante, en el mes de Octubre de 2009, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁷², dictó una sentencia a través de la cual desaplicó los efectos del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que establecía el carácter vinculante de la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, por considerar que conforme al artículo 335 del texto Constitucional la única doctrina vinculante que debía ser acatada por los jueces de la República era la doctrina emanada de la Sala Constitucional del

⁷¹ Ley Orgánica procesal del Trabajo. Gaceta Oficial N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2002

⁷² Jurisprudencia: Caso: José Martín Medina López. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1380 del 29 de Octubre de 2009. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1380-291009-2009-08-1148.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

Tribunal Supremo de Justicia y finalmente anuló dicha norma⁷³. Para Herrera⁷⁴ la referida norma no sólo contradecía el artículo 335 sino también los artículos 26 y 49 del texto Constitucional, que garantiza la independencia que rige la función jurisdiccional.

Sin embargo, aún cuando dicha decisión de la Sala Constitucional anuló los efectos de la norma antes mencionada, podemos señalar que la teoría del riesgo profesional o de la responsabilidad objetiva para la procedencia de la indemnización por daño moral en materia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales continua siendo aplicado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en todos los procesos por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional y constituye actualmente un criterio aplicado de manera casi generalizada por la totalidad de los Tribunales del trabajo del país, evidencia de ello, lo constituye el hecho que la Sala de Casación Social en la sentencia del caso Nino Ríos contra Rolando Pontes con Ponencia del Magistrado Luis Franscheschi⁷⁵ señaló que hasta tanto se encontraba vigente el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, es decir, hasta el 29 de Octubre de 2009, los Jueces del Trabajo se encontraban obligados a seguir la doctrina de la Sala Social.

Por ello, será necesario realizar un juicio crítico en la presente investigación a la problemática que dicha doctrina jurisprudencial que prevé la procedencia de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva representa en materia de enfermedades ocupacionales tomando como punto de análisis el caso de las hernias discales, pues dicha doctrina fue vinculante para los Jueces del Trabajo desde Mayo de 2000 hasta Octubre de 2009 y actualmente continúa

⁷³ Jurisprudencia: Caso: Henry Pereira Gorrin. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1264 del 01 de Octubre de 2013. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/156995-1264-11013-2013-10-0093.html> (fecha de consulta: 09 de Octubre de 2013)

⁷⁴ PARRA A., Fernando (2011), Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Estudios en homenaje a la memoria del Profesor Rafael Caldera. Universidad Católica Andrés Bello. Publicaciones UCAB. Caracas. p. 61. Luis Alfonso Herrera O. Comentario crítico del fallo sobre la desaplicación por control difuso del artículo 177 de la LOPT.

⁷⁵ Jurisprudencia: Caso: José Martín Medina López. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1380 del 29 de Octubre de 2009. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1380-291009-2009-08-1148.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

siendo un criterio de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia que conoce a través bien sea del recurso de casación o del recurso de control de legalidad de la mayoría de los procesos laborales en Venezuela.

2.1.21. Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social

El 30 de diciembre de 2002 entra en vigencia la Ley Orgánica del sistema de seguridad social⁷⁶ y con ella se materializa una nueva concepción de la seguridad social en Venezuela. La Ley Orgánica del sistema de seguridad social, crea o recrea un sistema de seguridad social, con los siguientes lineamientos: comprende a todos los habitantes, venezolanos y extranjeros residenciados legalmente en la República, sin discriminación alguna (ámbito de aplicación subjetivo); en cuanto a las contingencias que ampara, la ley repite el cuadro contingencial establecido en el artículo 86 de la Constitución de la República ordenado en sistemas y regímenes prestacionales: Sistema Prestacional de Salud que tendrá a su cargo el régimen prestacional de salud; Sistema Prestacional de Previsión Social, a cargo de los regímenes prestacionales siguientes: servicios sociales al Adulto Mayor y otras categorías de personas; Empleo; Pensiones y otras asignaciones económicas y Seguridad y Salud en el Trabajo; y el Sistema Prestacional de Vivienda y Hábitat, que tendrá a su cargo el régimen prestacional de vivienda y hábitat.

En dicha Ley Orgánica del Sistema de seguridad social que deroga la Ley Orgánica del sistema de seguridad social integral⁷⁷ se crea la Tesorería de la seguridad social como instituto autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente del Fisco Nacional, adscrito al órgano rector del sistema de Seguridad Social a los solos efectos de la tutela administrativa.

⁷⁶ Ley Orgánica del sistema de seguridad social. Gaceta Oficial N° 37.600 del 30 de Diciembre de 2002.

⁷⁷ Ley Orgánica del sistema de seguridad social integral. Gaceta Oficial N° 5.199 extraordinaria del 30 de Diciembre 1997.

2.1.22. Ley Programa de Alimentación

La Ley programa de alimentación de 1998, fue reformada en el mes de Diciembre de 2004⁷⁸ y entre otros particulares, dicha norma amplió su ámbito de aplicación para todos aquellos trabajadores que laboren en empresas con veinte o más trabajadores, es decir, al pago de dicho beneficio tendrían derecho no sólo los trabajadores que laboraren para empresas con más de cincuenta trabajadores como lo establecía la Ley derogada, sino también para aquellos trabajadores que laboren en empresas con 20 ó más trabajadores.

Tal norma previó cinco mecanismos para el pago de dicho beneficio; a) mediante la instalación de comedores; b) mediante la contratación del servicio de comida por empresas especializadas; c) mediante la provisión o entrega al trabajador de cupones o tickets con los que pueda obtener comidas o alimentos en restaurantes o establecimiento similares; d) mediante la instalación de comedores comunes ó e) mediante la utilización de los servicios de comedores administrados por el Instituto Nacional de Nutrición.

Dicha norma establecía como presupuesto de procedencia del pago de dicho beneficio, el cumplimiento de la jornada efectiva por parte del trabajador, es decir, que durante el tiempo de suspensión de la relación de trabajo por la discapacidad parcial del trabajador como consecuencia de un accidente o enfermedad profesional, que no debía exceder de 52 semanas, no era procedente el pago de tal beneficio.

2.1.23. Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo

En el mes de Julio de 2005, es promulgada la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo⁷⁹ que vino a reforzar una serie de mecanismos a través de los cuales el estado busca garantizar unas condiciones

⁷⁸ Ley Programa de alimentación. Gaceta Oficial N° 38.094 del 27 de Diciembre de 2004

⁷⁹ Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. Gaceta Oficial N° 38.236 de 26 de julio 2005

de seguridad y salud laboral a través de un sistema de sanciones administrativas, civiles y penales al empleador que incumpla con la normativa en seguridad y salud laboral prevista en el ordenamiento jurídico Venezolano.

Dicha Ley Orgánica de Prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo: a) creó un sistema de seguridad social de naturaleza contributiva a cargo únicamente del empleador; b) estableció indemnizaciones por responsabilidad objetiva a cargo de la Tesorería de la seguridad social, que vendrían a sustituir las indemnizaciones previstas en la Ley del Seguro Social (cuando el trabajador estuviere inscrito en el seguro social obligatorio) y las indemnizaciones previstas en la Ley Orgánica del Trabajo (cuando el trabajador no estuviere inscrito en el sistema de seguridad social), dichas indemnizaciones se encuentran condicionadas conforme a la disposición transitoria sexta de la Ley a la entrada en funcionamiento de la tesorería de la seguridad social y; c) paralelamente mantuvo indemnizaciones a título de responsabilidad subjetiva de cuantía significativa para los supuestos en que el accidente o la enfermedad ocupacional surgiera como consecuencia de la violación de la normativa de prevención y salud laboral.

Por lo que respecta a las indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional cuyos montos fueron incrementados significativamente, mantiene la misma teoría de la culpa o responsabilidad subjetiva que consagraba la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo derogada de 1986, es decir, que se requiere la demostración del hecho ilícito para la procedencia de dicha indemnización.

Sin embargo, el hecho ilícito concebido en la referida Ley se diferencia significativamente del establecido en la Ley derogada, por cuanto la nueva Ley no previó como presupuesto de procedencia de dicha indemnización que el empleador tuviere conocimiento previamente de la situación riesgosa en que se encontraba sometido el trabajador, como si lo hacía la Ley derogada, simplemente previó como presupuesto de procedencia de las indemnizaciones por responsabilidad subjetiva, que el accidente o la enfermedad de carácter

ocupacional haya surgido como consecuencia de la violación de la normativa en materia de seguridad y salud laboral.

Un elemento importante de la entrada en vigencia de esta Ley, lo constituye el artículo 101, que estableció que el periodo de suspensión de la relación de trabajo como consecuencia de la discapacidad del trabajador por un accidente o enfermedad profesional es imputable a la antigüedad a los efectos del cálculo de la prestación por antigüedad, lo que implica un cambio significativo con respecto a lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 y 1997 que excluían del cálculo de la prestación por antigüedad el tiempo de suspensión de la relación de trabajo como consecuencia de la discapacidad del trabajador por accidente o enfermedad ocupacional.

Sin embargo, sobre este particular es necesario señalar que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia del caso Ana Sofía Pulido contra Hospitalización Falcón⁸⁰ con ponencia del Magistrado Luis Francheschi conociendo de un proceso en el que la relación de trabajo estuvo suspendida desde el 22/03/2007 al 15/01/2009 como consecuencia de una enfermedad de carácter ocupacional, consideró que durante el referido lapso de suspensión, el patrono no debe pagar ni el salario ni lo correspondiente a la antigüedad por cuanto durante el período de suspensión de la relación de trabajo por un accidente o enfermedad que generó discapacidad permanente no se genera antigüedad a los efectos del cálculo de las prestaciones sociales.

Dicha decisión parece contradecir el contenido del artículo 101 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y medio ambiente del trabajo, pues si bien dicha norma hace referencia a que la antigüedad debe computarse durante el tiempo de suspensión como consecuencia de una discapacidad temporal, debe señalarse que el trabajador necesariamente antes de obtener una certificación médica ocupacional que determine de manera definitiva el grado de discapacidad

⁸⁰ Jurisprudencia: Caso: Ana Sofía Pulido Ortiz contra Hospitalización Falcón. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 0298 del 16/05/2013. Exp. 10-1437. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0298-16513-2013-10-1437.html> (fecha de consulta: 01 de Mayo de 2013)

ocasionado por el accidente o la enfermedad que haya sufrido, padecerá una discapacidad temporal durante un período que no debe exceder de 52 semanas y será luego del cumplimiento de dicho período que se determine la condición permanente o no de la discapacidad, en consecuencia, negar que dicho período se compute en la antigüedad del trabajador a los efectos del pago de las prestaciones sociales, vacaciones y utilidades, sería contradecir el contenido del artículo 101 de la LOCPYMAT.

Es importante señalar con respecto a la entrada en vigencia de esta Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo que derogó la LOPCYMAT de 1986, que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Yuvirasol Naranjo Rojas contra Blindados Centro Occidente C.A.⁸¹, con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutierrez, señaló que de conformidad con la regla *tempus regit actum*, todos los actos y relaciones de la vida se regulan por la ley vigente al tiempo de su realización; en consecuencia, la Ley a ser aplicable en cada caso será aquella vigente para el momento de la constatación de la enfermedad profesional o de la ocurrencia del accidente.

De tal manera que la definición, la calificación de accidente ó enfermedad ocupacional, así como las indemnizaciones que surjan como consecuencia de dichos infortunios, se determinarán en base a la fecha de constatación de la enfermedad profesional o de la ocurrencia del accidente, es decir, si se constataron u ocurrió antes del 26 de Julio de 2005, se determinarán en base a la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo de 1986⁸² y si ocurrieron o se constataron con posterioridad a dicha fecha se determinaran

⁸¹ Jurisprudencia: Caso: Yuvirasol Naranjo Rojas contra Blindados Centro Occidente. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 315 del 17 de Marzo de 2009. Exp. 08-265. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/marzo/0315-17309-2009-08-265.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

⁸² Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo. Gaceta Oficial de Venezuela N° 3850 del 18 de Julio de 1986

en base a la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo de 2005⁸³.

Unas de las novedades más importantes de la LOPCYMAT y que ha generado mas expectativa, es la obligación de cotizar a este régimen prestacional (artículo 6 LOPCYMAT) impuesta exclusivamente al empleador, pues el trabajador o trabajadora no cotiza (artículo 7 LOPCYMAT). Para García Saleh⁸⁴ es lógico que sea la persona del empleador quien cotice y no el trabajador y ello radica en el hecho que la carga contributiva la debe asumir quien genera el riesgo y no quien está expuesto a él, además que el beneficio económico redunda en la persona generadora del riesgo.

2.1.24. Reglamento de la Ley Programa de Alimentación

El Reglamento de la Ley Programa de alimentación⁸⁵ que entró en vigencia en el año 2006, estableció en su artículo 19 que cuando el beneficio consagrado en la Ley sea otorgado mediante la provisión o entrega al trabajador o trabajadora de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, la no prestación del servicio por causas no imputables al trabajador o trabajadora, no sería motivo para la suspensión del otorgamiento del beneficio correspondiente a esa jornada.

La publicación de dicho Reglamento, trajo una serie de interrogantes en los interpretes de la norma, por una parte, si el período de suspensión de la relación de trabajo como consecuencia de un accidente o enfermedad ocupacional debía entenderse como una causa no imputable al trabajador y por otra parte, en virtud que la Ley vigente establecía que el beneficio se pagaba por jornada efectivamente laborada, si dicha norma reglamentaria constituía una contradicción o no con el espíritu, propósito y razón de la Ley programa de alimentación que establece el pago solo por jornada laborada.

⁸³ Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. Gaceta Oficial N° 38.236 de 26 de julio 2005

⁸⁴ Modesto García Saleh. Estudios Teóricos y prácticos sobre el INPSASEL y la LOPCYMAT. Hermanos Vadell Editores. Caracas- Venezuela. 2010. página 24.

⁸⁵ Reglamento de la Ley Programa de alimentación. Gaceta Oficial N° 38.420 del 28/04/2006.

Por lo que respecta a lo que debía entenderse por causa extraña no imputable al trabajador, la jurisprudencia de los Tribunales de instancia del país⁸⁶ consideraron que la discapacidad del trabajador que sufriera un accidente o una enfermedad profesional constituía una causa extraña no imputable a él y por lo que respecta, a la supuesta contradicción entre el reglamento y la Ley, el pago de dicho beneficio durante el período de discapacidad (que no debía exceder de 52 semanas) no constituía una contradicción entre el espíritu, propósito y razón de la norma.

Sin embargo, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia del caso Ana Sofia Pulido contra Hospitalización Falcón⁸⁷ con ponencia del Magistrado Luis Francheschi consideró que la condenatoria del beneficio de alimentación sólo procede en caso que se encuentre debidamente acreditada la labor en los días cuya reclamación se pretenda y el tiempo de suspensión por enfermedad no se subsume en lo dispuesto en el artículo 19 del reglamento de la Ley programa de alimentación, en consecuencia, conforme al criterio de la Sala Social expresado en dicha decisión, la enfermedad ocupacional constituiría una causa imputable al trabajador.

2.1.25. Reglamento parcial de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo

El Ejecutivo Nacional publicó en el mes de Enero de 2007, el Reglamento parcial de la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo⁸⁸ que tiene por objeto desarrollar las normas de la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del Trabajo para promover y mantener el más alto grado de bienestar físico, mental y social de los trabajadores y las trabajadoras en todas las ocupaciones. En dicha norma, se desarrollaron las

⁸⁶ Sentencia de fecha 29 de Julio de 2010. Tribunal de Juicio del Trabajo del Estado Táchira. Caso: Ana Puerto contra Dulcería La Extrafina. Disponible en: <http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2010/julio/2290-29-SP01-L-2009-000736-.html> (fecha de consulta 19 de Junio de 2013).

⁸⁷ Jurisprudencia: Caso: Ana Sofia Pulido Ortiz contra Hospitalización Falcón. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 0298 del 16/05/2013. Exp. 10-1437. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0298-16513-2013-10-1437.html> (fecha de consulta: 01 de Mayo de 2013)

⁸⁸ Reglamento parcial de la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo. Gaceta Oficial N° 38.596 del 03 de Enero de 2007.

competencias del Instituto Nacional de prevención, salud y seguridad laboral entre las cuales se encuentra la revisión y actualización conjuntamente con el Ministerio de Salud de la lista de enfermedades ocupacionales, así como evaluar conjuntamente con el Ministerio de Salud, los criterios de evaluación de discapacidad a consecuencia de los accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales.

2.1.26. Ley para Personas con Discapacidad

La Ley para personas con discapacidad⁸⁹ define a las personas con discapacidad como todas aquellas que por causas congénitas o adquiridas, presenten alguna disfunción o ausencia de sus capacidades de orden físico, mental, intelectual, sensorial o combinaciones de ellas; de carácter temporal, permanente o intermitente, que al interactuar con diversas barreras impliquen desventajas que dificultan o impidan su participación, inclusión e integración a la vida familiar y social, así como el ejercicio pleno de sus derechos humanos en igualdad de condiciones con los demás.

Dicha Ley establece que las personas con discapacidad deben obtener una certificación de su condición por parte del Consejo Nacional para personas con discapacidad (CONAPDIS) el cual reconocerá y validará las evaluaciones, informes y certificados de la discapacidad que una persona tenga, expedidos por especialistas con competencia específica en el tipo de discapacidad del cual se trate e impone la obligación a todas las empresas públicas y privadas y a los órganos de la Administración Pública, de incorporar a personas discapacitadas en un mínimo de cinco por ciento (5%) de su nómina total de empleados, en puestos de trabajo que se encuentren acordes con las capacidades de cada uno, debiendo informar al CONAPDIS semestralmente el número de trabajadores con discapacidad empleados, su identidad, así como el tipo de discapacidad y actividad que desempeña cada uno.

⁸⁹ Ley para personas con discapacidad. Gaceta Oficial N° 38.598 del 05 de Enero de 2007.

Señala Guilarte⁹⁰ que la exigencia de incorporar el 5% de la nómina con trabajadores incapacitados ha sido de difícil cumplimiento para las empresas, más aún cuando el criterio manejado, por los funcionarios del organismo competente en realizar las inspecciones a las empresas, es que las personas que han adquirido la discapacidad dentro la misma no pueden considerarse como trabajadores discapacitados a los efectos del cumplimiento del 5% exigido en la norma.

2.1.27. Ley Orgánica del Seguro Social

Según Salazar⁹¹ una escalada de reformas tuvo la Ley del seguro social desde el 2007 a 2012, una de ellas la reforma de 2008⁹² con la cual se eliminó el monto fijado para la asignación funeraria y la asignación por nupcias; eliminando también el monto de Bs.300,00 fijado como salario mínimo que sirve de base para el cálculo de las cotizaciones. Se modificaron algunos artículos referidos a las sanciones adaptando nuevas directrices tributarias y calificación en infracciones leves, graves y muy graves, en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado.

El 24 de Mayo de 2010, la Asamblea Nacional publica en Gaceta Oficial una nueva reforma a la Ley del Seguro Social⁹³ en dicha Ley, básicamente se establece que la pensión de sobrevivientes no podrá ser inferior al 100% del salario mínimo mensual obligatorio, que se pagará desde el día siguiente al fallecimiento del asegurado y que la distribución de dicha pensión deberá hacerse en partes iguales entre los sobrevivientes, así mismo que el viudo o viuda no perderá ese derecho en caso de contraer nupcias.

⁹⁰ Guilarte Reinaldo y Reingruber Esteves María. Consideraciones sobre algunos aspectos de las normas que regulan a las personas con discapacidad. Sobre derecho del trabajo y derecho de la seguridad social. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Estudios Jurídicos N° 23. Caracas. Venezuela. 2009. página 481

⁹¹ Salazar Borrego Neiza. Revista Derecho del Trabajo homenaje a los maestros Rafael Guzmán y Antonio Espinoza. Número 15 (extraordinaria) 2013. Fundación Universitas. Barquisimeto. Edo. Lara Venezuela.

⁹² Ley del seguro social. Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.891 del 31 de Julio de 2008.

⁹³ Ley Orgánica del sistema de seguridad social. Gaceta Oficial N° 5.891 del 31 de Junio de 2008.

2.1.28. Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores y las Trabajadoras

En fecha 04 de mayo de 2011, fue publicado el Decreto con rango y fuerza de Ley de alimentación para los trabajadores y las trabajadoras⁹⁴, que por una parte, vino a poner fin a la importancia que tenía anteriormente el número de trabajadores en la empresa para el pago de dicho beneficio de alimentación, pues tal norma establece la obligatoriedad del pago del referido beneficio, a todos los trabajadores independientemente del número de ellos que tuviere la empresa y por otra parte, permitió el pago de dicho beneficio en dinero en efectivo cuando al empleador se le dificultara el cumplimiento de dicha obligación mediante tickets o comedores.

Pero el elemento más relevante de dicha norma a los efectos de la presente tesis, lo constituye el hecho que en el artículo 6 de la misma, se estableció que no sería motivo de suspensión del otorgamiento del beneficio, que la jornada de trabajo no sea cumplida por el trabajador o trabajadora por incapacidad derivada de enfermedad o accidente que no exceda de doce meses; en tal sentido, como consecuencia de la entrada en vigencia de dicha norma, el beneficio de alimentación debe ser pagado al trabajador durante el tiempo de suspensión de la relación de trabajo como consecuencia de un reposo por accidente o enfermedad ocupacional y quedó aclarado desde el punto de vista legal la duda existente luego de la entrada en vigencia del Reglamento de la Ley Programa de alimentación de 2006, en cuanto a la contradicción entre el artículo 19 de dicha norma reglamentaria y la Ley.

2.1.29. Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras

En el mes de Mayo de 2012, es publicado el decreto con rango valor y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras⁹⁵ que por una parte, en su artículo 43 consagra de manera general la teoría de la

⁹⁴ Ley programa de alimentación para los trabajadores y trabajadoras. Gaceta Oficial N° 385.103 del 04/05/2011

⁹⁵ Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.076 de fecha 07 de Mayo de 2012

responsabilidad objetiva para las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, sin embargo, dicha norma no determina si esa teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva, será aplicada sólo a las indemnizaciones previstas en dicha Ley como lo hacía la Ley Orgánica del Trabajo derogada o para toda indemnización derivada de un accidente o enfermedad ocupacional tales como las establecidas en el Código Civil Venezolano por daño material (emergente – lucro cesante) y daño moral, así como las previstas en la LOPCYMAT.

Por otra parte, la referida Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras suprimió el capítulo de la Ley Orgánica del Trabajo derogada, que establecía las indemnizaciones para accidentes o enfermedades ocupacionales (en aquellos casos en que el trabajador no se encontraba inscrito en el sistema de seguridad social) sin embargo, dicha norma suprimió tales indemnizaciones sin que se encuentre en funcionamiento aún la tesorería de la seguridad social, lo que ha generado incertidumbre en cuanto a cuales indemnizaciones a título de responsabilidad objetiva pudiera reclamar el trabajador luego del 07/05/2012 (fecha de entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras) cuando el empleador no haya cumplido con inscribirlo en el sistema de seguridad social Venezolano, pues la disposición transitoria sexta de la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo establece que hasta tanto no entre en funcionamiento la tesorería de la seguridad social, se mantendrá vigente el Título VIII de la Ley Orgánica del Trabajo.

Igualmente, la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras estableció en su artículo 92, que cuando la relación de trabajo finalice por una causa extraña no imputable al trabajador; el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente al monto de sus prestaciones sociales, es decir, que en dicha norma pareciera que se crea adicionalmente una indemnización a título de responsabilidad objetiva, que debe asumir directamente el empleador por el solo hecho que el trabajador sea discapacitado de manera permanente como

consecuencia de un accidente o enfermedad profesional independientemente que el mismo haya sido consecuencia de un hecho ilícito patronal o no.

El monto de dicha indemnización será el equivalente a las prestaciones sociales que le correspondan al trabajador conforme al contenido del artículo 142 de la LOTTT y equivale a treinta días de salario integral por cada año de servicio, que debe ser calculado en base al último salario integral devengado por el trabajador al finalizar la relación de trabajo (sin límite máximo alguno); que se garantiza mediante la acreditación de cinco días de salario por cada mes de servicios en base al salario integral devengado por el trabajador mes a mes durante la relación de trabajo contados a partir del primer mes de la relación de trabajo en el fondo Nacional de prestaciones sociales, en una cuenta de fideicomiso o en una cuenta de ahorros a nombre del trabajador. Si el monto garantizado es superior a los 30 días de salario integral por cada año de servicio calculado en base al último salario integral deberá pagársele al trabajador tal cantidad garantizada como indemnización.

2.1.30. Ley Orgánica de Sistema de Seguridad Social

La Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela el 30 de Abril de 2012, publicó la Ley Orgánica de sistema de seguridad social⁹⁶, en la que estableció básicamente que el Tesorero a cargo de la Tesorería de la seguridad social será designado y removido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros y que el directorio de dicho ente estaría integrado por nueve miembros, sin embargo, para la presente fecha, la tesorería de la seguridad social no ha entrado en funcionamiento aún.

2.1.31. Ley Orgánica del Seguro Social

El 30 de Abril de 2012, junto con la Ley Orgánica del sistema de seguridad social, la Asamblea Nacional publicó en Gaceta Oficial la Ley Orgánica del Seguro Social⁹⁷ en la que básicamente se reformaron tres aspectos: el primero, referido a

⁹⁶ Ley Orgánica del sistema de seguridad social. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 393.078 de fecha 30 de Abril de 2012

⁹⁷ Ley Orgánica del seguro social. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 393.078 de fecha 30 de Abril de 2012

la continuidad facultativa, el segundo, referido a la asistencia médica que ya no estaría limitado a los asegurados y sus familiares sino a todas las personas que habiten el Territorio de la República y tercero, se suprimió la posibilidad que el Ejecutivo Nacional pudiera limitar en el tiempo la asistencia médica a los familiares del asegurado.

2.2. Normativa aplicable en la actualidad

Luego de haberse analizado los elementos más relevantes de cada una de las normas sustantivas y procesales que se han aprobado en Venezuela durante el siglo pasado y el presente referido a accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales, es necesario sintetizar la normativa que se encuentra vigente y básicamente las que establecen indemnizaciones por accidentes de trabajo o por enfermedades ocupacionales.

Como se señaló en el capítulo anterior, el régimen indemnizatorio por enfermedades ocupacionales en Venezuela, ha estado marcado por la existencia de un gran número de normas que progresivamente han ido beneficiando a los trabajadores que padecen este tipo de infortunios, dichas normas consagran a favor del trabajador la procedencia de indemnizaciones tanto a título de responsabilidad objetiva como a título de responsabilidad subjetiva, es decir, en las legislaciones Occidentales y Venezuela no escapa a ello, existen algunas indemnizaciones que proceden aún sin que el empleador haya actuado con culpa, negligencia, imprudencia, impericia a las que se les denomina indemnizaciones que proceden a título de responsabilidad objetiva (responsabilidad contractual) y otras indemnizaciones que proceden sólo cuando se demuestre que el empleador incurrió en hecho ilícito, es decir, cuando se demuestre la relación de causalidad entre la acción u omisión patronal y el daño padecido por el trabajador a las que se les denomina indemnizaciones que proceden a título de responsabilidad subjetiva (responsabilidad extracontractual) que puede ser ordinaria (Código Civil) o especial (LOPCYMAT).

Actualmente en Venezuela, existen entonces cinco textos legales vigentes que definen lo que debe entenderse por accidentes de trabajo ó enfermedades profesionales que establecen expresamente indemnizaciones a favor de los trabajadores que padecen estos daños y que determinan la teoría que debe imperar a los efectos de la determinación de la reparación del daño; ellos son: 1.- Ley del Seguro Social⁹⁸; 2.- Ley Orgánica del Trabajo⁹⁹, 3.- Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras¹⁰⁰, 4.- Ley Orgánica de Prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo¹⁰¹ y 5.- Código Civil Venezolano¹⁰².

Las tres primeras normas: Ley del Seguro Social, Ley Orgánica del Trabajo y la Ley Orgánica de los trabajadores y las trabajadoras establecen indemnizaciones a título de responsabilidad objetiva, es decir, que proceden independientemente de la culpa del empleador; las otras dos normas: Ley Orgánica de Prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo y el Código Civil Venezolano consagran textualmente la procedencia de las indemnizaciones por daño material y moral a título de responsabilidad subjetiva, es decir, requieren de la demostración de la culpa o del hecho ilícito patronal para su procedencia.

No obstante, por lo que respecta sólo a la indemnización consagrada en el Código Civil Venezolano por daño moral como se ha expresado en párrafos anteriores; la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, ha asumido la teoría de la responsabilidad objetiva, es decir, que independientemente se demuestre o no la culpa del empleador, éste debe indemnizar al trabajador por el daño moral sufrido como consecuencia de un accidente o una enfermedad de carácter ocupacional.

Con la particularidad que aún cuando la Sala Social asumió que ésta indemnización por daño moral derivada de accidente o enfermedad ocupacional procede a título de responsabilidad objetiva, es decir, sin que exista culpa por

⁹⁸ Ley Orgánica del seguro social. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 393.078 de fecha 30 de Abril de 2012

⁹⁹ Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial N° 5.152. del 19 de Junio de 1997

¹⁰⁰ Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras. Gaceta Oficial N° 6.076 del 07 de Mayo de 2012.

¹⁰¹ Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo. Gaceta oficial N° 38.226 del 26 de Julio de 2005.

¹⁰² Código Civil. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982

parte del empleador, dicha indemnización no es asumida por el sistema de seguridad social sino directamente por el empleador y el monto de la misma, debe ser estimado por el Juez del trabajo valorando una serie de parámetros tales como la edad, el grupo familiar del trabajador, su grado de instrucción, su nivel socioeconómico; la capacidad económica de la empresa, las posibles agravantes y atenuantes de responsabilidad patronal, entre otros.

Cada una de tales normas y las indemnizaciones que consagran se analizarán individualmente en el presente capítulo. Sin embargo, antes de proceder a tal análisis debe señalarse que lo primero que debe determinarse en un proceso en el que se reclamen este tipo de indemnizaciones es el carácter del accidente o la enfermedad, es decir, si el mismo es naturaleza ocupacional o no, por ello, es necesario precisar antes de proceder a desarrollar las indemnizaciones contenidas en cada una de las leyes antes mencionadas, la manera de determinar la naturaleza de los mismos, pues conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia¹⁰³, para que prospere una reclamación del trabajador por indemnizaciones derivadas de accidente o enfermedad ocupacional, lo primero que debe demostrarse es el acaecimiento del accidente o el padecimiento de la enfermedad y aunado a ello, el carácter ocupacional de los mismos, así como la demostración del grado de incapacidad a los fines de determinar el monto de la indemnización.

2.3. Determinación de la naturaleza del accidente o enfermedad ocupacional

Para la determinación de la naturaleza ocupacional o no de un accidente es necesario analizar: a) la definición que hace la legislación Venezolana de dichos infortunios así como los comentarios de la doctrina al respecto; b) el órgano competente para determinar y calificar la naturaleza de un accidente o enfermedad en Venezuela, c) los medios de impugnación que se pueden ejercer en contra de los actos administrativos a través de los cuales se determina la

¹⁰³ Jurisprudencia: Sentencia N° 430 de fecha 25 de Octubre de 2000. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Ponente: Juan Rafael Perdomo Caso: J.A. Torrealba vs C.A. ELECTRICIDAD DE OCCIDENTE ELEOCCIDENTE Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Octubre/a430-251000-00132.htm>. (fecha de consulta: 08 de Enero de 2011)

naturaleza ocupacional o no de un accidente o enfermedad, d) la prejudicialidad que pudiere generar la impugnación de dicho acto administrativo que determina el carácter del accidente o la enfermedad, e) la facultad del Juez de apartarse del contenido del mismo, f) la posibilidad de interponer un reclamo por cobro de indemnizaciones en ausencia de dicha certificación, g) el órgano competente para determinar el grado de discapacidad del trabajador y h) la legitimidad pasiva del empleador en un proceso por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedades profesionales.

2.3.1. Definición de accidente de trabajo y de enfermedad ocupacional en el ordenamiento jurídico Venezolano

La Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT), transcribiendo en parte las normas establecidas en leyes derogadas, define en sus artículos 69 y 70 tanto el accidente de trabajo como la enfermedad ocupacional en los siguientes términos:

2.3.1.1. Accidente de Trabajo

Por accidente de trabajo debe entenderse todo suceso que produzca en el trabajador o la trabajadora una lesión funcional o corporal, permanente o temporal, inmediata o posterior, o la muerte, resultante de una acción que pueda ser determinada o sobrevenida en el curso del trabajo, por el hecho o con ocasión del trabajo. Es toda lesión funcional o corporal, permanente o temporal, inmediata o posterior, o la muerte, resultante de la acción violenta de una fuerza exterior sobrevenida en el curso del trabajo por el hecho o con ocasión del trabajo.

Del contenido de la norma transcrita, deben resaltarse algunas expresiones relevantes a la hora de la determinación de la responsabilidad del empleador: la norma refiere que la lesión o la muerte causada al trabajador, debe ser resultante de una acción que pueda ser determinada o sobrevenida en el curso del trabajo, por el hecho o con ocasión del trabajo.

Al respecto la doctrina Venezolana entre ellos Rodríguez¹⁰⁴ ha definido lo que debe entenderse por cada una de estas expresiones y en ese sentido, se ha señalado que cuando el legislador invoca la circunstancia “en el curso del trabajo”, está haciendo referencia al lugar de trabajo. Así mismo, cuando invoca “el hecho del Trabajo”, se refiere al tiempo en que el trabajador está a disposición del patrono y cuando invoca la frase “con ocasión del trabajo”, se refiere a toda circunstancia, independiente del lugar y del tiempo de disposición al patrono, que, en relación de causalidad, le permita al trabajador demostrar que la causa del accidente, más allá de la jornada y del lugar de trabajo, fue la relación laboral.

Por su parte, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 396¹⁰⁵ dictada en el caso Maribel Ricaurte contra Cervecería Regional con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, precisó el significado de dichos términos, marcando una diferencia entre accidente “en el trabajo” o “con ocasión del trabajo”, así, en el primero de los casos debe atenderse al tiempo, a la actividad realizada durante la jornada efectiva de trabajo y a la sumisión del trabajador a la responsabilidad y órdenes del patrono y en el segundo, el accidente no es susceptible de producirse solo cuando se efectúan las labores propias del trabajo, sino también cuando el trabajo es la concausa, es decir, cuando sin la ocurrencia en la prestación del servicio, el accidente no se hubiese producido.

La importancia de las expresiones anteriores radica en que si el accidente o la enfermedad ocurre bajo alguna de estas modalidades o circunstancias, podrá catalogarse como de carácter laboral, caso contrario, éstos no revestirán tal carácter y por tanto no habrá lugar a la responsabilidad del empleador en la ocurrencia de los mismos, razón por la cual lo primero a determinar son las circunstancias en que ocurrió el infortunio, para así catalogarlo como de carácter

¹⁰⁴ Rodríguez, Isaías. “De los Infortunios del Trabajo”. Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento. Tercera Edición 2001. Pag. 584

¹⁰⁵ Jurisprudencia: Caso: Maribel Ricaurte contra Cervecería Regional. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 396 del 06 de Mayo de 2004. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/396-060504-04181v.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

laboral o no, y de serlo, precisar qué tipo de indemnización es procedente.

2.3.1.2. Enfermedades ocupacionales

Por enfermedad ocupacional debe entenderse los estados patológicos contraídos o agravados con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que el trabajador o trabajadora se encuentra obligado a trabajar, tales como los imputables a la acción de agentes físicos y mecánicos, condiciones disergonómicas, meteorológicas, agentes químicos, biológicos, factores psicosociales y emocionales, que se manifiesten por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, trastornos funcionales o desequilibrio mental, temporales o permanentes.

Establece la LOPCYMAT que se presumirá el carácter ocupacional de aquellos estados patológicos incluidos en la lista de enfermedades ocupacionales establecidas en las normas técnicas de la presente ley y las que en lo sucesivo se añadieren en revisiones periódicas realizadas por el Ministerio con competencia en materia de seguridad y salud en el trabajo conjuntamente con el Ministerio con competencia en materia de salud.

En el caso de las enfermedades profesionales, para que la enfermedad sea considerada de carácter ocupacional debe demostrarse la relación que existe entre su estado patológico y el servicio personal prestado, es decir, que la labor desempeñada por éste debe ser determinante en la aparición o en el agravamiento de la enfermedad. Así lo dispone la norma trascrita al indicar que el estado patológico puede ser contraído o agravado, con ocasión del trabajo o por exposición al medio en el que el trabajador se encuentra obligado a trabajar.

Se observa como el legislador empleó por una parte, expresiones similares a las del accidente de trabajo para determinar el carácter ocupacional de la enfermedad, pero incorpora además, circunstancias que influyen en su aparición, como lo es la exposición al ambiente laboral, lo que marca la diferencia entre ambos tipos de infortunios, ya que el accidente se caracteriza por la subitaneidad

del mismo y la enfermedad, por su formación progresiva.

En relación a ello, es oportuno indicar que antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo¹⁰⁶, conforme al contenido del artículo 562 de la Ley Orgánica del Trabajo¹⁰⁷ (norma derogada tácitamente por la LOPCYMAT conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia¹⁰⁸); enfermedad profesional era todo estado patológico contraído con ocasión del trabajo o por exposición al ambiente en que el trabajador se encuentre obligado a trabajar. Sin embargo, la LOPCYMAT definió la enfermedad ocupacional como los estados patológicos contraídos o agravados con ocasión del trabajo.

Obsérvese que quizás el elemento más importante contenido en la nueva definición de enfermedad ocupacional establecida por la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo¹⁰⁹, es que se adicionó a dicha definición el “agravamiento” del estado patológico con ocasión del trabajo, como elemento determinante de la naturaleza ocupacional de una enfermedad.

Igualmente, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo además de definir lo que debe entenderse como enfermedad de carácter ocupacional, estableció que se presumirá el carácter ocupacional de aquellos estados patológicos incluidos en la lista de enfermedades ocupacionales establecidas en las normas técnicas de la presente Ley y las que en lo sucesivo se añadieren en revisiones periódicas realizadas por el Ministerio con competencia en materia de seguridad y salud en el trabajo conjuntamente con el Ministerio con competencia en materia de salud.

¹⁰⁶ Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. Gaceta Oficial N° 38.236 de 26 de julio 2005

¹⁰⁷ Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 152 de 19 de Junio de 1997

¹⁰⁸ Jurisprudencia: Caso: Ángel Ernesto Mendoza. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1016 del 30 de Junio de 2008. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Junio/1016-30608-2008-07-1868.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

¹⁰⁹ Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. Gaceta Oficial N° 38.236 de 26 de julio 2005

En tal sentido, como consecuencia de la entrada en vigencia de dicha norma legal, el Instituto Nacional de Prevención, salud y seguridad laboral dictó en el mes de Diciembre de 2008, la norma técnica para la declaración de enfermedad ocupacional (NT-02-2008), en la que estableció un listado de enfermedades ocupacionales que constituye el inventario en el cual se indican cuales son aquellas enfermedades, que al ser diagnosticadas se presumirán de carácter ocupacional, sin que ello excluya otros estados patológicos contraídos o agravados con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que la trabajadora o el trabajador se encuentra obligado a trabajar.

Para Rivera¹¹⁰ las presunciones legales se dividen en *juris tantum* o sea aquellas que aceptan prueba en contrario, por ejemplo: la de la impericia por conducir vehículos sin licencia; la de que el hijo de la madre casada lo es también del marido; y *juris et de jure* que son aquellas que no aceptan prueba en contrario, ni siquiera mediante auto para mejor proveer, por ejemplo, la de los actos conciliatorios o de contestación en juicios de divorcio, que alguna doctrina sostiene que dichas presunciones no son verdaderas presunciones sino mandatos legales.

En principio, la presunción consagrada en el artículo 70 de la LOPCYMAT sobre la naturaleza ocupacional de las enfermedades incluidas en el listado publicado por el órgano competente, constituye una presunción *juris tantum* o de carácter relativa que admite prueba en contrario, pues dispondrá el empleador de la posibilidad de desvirtuar en un proceso judicial, por una parte, la existencia de la patología y por otra parte, que aun existiendo dicha patología dentro de la clasificación de enfermedades ocupacionales dictada por el INPSASEL, la misma fue contraída por un hecho intencional de la víctima, por una causa extraña no imputable, por el hecho de un tercero sin que existiere riesgo especial o que la misma no fue contraída o agravada con ocasión al trabajo.

¹¹⁰ Rivera M. Rodrigo. Actividad probatoria y valoración racional de la prueba. Librería J.Rincón. Barquisimeto Venezuela. 2010 Pág. 132

2.3.2. Órgano competente para determinar la naturaleza laboral de un accidente o enfermedad

De conformidad con lo previsto en el Capítulo II Título VI de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, el patrono está obligado a notificar dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la ocurrencia del accidente de trabajo o del diagnóstico de la enfermedad, al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), al Comité de Seguridad y Salud Laboral que se haya constituido dentro de la Empresa y al Sindicato respectivo (si lo hubiere). También podrá hacerlo, el propio trabajador, sus familiares, el Comité de Seguridad y Salud Laboral, otro trabajador o el sindicato.

Corresponde al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales luego de recibir la notificación, calificar el origen del accidente o enfermedad, previa evaluación efectuada al trabajador, por medio de la cual se compruebe, califique y certifique el origen del infortunio. En otras palabras, el trabajador afectado por un accidente o enfermedad contraída o agravada en el curso del trabajo, por el hecho del trabajo, con ocasión del trabajo o por exposición al medio ambiente laboral, si el empleador no notificar el accidente o la enfermedad al INPSASEL deberá acudir al órgano administrativo indicado, a los fines de que se determine el carácter laboral del accidente o enfermedad y el grado de discapacidad, luego de lo cual consecuentemente podrá reclamar judicial o extrajudicialmente las indemnizaciones que considera tiene derecho.

El ente administrativo dependiente del Ejecutivo Nacional a través del Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad social luego de levantar un informe de investigación procederá a dictar un acto administrativo al que se le denomina certificación médica ocupacional a través de la cual determina si el accidente sufrido por el trabajador fue de naturaleza laboral o no, ó si la enfermedad padecida por él tiene naturaleza ocupacional o no. A este documento, la jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de

Justicia¹¹¹ le ha denominado documento público administrativo, considerando que tales instrumentales emanan de un funcionario de la Administración Pública, actuando en el ejercicio de sus funciones y por tanto, constituyen una tercera categoría de documentales, que goza de la presunción de veracidad hasta tanto no se demuestre lo contrario.

Sobre los documentos públicos administrativos, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia del caso Henry José Parra Velásquez c/ Rubén Gilberto Ruiz Bermúdez¹¹², con ponencia del Magistrado Franklin Arrieché Gutiérrez señaló que estos documentos son aquellos realizados por un funcionario competente actuando en el ejercicio de sus funciones, pero que no se refiere a negocios jurídicos de los particulares, sino que tratan de actuaciones de los referidos funcionarios que versan, bien sobre manifestaciones de voluntad del órgano administrativo que la suscribe, conformando la extensa gama de los actos constitutivos (concesiones, autorizaciones, habilitaciones, admisiones, suspensiones, sanciones) o bien constituyen manifestaciones de certeza jurídica que son las declaraciones de ciencia y conocimiento, que a su vez, conforman la amplia gama de los actos declarativos (certificaciones, verificaciones, registros), y que por tener la firma de un funcionario administrativo están dotados de una presunción desvirtuable de veracidad y legitimidad de su contenido, en razón del principio de ejecutividad y ejecutoriedad que le atribuye el artículo 8 la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹¹³, y por tanto deben considerarse ciertos hasta prueba en contrario.

En consecuencia, la parte que se considera afectada por el contenido de la certificación médica ocupacional bien sea el trabajador (por no haberse considerado en dicho acto administrativo el carácter ocupacional de la

¹¹¹ Jurisprudencia: Caso: Daniel Soto contra Pequiven. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 487 del 17 de Abril de 2008. Exp. 07-1564 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/0487-170408-071564.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

¹¹² Jurisprudencia: Caso: Henry Parra contra Rubén Ruiz. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia N° 209 del 16 de Mayo de 2003. Exp. 02-164 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC-00209-160503-01885.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

¹¹³ Ley Orgánica de procedimientos administrativos. Gaceta Oficial extraordinaria N° 2.818 de 01 de Julio de 1981.

enfermedad que padece) o el empleador (por haberse considerado en dicho acto administrativo el carácter ocupacional de la enfermedad que padezca alguno de sus trabajadores), podrá impugnar el contenido de dicho acto administrativo tanto en sede administrativa como en sede judicial.

2.3.3. Medios de impugnación en contra de la certificación médica ocupacional

Contra la certificación médica ocupacional que emite el Instituto Nacional de Prevención salud y seguridad laboral, la parte afectada (trabajador o empleador), puede recurrir de tres maneras: por una parte, en sede administrativa a través del recurso de reconsideración o jerárquico dentro de los quince días hábiles siguientes a su notificación ante el mismo ente que dicta el acto administrativo o ante la Presidencia del referido órgano administrativo respectivamente conforme al contenido de los artículos 92 y 95 de la Ley Orgánica de procedimientos administrativos y el artículo 77 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo¹¹⁴.

Por otra parte, puede el trabajador o empleador que se considere afectado en sus derechos por tal certificación médica ocupacional, recurrir ante los Tribunales competentes a través de una acción de nulidad, que se deberá interponer dentro de los 180 días continuos siguientes a su notificación conforme al contenido del artículo 32 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción contencioso administrativa¹¹⁵, sin necesidad de agotar la vía administrativa, es decir, sin necesidad de intentar previamente el recurso de reconsideración ó jerárquico ante el ente que dictó el acto administrativo o su superior jerárquico respectivamente.

La competencia para el conocimiento de los referidos recursos de nulidad contra las providencias administrativas que determinan la naturaleza ocupacional o no de un accidente o enfermedad padecida por un trabajador, le está atribuida por la disposición transitoria sexta de la Ley Orgánica de prevención, condiciones

¹¹⁴ Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. Gaceta Oficial N° 38.236 de 26 de julio 2005

¹¹⁵ Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso administrativa. Gaceta Oficial N° 39.447 del 16 de Junio de 2010.

y medio ambiente del trabajo a los Tribunales Superiores del Trabajo de cada Circunscripción Judicial (mientras se crea la jurisdicción especial del sistema de seguridad social). En relación a ello, la Sala Plena del Máximo Tribunal de la República¹¹⁶ en la sentencia del caso Agropecuaria Cubacana C.A. con ponencia del Magistrado Arcadio de Jesús Delgado Rosales señaló que los tribunales competentes para el conocimiento de este tipo de recursos en primera instancia son los Tribunales Superiores del Trabajo de cada Circunscripción Judicial (tal como lo indica la norma antes mencionada).

Finalmente, si la parte afectada por la certificación médica ocupacional emitida por el INPSASEL, no recurre la certificación médica ocupacional en sede administrativa mediante el recurso de reconsideración o jerárquico ó en sede judicial mediante el recurso de nulidad ante el Tribunal Superior del Trabajo, podrá impugnar el contenido de dicha certificación médica ocupacional durante la audiencia de juicio oral y pública en el proceso de carácter laboral en el que se reclamen indemnizaciones derivadas de dicho accidente de trabajo o enfermedad ocupacional y para ello, conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia expresada en el caso Luis Acosta contra Coca Cola Femsa de Venezuela con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero¹¹⁷, no sólo podrá aportar elementos probatorios que desvirtúen la presunción de veracidad y certeza del referido acto administrativo, sino que podrá tachar de falso el contenido de dicha documental o probar la simulación.

2.3.4. Prejudicialidad por la impugnación de la certificación medica ocupacional

La posibilidad de recurrir mediante un recurso de nulidad en sede judicial, la certificación médica ocupacional a través de la cual se determina la naturaleza

¹¹⁶ Jurisprudencia: Caso: Agropecuaria Cubacana contra Inpsasel. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Plena. Sentencia N° 27 del 26 de Julio de 2011. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/tplen/Julio/27-26711-2011-2007-00153.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2011)

¹¹⁷ Jurisprudencia: Caso: Luis Acosta contra Coca Cola Femsa de Venezuela S.A.. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1027 del 22 de Septiembre de 2011. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/septiembre/1027-22911-2011-10-369.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2011)

laboral de un accidente o una enfermedad padecida por el trabajador, presenta la posibilidad de generar una cuestión prejudicial con respecto a un proceso ordinario en el que se reclame el pago de indemnizaciones derivadas de dicho accidente de trabajo o enfermedad profesional, pues es factible que un trabajador que sea notificado de una certificación médica ocupacional emitida por el INPSASEL a través de la cual se determine la naturaleza ocupacional de un accidente o de una enfermedad padecida por él (que le genera un determinado grado de discapacidad); con fundamento en tal acto administrativo, interponga por ante los Tribunales de primera instancia del Trabajo, una reclamación por cobro de indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo o la enfermedad ocupacional que padece.

Sin embargo, paralelamente a dicha reclamación, el empleador de ese trabajador, una vez que es notificado de la misma certificación médica ocupacional a través de la cual se determina la naturaleza laboral del accidente o enfermedad padecida por el trabajador, interpone dentro de los 180 días continuos siguientes a su notificación, un recurso de nulidad en contra del acto administrativo ante el Tribunal Superior del Trabajo competente.

Pues bien, tal situación conlleva a que cuando el proceso ordinario por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional vaya a ser decidido por el Tribunal de Juicio del Trabajo competente, el proceso de nulidad en contra de la certificación médica ocupacional ante el Juez Superior del Trabajo se encuentre en trámite, es decir, que se vaya a tomar como prueba documental una certificación médica ocupacional que está siendo recurrida de nulidad y sobre la cual el Tribunal Superior del Trabajo no se ha pronunciado aún sobre los supuestos vicios que pudiera tener el referido acto administrativo.

Al respecto, es necesario señalar que la Jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia¹¹⁸, expresada en la sentencia del caso Gilberto Marín contra Seguridad y Vigilancia Megatron, con Ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero, ha señalado que mientras no exista una decisión del Tribunal que conoce del recurso de nulidad que acuerde la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido, el Juez laboral debe continuar la causa y decidir sobre el fondo de la misma; en tal sentido, siempre y cuando la certificación médica ocupacional no haya sido suspendida en sus efectos por el Juzgado Superior del Trabajo que conoce del recurso de nulidad, el Juez de Juicio del trabajo que conozca la causa debe continuar el curso del proceso por cobro de indemnizaciones hasta la sentencia definitiva.

En relación a ello, es necesario señalar que la misma Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República en la sentencia del caso Schlumberger de Venezuela con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero¹¹⁹ consideró que al existir un proceso por cobro de indemnizaciones derivadas de enfermedad ocupacional ante un Tribunal del Trabajo, que tiene por fundamento la certificación médica ocupacional emitida por el INPSASEL que determina la naturaleza laboral del accidente o enfermedad y que se encuentra recurrida por ante un Tribunal Superior del Trabajo, ello determina la existencia del peligro en mora como requisito para acordar la medida cautelar de suspensión de efectos del acto administrativo, pues existe el riesgo que la recurrente pueda ser condenado al pago de indemnizaciones en el proceso laboral, con fundamento en la referida certificación médica ocupacional, lo que le resultaría imposible recuperar luego las cantidades de dinero pagadas por la sentencia condenatoria en caso de que se declare la nulidad del acto administrativo impugnado.

¹¹⁸ Jurisprudencia: Caso: Gilberto Marín contra Seguridad y Vigilancia Megatron. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 576 del 29 de Abril de 2008. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/0576-290408-071445.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2011)

¹¹⁹ Jurisprudencia: Caso: Schlumberger de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1683 del 21 de Diciembre de 2012. Exp. 12-1010 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Diciembre/1683-211212-2012-12-1010.html> (fecha de consulta: 26 de Diciembre de 2012)

Por lo tanto el Juez Superior del Trabajo que reciba un recurso de nulidad en contra de una certificación médica que determine el carácter ocupacional de un accidente o una enfermedad y se le demuestre que paralelamente existe otro proceso judicial por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente o enfermedad con fundamento en dicha certificación médica ocupacional, si considera que existe una presunción de buen derecho debería acordar la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido, de tal manera que ello le permita al Juez de Juicio del Trabajo que esta conociendo del proceso por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional declarar la prejudicialidad y suspender dicho proceso hasta tanto el Juzgado Superior decida el recurso de nulidad interpuesto, luego de lo cual continuará conociendo la causa hasta su decisión; de lo contrario si el Juzgado Superior no suspende los efectos del referido acto administrativo, el Juez de Juicio debe continuar la causa que conoce por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente o enfermedad hasta su resolución definitiva, independientemente de las resultados del recurso de nulidad.

2.3.5. Facultad del Juez para apartarse del contenido de una certificación médica ocupacional

Conforme se señaló en el punto anterior, la legislación laboral Venezolana le atribuye la competencia para determinar la naturaleza de un accidente o enfermedad a un ente adscrito al Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad social como lo es el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laboral (INPSASEL) sin embargo, el Juez del Trabajo como director del proceso de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo¹²⁰ no está obligado a seguir el dictamen del órgano administrativo referido a la naturaleza laboral o no del accidente o enfermedad sufrido por el trabajador, es decir, el Juez del trabajo motivadamente, puede apartarse del contenido de una certificación médica ocupacional que determine la naturaleza laboral de un

¹²⁰ Ley Orgánica procesal del Trabajo. Gaceta Oficial N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2002

accidente o enfermedad, cuando los elementos probatorios aportados al proceso le hagan inferir que el accidente o la enfermedad no tuvieron naturaleza laboral.

Al respecto, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de justicia en el caso María Bartola Berríos contra Iveco Venezuela, C.A.¹²¹ con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, conociendo de un proceso en el que el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales había certificado que el trabajador presentaba una insuficiencia hepática, enfermedad que conforme a dicho órgano administrativo era común pero agravada por el trabajo y por consiguiente de carácter ocupacional, consideró que el Juez de la sentencia recurrida al establecer el carácter ocupacional de dicha enfermedad obvió que la Ley vigente para entonces definía como enfermedad ocupacional únicamente los estados patológicos contraídos con ocasión del trabajo y no los estados patológicos agravados por el trabajo.

En tal sentido concluyó la Sala Social, que en dicho proceso al haber quedado demostrado que el trabajador falleció por una enfermedad común (cirrosis hepática), ocasionada por el consumo de alcohol, la cual no fue contraída en el medio ambiente de trabajo; independientemente que el órgano competente para ello, hubiere considerado el carácter ocupacional de dicha enfermedad y que la parte afectada no hubiere intentado recurso de nulidad en contra de la misma, de conformidad con el artículo 28 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de 1986 vigente para entonces, tal patología no era una enfermedad de carácter ocupacional, razón por la cual eran improcedentes las indemnizaciones por enfermedad laboral demandadas, así como el lucro cesante y el daño moral.

Obsérvese entonces que en dicha decisión, aún cuando existía un acto administrativo emanado del órgano competente denominado certificación médica ocupacional a través del cual se certificaba como de naturaleza laboral la

¹²¹ Jurisprudencia: Caso: María Bartola Berríos contra Iveco Venezuela C.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 455 del 19 de Mayo de 2010. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0455-19510-2010-08-1702.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

enfermedad padecida por el trabajador, la Sala Social se apartó del contenido del mismo y consideró que conforme a las pruebas y a la Ley vigente para el momento, dicha enfermedad no era de carácter ocupacional.

En consecuencia por tratarse la certificación médica ocupacional de un documento público administrativo que se encuentra dotado de una presunción de veracidad y legitimidad característico de la autenticidad, respecto a lo declarado por el funcionario en ejercicio de sus funciones, el cual puede ser desvirtuada o destruida por cualquier medio de prueba en contrario¹²² puede el Juez del Trabajo cuando existan pruebas que desvirtúen el contenido de dicho acto administrativo o cuando el contenido del mismo vaya en contra del ordenamiento jurídico apartarse del contenido de la referida documental motivadamente y decidir el proceso conforme a derecho.

Con el mismo criterio utilizado por la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal en el caso María Bartola Berríos contra Iveco Venezuela, es necesario señalar que la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República en la sentencia del caso José Robles contra M-I Drilling Fluids de Venezuela, C.A.¹²³ determinó que contrariamente a lo señalado en la certificación médica ocupacional, la enfermedad padecida por el actor (hernia discal) no era de carácter ocupacional aún cuando así lo hubiere señalado el ente competente.

En dicha decisión, la Sala Social consideró necesario esbozar algunas reflexiones en cuanto a la valoración de los documentos públicos administrativos, es decir, los informes emitidos por médicos legistas adscritos al Ministerio del Trabajo, que sin lugar a dudas no pueden tener el mismo trato que un documento privado, pero tal verdad procesal no puede debilitar la facultad que tienen los Jueces del Trabajo de participar de manera activa en el desempeño de sus

¹²² Jurisprudencia: Caso: Benito Delgado contra Schulumberger Venezuela S.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 782 del 19 de Mayo de 2009. Exp. 08-491 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0782-19509-2009-08-491.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

¹²³ Jurisprudencia: Caso: José Robles contra MI Driling. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1001 del 08/06/2006. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/junio/1001-080606-06101.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

funciones, y en virtud de ello, poder interrogar a los representantes de ese órgano de la Administración Pública, a los fines de mantener el control de la prueba y al mismo tiempo procurar obtener un criterio mucho más amplio cuando la situación así lo requiera, como lo sería en aquellos casos en los cuales el informe ofrecido por la parte sea insuficiente para formarse una convicción fehaciente.

A título de ejemplo señaló la Sala en dicha decisión que demandado el pago de unas indemnizaciones por enfermedad profesional, hernia discal, generarse el convencimiento irrefutable que la misma ha tenido lugar con ocasión al trabajo prestado, es una función que en la rutina del análisis probatorio no es fácilmente evidenciable, pues tal patología por máxima de experiencia no necesariamente se debe al ejercicio de actividades de estricta naturaleza laboral, y que incluso, cualquier ciudadano sea trabajador o no la puede desarrollar, de manera que lo correcto no es conformarse con la tarifa legal que tiene el informe promovido por las partes con ese fin probatorio, sino indagar mucho más allá, a través del conocimiento científico de los funcionarios que emiten los respectivos informes médicos en garantía de obtener la verdad material.

En tal sentido, orientados por el principio de la búsqueda de la verdad, la Sala de Casación Social, exhortó a los jueces de instancia acudir a la generosidad que se haya incorporada en los artículos 5 y 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, normas que les permiten inquirir la verdad por todos los medios posibles (dándole el impulso y dirección adecuados), y ordenar la evacuación de otros medios de prueba cuando así lo consideren conveniente, ya que en definitiva por Ley, tienen atribuido en su actividad jurisdiccional al momento de decidir, la regla que los lleva apreciar las pruebas según criterios de la sana crítica.

Para Marcano Rosas¹²⁴ para que una enfermedad pueda ser considerada ocupacional, deben analizarse minuciosamente las siguientes variables, entre otras: 1.- el diagnóstico o sospecha de enfermedad, como deterioro de la salud;

¹²⁴ Alberto Marcano Rosas. Aspectos Médicos de la enfermedad ocupacional. Legislación en prevención, salud y seguridad laboral. 2006. Librería J. Rincón C.A.

2.- revisión de la descripción del cargo, puesto de trabajo y factores de riesgo laboral confluentes; 3.- orientación del o los agentes causales, determinación de la exposición al riesgo; 4.- evaluaciones especiales del ambiente, puesto de trabajo y actividades; 5.- determinar si existe o existió la presencia de varios agentes disergonómicos al mismo tiempo; 6.- la concentración de los factores de riesgo en el ambiente de trabajo; 7.- el tiempo y gradiente de exposición del trabajo; 8.- las características personales /médicas del trabajador en estudio. Enfermedades comunes preexistentes, que se agravaron con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que el trabajador la trabajadora se encuentra obligado a trabajar. 9.- La relatividad de la salud / edad / sobre peso / cigarrillos / alcohol / deportes. 10.- Exámenes especiales orientados a la probable patología a investigar. 11.- Demostrar científicamente la relación causa efecto; 12.- Relacionar los factores de riesgo laboral presentes y la patología en los sistemas u órganos con detrimento.

2.3.6. Posibilidad de interponer una reclamación por indemnizaciones derivadas de accidente o enfermedad ocupacional en ausencia de la certificación médica ocupacional

La posibilidad que el Juez del Trabajo se pueda apartar motivadamente del dictamen del órgano competente el Instituto Nacional de prevención, salud y seguridad laboral expresado en la certificación médica ocupacional, conlleva a plantear la posibilidad que el trabajador pueda demandar el cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional sin tener la certificación médica ocupacional emitida por ese órgano administrativo.

Al respecto, es necesario señalar, que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en diferentes decisiones entre la que podemos mencionar la sentencia dictada en el caso Lotería del Táchira¹²⁵ con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, ha considerado que en materia laboral no existe un instrumento fundamental para la presentación de una demanda, en tal

¹²⁵ Jurisprudencia: Caso: Robert Cochionni contra Instituto de beneficencia y bienestar social del Estado Táchira. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 0755 del 03 de Junio de 2008. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/junio/0755-030608-072274.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

sentido, si la Ley Orgánica Procesal del Trabajo Venezolana no exige la presentación de ningún documento fundamental de la demanda, la certificación médica emanada del INPSASEL que determina el carácter ocupacional de un accidente o enfermedad padecido por el trabajador no constituye un requisito de la admisibilidad de una reclamación por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional y en consecuencia puede validamente un trabajador interponer su reclamación por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional en ausencia de dicha certificación.

Evidencia de lo antes expresado, es decir, la no exigencia de la certificación médica ocupacional como requisito de admisibilidad de la demanda lo constituye la sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia dictada en el caso Harry Cortez contra Tubería Rígidas de PVC con ponencia del Magistrado Luis Francheschi¹²⁶, en la que se consideró que la certificación médica ocupacional puede consignarse en cualquier etapa del proceso sin que prive el principio de preclusividad de la etapa de promoción de pruebas establecido en el artículo 73 de la Ley Orgánica procesal del Trabajo¹²⁷, es decir, que no sólo no constituye un requisito de admisibilidad de la demanda sino que puede promoverse luego de la audiencia preliminar, criterio que fue ratificado por la Sala de Casación Social en la sentencia del caso Luis Acosta contra Coca Cola Femsa de Venezuela con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero¹²⁸.

No obstante lo antes expresado, si bien tal certificación no constituye un requisito de admisibilidad de la demanda, la ausencia de ella determina de manera significativa la carga de la prueba en este tipo de procesos en el que se

¹²⁶ Jurisprudencia: Caso: Harry Cortez contra Tuberías Rígidas de PVC. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1198 del 05/11/2012. Exp. 09-924. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1198-51112-2012-09-924.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2012)

¹²⁷ Ley Orgánica procesal del Trabajo. Gaceta Oficial N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2002

¹²⁸ Jurisprudencia: Caso: Luis Acosta contra Coca Cola Femsa de Venezuela S.A.. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1027 del 22 de Septiembre de 2011. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/septiembre/1027-22911-2011-10-369.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2011)

reclaman indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, pues si el trabajador aporta al proceso la certificación médica ocupacional emanada del INPSASEL en la que se determine la naturaleza ocupacional del accidente o de la enfermedad que padece, le correspondería al empleador la carga de desvirtuar la presunción de veracidad y certeza que implica el contenido de dicho acto administrativo en cuanto a la naturaleza laboral del accidente o enfermedad padecido por el trabajador, es decir, deberá el empleador aportar elementos probatorios que desvirtúen la naturaleza laboral del accidente o la enfermedad padecida por el trabajador.

Si por el contrario, el trabajador presenta su reclamación por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional en sede judicial sin aportar la referida certificación médica ocupacional que determine la naturaleza laboral del accidente o la enfermedad, ello le impondrá al trabajador, la carga de demostrar en el proceso no sólo la ocurrencia del accidente o el padecimiento de la enfermedad sino también la naturaleza laboral del accidente o la enfermedad, es decir, aportar elementos probatorios que determinen que el accidente o la enfermedad fue consecuencia directa del servicio prestado.

En tal sentido, por lo que respecta al accidente de trabajo, si el trabajador no aporta la certificación médica ocupacional, deberá aportar pruebas que demuestren que el accidente ocurrió en el curso del trabajo, por el hecho o con ocasión del trabajo y por lo que respecta a las enfermedades ocupacionales como se señaló en párrafos precedentes, deberá demostrar que la patología que padece fue contraída o agravada con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que se encontraba obligado a trabajar; en consecuencia, deberá demostrar adicionalmente al padecimiento de la enfermedad que la misma se encuentra en la clasificación de enfermedades ocupacionales dictada por el INPSASEL o en su defecto que aún cuando no se encuentra en la referida clasificación fue contraída o agravada con ocasión del trabajo.

Esta situación viene determinada por el hecho que los funcionarios del INPSASEL antes de emitir la certificación médica ocupacional deben elaborar un expediente administrativo, en el que se realizan las inspecciones necesarias y se recaban los documentos relacionados con el accidente o la enfermedad, para luego mediante un acto administrativo motivado, especificar las razones y los fundamentos que le llevan a considerar la naturaleza ocupacional o no del accidente o la enfermedad, creando una presunción de veracidad en cuanto a la naturaleza laboral del infortunio.

2.3.7. Órgano competente para determinar el grado de discapacidad del trabajador

Cada una de las indemnizaciones consagradas en el ordenamiento jurídico Venezolano para los trabajadores que sufran un accidente de trabajo o una enfermedad de carácter ocupacional, se tarifican, determinan ó estiman en base al grado de discapacidad que ha generado la lesión sufrida por el trabajador; en tal sentido, debe precisarse, que órgano tiene la competencia conforme al ordenamiento jurídico Venezolano para determinar dicho grado de discapacidad.

Al respecto, es de señalar que la Ley del Seguro Social¹²⁹ establece diferentes grados de lesión padecidos por un trabajador que sufre un accidente de trabajo o una enfermedad de carácter ocupacional, dichos grados son: 1.- Incapacidad parcial y temporal; 2.- Incapacidad parcial y permanente mayor de 5% y menor del 25%; 3.- Incapacidad parcial y permanente entre 25% y 66%; 4.- Incapacidad total y permanente; 5.- Muerte.

Sin embargo, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo¹³⁰ adoptando una terminología más acorde con la dignidad de este tipo de trabajadores utilizó el término “discapacidad” y no “incapacidad”, estableciendo los diferentes tipos de lesión que puede padecer un trabajador como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad de carácter

¹²⁹ Ley Orgánica del seguro social. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 393.078 de fecha 30 de Abril de 2012

¹³⁰ Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. Gaceta Oficial N° 38.236 de 26 de julio 2005

ocupacional y que una vez que entre en funcionamiento la tesorería de la seguridad social vendrán a sustituir los grados de discapacidad que establece la Ley del Seguro

Social, ellos son: 1.- Discapacidad temporal; 2.- Discapacidad parcial permanente hasta un 25%; 3.- Discapacidad parcial permanente superior al 25% e inferior al 67%; 4.- Discapacidad total permanente para el trabajo habitual; 5.- Discapacidad absoluta permanente para cualquier tipo de actividad 6.- Gran discapacidad y; 7.- Muerte.

Históricamente en Venezuela, el órgano facultado para determinar el grado de discapacidad de un trabajador, lo era la Junta Médica Evaluadora del Instituto Venezolano de los Seguros Social y para ello, utilizaba el baremo que se puede observar en el anexo N° 1, denominado baremo para discapacidades del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales en el que se puede precisar que para las enfermedades degenerativas discapacitantes de columna vertebral.

Sin embargo, una vez que fue publicado en el año 2006 el Reglamento de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo¹³¹, en el numeral 17 del artículo 16 de dicho Reglamento se atribuyó al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laboral, la competencia para determinar el grado de discapacidad del trabajador o la trabajadora, no obstante aún cuando dicha norma se publicó el 22/12/2006 desde esa fecha hasta el 25/04/2013, el INPSASEL carecía de un baremo para la determinación del grado de discapacidad del trabajador.

Fue recientemente el 25 de Abril de 2013, cuando fue publicado en Gaceta Oficial el instructivo del Baremo Nacional para la asignación de porcentajes de discapacidad por enfermedades ocupacionales y accidentes de trabajo¹³² para la valoración de las deficiencias anatómicas funcionales y del análisis de las

¹³¹ Reglamento de la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo. Gaceta Oficial N° 38.596 del 22 de Diciembre de 2006.

¹³² Instructivo del baremo nacional para la asignación de porcentajes de discapacidad por enfermedades ocupacionales y accidentes de trabajo. Gaceta Oficial N° 40.154 del 25 de Abril de 2013.

consecuencias objetivas en el trabajo y en la vida diaria del lesionado. Dicho baremo creó las Juntas Evaluadoras Regionales y Nacionales como órganos consultivos de los médicos facultados para evaluar y otorgar el porcentaje de discapacidad por enfermedades ocupacionales.

A partir entonces de la publicación del referido Baremo, le corresponde al INPSASEL la determinación del grado de discapacidad del trabajador como consecuencia de un accidente o una enfermedad de carácter ocupacional y será dicho organismo y no el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales quien determinará tal porcentaje de discapacidad.

En razón de lo antes expresado, es necesario señalar que durante el período en el que no se había publicado el referido Baremo para la determinación del grado de discapacidad, podía suceder que el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales determinara un grado de discapacidad a un trabajador y el Instituto Nacional de prevención, salud y seguridad laboral determinara al mismo trabajador otro grado de discapacidad superior o inferior al determinado por el IVSS, en esos casos se presentaba el dilema para los Tribunales del Trabajo en cuanto a cual debía ser el grado de discapacidad tomado a los efectos de tarifar las indemnizaciones reclamadas por el trabajador.

En relación a ello, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia del caso Hector Villegas contra Ford Motor de Venezuela¹³³ con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franscheschi Gutierrez en un proceso en el que el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales había señalado que el trabajador tenía una pérdida de capacidad para el trabajo de 67% y el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales había certificado la incapacidad como total y permanente para el trabajo habitual, con limitación para el trabajo que implique exigencia física, levantar, halar, consideró

¹³³ Jurisprudencia: Caso: Hector Villegas contra Ford Motor de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 401 del 04 de Mayo de 2010. Exp. 08-1831. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/0401-4510-2010-08-1831.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

que el dictamen que debía tomarse a los efectos de precisar la entidad del daño era el del INPSASEL.

Una vez que el trabajador tenga entonces, la certificación médica que determine la naturaleza ocupacional del accidente o enfermedad que padece y el dictamen que determina el grado de discapacidad de su lesión, bien sea emanado del INPSASEL o del IVSS es necesario analizar cuales son las indemnizaciones establecidas en las leyes Venezolanas para dicho infortunio, pero antes de ello, es fundamental precisar en contra de quien puede el trabajador interponer la reclamación judicial por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, es decir, la legitimidad pasiva del empleador.

2.3.8. Legitimidad pasiva del empleador en un proceso por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional

En materia laboral, existe la posibilidad que un trabajador preste servicios para una empresa contratista de otra empresa a la que se le denomina beneficiaria contratante, en esos casos el dilema se plantea en cuanto a en contra de quien debe demandarse el cobro de las indemnizaciones generadas como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, es decir, si la reclamación debe interponerse en contra de la empresa contratista, en contra de la empresa beneficiaria o en contra de ambas de manera solidaria.

Hasta el año 2005, no existían una norma especial en el ordenamiento jurídico Venezolano que hiciera referencia expresa a este tipo de casos, en tal sentido, las normas que regían la materia eran las contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo que establecían la solidaridad entre el contratista y el beneficiario de la obra o el servicio siempre y cuando existiere inherencia o conexidad entre ambas. La Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República expresado en la sentencia del caso Fermín Sayago contra Halliburton de Venezuela S.R.L. y Pdvsa Petróleo S.A. con ponencia del Magistrado Omar

Alfredo Mora Díaz¹³⁴ consideró que no existía solidaridad en indemnizaciones por accidentes o enfermedades laborales, por cuanto tales indemnizaciones se tratan de resarcimientos intuitu personae y sólo existiría solidaridad si existiere inherencia o conexidad en el servicio o la obra prestada.

En consecuencia, siempre y cuando se demostrara la inherencia o conexidad era aplicable el contenido del artículo 55 de la Ley Orgánica del Trabajo que establecía que el contratista es responsable frente a los trabajadores por él contratados, pudiendo el beneficiario de la obra, responder solidariamente de las obligaciones contraídas por éste ante los trabajadores que el contratista haya contratado, cuando la obra ejecutada sea inherente o conexas con la actividad desarrollada por el dueño de la obra beneficiario del servicio.

Por tanto, si el servicio o la obra prestada por la contratista no era inherente o conexas con la del beneficiario, sólo se podía reclamar el pago de las referidas indemnizaciones a la empresa para la cual prestó servicios el trabajador, es decir, para la contratista. En ese sentido, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia del caso Simón Miranda contra Transporte Yelamo con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo¹³⁵ en un proceso en el que no constituyó un hecho controvertido que la empresa para la cual prestó servicios directamente el trabajador, prestara servicios a su vez en calidad de contratista a la empresa beneficiaria, demostrada como fue la solidaridad consideró que dicha responsabilidad debe extenderse a la del contratante, aun cuando la norma no lo diga expresamente, pues, por el simple hecho de que los trabajadores de la contratista cumplan con sus obligaciones dentro del lugar de la explotación del principal, existe la obligación del dueño o beneficiario de la obra de velar por la seguridad del trabajo, circunstancia que extiende su

¹³⁴ Jurisprudencia: Caso: Fermín Sayago contra Halliburton de Venezuela S.R.L. y Pdvs Petróleo S.A.. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1022 del 01 de Julio de 2008. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Julio/1022-1708-2008-07-1615.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

¹³⁵ Jurisprudencia: Caso: Simón Miranda contra Transporte Yelamo. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1384 del 07 de Diciembre de 2011. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/1384-71211-2011-10-434.html> (fecha de consulta: 30 de Diciembre de 2011)

responsabilidad a los accidentes y enfermedades sufridos por los trabajadores del contratista y en razón de ello condenó a ambas al pago de las indemnizaciones reclamadas.

En el año 2005 se promulga la Ley Orgánica de prevención condiciones y medio ambiente del trabajo, que estableció en su artículo 127 que la empresa contratante o principal responderá solidariamente con los intermediarios, contratistas y subcontratistas por el incumplimiento en materia de la normativa de seguridad y salud laboral, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores y trabajadoras que laboran en los centros de trabajo de la empresa contratante o principal, es decir, que con la entrada en vigencia de dicha norma, la solidaridad de las empresas contratistas o contratante existe independientemente que exista inherencia ó conexidad entre ambas.

En apego a dicha norma, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Oswald Jesús Castillo contra Vepreca, con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero¹³⁶ en un proceso en el que un trabajador de la empresa de vigilancia que prestaba el servicio de resguardo de bienes y personas a otra empresa, sufrió quemaduras en brazos y cuello como consecuencia de un accidente de trabajo ocurrido dentro de las instalaciones de la empresa a la cual le prestaban el servicio de seguridad, demandó solidariamente la responsabilidad de ambas empresas en la ocurrencia de dicho accidente consideró que conforme al contenido del artículo 127 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo ambas empresas eran solidariamente responsables y condenó a ambas al pago de algunas de las indemnizaciones reclamadas por accidente de trabajo.

¹³⁶ Jurisprudencia: Caso: Oswald Jesús Castillo contra Vepreca. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1349 del 23 de Noviembre de 2010. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1349-231110-2010-09-580.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

2.4. Leyes vigentes que establecen indemnizaciones derivadas de accidentes o enfermedades ocupacionales en Venezuela

Una vez analizado la determinación de la naturaleza del accidente de trabajo o la enfermedad ocupacional, es decir, el órgano competente para determinar y calificar la naturaleza de un accidente o enfermedad en Venezuela, los medios de impugnación que se pueden ejercer en contra de los actos administrativos a través de los cuales se determina la naturaleza ocupacional o no de un accidente o enfermedad, la prejudicialidad que pudiere generar la impugnación de dicho acto administrativo que determina el carácter del accidente o la enfermedad, la facultad del Juez de apartarse del contenido del mismo, la posibilidad de interponer un reclamo por cobro de indemnizaciones en ausencia de dicha certificación, el órgano competente para determinar el grado de discapacidad del trabajador y la legitimidad pasiva del empleador en un proceso por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedades profesionales.

Debe analizarse cuales indemnizaciones puede reclamar el trabajador cuyo accidente o enfermedad que haya padecido sea calificado como de naturaleza laboral. Al respecto, debe señalarse que las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, se encuentran contempladas en Venezuela en los siguientes textos legales: 1.- Ley del Seguro Social; 2.- Ley Orgánica del Trabajo; 3.- Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; 4.- Ley Orgánica de Prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo; y 5.- Código Civil Venezolano indemnizaciones éstas que pueden serle exigidas al patrono en forma conjunta, puesto que al responder a supuestos de hechos distintos, el ejercicio de una cualquiera de ellas no implica la renuncia de las demás. Esto es lo que en doctrina se ha llamado cúmulo de responsabilidades.

Para Jaime H., la misma LOPCYMAT en su artículo 129 admite expresamente el llamado cúmulo de responsabilidades¹³⁷ por cuanto ante la ocurrencia de un accidente o enfermedad profesional surgen dos tipos de responsabilidades: a) La contractual por el incumplimiento del deber de seguridad impuesto al patrono y cuya reparación corre a cargo de la seguridad social, siempre que el trabajador se encuentre inscrito en el seguro social obligatorio, sin que sea necesario determinar si el daño se produjo por culpa del patrono o no; b) La responsabilidad especial prevista en el artículo 129 de la LOPCYMAT, que supone la violación de los preceptos en materia de seguridad y salud, pero necesariamente el trabajador debe demostrar el daño, la culpa del patrono y la relación de causalidad entre ésta y el daño sufrido por él, sin que sea necesario demostrar la cuantía del daño y c) La responsabilidad civil ordinaria derivada del hecho ilícito del empleador, según lo disponen los artículos 1185 y 1196 del Código Civil.

Es necesario señalar, que las normas antes enunciadas son las que establecen indemnizaciones para los accidentes o enfermedades de naturaleza ocupacional, en tal sentido, si bien existen otras normas vinculadas con la materia relativa a la seguridad e higiene en el trabajo, tal es el caso de los Convenios Internacionales, las Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, las Normas técnicas, normas Covenin y todos los reglamentos, actas y resoluciones administrativas encaminadas a la defensa de la salud y seguridad de los trabajadores sobre las cuales se hará referencia en el desarrollo de la presente investigación; a los efectos de la descripción del sistema de responsabilidad patronal por accidente o enfermedad ocupacional, se analizarán los cinco textos legislativos que contienen indemnizaciones para este tipo de riesgos profesionales y la teoría que inspira la procedencia de las mismas, es decir, responsabilidad objetiva o responsabilidad subjetiva. De seguidas, se

¹³⁷ Jaime, H., XXXI Jornadas J.M Domínguez Escovar. Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales. Barquisimeto. 2006. Pag. 217

describe entonces de manera individual, las indemnizaciones contenidas en dichas leyes.

2.4.1. Indemnizaciones consagradas en la Ley del Seguro Social

Las indemnizaciones o prestaciones consagradas en la Ley del Seguro Social podrán ser reclamadas por el trabajador al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales cuando haya sido inscrito por su empleador en el sistema de seguridad social y dichas indemnizaciones se encuentran diseñadas para tratar de indemnizar patrimonialmente, los casos de incapacidades temporales y parciales, invalidez y sobrevivencia, minimizando de esta forma el daño causado por la ocurrencia del infortunio laboral. Tales indemnizaciones que las paga el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, se encuentran vigentes, hasta tanto el Régimen Indemnizatorio previsto en los artículos 79 y siguientes de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo entre en vigencia una vez se ponga en funcionamiento la Tesorería de la Seguridad Social dichas indemnizaciones se pueden visualizar en el anexo N° 2 y son las siguientes.

1.- Por incapacidad parcial y temporal una indemnización equivalente a las 2/3 del promedio del salario diario, a partir del cuarto día de incapacidad hasta un máximo de 52 semanas; 2.- Por incapacidad parcial y permanente (invalidez) mayor de 5% y menor de 25% una indemnización única que será igual al resultado de aplicar el porcentaje de incapacidad atribuido al valor de tres anualidades de la pensión que le habría correspondido por incapacidad total; 3.- Por incapacidad parcial y permanente entre 25% y 66% una indemnización que no podrá ser inferior al valor que resulte de aplicar a los 2/3 del salario de cotización del asegurado, el porcentaje de incapacidad atribuido al caso; 4.- Por incapacidad total y permanente adicionalmente a la pensión de invalidez por incapacidad parcial y permanente, se podrá otorgar al invalido que no pueda moverse, conducirse o efectuar actos principales de existencia, una suma adicional que podrá ser hasta de un 50% de dicha pensión. 5.- Por muerte una pensión de

sobreviviente mensual hijos menores de 18 años viuda o viuda, concubino o concubina ó ascendientes, igual a la que le hubiere correspondido al asegurado por invalidez o por vejez.

Por lo tanto el trabajador que se encuentre inscrito en el sistema de seguridad social Venezolano y sufra un accidente de trabajo o una enfermedad de carácter ocupacional, podrá reclamar al ente deudor de dichas indemnizaciones que es el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales el pago de las mismas.

Obsérvese que estas indemnizaciones fueron las primeras que se crearon en Venezuela a título de responsabilidad objetiva y por la naturaleza de la teoría del riesgo que prescinde de la culpa, las asumía en sus inicios el empleador, sin embargo, ante los riesgos que representaba la procedencia de las referidas indemnizaciones a título de responsabilidad objetiva, se creó el sistema de seguridad social al que contribuían empleadores, trabajadores y el Estado quien asumiría el pago de dichas indemnizaciones garantizando con ello, el amparo para el trabajador ante este tipo de situaciones lamentables y tratando de mitigar las pérdidas que ocasionaba para el empleador la asunción del pago de las mismas aún cuando hubiere actuado diligentemente.

2.4.2. Indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo

La Ley Orgánica del Trabajo de 1997 establecía una serie de indemnizaciones a favor de aquellos trabajadores que sufrían un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional que procedían conforme a la teoría de la responsabilidad objetiva, es decir, sin que mediara culpa del empleador pero únicamente en aquellos en que el trabajador no estuviere inscrito en el seguro social obligatorio, tales indemnizaciones que se encuentran tabuladas en el anexo 3, son las siguientes: 1.- Por incapacidad absoluta y permanente una indemnización equivalente a dos años de salario; 2.- Por una incapacidad absoluta y temporal una indemnización equivalente al salario de los días que hubiere durado la incapacidad; 3.- Por incapacidad parcial y permanente una indemnización que tome un cuenta el salario y la reducción de ganancia; 4.- Por

incapacidad parcial y temporal una indemnización que tome en cuenta el salario y la reducción de ganancias los días que dure la incapacidad.

Con respecto a tales indemnizaciones, es necesario señalar que si bien, la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 fue derogada expresamente por la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras de 2012¹³⁸, es necesario en la presente investigación, describir las indemnizaciones contenidas en dicha norma derogada para los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, en los supuestos en que el empleador no tuviere inscrito al trabajador en el sistema de seguridad social, por cuanto la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras suprimió todo el título de dicha Ley que establecía tales indemnizaciones y tal supresión sin crear ni establecer otras indemnizaciones y sin haber entrado en funcionamiento la tesorería de la seguridad social, pudiere materializar una lesión en los derechos del trabajador que conforme al principio de intangibilidad y progresividad consagrado en el texto Constitucional harían vigente y aplicable su contenido desde el punto de vista Constitucional la nueva Ley contenga una norma que establezca su derogatoria.

Las indemnizaciones antes descritas que operan únicamente cuando el empleador incumple con la obligación de inscribir al trabajador en el sistema de seguridad social Venezolano, en cuyo caso el empleador debe asumir directamente el pago de las mismas, pues el régimen de indemnizaciones por infortunios en el trabajo previsto en esta Ley Orgánica del Trabajo, es supletorio del consagrado en la Ley del seguro social, es decir, será aplicable siempre y cuando el trabajador demandante no se encontrare inscrito en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) para la fecha de ocurrencia del accidente; caso contrario su responsabilidad será subsidiaria de aquel, es decir, que cuando el empleador no se encuentre inscrito en el sistema de seguridad social, el trabajador podrá reclamar a su empleador y este deberá ser condenado a pagar las indemnizaciones establecidas en la Ley Orgánica del Trabajo.

¹³⁸ Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras. Gaceta Oficial N° 6.076 del 07 de Mayo de 2012.

Así lo dispone el artículo 585 de la Ley Orgánica del Trabajo: “En los casos cubiertos por el Seguro Social Obligatorio se aplicarán las disposiciones de la ley especial de la materia. Las disposiciones de este Título tendrán en ese caso únicamente carácter supletorio para lo no previsto por la ley pertinente”. De lo contrario, si el trabajador se encuentra inscrito en el sistema de seguridad social, no podrá reclamar a su empleador el pago de las indemnizaciones establecidas en la Ley Orgánica del Trabajo, sino que deberá reclamar al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales el pago de las indemnizaciones establecidas en la Ley del seguro social.

Así lo reconoció la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia ¹³⁹ del caso: Uvencio Fernandez Rodríguez contra Telares de Maracay C.A., Texfin C.A., en la que estableció que la doctrina de la responsabilidad objetiva, (...) implica que ante la ocurrencia de un accidente o enfermedad profesional, ya provenga del servicio mismo o con ocasión de él, surge una responsabilidad objetiva del empleador, con independencia de la culpa o negligencia de éste en la ocurrencia del daño tanto material como moral, siempre que se demuestre un vínculo de causalidad entre el hecho del trabajo y el daño sufrido. No obstante lo anterior, es menester dejar sentado que es el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), a quien corresponde pagar dicha indemnización, ya que el empleador se subroga en el Sistema de Seguridad Social, al encontrarse el trabajador debidamente inscrito en el Seguro Social Obligatorio.

En consecuencia, debe señalarse que las disposiciones previstas en dicha Ley Orgánica del Trabajo, en relación con las indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedades profesionales contenidas en el Título VIII denominado “De los Infortunios en el Trabajo”, están signadas por el régimen de la responsabilidad

¹³⁹ Jurisprudencia: Caso: Uvencio Fernandez contra Telares Maracay. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1217 del 27 de Septiembre de 2005. Exp. 05-094. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/1217-270905-05094.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

objetiva del empleador tal como se ha consagrado en todas la leyes sustantivas del trabajo dictadas en Venezuela desde 1928, según el cual el patrono debe responder e indemnizar a los trabajadores y aprendices ocupados por ellos, por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, provengan del servicio mismo o con ocasión directa de él, aunque no haya imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos por parte de la empresa o de los trabajadores.

Según las previsiones de la Ley Orgánica del Trabajo siempre que no concurra alguna de las circunstancias eximentes previstas en el artículo 563 eiusdem, el patrono respondería ante la mera ocurrencia del accidente de trabajo o del padecimiento de la enfermedad profesional, sin que fueren relevantes las condiciones en que se produjo el mismo.

El artículo 563 de la Ley Orgánica del Trabajo disponía que el patrono quedaría exceptuado del pago de las indemnizaciones al trabajador si: a) el accidente hubiese sido provocado intencionalmente por la víctima; b) se debiera a una causa extraña no imputable al trabajo y no concurriera un riesgo especial preexistente; c) cuando se trate de personas que ejecuten trabajos ocasionales, ajenos a la empresa del patrono; d) en caso de los trabajadores a domicilio, y e) cuando se trate de miembros de la familia del empleador, que trabajen exclusivamente por cuenta del mismo y vivan bajo el mismo techo.

No obstante lo antes expresado, es necesario mencionar que todo el capítulo de los infortunios laborales de la Ley Orgánica del Trabajo derogada antes descrito, fue suprimido en la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras, sin establecer esta Ley nuevas indemnizaciones y sin poderse hablar de la vigencia de las indemnizaciones a título de responsabilidad objetiva consagradas en la LOPCYMAT ya que no han entrado en funcionamiento la tesorería de la seguridad social, en tal sentido, se considera que conforme al principio de intangibilidad y progresividad de los derechos de los trabajadores consagrado en el texto Constitucional sólo lo referido a las indemnizaciones a

favor del trabajador a título de responsabilidad objetiva cuando el empleador no lo hubiere inscrito en el sistema de seguridad social debe mantenerse vigente, las demás normas deben entenderse derogadas.

2.4.2.1 Principio de intangibilidad y progresividad de los derechos de los trabajadores

El artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra el principio de la intangibilidad y progresividad de los derechos de los trabajadores, según el cual ninguna Ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales.

En tal sentido, si se parte del supuesto que las indemnizaciones contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo (derogada) constituían derechos a favor del trabajador que podían ser reclamados en aquellos casos en que su empleador no lo hubiere inscrito en el sistema de seguridad social, se pudiera inferir que a la luz de dicho principio Constitucional, no podía la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras vigente, suprimir tales indemnizaciones, sin establecer nuevas indemnizaciones o sin sustituir las mismas expresamente por las indemnizaciones consagradas en la LOPCYMAT, pues la vigencia de las indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, se encuentran condicionadas a la entrada en funcionamiento de la tesorería de la seguridad social (que no ha entrado en funcionamiento aún).

En tal sentido, conforme al principio de intangibilidad y progresividad de los derechos de los trabajadores de carácter Constitucional según el cual ninguna Ley podrá establecer disposiciones que alteren tal intangibilidad y progresividad de los derechos laborales, si el trabajador tenía el derecho de reclamar tales indemnizaciones en caso que su empleador no lo hubiere inscrito en el sistema de seguridad social, actualmente aún cuando la norma que contenía tales indemnizaciones fue derogada, pudiera el trabajador reclamar válidamente dichas indemnizaciones invocando el referido principio Constitucional y los Jueces del Trabajo por control difuso de la constitucionalidad aplicar norma contenida en la

Ley Orgánica del Trabajo apartándose de la derogatoria que realiza la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Pues, la disposición transitoria sexta de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, condiciona la vigencia del capítulo de los riesgos laborales de la Ley Orgánica del Trabajo (derogada) a la entrada en funcionamiento de la tesorería de la seguridad social y al no haber entrado en funcionamiento aún tal institución, dichas indemnizaciones contenidas en la LOPCYMAT no son exigibles aún, motivo por el cual se considera debe permitírsele al trabajador el reclamo de las indemnizaciones contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo derogada para no dejar desamparado al trabajador que sufre un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional y su empleador no lo tenía inscrito en el seguro social obligatorio, hasta tanto entre en funcionamiento la Tesorería de la seguridad social, fecha en la cual el trabajador podrá reclamar las indemnizaciones previstas en los artículos 79 y siguientes de la LOPCYMAT.

Este principio de intangibilidad y progresividad de los derechos de los trabajadores de carácter Constitucional en Venezuela e inédito en las legislaciones modernas será muy importante al momento de analizarse la doctrina reiterada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con respecto a la procedencia de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva.

2.4.3. Indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras

La Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras como se señaló anteriormente, en principio no establece indemnización alguna por concepto de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, pues suprimió todo el capítulo de la Ley Orgánica del Trabajo derogada (que fue descrito en párrafos precedentes) denominado “infortunios laborales”, que establecía cuales eran las indemnizaciones para accidentes o enfermedades ocupacionales que podía reclamar el trabajador a título de responsabilidad objetiva cuando no fuere

inscrito en el sistema de seguridad social por su empleador, la nueva Ley no creó nuevas indemnizaciones.

Sin embargo, en su artículo 43, la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras consagra la teoría de la responsabilidad objetiva para las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, sin determinar si esa teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva, será aplicada para toda indemnización derivada de un accidente o enfermedad ocupacional tales como las establecidas en el Código Civil Venezolano por daño material y daño moral, en la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo ó únicamente para determinadas indemnizaciones establecidas en leyes especiales (pues dicha Ley en principio no establece indemnizaciones para accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales expresamente).

Al respecto, debe señalarse que en contra de la opinión de aquellos que pudieran considerar que la teoría de la responsabilidad objetiva consagrada en la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras debiera extenderse a todas las indemnizaciones consagradas en el ordenamiento jurídico Venezolano por concepto de accidente de trabajo o enfermedades ocupacional, es necesario indicar que el artículo 1 numeral 6to de la LOPCYMAT señala que el objeto de la referida norma es regular la responsabilidad del empleador y de la empleadora, y sus representantes ante la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional cuando existiere dolo o negligencia de su parte, es decir, que dicha Ley especial determina la procedencia de las indemnizaciones allí establecidas siempre y cuando medie el hecho ilícito, en consecuencia al tratarse de una Ley especial y de carácter orgánica priva sobre las disposiciones de carácter general contenidas en la LOTTT por tanto no se debe interpretar que tal principio de procedencia de la indemnización a título de responsabilidad objetiva abarque las indemnizaciones de la LOPCYMAT.

Un aspecto que llama la atención de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, es que dos de los cinco magistrados de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia para el mes de Mayo de 2012 que integraron la Comisión Redactora de la referida norma, fueron quienes suscribieron la jurisprudencia del caso Hilados Flexilón que estableció la teoría de la responsabilidad objetiva para la indemnización por daño moral en casos de accidentes o enfermedades ocupacionales, sin embargo, aún cuando tuvieron la oportunidad para hacerlo, no se estableció en dicha Ley, la procedencia de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva, tal como se había hecho a nivel jurisprudencial (jurisprudencia de carácter no vinculante para los Tribunales de instancia conforme al criterio de la Sala Constitucional¹⁴⁰ del Máximo Tribunal de la República¹⁴¹).

No obstante, por lo que respecta a la indemnización por daño moral pareciera que tal principio consagrado en el artículo 43 de la LOTTT constituye un elemento legal de sustento de la responsabilidad objetiva para aquellos Jueces del Trabajo (que por no tener carácter vinculante la jurisprudencia de la Sala de Casación Social) no condenaban al pago de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva en accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales.

De la misma manera la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras eliminó las eximentes de responsabilidad patronal, contenidas en el artículo 563 de la Ley Orgánica del Trabajo derogada.

Sin embargo, debe señalarse que conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia¹⁴², aún cuando la nueva Ley no

¹⁴⁰ Jurisprudencia: Caso: José Martín Medina López. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1380 del 29 de Octubre de 2009. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1380-291009-2009-08-1148.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

¹⁴¹ Jurisprudencia: Caso: Henry Pereira Gorrin. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1264 del 01 de Octubre de 2013. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/156995-1264-11013-2013-10-0093.html> (fecha de consulta: 09 de Octubre de 2013)

¹⁴² Jurisprudencia: Sentencia N° 430 de fecha 25 de Octubre de 2000. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Ponente: Juan Rafael Perdomo Caso: J.A. Torrealba vs C.A. ELECTRICIDAD DE

previó tales eximentes, la responsabilidad objetiva a los efectos de la procedencia de la indemnización por daño moral del empleador se fundamenta en el artículo 1193 del Código Civil que prevé la responsabilidad por guarda de la cosa y que establece como eximentes de responsabilidad el hecho intencional de la víctima, la causa extraña no imputable y el hecho de un tercero, en tal sentido, aún cuando la nueva Ley deroga las eximentes de responsabilidad patronal previstas en el artículo 563 de la LOT derogada, el patrono se podrá eximir de la responsabilidad si comprueba que el accidente fue provocado intencionalmente por la víctima o se debe a fuerza mayor extraña al trabajo o el hecho de un tercero sin que hubiere ningún riesgo especial.

2.4.3.1. Pago doble las prestaciones sociales como indemnización consagrada a título de responsabilidad objetiva

La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las trabajadoras establece en su artículo 92 que cuando la relación de trabajo finalice por una causa extraña no imputable al trabajador, el empleador deberá pagar una indemnización equivalente al monto de sus prestaciones sociales, es decir, una indemnización que sólo operaba bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo derogada para cuando el empleador despedía al trabajador de manera injustificada y que se encontraba consagrada en el artículo 125 de dicha ley derogada.

Pues bien, las causas extrañas no imputable a la voluntad de las partes se encuentran descritas en el artículo 39 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo¹⁴³ y ellas son: a) la muerte del trabajador o trabajadora; b) la incapacidad o inhabilitación permanente del trabajador o trabajadora para la ejecución de sus funciones; c) la quiebra inculpable del patrono o patrona; d) la muerte del patrono o patrona, si la relación laboral revistiere para el trabajador o trabajadora carácter estrictamente personal; e) los actos del poder público; y f) la fuerza mayor.

OCCIDENTE ELEOCCIDENTE Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Octubre/a430-251000-00132.htm>. (fecha de consulta: 08 de Enero de 2011)

¹⁴³ Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial N° 38.426 del 28/04/2006.

Obsérvese que una de las causas extrañas no imputables a la voluntad de las partes, es la incapacidad permanente del trabajador para la ejecución de sus funciones, en tal sentido, si se interpretara extensivamente tal causa extraña no imputable a las partes, como una causa extraña no imputable al trabajador, dicha indemnización pareciera ser procedente cuando la relación de trabajo finaliza como consecuencia de una discapacidad permanente por accidente o enfermedad de carácter ocupacional, siempre y cuando el trabajador no opte por el reenganche.

Esta nueva indemnización que se crea en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras operaría a título de responsabilidad objetiva, conforme al principio de carácter general contenido en el artículo 43 de la LOTTT, es decir, basta con que la relación de trabajo finalice como consecuencia de una discapacidad determinada a un trabajador que haya sufrido un accidente o enfermedad ocupacional para que deba el empleador pagar de dicha indemnización, es decir, el empleador debe asumir directamente el pago dicha indemnización por el solo hecho que el trabajador sea discapacitado como consecuencia de un accidente o enfermedad profesional independientemente que el mismo haya sido consecuencia de un hecho ilícito patronal o no.

El monto de dicha indemnización será el equivalente a las prestaciones sociales que le correspondan al trabajador conforme al contenido del artículo 142 de la LOTTT y equivale a treinta días de salario por cada año de servicio, que debe ser calculado en base al último salario integral devengado por el trabajador al finalizar la relación de trabajo (sin límite máximo alguno); que se garantiza mediante la acreditación de cinco días de salario por cada mes de servicios en base al salario integral devengado por el trabajador mes a mes durante la relación de trabajo contados a partir del primer mes de la relación de trabajo en el fondo Nacional de prestaciones sociales, en una cuenta de fideicomiso o en una cuenta de ahorros a nombre del trabajador. Si el monto garantizado es superior a los 30 días de salario integral por cada año de servicio calculado en base al último

salario integral deberá pagársele al trabajador tal cantidad garantizada como indemnización.

Pareciera ser entonces que la responsabilidad objetiva consagrada en el artículo 43 de la LOTTT se circunscribe a las indemnizaciones contenidas en dicha Ley que aún cuando suprimió el capítulo de los infortunios laborales, se infiere que se creó en su artículo 92 una nueva indemnización a título de responsabilidad objetiva que procede por el simple hecho de finalizar la relación de trabajo como consecuencia de un accidente o enfermedad que le ocasione al trabajador discapacidad permanente.

2.4.4. Indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo

Dicha norma consagra por una parte, indemnizaciones a título de responsabilidad objetiva que una vez que entre en funcionamiento la tesorería de la seguridad social vendrían a sustituir las indemnizaciones establecidas en la Ley del seguro social (en los casos en que el empleador haya inscrito al trabajador en el sistema de seguridad social) y en la Ley Orgánica del Trabajo (en los casos en que el empleador no haya inscrito al trabajador en el sistema de seguridad social) y por otra parte, indemnizaciones a título de responsabilidad subjetiva, que se dividen a su vez en indemnizaciones por discapacidad o fallecimiento del trabajador e indemnizaciones por secuelas o deformaciones permanentes.

2.4.4.1. Indemnizaciones establecidas en la LOPCYMAT a título de responsabilidad objetiva condicionadas al funcionamiento de la tesorería de la seguridad social

La Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del Trabajo, estableció en sus artículos 78 y siguientes un conjunto de indemnizaciones a título de responsabilidad objetiva que deben ser asumidas por la Tesorería de la seguridad social una vez que entre en funcionamiento dicho ente y que vendrían a sustituir las indemnizaciones consagradas en la Ley del seguro social (que

proceden cuando el trabajador se encuentre inscrito en el sistema de seguridad social) y en Ley Orgánica del Trabajo derogada (cuando el trabajador no se encuentre inscrito en el sistema de seguridad social).

Sin embargo, debe señalarse que para la presente fecha, la Tesorería de la Seguridad Social si bien fue creada en la Ley Orgánica del sistema de seguridad social¹⁴⁴ no ha entrado en funcionamiento aún, es por ello, que las indemnizaciones establecidas en la Ley Orgánica del Seguro Social para el supuesto en que el empleador se encuentre inscrito en el sistema de seguridad social y las indemnizaciones establecidas en la Ley Orgánica del Trabajo derogada para el supuesto en que el trabajador no se encuentre inscrito en el sistema de seguridad social mantienen vigencia aún. Una vez que entre en funcionamiento la tesorería de la seguridad social, las indemnizaciones a las que tendrá derecho el trabajador que sufra un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional sea que se encuentre inscrito en el sistema de seguridad social en cuyo caso los pague la Tesorería de la seguridad social o que no se encuentre inscrito en el sistema de seguridad social en cuyo caso los pagará directamente el empleador se grafican en el anexo N° 4 y son las siguientes:

1.- Por muerte un pago único distribuidos en partes iguales equivalente a 20 salarios mínimos urbanos vigentes a la fecha de la contingencia; 2.- Por gran discapacidad una prestación dineraria equivalente al 100% del último salario de referencia de cotización pagadera en 14 mensualidades anuales más un 50% del monto de dicha prestación; 3.- Por Discapacidad absoluta permanente para cualquier tipo de actividad laboral una prestación dineraria equivalente al 100% del último salario de referencia de cotización pagadera en 14 mensualidades anuales;

4.- Por discapacidad total permanente para el trabajo habitual una prestación dineraria equivalente al 100% de su último salario de referencia de cotización; 5.- Por discapacidad parcial y permanente superior al 25% e inferior al

¹⁴⁴ Ley Orgánica del sistema de seguridad social. Gaceta Oficial N° 37.600 del 30 de Diciembre de 2002.

67% una renta vitalicia pagadera en 14 mensualidades anuales y que será igual al resultado de aplicar al porcentaje de discapacidad atribuido al último salario de referencia de cotización del trabajador. 6.- Por discapacidad parcial y permanente un pago único equivalente al resultado de aplicar el porcentaje de discapacidad atribuido al valor de 5 anualidades del último salario de referencia de cotización del trabajador. 7. Por discapacidad temporal 100% del monto del salario de referencia de cotización correspondiente al número de días que dure la discapacidad.

2.4.4.2. Indemnizaciones a título de responsabilidad subjetiva a cargo del empleador

La Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo paralelamente a las indemnizaciones consagradas a título de responsabilidad objetiva que sustentarán las indemnizaciones de la Ley del Seguro Social cuando entre en funcionamiento la Tesorería de la seguridad social, establece en su artículo 129 que en caso de ocurrencia de un accidente o enfermedad de carácter ocupacional como consecuencia de la violación de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador éste deberá pagar al trabajador o trabajadora, por una parte indemnizaciones por discapacidad que se tarifican en base al grado de discapacidad determinado por el órgano administrativo y por otra parte, una indemnización por secuelas o deformaciones permanentes cuando se hayan vulnerado las facultades humanas y se haya alterado la integridad emocional y psíquica del trabajador más allá de la discapacidad.

2.4.4.2.1 Indemnizaciones por fallecimiento o discapacidad

Las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad especial por violación de la normativa en materia de seguridad y salud por parte del empleador conforme al artículo 129 ejusdem se encuentran tarifadas en la propia Ley en su artículo 130 se pueden observar gráficamente en el anexo N° 5 y son las siguientes: 1.- Por muerte un indemnización equivalente al correspondiente a no menos de cinco años ni más de ocho años contados por días continuos; 2.- Por

discapacidad absoluta y permanente una indemnización equivalente al correspondiente a no menos de cuatro años ni más de siete años contados por días continuos; 3.- Por discapacidad total y permanente el salario correspondiente a no menos de tres años ni más de seis años; 4.- Por discapacidad parcial y permanente el salario correspondiente a no menos de dos años ni más de cinco años; 5.- Por discapacidad parcial y permanente hasta un 25% de su capacidad física e intelectual para la profesión u oficio el salario correspondiente a no menos de un año ni más de cuatro años contados por días continuos; 6.- Por discapacidad temporal el doble del salario correspondiente a los días de reposo.

2.4.4.2.2. Indemnización por secuelas o deformaciones permanentes

La Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo en su artículo 130 establece que adicionalmente a las indemnizaciones por responsabilidad subjetiva señaladas en el anexo N° 5, cuando la secuela o deformaciones permanentes, provenientes de enfermedades profesionales o accidentes del trabajo, haya vulnerado la facultad humana del trabajador, más allá de la simple pérdida de su capacidad de ganancias, alterando su integridad emocional y psíquica, el empleador queda obligado a pagar al trabajador, cuando se demuestre la violación de la normativa en materia de seguridad y salud laboral, una indemnización en dinero equivalente al salario de cinco años.

Esta indemnización por una parte, opera a título de responsabilidad subjetiva y es de cuantía significativa y por otra parte, no se determina en base al porcentaje de discapacidad del trabajador, sino en base únicamente a la existencia de tales secuelas o deformaciones en tal sentido, pudiera corresponderle el mismo monto a un trabajador con una discapacidad total y permanentemente mayor a 67% que a un trabajador con una discapacidad parcial y permanente equivalente a 3%.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala Constitucional del máximo Tribunal de la República¹⁴⁵ en el caso William Ortega contra José Zaragoza, con ponencia del Magistrado Juan José Mendoza, con ocasión de un recurso de revisión interpuesto en contra de una sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, consideró que una vez quedó demostrado el daño psicológico padecido por el trabajador como consecuencia de una discapacidad permanente y el hecho ilícito patronal debía condenarse al pago de la referida indemnización por secuelas o deformaciones permanentes, es decir, dicha indemnización requiere como supuesto de procedencia la demostración que la lesión ha alterado la integridad emocional y psíquica del trabajador lesionado.

En el mismo sentido, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Oswald Jesús Castillo contra Vepreca con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero¹⁴⁶ consideró que al haber quedado demostrado en autos que las lesiones sufridas por el trabajador le alteran no sólo su integridad física, sino también la psíquica, pues mantiene un trastorno de ansiedad como consecuencia de la mutilación de sus brazos y mano izquierda y al haber quedado demostrada la relación de causalidad a que hace referencia el artículo 130 de la LOPCYMAT procedía la indemnización por secuela o deformaciones permanentes.

Deberá determinar el Juzgador entonces, en cada caso en particular, que se haya vulnerado la facultad humana del trabajador, más allá de la simple pérdida de su capacidad de ganancias, alterando la integridad emocional y psíquica del trabajador lesionado para declarar la procedencia de la referida indemnización por secuelas o deformaciones permanentes.

¹⁴⁵ Jurisprudencia: Caso: William Ortega contra José Zaragoza. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 137 del 22 de Febrero de 2012 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/137-22212-2012-11-1342.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2012)

¹⁴⁶ Jurisprudencia: Caso: Oswald Jesús Castillo contra Vepreca. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1349 del 23 de Noviembre de 2010. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1349-231110-2010-09-580.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

2.4.5. Indemnizaciones consagradas en el Código Civil Venezolano

El Código Civil Venezolano establece todo un sistema de responsabilidades que opera una vez que se verifica el incumplimiento de la obligación contraída, bien sea de naturaleza contractual o extracontractual, lo que trae como consecuencia que el deudor sea responsable de los daños y perjuicios que su incumplimiento acarree, a menos que pruebe que el mismo obedece a una causa extraña que no le es imputable, el deudor, está en la obligación de reparar el daño cuando la víctima haya experimentado en su patrimonio una disminución o pérdida bien sea de tipo material-patrimonial o moral (no patrimonial).

2.4.5.1. Daño material.

Por daño material entiéndase, la pérdida o disminución de tipo económico o patrimonial que una persona experimenta en su patrimonio. Según que los daños y perjuicios consistan en una disminución inmediata del patrimonio de la persona que lo experimenta o en el no aumento del mismo por habersele privado de alguna utilidad considerada como de seguro ingreso en su patrimonio, dentro de los daños materiales existen dos tipos de daños por una parte, el daño emergente y por otra parte el lucro cesante.

2.4.5.1.1. Daño emergente

Consiste en la pérdida experimentada por el acreedor en su patrimonio, derivada inmediatamente del incumplimiento culposo del deudor. En materia laboral, la Ley del Seguro Social, cuyo objeto es el de regular las situaciones y relaciones jurídicas con ocasión de la protección de la Seguridad Social en las contingencias de maternidad, vejez, sobrevivencia, enfermedad, accidentes, invalidez, muerte, retiro y cesantía o paro forzoso, otorga a sus beneficiarios dos (02) tipos de prestaciones, la relativa a la asistencia médica integral y la consistente en dinero, motivo por el cual el patrono que no inscriba a su trabajador en el Seguro Social Obligatorio debe soportar doble carga o consecuencia: en primer lugar, asumir los gastos médicos quirúrgicos en que hubiere incurrido este

último en centros de salud de carácter privado producto de un accidente de trabajo o enfermedad profesional a título de daño emergente y en segundo lugar, el pago de las indemnizaciones previstas en la Ley Orgánica del Trabajo que aparecen reflejadas en el anexo N° 03 de la presente tesis.

En tal sentido, el daño emergente en materia de accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales, consiste en los gastos médicos, quirúrgicos y asistenciales que haya debido sufragar el trabajador en centros de salud privados como consecuencia de la no inscripción por parte del patrono en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales que de haberlo hecho le permitiría haber obtenido una asistencia médica quirúrgica en cualquiera de los hospitales o ambulatorios del país adscritos al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, ésta pérdida entonces reflejada en el patrimonio del trabajador, una vez probada podrá ser exigido a título de daño emergente.

En Venezuela, la no inscripción del trabajador en el sistema de seguridad social dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de inicio de la relación de trabajo constituye un incumplimiento culposo del empleador que ante un accidente o enfermedad de carácter ocupacional en el que el trabajador haya tenido que sufragar dinero, por gastos médicos quirúrgicos, asistenciales o farmacéuticos da lugar a la reclamación por daño emergente; pues de haber inscrito al trabajador en el sistema de seguridad social; dicho sistema a través de su red hospitalaria habría otorgado al trabajador toda esa asistencia necesaria como consecuencia del accidente o enfermedad de carácter ocupacional.

En consecuencia el trabajador que demuestre el carácter ocupacional de la enfermedad o accidente sufrido y su empleador no lo haya inscrito en el seguro social obligatorio, podrá reclamar adicionalmente a las indemnizaciones establecidas en la Ley Orgánica del Trabajo los gastos médicos en que haya incurrido a título de daño emergente, sin embargo, sobre este particular es necesario señalar que si bien, la Ley Orgánica del Seguro Social de 2008, establecía que tenían derecho a la asistencia médica únicamente los asegurados

y familiares que determinara el Reglamento, en Venezuela desde el año 2000, en los hospitales adscritos al Instituto Venezolano de los seguros sociales se atiende a todos los habitantes de la República independientemente que sean cotizantes o no del sistema de seguridad social, evidencia de ello, lo constituye el hecho que en la reforma a la Ley Orgánica del Seguro Social¹⁴⁷ del 30 de Abril de 2012, se modificaron únicamente tres artículos de la Ley Orgánica del Seguro Social de 2008, uno de ellos, el artículo 7 referido a la asistencia médica y se estableció que “todas las personas tienen derecho a la protección de la salud y recibirán asistencia médica integral siempre que lo necesiten sin discriminación alguna”.

En tal sentido, esta situación plantea una interrogante en cuanto a la procedencia de la indemnización por daño emergente, pues independientemente que el trabajador se encuentre o no afiliado por el empleador al sistema de seguridad social, los hospitales y ambulatorios del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales deberán suministrarle asistencia médica y quirúrgica sin restricción alguna a todos los habitantes del territorio Nacional, lo que no le impondría al trabajador, el deber de acudir a centros privados de salud, pues la asistencia brindada en la red hospitalaria del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales debe ser la misma para él que no se encuentra asegurado que la se le brinda a un trabajador que si se encuentra asegurado.

En relación a ello, es importante destacar que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Cristóbal Díaz contra Panadería Concordia Express con ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras¹⁴⁸ ante la defensa opuesta por la representación judicial de la empresa quien negó que debiera cubrir al trabajador el pago de la operación quirúrgica necesaria por la enfermedad ocupacional que padecía, por no estar inscrito el trabajador en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, por cuanto, es un hecho notorio que

¹⁴⁷ Ley Orgánica del Seguro Social. Gaceta Oficial N° 393.078 del 30 de Abril de 2012.

¹⁴⁸ Jurisprudencia: Caso: Cristóbal Díaz contra Panadería Concordia Express Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1592 del 15 de Diciembre de 2011. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Diciembre/1592-151211-2011-11-047.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2012)

el referido organismo no “permite la inscripción de extranjeros”, señaló que el contrato colectivo que amparaba al trabajador establecía que la Empresa que no tenga a sus trabajadores asegurados en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales estarían obligados a cubrir los gastos que se ocasionen por accidentes laborales o enfermedades profesionales, con asistencia médica, medicamentos, hospitalización y cirugía, y los reposos médicos que el facultativo ordene.

En consecuencia, consideró la Sala Social que debía la empresa cubrir los gastos médicos quirúrgicos del trabajador como consecuencia de la enfermedad ocupacional que padece a quien ordenó acudir a tres (3) centros médicos de reconocida solvencia institucional y solicitar a cada centro médico un presupuesto para la intervención quirúrgica, señalando que sobre la base de dichos presupuestos se establecería el monto a pagar al trabajador por la referida cirugía.

No obstante, el fundamento normativo para tal decisión fue la contratación colectiva que ampara a los trabajadores del ramo de las panaderías, sin embargo, la Sala de Casación Social del máximo Tribunal de la República por lo reciente del artículo 7 de la Ley del Seguro Social, no ha emitido pronunciamiento aún en relación a la indemnización por daño emergente de un trabajador que no se encuentre inscrito en el sistema de seguridad social a la luz de la Ley del Seguro Social de 2012, que exige legalmente a la red hospitalaria y ambulatoria de los centros de salud adscritos al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales atender de la misma manera a un trabajador se encuentre asegurado o no en el sistema de seguridad social.

2.4.5.1.1. Daño emergente por la no inscripción del trabajador en el sistema de seguridad social

En relación con la procedencia del daño emergente por la no inscripción del trabajador en el seguro social obligatorio, es necesario diferenciar aquellos casos en que el empleador no inscribe al trabajador en el sistema de seguridad social durante un período en el cual éste sufre un accidente o una enfermedad supuesto

en el cual le es negada la pensión por discapacidad por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, es decir, aquellos casos en que el empleador coloca como fecha de ingreso del trabajador a la empresa una fecha posterior a la que realmente inició la relación de trabajo, de aquellos casos en que el trabajador es inscrito de manera tardía en el sistema de seguridad social por el empleador (pero desde la fecha en que realmente ingresó a laborar), es decir, es necesario diferenciar aquellos casos en que el trabajador no está inscrito en el seguro social para el momento de la ocurrencia del accidente o la enfermedad supuesto en el cual pierde la posibilidad de ser pensionado, de aquellos casos en que el empleador aún cuando lo hace tardíamente indica en la planilla de ingreso o planilla forma 14-02 la fecha en que realmente el trabajador ingresó a laborar en la empresa, pues en estos casos aún cuando el empleador es sancionado con multas e intereses moratorios, por el retardo en la inscripción del trabajador en el seguro social, el trabajador no pierde la posibilidad de ser pensionado por el sistema de seguridad social; pues se entiende que para el momento del accidente de trabajo o enfermedad ocupacional se encontraba amparado por el sistema de seguridad social.

En tal sentido, en aquellos casos en que el trabajador se ha inscrito en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales de manera tardía, pero en lugar de reconocerse la prestación de servicios desde la fecha real de inicio de la relación de trabajo, se indica en la planilla de ingreso o planilla forma 14-02 como fecha de inicio de la relación de trabajo, la fecha de inscripción en el seguro social y no la fecha real de inicio de la relación de trabajo, si el trabajador sufrió un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional entre la fecha de inicio de la relación de trabajo y la fecha de inscripción en el sistema de seguridad social, deberá el empleador soportar el pago de la indemnización por daño emergente por los gastos médicos ocasionados, pues con ello, habría impedido al trabajador disfrutar de una atención en centros de salud públicos.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Sea Teach de Venezuela C.A. con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Francheschi¹⁴⁹ consideró que el empleador causó un daño directo al trabajador al no inscribirlo en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales en la fecha de inicio de la relación de trabajo, sino año y medio después, es decir, se demostró en el proceso que la relación de trabajo inició en una fecha determinada y no obstante, el empleador en la planilla de ingreso no indicó la fecha real de ingreso del trabajador a la empresa sino indicó año y medio después como fecha de inicio de tal relación, lo que le impidió gestionar su pensión por invalidez luego de haber sufrido el accidente que le generó discapacidad permanente, pues en la fecha en la cual ocurrió el accidente de trabajo no se encontraba amparado por el seguro social; con lo cual se materializó el incumplimiento de una obligación contractual, que le generó al empleador una nueva obligación la indemnizatoria.

De manera que conforme al criterio de la Sala de Casación Social, la obligación incumplida es sucedida por la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se ocasionaron con motivo del incumplimiento obligacional contractual, pues, de conformidad con el artículo 1.264 del Código Civil, la obligación debe cumplirse exactamente como ha sido contraída, es decir, el deudor primariamente debe realizar la prestación objeto de la obligación. En consecuencia, la responsabilidad del empleador surge del incumplimiento de la obligación por la negligencia de inscribir al trabajador en el Seguro Social obligatorio con ocasión de la celebración del contrato y de conformidad con la Ley del Seguro Social y su Reglamento. En ese sentido, se condenó al empleador al pago de la pensión de invalidez de conformidad con los artículos 15, 16 y 17 de la Ley del Seguro Social, y 148 y 149 de su Reglamento General, en razón del daño o lesión sufrida por el trabajador.

¹⁴⁹ Jurisprudencia: Caso: Víctor Hugo Racine contra Sea Teach de Venezuela C.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 12 del 19 de Febrero de 2013. Exp. 09-799. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/0012-19213-2013-09-799.html> (fecha de consulta: 27 de Abril de 2013)

2.4.5.1.2. Lucro Cesante

El lucro cesante consiste en el no aumento del patrimonio del acreedor por habersele privado de un incremento que normalmente hubiese ingresado en su patrimonio de no haber ocurrido el incumplimiento.

La Sala de Casación Social¹⁵⁰ del Tribunal Supremo de Justicia en el caso *Uvencio Fernandez contra Telares Maracay*, con ponencia del Magistrado Luis Francheschi, estableció que cuando se trata de la reparación de daños materiales que sufriera el trabajador por daño emergente y lucro cesante, es necesario la demostración del hecho ilícito como causa generadora de la obligación de reparar; en tal sentido, la reparación de daños y perjuicios materiales que excede las indemnizaciones previstas en la Ley Orgánica del Trabajo, se fundamenta en la obligación prevista en el Artículo 1185 del Código Civil, de reparación del daño causado por el hecho ilícito, en consecuencia debe la parte actora probar que el accidente de trabajo se debió a un hecho ilícito del patrono por haber actuado con negligencia, imprudencia e inobservancia de Leyes, reglamentos y normas.

De este modo, la Sala Social ratificó la doctrina afirmada en su fallo del caso *Juan Hermoso contra Venevisión*¹⁵¹ con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, en la que señaló que debe probar el trabajador la existencia del hecho ilícito, para acordar la indemnización del daño material producido, por la diferencia entre la indemnización por leyes especiales y lo demandado por lucro cesante. Sin embargo, la indemnización por lucro cesante en materia de accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales requiere de unos supuestos particulares que deben analizarse individualmente:

¹⁵⁰ Jurisprudencia: Caso: *Uvencio Fernandez contra Telares Maracay*. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1217 del 29 de Septiembre de 2005. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/1217-270905-05094.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

¹⁵¹ Jurisprudencia: Caso: *Juan Francisco Hermoso Aldana contra Venevisión*. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 536 del 18 de Septiembre de 2003. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/RC536-180903-02589.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

2.4.5.1.2.1 Grado de discapacidad para la indemnización por Lucro cesante

En materia laboral, no basta la demostración del hecho ilícito patronal como elemento determinante para la procedencia de la indemnización por lucro cesante, es decir, a diferencia del derecho común en donde la reparación civil no depende del grado de la lesión, en materia laboral la procedencia de la indemnización por lucro cesante está condicionada además del hecho ilícito patronal al grado de discapacidad padecido por el trabajador, puesto que si se tratare de una discapacidad parcial y permanente, el trabajador podrá continuar laborando en otra área diferente a la que prestó servicios, garantizándose con ello una remuneración regular para su sustento, sin que pueda condenarse al pago de la indemnización por lucro cesante aún en el supuesto en que se hubiere materializado el hecho ilícito patronal.

En ese sentido, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Yovanny Rivero contra Domínguez & Cia. S.A.¹⁵², con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutierrez, consideró que aún habiéndose demostrado el hecho ilícito patronal, es decir, la responsabilidad subjetiva del empleador en la enfermedad padecida por el trabajador, no se podía condenar a pago alguno por concepto de lucro cesante por cuanto quedó evidenciado en autos que la discapacidad no era absoluta y el actor continuaba desempeñándose en la misma empresa cumpliendo otras actividades, es decir, que conforme a dicho criterio jurisprudencial, la indemnización por lucro cesante procedería siempre y cuando la discapacidad del trabajador fuere absoluta y permanente.

Con el mismo criterio, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Oswald Jesús Castillo contra Vepreca con ponencia del

¹⁵² Jurisprudencia: Caso: Yovanny Rivero contra Domínguez y Cía. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 984 del 21 de Septiembre de 2010. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/0984-21910-2010-09-932.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

Magistrado Alfonso Valbuena Cordero¹⁵³ señaló que aún cuando quedó establecido la naturaleza ocupacional del accidente sufrido por el demandante, así como el daño sufrido y la omisión culposa de las demandadas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, también quedó demostrado que la víctima perdió un sesenta por ciento (60%) de su capacidad para el trabajo y se encuentra afectado por una discapacidad parcial permanente para el trabajo habitual, por tanto, el daño sufrido por éste no es de tal entidad que le impida el aumento de su patrimonio, puesto que conserva un cuarenta por ciento (40%) de su capacidad para el trabajo que le permite ser reinsertado en el mercado laboral, hecho éste que se constató en autos, puesto que el trabajador fue reubicado, luego del infortunio laboral, en la empresa demandada como auxiliar administrativo, de manera que resulta improcedente el reclamo por lucro cesante demandado.

En relación con lo anterior, la misma Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República en el caso Jonathan Rodríguez contra Tubo Concreto C.A.¹⁵⁴ con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, señaló que el argumento central en que se basó el Juez de la sentencia recurrida para desestimar el lucro cesante reclamado, obedece a que el actor no quedó incapacitado totalmente para la realización de cualquier otro trabajo que implique esfuerzos físicos de consideración, lo que explica el criterio jurídico del Juez para dictar su decisión, razón por la cual consideró la Sala, que la recurrida no incurrió en el vicio denunciado de ilogicidad en la motivación.

2.4.5.1.2.2 Legitimación activa para reclamar el lucro cesante

Doctrinariamente se ha discutido sobre la posibilidad de los familiares de reclamar la indemnización por lucro cesante en caso de fallecimiento de la víctima, con respecto a ello, la Jurisprudencia de la Sala Político Administrativa

¹⁵³ Jurisprudencia: Caso: Oswald Jesús Castillo contra Vepreca. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1349 del 23 de Noviembre de 2010. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1349-231110-2010-09-580.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

¹⁵⁴ Jurisprudencia: Caso: Jonathan Rodríguez contra Tubo Concreto. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1455 del 30 de Septiembre de 2008. (Documento en línea) <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/1455-30908-2008-07-898.html> Disponible en: (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

del Máximo Tribunal de la República¹⁵⁵, en la decisión del caso Carlos León y otros contra CADELA con ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa, consideró que la indemnización por lucro cesante que reclamaban los padres de dos jóvenes fallecidos en base a los ingresos que pudieren haber recibido de sus hijos hasta alcanzar los 75 años de edad (esperanza de vida promedio en Venezuela), tal pedimento contraríaba la concepción misma de lucro cesante establecida en el Código Civil, el cual en su artículo 1.273 estipula que los daños y perjuicios se deben generalmente al acreedor por la utilidad de que se le haya privado, y en dicho proceso, señaló la Sala Político Administrativa no podía considerarse como tales a los padres como los acreedores o beneficiarios de una hipotética renta, la cual supuestamente hubieran generado sus hijos en el transcurso de sus vidas y bajo la premisa de que ambos conservarían sus respectivos trabajos para contribuir a los gastos familiares hasta que los padres alcanzasen la edad de setenta y cinco (75) años.

En criterio de Sala Político Administrativa del máximo Tribunal de la República en la decisión antes citada, el lucro cesante comporta un daño resarcible a la persona que directamente fue privada de una utilidad y no puede extenderse a otras que, aún teniendo una expectativa legítima y natural respecto de los aportes al ingreso familiar que pudieran haber recibido de sus hijos, dichos aportes no pueden ser estimados bajo circunstancia alguna, dado que resulta imposible prever actitudes y voluntades futuras y mucho menos traducir éstas a lenguaje patrimonial; sobre todo si se tiene muy en cuenta que el trabajo, sus frutos y su aprovechamiento eventual por otros, aún tratándose de los padres, dependen exclusivamente de cada persona. En tal virtud, la Sala estimó que no resultaba procedente la reparación patrimonial por concepto de lucro cesante demandado.

¹⁵⁵ Jurisprudencia: Caso: Carlos León contra Cadela. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político administrativa. Sentencia N° 1005 del 25 de Julio de 2002. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/01005-300702-16286.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

Esta posición de la Sala Político Administrativa del máximo Tribunal de la República, había sido sostenida por el Juzgado Segundo del Transito y Trabajo del Estado Lara en fecha 14 de Mayo de 1980, dictada por el Juez Jack Pérez Viacava y citado por Chiossone¹⁵⁶ en la que señaló que el lucro cesante al igual que todo daño reviste pues, las características de la evidencialidad, en tal sentido, no puede haber lucro cesante cuando no hubo la posibilidad cierta de que la potencialidad productiva de bienes o servicios fuere frustrada, la muerte de la persona natural hace cesar toda esperanza de vida, de productividad causada por su acción, mientras que la sobrevivencia aún cuando ésta se produzca con un estado de incapacidad absoluta no. El daño resarcible debe ser personal a quien lo reclama. Dicho en otras formas y a mayor abundamiento, si el lucro cesante causado por un estado de privación de actividad personal de la víctima, involucra una potencialidad productiva factible pero frustrada, cesando esa potencialidad por el hecho cierto e irreversible de la muerte física de la persona natural, es forzoso concluir que no existe entonces, lucro frustrado pues sólo puede frustrarse lo posible más no lo imposible.

Adicionalmente a los antes expresado, es necesario señalar que el artículo 33 de la Ley del Seguro Social, establece que tienen derecho por partes iguales a la pensión de sobrevivientes, los hijos y el cónyuge o concubina del causante que a la fecha de su muerte cumplan las condiciones que a continuación se especifican: a) Los hijos solteros, cualquiera que sea su filiación, menores de catorce (14) años o de dieciocho (18) si cursan estudios regulares, o de cualquier edad si están totalmente incapacitados; b) La viuda de cualquier edad con hijos del causante, menores de catorce (14) años o de dieciocho (18) si cursan estudios regulares. Si no hubiere viuda, la concubina que tenga hijos del causante igualmente menores de catorce (14) años o de dieciocho (18) si cursan estudios regulares, y hayan vivido a sus expensas por lo menos los últimos dos (2) años inmediatamente anteriores a su muerte; c) La viuda sin hijos del causante que

¹⁵⁶ Chiossone Tulio. Autores Venezolanos. Indemnización de daños y perjuicios. Ediciones Faberton. Caracas. 2001. Pag. 417

sea mayor de cuarenta y cinco (45) años. Si no hubiere viuda, la concubina del causante para el momento de su muerte, con más de dos (2) años de vida en común tendrá derecho a pensión siempre que sea mayor de cuarenta y cinco (45) años; y d) El esposo de sesenta (60) años o inválido de cualquier edad siempre que dependa del otro cónyuge. A la viuda o concubina menor de cuarenta y cinco (45) años sin derecho a pensión, se le otorgará una suma igual a dos (2) anualidades de la pensión que le hubiere correspondido.

En tal sentido, la pensión de sobrevivencia que otorga el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales a los familiares antes descritos en caso de accidente de trabajo o enfermedad de carácter ocupacional que ocasiona el fallecimiento del trabajador vendría a reparar el referido lucro cesante, pues le garantizará un ingreso mínimo permanente a tales sobrevivientes.

2.4.5.1.2.1 Naturaleza del hecho ilícito para la indemnización por Lucro Cesante

Las indemnizaciones previstas en la LOPCYMAT a título de responsabilidad subjetiva prevén como supuesto de procedencia la ocurrencia de un accidente o enfermedad de carácter ocupacional como consecuencia de la violación de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador; el Código Civil Venezolano por su parte, prevé como supuesto de procedencia del daño material (lucro cesante) la negligencia, imprudencia, impericia, inobservancia de normas o reglamentos por parte del deudor. Pareciera que la naturaleza de ambos supuestos de procedencia es la misma, es decir, el hecho ilícito, en tal sentido, de condenarse una de dichas indemnizaciones pareciera que consecuentemente debe condenarse la otra, pues si partimos de la noción de culpa expuesta por Planiol y que analizamos en el primer capítulo del presente trabajo, se inferiría que la omisión por parte del empleador de alguna norma en materia de salud y seguridad laboral que cause un daño encuadra dentro de la noción de culpa del Código Civil Venezolano.

Sin embargo, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en diferentes casos, ha considerado que el hecho ilícito como supuesto de procedencia de las indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo es diferente al hecho ilícito como supuesto de procedencia de las indemnizaciones por lucro cesante. Así podemos encontrar que la Sala de Casación Social en el caso Yuvirasol Naranjo Contra Blindados Centro Occidente C.A.¹⁵⁷, con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutierrez aun cuando condenó al pago de las indemnizaciones establecidas en la LOPCYMAT consagradas a título de responsabilidad subjetiva, declaró la improcedencia de las indemnizaciones por lucro cesante por cuanto consideró que no quedó demostrado que la enfermedad fuere producto de un hecho ilícito llevado a cabo por el patrono.

En dicha decisión aún cuando la Sala Social constató la relación de causalidad entre la labor desempeñada y la enfermedad que padecía la trabajadora, así como también el incumplimiento por parte de la empleadora de la normativa en materia de condiciones y medio ambiente de trabajo, consideró que tal relación de causalidad determinaba la existencia de un hecho ilícito a los efectos de la procedencia de la indemnización por discapacidad consagrada en la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo pero no así para la indemnización por daño emergente y lucro cesante.

En el mismo sentido, en la sentencia del caso Simón Miranda contra Transporte Yelamo¹⁵⁸ con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, la Sala de Casación Social del máximo Tribunal de la República, señaló en cuanto al lucro cesante, que es deber de los órganos jurisdiccionales ajustar su decisión conforme a los extremos que exige el derecho común, en materia de hecho ilícito,

¹⁵⁷ Jurisprudencia: Caso: Yuvirasol Naranjo contra Blindados centro occidente. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 315 del 17 de Marzo de 2009. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/0315-17309-2009-08-265.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

¹⁵⁸ Jurisprudencia: Caso: Simón Miranda contra Transporte Yelamo. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1384 del 07 de Diciembre de 2011. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/1384-71211-2011-10-434.html> (fecha de consulta: 30 de Diciembre de 2011)

y en tal sentido resulta necesario verificar dentro de la secuela del juicio que el accidente o enfermedad profesional, según sea el caso, se produzca por intención, negligencia o imprudencia del patrono, una vez demostrado el daño sufrido y la relación de causalidad existente entre ellos.

Dicho en otras palabras, quien pretenda ser indemnizado por concepto de lucro cesante, debe demostrar que la existencia de una enfermedad o accidente (el daño) sea consecuencia de la conducta imprudente, negligente, inobservante, imperita del patrono (hecho ilícito), es decir, que además de demostrar el daño sufrido y el hecho ilícito generador, debe comprobar que la primera es producto de un efecto consecencial de la otra, siendo imperativo para los operadores de justicia justificar, con base a ello, su procedencia a los efectos de establecer la condena.

Con el mismo criterio de la decisión antes citada, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en las sentencias del caso Jesús Cardona contra Vencerámica y Juan Cedeño contra Operaciones del Sur Orinoco¹⁵⁹ con ponencia del Magistrado Omar Mora Díaz, aún cuando condenó al pago de las indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del Trabajo, no condenó al pago de las indemnizaciones por lucro cesante por considerar que no se encontraban dados los presupuestos previstos en el Código Civil.

Con esas decisiones la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia, considera que el hecho ilícito como supuesto generador de responsabilidad previsto en la LOPCYMAT es diferente al hecho ilícito como supuesto generador de responsabilidad de la indemnización por lucro cesante establecida en el Código Civil. Pareciera que con esa posición se busca moderar las indemnizaciones como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional para evitar comprometer la existencia misma de un centro de trabajo.

¹⁵⁹ Jurisprudencia: Caso: Jesús Cardona contra Vencerámica. Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 1369 del 25 de Noviembre de 2010. Exp. 09-1038. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1369-251110-2010-09-1038.html> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2010)

2.4.5.2. Daño moral

Desde 1942 (cuando el legislador Venezolano incorporó la indemnización por daño moral por primera vez al Código Civil Venezolano), dicha indemnización al igual que la indemnización por daño material (emergente – lucro cesante), procedía siempre y cuando se demostrara el hecho ilícito patronal, ello básicamente por cuanto el artículo 1196 tanto del Código Civil de 1942 como el de 1982 establecía y establece que la indemnización por daño moral será consecuencia del acto ilícito.

Así lo consideró la jurisprudencia imperante en Venezuela hasta el año 2000, evidencia de ello, la sentencia de la Sala de Casación Civil dictada en el caso Industrias Alimenticias Corralito C.A. con Ponencia del Magistrado Carlos Trejo Padilla¹⁶⁰. Sin embargo, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la jurisprudencia del caso Hilados Flexilón¹⁶¹, consideró que la responsabilidad patronal de reparar el daño moral procede a título de responsabilidad objetiva, es decir, debe ser reparado por el patrono aunque no haya habido culpa en la ocurrencia del infortunio de trabajo.

2.4.5.2.1 Fundamento utilizado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia para la procedencia de la indemnización por el daño moral por responsabilidad objetiva

El artículo 1196 del Código Civil Venezolano establece que la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito. Sin embargo, como se ha señalado en capítulos precedentes, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia del caso Hilados Flexilón contrario a lo que señala la referida norma consideró que la indemnización por daño moral en materia laboral, debe proceder a título de responsabilidad objetiva,

¹⁶⁰ Jurisprudencia: Caso: Zoilo Cabarcas Cervantes vs Industrias Alimenticias Corralito, C.A. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de Marzo de 1990. Citada por Melich Orsini pag. 625

¹⁶¹ Jurisprudencia: Caso: Hilados Flexilón. Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 116 del 17 de Mayo de 2000. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/a116-170500-99591.htm> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2004)

es decir, sin la demostración del hecho ilícito como supuesto generador de tal responsabilidad.

Para justificar la procedencia de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva por accidentes o enfermedades de carácter ocupacional, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la jurisprudencia¹⁶² del caso Elvidio Mora contra Alcaldía del Municipio Arzobispo Chacon del Estado Mérida con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena, ha señalado que la teoría de la responsabilidad objetiva nace del supuesto de que el daño causado por un objeto debe ser reparado por su propietario, no porque el dueño haya incurrido en culpa, sino porque su cosa, su maquinaria ha creado un riesgo, sobre el cual debe responder, indemnizando al trabajador tanto por el daño material como por daño moral.

Para la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, el fundamento legal de dicha responsabilidad de carácter objetiva, se encuentra consagrado en el artículo 1.193 del vigente Código Civil, el cual dispone que toda persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido ocasionado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o fuerza mayor.

Según la Sala de Casación Social del máximo Tribunal de la República, del artículo 1.193 del Código Civil se desprenden consecuencias importantes, tales como que el responsable en tal caso, es la persona que funge como guardián de la cosa, vale decir, quien tiene a su cargo el poder autónomo de mando, dirección, control, uso o vigilancia sobre la cosa que produce el daño.

Señala que aunque la norma no distinga entre las cosas por cuya guarda respondería el guardián, la responsabilidad se hace aún más evidente cuando se trata de cosas que representan un peligro objetivo del cual ese guardián obtiene un beneficio.

¹⁶² Jurisprudencia: Caso: Elvidio Mora contra Alcaldía del Municipio Arzobispo Chacón del Estado Mérida. Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 13 del 06 de Febrero de 2003. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/RC013-060203-02411.htm> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2004)

Resulta suficiente entonces según la Sala Social, para que pueda ser declarada la responsabilidad especial por guarda de la cosa, que se pruebe suficientemente la existencia del daño, la relación de causalidad conforme a la cual pueda afirmarse que el hecho de la cosa es el que causó el daño, y la condición de guardián de la demandada. Por su parte, la empresa accionada dispone de las siguientes defensas frente a la acción por la cual se le exige la referida responsabilidad especial: la demostración de que el hecho proviene de un caso fortuito, fuerza mayor, del hecho de un tercero o de hecho intencional de la víctima.

Desde el punto de vista filosófico, para justificar la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, la aplicación de la teoría de la responsabilidad objetiva por guarda de la cosa para la procedencia de las indemnizaciones por daño moral, aún cuando el mismo Código Civil prevé como supuesto de procedencia de dicha indemnización el hecho ilícito, en la sentencia del caso María Baptista contra Súper C.A.¹⁶³ con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena, la Sala señaló que al adquirir el derecho del trabajo su autonomía y diferenciarse del derecho civil, los criterios de raigambre netamente civilista como la procedencia del daño moral a título de responsabilidad subjetiva, fueron superados en la doctrina laboral, donde frente a la responsabilidad subjetiva prevista en el artículo 1.185 del Código Civil (responsabilidad subjetiva) se le opone la responsabilidad objetiva del guardián de la cosa, prevista en el artículo 1.193 eiusdem, como en las normas que conforman nuestra legislación del trabajo.

Pareciera que la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República al igual que lo hizo la Casación Francesa cuando asumió la teoría del riesgo fundamentándose en la disposición contenida en el artículo 1384 del Código Civil Frances, quiso justificar la indemnización por daño moral en la norma

¹⁶³ Jurisprudencia: Caso: María Baptista contra Súper C.A.. Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 50 del 22 de Marzo de 2001. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/050-220301-991026.htm>
(fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2004)

contenida en el artículo 1193 del Código Civil Venezolano que establece la responsabilidad objetiva del guardador de la cosa pero con un fundamento más filosófico e ideológico que positivista.

Un elemento que pareciera ser utilizado por la Sala de Casación Social para asumir la teoría de la responsabilidad objetiva para la procedencia de la indemnización por daño moral para los accidentes de trabajo y enfermedad ocupacional lo constituye el hecho que para la reparación del daño, lo que no es indemnizado por daños patrimoniales debiera compensarse a través de los extrapatrimoniales y ante la poca cuantía de las indemnizaciones por responsabilidad objetiva consagradas en la derogada Ley Orgánica del Trabajo para aquellos casos en que el trabajador no se encontrare amparado por el sistema de seguridad social, se busco en la indemnización por daño moral una manera de reparar el daño.

Es necesario señalar finalmente en cuanto a este particular que la teoría de la responsabilidad objetiva asumida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia para la procedencia de la indemnización por daño moral se circunscribe a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, pues ante otras reclamaciones como la indemnización por daño moral por el despido injustificado en contra de un trabajador o la indemnización por daño moral por las cotizaciones no enteradas al sistema de seguridad Venezolano, la Sala de Casación Social¹⁶⁴ ha sostenido que para la procedencia de la indemnización por daño moral la demostración del hecho ilícito le corresponde al trabajador.

¹⁶⁴ Jurisprudencia: Caso: Elio Ramón Pérez Urbina contra Universidad Santa María. Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 1868 del 18 de Noviembre de 2008. Exp. 07-2070. Juan Rafael Perdomo. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/050-220301-991026.htm> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2009)

2.4.5.2.1.1 Posición de la doctrina Venezolana con respecto a la procedencia de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva asumida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia

La posición jurisprudencial de la Sala de Casación Social del Tribunal de Supremo de Justicia, de manera reiterada desde el año 2000 caso Hilados Flexilón hasta la presente fecha, que considera que la indemnización por daño moral procede a título de responsabilidad objetiva, ha sido criticada por alguna parte de la doctrina Venezolana.

En ese sentido encontramos que Jaime¹⁶⁵ señala diferentes desaciertos y contradicciones de dicha decisión; en primer lugar señala que en la misma se confunde la responsabilidad contractual con la responsabilidad extracontractual por hecho ilícito, pues se aplica a la responsabilidad derivada del hecho ilícito (que es la que da derecho a la indemnización por daño moral) y que es regulado por el derecho civil, las reglas de la responsabilidad civil contractual previstas en la Ley Orgánica del Trabajo.

En segundo lugar, que dentro de la misma decisión se señala contradictoriamente que el trabajador que demande la indemnización de daños materiales superiores a los establecidos en las leyes especiales, deberá probar de conformidad con el artículo 1354 del Código Civil los extremos que conforman el hecho ilícito, en tal sentido, tal norma es aplicable tanto para el daño material como para el daño moral, por tanto, no pueden considerar que el daño moral procede sin que se demuestre el hecho ilícito patronal y que el daño material se requiere la demostración de tal hecho ilícito.

Afirma el autor antes señalado, que la Sala acoge el criterio de que el trabajador que pretende obtener una indemnización superior a las contempladas en la Ley Orgánica del Trabajo y solicita la indemnización fundamentada en el

¹⁶⁵ JAIME, H. (2006) "Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales". XXXI Jornadas J.M. Domínguez Escovar dedicadas al Derecho del Trabajo. Industrias Gráficas Monserratt. Barquisimeto. Pág. 207

hecho ilícito del empleador (responsabilidad extracontractual) deberá, conforme a la normativa del derecho común que la Sala estima aplicable, demostrar los extremos del hecho ilícito (culpa, daño y relación de causalidad). No obstante, en la misma sentencia, se pretende aplicar la presunción de responsabilidad que previó la Ley Orgánica del Trabajo, para que se genere la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación contractual de garantizar la seguridad del trabajador que recae sobre el empleador para otorgar la indemnización por daño moral, con fundamento en el hecho ilícito del empleador, fundamento de la obligación de reparar el daño material.

Según él no resulta congruente que se exija la demostración de los extremos de la responsabilidad extracontractual, derivada del hecho ilícito para el daño material, y luego se aplique la presunción prevista en el artículo 560 de la Ley Orgánica del Trabajo prevista para la responsabilidad contractual, para otorgar la indemnización por daño moral.

En tercer lugar, señala que en dicha decisión se establece que la Ley Orgánica del Trabajo prevé el daño moral, lo cual no es cierto, pues en el texto de la Ley en cuestión, no existe ningún tipo de alusión a la obligación de reparar el daño moral, en donde si se encuentra consagrado el daño moral es en el capítulo I del Libro III del Código Civil Venezolano que esta dedicado a desarrollar el hecho ilícito como fuente de obligaciones y que expresamente prevé para su procedencia el acto ilícito.

En cuarto lugar, señala que no resulta congruente que en dicha decisión se acuerde la reparación del daño moral con base en la presunción de culpa del guardián de la cosa contemplada en el artículo 1193 del Código Civil, pero al mismo tiempo exige la demostración de la culpa para acordar la indemnización por daño material.

En quinto lugar que el sistema de fuentes que establece la Ley Orgánica del Trabajo señala que en los casos en que exista concurrencia de varias normas para la solución de un caso determinado: la norma adoptada deberá aplicarse en

su integridad. De allí se deduce que si se pretende una indemnización por daño moral, como la acción para lograr su reparación debe intentarse conforme a las reglas del Código Civil, no podemos aplicar la presunción de culpa que se estipula para las obligaciones de resultado (o de garantía de la seguridad en el contrato de trabajo), sino que se deben seguir las reglas que rigen la responsabilidad por hecho ilícito.

Para Alonso¹⁶⁶ la aplicación de la teoría de la responsabilidad objetiva para la procedencia de la indemnizaciones por daño moral por parte de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, ha implicado una diferente consideración del hecho ilícito como hecho generador del daño moral y de los daños materiales producto del infortunio laboral, pues, si para el primer supuesto no es necesario su consideración; si lo es, por el contrario, para el segundo, lo cual no sólo es discordante, sino que planteará, sin duda alguna, complejas situaciones probatorias en los procesos laborales, máxime cuando se pretenda la reparación conjunta de los diversos tipos de daños derivados de un mismo infortunio laboral, acumulación perfectamente posible según nuestra ley adjetiva.

Para Rosell¹⁶⁷ la responsabilidad objetiva para la procedencia de la indemnización por daño moral derivado de accidente de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional constituye una grave orientación de la jurisprudencia pues crea un riesgo incalculable y arbitrario hacia el patrono, pues es justo que sea responsable de esta indemnización si actuó culpablemente en la producción del daño, pero si no es así, si éste se produjo por un hecho fortuito, causa mayor o culpa del trabajador, mal podría imputársele esta responsabilidad.

Ciertamente algún sector de la doctrina Venezolana con argumentos científicos muy respetables como la posición del Jaime Martínez ha criticado la teoría de la responsabilidad objetiva para la procedencia de la indemnización por daño moral. Sin embargo, quizás desde el punto de vista netamente positivista,

¹⁶⁶ Alfonso J. Los accidentes de trabajo y su resarcimiento. Ensayos Laborales TSJ. Colección Estudios Jurídicos N° 12.

¹⁶⁷ Jorge Rosell Senhenn. Derecho Penal del Trabajo. Librería J. Rincón. Editorial Horizonte. Caracas Venezuela 2013. página 17

dicha doctrina carezca de sustento, sin embargo, tal posición jurisprudencial tiene justificación desde el punto de vista social y encuentra su sustento normativo en el Estado social de derecho que inspira la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Desde el punto de vista filosófico dicha decisión ha buscado lograr una diferenciación del régimen indemnizatorio en el derecho común del régimen indemnizatorio en materia laboral inspirados en la protección del trabajador ante esta clase de infortunios, quizás para ello ha influido el bajo monto de las indemnizaciones establecido en la Ley del Trabajo Venezolana, alertado por Inturraspe¹⁶⁸ quien señaló que en Venezuela en las zonas donde no se ha extendido el seguro social y la reparación de los siniestros laborales está a cargo del patrono, dentro de la teoría del riesgo profesional u objetivo, los topes de indemnizaciones establecidos son tan exiguos que en realidad dejan en total indefensión a los trabajadores, por ejemplo la indemnización por muerte o incapacidad total con un máximo de 200U\$A.

Esta exigüidad de las indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo, quizás motivó a los Magistrados de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia a consagrar la teoría de la responsabilidad objetiva para la procedencia de la indemnización por daño moral derivado de accidente de trabajo o enfermedades profesionales y realmente en la práctica ha permitido a los Jueces indemnizar al trabajador de alguna manera en aquellos procesos en los que la culpa de empleador no se puede demostrar.

Ello hace que con decisiones como ésta, se busque en la reparación del daño extrapatrimonial un incremento en el monto a reparar al trabajador por el accidente o la enfermedad ocupacional que padece. Aunado a ello, debe indicarse que en la práctica, tal indemnización ha permitido a los Jueces del Trabajo en Venezuela reparar el daño padecido por el trabajador que sufre este

¹⁶⁸ Iturraspe Francisco. Derecho de la salud y seguridad del trabajo: Un informe comparativo entre Venezuela y Canadá. Dossier sobre condiciones y medio ambiente de trabajo. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1999. Intertextos consultores. Pág. 156

tipo de infortunios y ha constituido una válvula de escape en aquellos procesos en los que es difícil demostrar la culpa del empleador padeciendo el trabajador graves daños.

No obstante, en criterio del autor de la presente tesis, el elemento que mayor crítica pudiera generar y sobre el cual la doctrina no se ha pronunciado, es el referido al ente deudor de dicha indemnización, es decir, que si en dicha decisión se estableció tal indemnización a título de responsabilidad objetiva debería ser el sistema de seguridad social Venezolano y no el empleador quien asuma el pago de tal indemnización, pues la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo fue asumida para que fuera el sistema de seguridad social quien asumiera la reparación del daño (sistema que se sostiene con los aportes patronales) y por supuesto que tal criterio jurisprudencial ha representado un impacto en la sociedad Venezolana que luego de trece años se pueden evidenciar y que serán analizados en el capítulo III de la presente tesis.

2.4.5.2.2 Parámetros para la estimación del daño moral

Al igual que la procedencia de la indemnización por daño moral, la estimación del daño moral ha sido un punto álgido de discusión doctrinaria; al respecto, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano¹⁶⁹, ha establecido que para la determinación de la indemnización por concepto de daño moral, el juez debe expresamente motivar el proceso lógico que lo conduce a estimar o desestimar el daño moral reclamado y su consiguiente cuantificación, estableciendo que al decidirse una reclamación por concepto de daño moral, el sentenciador, necesariamente, ha de sujetarse al proceso lógico de establecer los hechos, de calificarlos y de llegar a través de este examen a la aplicación de la Ley y la equidad, analizando la importancia del daño, el grado de culpabilidad del autor, la conducta de la víctima y la llamada escala de los sufrimientos morales, valorándolos, pues no todos tienen la misma intensidad, por

¹⁶⁹ Jurisprudencia: Caso: Hilados Flexilón. Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 116 del 17 de Mayo de 2000. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/a116-170500-99591.htm> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2004)

las distintas razones que puedan influir en ellos, para llegar a una indemnización razonable.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la jurisprudencia del caso Araque contra Industrias Doker S.A.,¹⁷⁰ con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, señaló que el daño moral, al no poder ser realmente cuantificable, ni mucho menos tarifado por la Ley, queda a la libre estimación del sentenciador, quien a partir de un proceso lógico de establecimiento de los hechos, aplica la ley y la equidad. Analiza la importancia del daño, el grado de culpabilidad del autor, la conducta de la víctima y la llamada escala de sufrimientos morales, valorándolos para llegar a una indemnización razonable.

Para Alegre y Mago¹⁷¹ el juicio por daños morales es un juicio de sensibilidad, pues en su decisión el juez no se basa solamente en su raciocinio maquinal y objetivo, sino en consideraciones subjetivas como las mencionadas. Es necesario entonces la exigencia del principio de la inmediación judicial como un imperativo, para el sentenciador que deberá descifrar con agudeza los signos no siempre explícitos, que presenta el solicitante. Para estos autores, el dolor moral no puede medirse porque es un proceso interno de la persona agraviada, solo puede ser intuido o detectado por personas profesionalmente capaces. Por ello la necesidad de incorporar la psicología y otras ciencias humanas que estudian la sensibilidad para poder establecer los parámetros de cuantificación del daño.

Para fijar el monto a indemnizar por daño moral con fundamento en la doctrina establecida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de

¹⁷⁰ Jurisprudencia: Caso: M.A. Araque contra Industrias Doker S.A.. Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 236 del 16 de Marzo de 2004. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/236-160304-03935..htm> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2004)

¹⁷¹ Alegre Miguel y Mago Oscar. Derechos de la personalidad y derecho de los daños morales. Caracas. León Espala 2007.

Justicia en el caso Hilados Flexilón con ponencia del magistrado Omar Alfredo Mora Díaz¹⁷², el Juez debe tomar en cuenta los siguientes elementos:

2.4.5.2.2.1 La importancia del daño

Para determinar la importancia del daño, ha dicho la Sala Social, el Juez debe ponderar entre otras circunstancias, las siguientes: 1. la edad del trabajador; 2. el grado de discapacidad determinado por el órgano competente para ello; 3. el tamaño de su grupo familiar o la capacidad de las personas que dentro de ese grupo familiar dependen directamente de él, siendo más grave el daño causado a una persona con un grupo familiar que dependa de él mayor al de una persona cuyo grupo familiar que dependa de él sea menor.

2.4.5.2.2.2 Grado de culpabilidad del demandado o su participación en el accidente o acto ilícito que causó el daño

En la culpa no existe dolo, entendiendo por éste la intención de dañar y es evidente que el hecho ilícito que hace incurrir al sujeto en responsabilidad civil, puede ser también producto de una acción u omisión intencional, en tal sentido, debe el Juez ponderar para la estimación del daño moral, si el daño o la lesión fue ocasionado por la conducta de la víctima, si ni el trabajador ni el empleador tuvieron participación culposa en la ocurrencia del accidente o de la enfermedad, si hubo culpa exclusiva del empleador ó si hubo dolo.

Para determinar este parámetro, la Sala ha tomado en consideración la prevención, la diligencia y el cuidado por parte del empleador en la corrección de situaciones que puedan colocar en peligro la salud de sus trabajadores; o la falta de adiestramiento al personal en cuanto al uso de las máquinas.

Este parámetro de estimación del daño moral constituye una elemento que lo diferencia de la reparación civil en el derecho común, pues en el derecho civil el demandado debe reparar el daño causado independientemente del grado de

¹⁷² Jurisprudencia: Caso: Hilados Flexilón. Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 116 del 17 de Mayo de 2000. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/a116-170500-99591.htm> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2004)

culpabilidad en el mismo, sin embargo, en el derecho laboral se estimará la indemnización por daño moral dependiendo del grado de culpabilidad que haya tenido el empleador en la ocurrencia del accidente o enfermedad ocupacional.

Al respecto, debe señalarse que artículo 119 de la Ley Orgánica de Prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo establece como infracciones graves del empleador cuando: a) No evalúe los niveles de peligrosidad; b) No realice acciones de control de niveles de referencia de exposición superiores al 50% de tolerancia o intensidad; c) Obstaculice la elección de los delegados de prevención; d) No provea los instrumentos y equipos de protección personal como cascos, guantes, extintores de incendios, entre otros; e) Impide que los trabajadores acompañen a los funcionarios de inspección cuando estos realicen sus labor inspectora en las empresas; f) No realice exámenes de salud periódicamente; g) No imparta cursos de seguridad industrial; h) No mantenga un sistema de vigilancia epidemiológica; i) No informe por escrito de condiciones peligrosas o insalubres o de cualquier clase de agente; j) No declare sustancias peligrosas en el registro respectivo; entre otras.

De la misma manera, el artículo 120 de la Ley establece como infracciones muy graves las siguientes: a) ausencia de servicio médico de salud; b) incumplimiento de condiciones de trabajo, tales como vacaciones, descansos, jornada; c) no informar de la ocurrencia de los accidentes; d) suministrar información falsa; e) falta de puesto o medios de primeros auxilios; f) ausencia de Comité de Seguridad y Salud Laboral; g) No brindar auxilio inmediato al trabajador; h) no ubicar al trabajador en su puesto anterior o no reubicarlo en otro compatible con sus capacidades residuales; i) Impedir u obstaculizar la paralización de las labores, cuando el trabajador tenga motivos razonables para creer que existe un peligro inminente para su salud o su vida; j) violar la inamovilidad de los delegados de prevención (representantes de los trabajadores ante el Comité de Seguridad y Salud Laboral); y k) Obstaculizar, impedir o dificultar la labor de inspección.

Deberá ponderar el Juzgador al momento de estimar el daño moral si el grado de culpabilidad del demandado fue grave, muy grave o en su defecto si aún cumpliendo con todas las obligaciones que le imponen la legislación en materia de prevención, salud y seguridad laboral fue inevitable el accidente de trabajo o la enfermedad ocupacional.

2.4.5.2.2.3 La conducta de la víctima

Para determinar la conducta de la víctima, se toma en consideración si hubo negligencia, imprudencia o impericia por parte del trabajador en el acaecimiento del hecho que ocasionó el accidente, tales como: la omisión en el uso de los implementos de seguridad suministrados por la empresa (cinturón, casco y otros), acatamiento de las normas de seguridad industrial entre otros.

Es necesario señalar en cuanto a este particular, que la responsabilidad de la víctima como elemento de estimación del daño moral determina la institución de la compensación de faltas consagrada en el artículo 1189 del Código Civil Venezolano, que establece que en caso de que con culpa del agente concurra un hecho de la víctima, la obligación de reparación se disminuirá en la medida en que la víctima ya ha contribuido a causar el daño.

En tal sentido, si bien la conducta de la víctima en el derecho común constituye una eximente de la responsabilidad, en materia laboral, el grado de culpabilidad de la víctima en la ocurrencia del accidente o la enfermedad ocupacional conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia expresada en el caso Nicolás Colmenares contra Productos de Vidrio S.A. con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz¹⁷³ constituye una atenuante más no una eximente de la responsabilidad del empleador, pues conforme al contenido del artículo 563 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo, habrá una eximente cuando el accidente hubiese sido provocado intencionalmente por la víctima y, tal supuesto no incluye la culpa.

¹⁷³ Jurisprudencia: Caso: Nicolás Colmenares contra Productos de Vidrio S.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 478 del 17 de Abril de 2008. Exp. 07-1358. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/0478-170408-071358.htm> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2009)

Un elemento importante a tener en cuenta por quien debe estimar el daño moral, es que el numeral 5to del artículo 53 de la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo, le permite a los trabajadores rehusarse a trabajar, alejarse de una condición insegura o a interrumpir una tarea o actividad de trabajo cuando, basándose en su formación y experiencia, tenga motivos razonables para creer que existe un peligro inminente para su salud o para su vida sin que esto pueda ser considerada como abandono de trabajo; en tal sentido, esta norma debe ser ponderada por el Juzgador al momento de determinar la conducta de la víctima a los efectos de la estimación del daño moral.

2.4.5.2.4 Grado de educación y cultura del reclamante

Determinar el grado de educación del reclamante constituye un hecho objetivo determinable por los títulos académicos, adquiridos en instituciones de educación acreditadas en el Territorio Nacional o en cualquier otra Nación, sin embargo, el grado cultural constituye un aspecto subjetivo de difícil determinación por parte del Juzgador, pues existen seres humanos con un nivel cultural elevado sin haber cursando nunca ninguna materia en un recinto Universitario. No obstante, a los efectos de la estimación del daño moral, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia determina el grado de educación básicamente en cuanto al nivel de instrucción o educación formal alcanzado por el reclamante y el grado de cultura en cuanto a la labor que desempeña.

2.4.5.2.5 Posición social y económica del reclamante

En el derecho civil, la situación patrimonial del responsable civil no tendría influencia en el quantum de la reparación, pobre o rico el responsable debe solo en la medida de la entidad del daño. Algunas legislaciones extranjeras han admitido sin embargo, una cierta mitigación de esta regla, en el sentido de aminorar la indemnización que resultaría de atenerse en forma exclusiva a la cuantía de los daños causados cuando ella sea susceptible de privar al responsable civil de los recursos para su subsistencia.

La Jurisprudencia Venezolana, en sintonía con lo antes expresado, para estimar el daño moral como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, ha considerado necesario tomar en consideración la situación patrimonial de las partes, en tal sentido, por lo que respecta a la posición social y económica del trabajador, toma como referencia el salario percibido por él al momento de la ocurrencia del hecho, así mismo el nivel económico de su entorno familiar.

2.4.5.2.2.6 Capacidad económica de la parte demandada

Para determinar la capacidad económica de la empresa, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia¹⁷⁴ en la sentencia del caso Tropigas con ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras, ha tomado como base el capital social suscrito y pagado por la sociedad reflejado en los estatutos inscritos ante el Registro Mercantil u Oficina de Registro correspondiente y en aquellos casos donde no se encuentra dentro del expediente el documento o Acta constitutiva de la empresa, se ha tomado como referencia los bienes de capital de que dispone la misma. Igualmente, la actividad que realiza la empresa es un elemento importante para determinar su solvencia y capacidad económica, por ejemplo en caso de empresas que se dedican a actividades petroleras son consideradas solventes¹⁷⁵. Se considera necesario analizar por parte del Juez que debe estimar el daño moral, la última declaración del Impuesto sobre la Renta del empleador, por cuanto existen empresas que aún y cuando tienen un capital suscrito modesto, obtienen ganancias de gran envergadura muy superiores incluso al capital declarado.

¹⁷⁴ Jurisprudencia: Caso: Aura Flores contra Tropigas C.A.. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 716 del 10 de Abril de 2007. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/0716-100407-061370.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

¹⁷⁵ Jurisprudencia: Caso: Hilario Bravo contra Lubvenca de Occidente C.A.. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1210 del 01 de Agosto de 2006. Ponente: Juan Rafael Perdomo. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Agosto/1210-010806-06483.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

2.4.5.2.2.7 Las posibles atenuantes a favor del responsable

En cuanto a este parámetro, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, ha tomado en consideración una serie de atenuantes, tales como: 1. La no existencia de intención por parte del empleador de causar un daño; 2. La asunción por parte del patrono de una serie de gastos médicos, realizados por el trabajador, reembolsándole a éste las erogaciones efectuadas en centros de salud privados, previa presentación de las correspondientes facturas; 3. El período corto duración de la relación de trabajo, entendiéndose por éste un período entre 15 días a 6 meses¹⁷⁶; 4. La conducta no renuente en cuanto al pago de los conceptos derivados de la relación de trabajo, al finalizar la relación de trabajo como consecuencia de un accidente o enfermedad de carácter ocupacional¹⁷⁷; 5. El otorgamiento de la pensión de invalidez conforme al Contrato Colectivo y gestionar la pensión de orden legal, es decir, la otorgada por el Sistema de Seguridad Social¹⁷⁸. 6. Que el trabajador goce de una pensión de discapacidad, que le sustituya en cierta medida el hecho de no poder seguir realizando las labores que habitualmente venía desempeñando o en el peor de los casos, la imposibilidad de realizar cualquier tipo de actividad; 7. La suscripción por parte del patrono de un seguro de vida que ampare a los familiares del trabajador en caso de fallecimiento de este último.

Igualmente cuando se valoran las atenuantes de la indemnización por daño moral, existe un elemento que genera dudas en cuanto a si debe considerarse como una eximente o una atenuante de la responsabilidad y lo constituyen las pólizas de responsabilidad empresarial que suscribe el empleador para una contingencia de esta naturaleza, es decir, existe la posibilidad que el empleador

¹⁷⁶ Jurisprudencia: Caso: Aura Flores contra Tropigas C.A.. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 716 del 10 de Abril de 2007. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/0716-100407-061370.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

¹⁷⁷ Jurisprudencia: Caso: Hector Perdomo contra Dell Acqua C.A. Ponente: Alfonso Valbuena Cordero. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 204 del 13 de Febrero de 2007. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/0204-130207-061251.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

¹⁷⁸ Jurisprudencia: Caso: Adan Caniumilla contra Sidor. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1248 del 12 de Junio de 2007. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Junio/1248-120607-062156.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

haya contratado una póliza de responsabilidad empresarial que se encargaría de indemnizar al trabajador en caso de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional.

Desde el punto de vista civil se ha considerado que si el seguro ha sido contratado por el propio agente del daño (empleador) para cubrir su responsabilidad en el evento, no hay duda que el cúmulo de indemnización debe ser excluido, tanto porque desde el punto de vista del criterio de la finalidad es imposible negar que para la víctima la suma que recibe de la institución aseguradora tiene el carácter de una verdadera indemnización, como porque desde el punto de vista del criterio de causalidad, al menos desde la perspectiva de la víctima, el beneficio en qué consiste la percepción del seguro y el daño por ella experimentado tienen un mismo origen.

Sin embargo, en materia laboral si la póliza de seguro privado contratada por el empleador cubre la indemnización por daño moral, será la empresa aseguradora quien asuma el pago de dicha indemnización una vez que el Juez del Trabajo estime tal daño, no obstante, en la práctica las empresas aseguradoras que emiten este tipo pólizas de responsabilidad empresarial no cubren la indemnización por daño moral, por cuanto el mismo opera conforme a la doctrina de la Sala Social a título de responsabilidad objetiva, es decir, basta que la enfermedad padecida por el trabajador sea de naturaleza ocupacional para que opere la referida indemnización, por tanto las referidas pólizas de responsabilidad empresarial cubren la indemnización consagrada en la LOPCYMAT que presupone la culpa del empleador. Por esa razón tales pólizas de responsabilidad patronal son consideradas atenuantes y no eximentes de responsabilidad por indemnización por daño moral.

2.4.5.2. Ilustración de algunos procesos judiciales, en los que la Sala de Casación Social ha establecido la cuantía del daño moral por accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales

En la tabla que se puede observar en el anexo N° 6 de la presente tesis, se puede observar la estimación del daño moral que ha realizado la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República en procesos judiciales por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional en el período comprendido entre el año 2004 hasta 2013, valorando los parámetros para la estimación del mismo. De una lectura del mismo, puede observarse que la mayor estimación por daño moral realizada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el caso más grave equivale a la cantidad de Bs. 150.000,00, estimación ésta que debe servir de parámetro para que los apoderados judiciales de los trabajadores en este tipo de procesos, moderen las estimaciones que realizan de la indemnización del daño moral y no pretendan el pago de indemnización por daño moral por montos que crean expectativas en los trabajadores que dificultan la mediación.

2.5. La Indexación en las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional

Luego que en un proceso judicial se acuerde el pago a favor de un trabajador de algunas de las indemnizaciones consagradas en el ordenamiento jurídico Venezolano por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, consecuentemente dicha decisión genera otra condena accesoria que no es otra cosa que la corrección o actualización monetaria de la indemnización o indemnizaciones condenadas. La indexación constituye una institución del derecho civil que se exporta al derecho laboral; es así como la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia con Ponencia de Rafael Alfonso Guzmán, asentó los argumentos de la procedencia de la indexación en material laboral en los siguientes términos “corregir los efectos de la mora del patrono en el pago puntual de las prestaciones sociales del trabajador a la terminación del

respectivo contrato individual impide que la duración del proceso judicial en períodos de depreciación monetaria trocará en ventaja del empleador remiso”.

En relación a la indexación de las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, es necesario analizar por una parte la procedencia de dicho elemento, por otra parte, la fecha a partir de la cual debe calcularse la misma y finalmente los períodos a excluir del referido cálculo.

2.5.1. Procedencia de la Indexación

La indexación o corrección monetaria busca neutralizar los efectos que genera en nuestros días el hecho notorio denominado “inflación”, es a partir del 17 de marzo de 1993, cuando se establece jurisprudencialmente, en sentencia N° 67 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (caso: Camillius Lamorell contra la empresa Machinery Care y otro) citada por la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República¹⁷⁹ la facultad del juez de aplicar la indexación monetaria, de oficio, a los juicios laborales. Desde tal decisión, el máximo Tribunal de la República ha considerado que la indexación o corrección monetaria en materia laboral se establece de oficio, es decir, sin la necesidad de solicitud de parte y procede tanto para reclamaciones por cobro de prestaciones sociales como reclamaciones por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedades ocupacionales.

2.5.2. Fecha a partir de la cual debe calcularse la Indexación

Los criterios de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, han variado en cuanto a la fecha de determinación de la indexación, en ese sentido, debe señalarse que en la sentencia del caso Hilados Flexilón de Mayo de 2000, se estableció que la indexación por los daños materiales establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo, Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo y Código Civil (daño emergente y lucro

¹⁷⁹ Jurisprudencia: Caso: Hilados Flexilón. Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 116 del 17 de Mayo de 2000. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/a116-170500-99591.htm> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2004)

cesante) debía calcularse desde la fecha de la admisión de la demanda hasta la ejecución del fallo y por lo que respecta al daño moral tal indexación debía calcularse desde la fecha de publicación del fallo.

No obstante, luego del criterio jurisprudencial antes mencionado, fue publicada en el mes de Agosto de 2002, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo¹⁸⁰, que estableció en su artículo 185 que la indexación o corrección monetaria sobre las cantidades condenadas por los Jueces del Trabajo por cualquier concepto, debe ser calculada desde el decreto de ejecución hasta su materialización, entendiéndose por esto último la oportunidad del pago efectivo.

En acatamiento de dicha norma, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia¹⁸¹, con Ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, en el caso José Cristóbal Gómez contra Eleoccidente, señaló que la indexación o corrección monetaria sólo sería ordenada en fase de ejecución si existiere incumplimiento voluntario del condenado; en virtud que la Ley Procesal Laboral, contempla la indexación solo en fase de ejecución cuando existiere incumplimiento voluntario del condenado, la cual operará desde el decreto de ejecución hasta su cumplimiento efectivo.

Sin embargo, en dicha decisión, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia aclaró que la indexación sólo debe calcularse desde el decreto de ejecución para aquellos casos en los cuales la causa se haya ventilado bajo los parámetros de la vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de lo contrario, si se tratare de una causa que ha sido arrastrada desde el derogado procedimiento laboral, debe aplicarse la indexación a las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedades ocupacionales desde el momento de la admisión de la demanda hasta que la sentencia quede definitivamente firme.

¹⁸⁰ Ley Orgánica procesal del Trabajo. Gaceta Oficial N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2002

¹⁸¹ Jurisprudencia: Caso: José Cristóbal Gómez contra Eleoccidente. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 0630 del 16 de Junio de 2005. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Junio/0630-160605-041826.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

No obstante, nueve meses después del criterio antes expuesto, la misma Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República¹⁸² en la sentencia del caso Miguel Ángel Sánchez Tovar contra Compañía Venezolana de Cerámica C.A con Ponencia del Magistrado Luis Eduardo Francheschi Gutiérrez ratificando el contenido de la sentencia N° 116 del 17 de mayo de 2000 (caso: José Francisco Tesorero Yáñez contra Hilados Flexilón S.A.), estableció que cuando se declare con lugar la pretensión de un trabajador por indemnización por daño moral, el Juez podrá de oficio o a solicitud de parte, ordenar en la dispositiva del fallo la corrección monetaria del monto condenado a pagar por daño moral desde la fecha en que se publica el fallo, hasta su ejecución, debido a que la estimación hecha por el Juez es actualizada al momento en que dicta el fallo, es decir, permitió que a diferencia de las demás indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional la indexación del daño moral no se calculara desde el decreto de ejecución como lo establece la Ley Orgánica Procesal del Trabajo sino desde la fecha de publicación del fallo, tanto para los procesos ventilados bajo la vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo como para los procesos ventilados bajo la vigencia de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo.

No obstante lo antes señalado, siete meses después del criterio jurisprudencial antes citado, la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República en la sentencia del caso Gerlado Ballestero contra Carbones del Guasare S.A¹⁸³ con Ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa, señaló que la indexación en materia de daño moral, debe calcularse desde el decreto de ejecución hasta su cumplimiento efectivo, apegado al artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y no desde la fecha de publicación del fallo.

¹⁸² Jurisprudencia: Caso: Miguel Angel Sánchez Tovar contra Compañía Venezolana de Cerámica C.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 0343 del 09 de Marzo de 2006. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/0343-090306-05537.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

¹⁸³ Jurisprudencia: Caso: Gerlado Ballestero contra Carbones de Guasare. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1786 del 31 de Octubre de 2006. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Octubre/1786-311006-06473.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

Es en el mes de Noviembre de 2008, cuando la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República¹⁸⁴ en la sentencia del caso José Surita contra Maldifasi C.A. con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Francheschi Gutiérrez, resolvió las divergencias de criterios y consideró que limitar la corrección monetaria al lapso de ejecución forzosa tal como lo establece el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, implica una ruptura con los avances que en la materia se habían logrado por vía jurisprudencial, al desnaturalizar la institución de la indexación.

En tal sentido, cuando el trabajador, ante el incumplimiento culposo por parte del deudor de la obligación, activa los órganos de administración de justicia, debe esperar el tiempo que necesariamente requiere la culminación del proceso pese a que el nuevo proceso laboral destaca frente al anterior por haber acortado significativamente su duración, al inspirarse en principios de brevedad, celeridad y concentración, constituye una actividad dinámica que se desarrolla en el tiempo para obtener un pronunciamiento judicial. Así, la fase de cognición de la causa podría implicar una demora en el cumplimiento del patrono, y, ante la improcedencia de la corrección monetaria durante ese lapso, es el trabajador quien soporta la pérdida del valor adquisitivo de la moneda en razón de la inflación lo cual constituye una máxima de experiencia conteste con la consolidada jurisprudencia de este máximo Tribunal, porque en definitiva recibe una cantidad inferior a la que se le adeudaba, desde el punto de vista de su poder adquisitivo y no nominal.

En consecuencia, a fin de permitir que el trabajador obtenga una cantidad igual a la que se le debía para el momento de poner en mora al empleador, es indispensable que esa suma sea actualizada a través del mecanismo de la indexación, lo que debe realizarse incluso en aquellas causas que hayan

¹⁸⁴ Jurisprudencia: Caso: Jose Surita contra Maldifasi C.A.. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1841 del 11 de Noviembre de 2008. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1841-111108-2008-07-2328.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

comenzado bajo el régimen procesal laboral vigente, no desde el decreto de ejecución como lo establece la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En dicha decisión, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia fijó los parámetros de la indexación por indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional en los siguientes términos: exceptuando lo que concierne al daño moral, el inicio de la indexación será desde la fecha de notificación de la demandada en el nuevo proceso y de citación en el procedimiento derogado (por cuanto solo desde entonces tiene el demandado conocimiento del ejercicio del derecho de crédito por parte de su titular) hasta que la sentencia quede definitivamente firme.

En caso de no cumplimiento voluntario de la sentencia, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo competente, aplicará lo preceptuado en el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, es decir, el cálculo no solo de la indexación sino de los intereses de mora desde el decreto de ejecución.

Obsérvese que en dicha decisión, se exceptuó de ese criterio indexatorio, según el cual la corrección monetaria debía calcularse desde la notificación de la demanda a la indemnización por daño moral, en los procesos por cobro de este tipo de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, ya que según la Sala de Casación Social, el daño moral a diferencia de las indemnizaciones que aparecen jurídicamente tasadas, no puede ser realmente cuantificable, ni mucho menos tarifado por la Ley, sino que queda a la libre estimación del sentenciador al momento que dicta el fallo, quien a partir de un proceso lógico de establecimiento de los hechos, aplica la Ley y la equidad, analiza la importancia del daño, el grado de culpabilidad del autor, la conducta de la víctima y la llamada escala de sufrimientos morales, valorándolos para llegar a una indemnización razonable en la sentencia de condena. De manera pues, que lo procedente es que las condenas por daño moral se calculen desde la fecha de publicación de la sentencia hasta la ejecución.

Sin embargo, debe señalarse que luego de dos años del criterio antes mencionado, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en la jurisprudencia del caso Yovanny Rivero contra Dominguez y Cía S.A. con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Francheschi Gutiérrez¹⁸⁵ señaló que cuando la sentencia N° 1841 del 11 de Noviembre de 2008 exceptuó de la indexación por indemnizaciones provenientes de la ocurrencia de accidentes laborales o enfermedades ocupacionales el daño moral, debe entenderse que en tal caso es aplicable el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que consagra que el período a indexar debe computarse desde el decreto de ejecución hasta el pago efectivo, y no desde la publicación del fallo.

Dicho criterio fue ratificado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia del caso José Gregorio Sánchez contra Schulumberger de Venezuela y Pdvsa Petróleo S.A. con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero¹⁸⁶ en la que estableció que la indexación o corrección monetaria de la indemnización por daño moral, sólo procede en caso de incumplimiento voluntario de la sentencia, en conformidad con lo establecido en el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

2.5.3. Períodos de exclusión de la Indexación

Finalmente, por lo que respecta a los períodos de exclusión del cálculo de la indexación, debe hacerse referencia a la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Social en el caso Miguel Pérez contra The Daily Journal, C.A.¹⁸⁷ con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Francheschi en la cual se establecieron los períodos que deberían excluirse del lapso computable para el cálculo inflacionario

¹⁸⁵ Jurisprudencia: Caso: Yovanny Ramón Rivero contra Dominguez y Cía S.A.. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 0984 del 21 de Septiembre de 2010. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/septiembre/0984-21910-2010-09-932.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

¹⁸⁶ Jurisprudencia: Caso: José Gregorio Sánchez contra Schulumberger de Venezuela y Pdvsa Petróleo S.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 446 del 12 de Mayo de 2010. Exp. 09-468. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0446-12510-2010-09-468.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

¹⁸⁷ Jurisprudencia: Caso: Miguel Pérez contra The Daily Journal, C.A. hoy Impresiones Newsprinter, C.A.. Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 1434 del 21 de Septiembre de 2006. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/1434-210906-051735.htm> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2006)

y que son: a) La demora procesal por hechos fortuitos o causas de fuerza mayor; por ejemplo muerte de un único apoderado en el juicio, mientras la parte afectada nombra su sustituto (artículo 165 Código de Procedimiento Civil), por fallecimiento del Juez hasta su reemplazo, o de alguna de las partes, hasta la efectiva citación o notificación de sus herederos, o de los beneficiarios previstos en el artículo 568 de la Ley Orgánica del Trabajo; por huelgas de los trabajadores tribunalicios. b) El aplazamiento voluntario del proceso por manifestación de las partes (Parágrafo Segundo el artículo 202 del Código de Procedimiento Civil); c) los lapsos sobre los cuales la causa haya estado paralizado por acuerdo entre las partes, por hechos fortuitos o de fuerza mayor, tales como la implementación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y por vacaciones judiciales.

2.6. Carga de la prueba en los procesos por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedades ocupacionales en Venezuela

En relación a la carga de la prueba en los procesos por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedades ocupacionales, debe señalarse que lo primero que debe demostrarse es la ocurrencia del accidente o el padecimiento de la enfermedad y luego la naturaleza laboral o no del accidente o enfermedad padecido por el trabajador. Una vez que se determine en base a los comentarios precedentes, la naturaleza laboral del accidente o de la enfermedad que padece el trabajador, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la jurisprudencia del caso Elvidio Mora contra Alcaldía del Municipio Arzobispo Chacon del Estado Mérida,¹⁸⁸ ha señalado que para determinar la carga de la prueba, en los casos en que se demande indemnizaciones provenientes de accidentes y enfermedades profesionales, es importante determinar la calificación jurídica de la acción, conforme al derecho demandado, esto es, si trata de un reclamo de

¹⁸⁸ Jurisprudencia: Caso: Elvidio Mora contra Alcaldía del Municipio Arzobispo Chacón del Estado Mérida. Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 13 del 06 de Febrero de 2003. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/RC013-060203-02411.htm> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2004)

indemnizaciones por responsabilidad objetiva por guarda de cosas o por responsabilidad subjetiva.

Si el trabajador reclama al empleador las indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo y por daño moral a título de responsabilidad objetiva de acuerdo a lo establecido en el artículo 1.193 del Código Civil, debe el patrono demostrar como guardián de la cosa que dicho infortunio se originó por una fuerza mayor, por el hecho intencional de la víctima, por el hecho de un tercero sin que existiere un riesgo especial; pues la teoría del riesgo la cual se basó desde sus principios en la responsabilidad objetiva, nació por cuanto la doctrina de la responsabilidad civil cubría sólo la culpa del patrono, y las acciones por indemnización de daños producto de accidentes o enfermedades profesionales estaban destinadas al fracaso por la dificultad para el trabajador de probar el hecho culposo del patrón¹⁸⁹.

En tal sentido, si el trabajador demuestra la naturaleza ocupacional del accidente o de la enfermedad y el empleador no demuestra tales eximentes de responsabilidad, deberá condenarse al pago de las indemnizaciones por responsabilidad objetiva.

Si el trabajador reclama las indemnizaciones por daños materiales por responsabilidad subjetiva consagradas en la LOPCYMAT y en el Código Civil por daño material es éste quien debe probar los extremos que conforman el hecho ilícito del patrono, es decir, le corresponde al actor demostrar que el accidente se produjo por intención, negligencia o imprudencia del empleador.

Realizados estos comentarios, debe analizarse entonces individualmente la carga de la prueba por lo que respecta al trabajador y la carga de la prueba por lo que respecta al empleador en los procesos por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional.

¹⁸⁹ Jurisprudencia: Caso: María Baptista contra Super C.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 50 del 22 de Marzo de 2001. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/050-220301-991026.htm> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2004)

2.6.1. Carga de la prueba para el trabajador

La legislación laboral venezolana consagra como se señaló en párrafos precedentes, indemnizaciones en beneficio de aquellos trabajadores que sufran un accidente o enfermedad de carácter ocupacional, en cinco textos legales, a saber: 1.- Ley del Seguro Social, 2.- Ley Orgánica del Trabajo; 3.- Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras 4.- Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo y 5.- Código Civil Venezolano.

Por una parte, las indemnizaciones consagradas en la Ley del seguro social (para los casos en que el trabajador se encuentre inscrito en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales) ó en la Ley Orgánica del trabajo (para los casos en que el trabajador no estuviere inscrito en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales) y Código Civil (daño moral) proceden a título de responsabilidad objetiva, es decir, independientemente que medie o no la culpa del empleador, una vez demostrada la ocurrencia del accidente o el padecimiento de la enfermedad y la naturaleza laboral de dichos infortunios, procederá el pago de las referidas indemnizaciones.

Por otra parte, las indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio ambiente del Trabajo y en el Código Civil (daño material), proceden a título de responsabilidad subjetiva. Debe el trabajador entonces, demostrar adicionalmente a lo antes expresado, es decir, la ocurrencia del accidente o el padecimiento de la enfermedad ocupacional y la naturaleza laboral de dichos infortunios, la relación de causalidad entre la acción u omisión del empleador y el daño sufrido, es decir, el hecho ilícito patronal para que procedan dichas indemnizaciones.

En síntesis, tal como lo ha señalado la Jurisprudencia Venezolana¹⁹⁰ en los procesos judiciales por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de

¹⁹⁰ Jurisprudencia: Caso: Eugenia Guedez contra Inversiones y Transporte Cristancho C.A Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 0444 del 14 de Abril de 2011 Exp. N° 10-817. Mag. Carmen Porras (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/0444-14411-2011-10-817.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2011)

trabajo deberá el trabajador inicialmente demostrar la ocurrencia de un accidente y que dicho accidente ocurrió en el curso del trabajo a objeto de demostrar la procedencia de las indemnizaciones consagradas a título de responsabilidad objetiva (Ley del Seguro Social, Ley Orgánica del Trabajo y Código Civil por daño moral) y deberá demostrar adicionalmente a ello, la relación de causalidad entre la acción u omisión del empleador y el daño padecido, para demostrar la procedencia de las indemnizaciones consagradas a título de responsabilidad subjetiva (LOPCYMAT y Código Civil por daño material lucro cesante)

En los procesos judiciales en los que el trabajador reclame el pago de indemnizaciones por una enfermedad ocupacional tiene la carga de demostrar la existencia de la patología que padece y que la misma se encuentra dentro de la clasificación de enfermedades ocupacionales dictada por el INPSASEL como consecuencia del mandato establecido en el artículo 70 de dicha Ley o en su defecto que sin estar dicha patología dentro de la referida clasificación la misma fue contraída o agravada como consecuencia de la labor prestada en la empresa. Deberá demostrar el trabajador, la relación de causalidad entre la acción u omisión del empleador y el daño padecido para demostrar la procedencia de las indemnizaciones consagradas a título de responsabilidad subjetiva (LOPCYMAT y Código civil por daño material).

Finalmente deberá el trabajador demostrar el grado de discapacidad ocasionado por el accidente o la enfermedad de naturaleza ocupacional, elemento fundamental, para determinar o tarifar el monto de las indemnizaciones reclamadas. Si pretende reclamar el pago de las indemnizaciones por secuelas o deformaciones permanentes deberá demostrar el daño psicológico que le afecta. Igualmente deberá aportar los elementos probatorios que sirvan para demostrar los parámetros de estimación del daño moral por parte del Juez, tales como: la edad, su grupo familiar, su grado de instrucción, su nivel socioeconómico; la capacidad económica de la empresa, las posibles agravantes de responsabilidad patronal, entre otros.

2.6.2. Carga de la prueba para el empleador

El empleador que pretenda eximirse de responsabilidad por la naturaleza no ocupacional del accidente o enfermedad sufrido por el trabajador, deberá aportar pruebas que demuestren el hecho intencional de la víctima, el hecho de un tercero sin que exista riesgo especial y la causa extraña no imputable como eximentes de responsabilidad.

Si el empleador reconoce la naturaleza laboral del accidente o la enfermedad padecida por el trabajador pero niega la procedencia de las indemnizaciones reclamadas, deberá demostrar, la inscripción del trabajador en el sistema de seguridad social Venezolano, con la finalidad de subrogarse en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales y conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República¹⁹¹, sea dicho Instituto quien pague al trabajador las indemnizaciones establecidas en la legislación a título de responsabilidad objetiva, vale decir, Ley Orgánica del trabajo.

Deberá el empleador demostrar la realización de acciones positivas para garantizar la seguridad y salud laboral en el centro de trabajo con la finalidad de desvirtuar la relación de causalidad entre la acción u omisión patronal y el daño sufrido por el trabajador; con ello eximirse del pago de las indemnizaciones establecidas en la LOPCYMAT y el Código Civil por daño material (emergente - lucro cesante) a título de responsabilidad subjetiva o en su defecto demostrar que el grado de discapacidad del actor fue parcial y permanente para eximirse del pago de la indemnización por lucro cesante en caso que se demuestre el hecho ilícito.

Deberá el empleador igualmente demostrar las posibles atenuantes a su favor a los efectos de disminuir la estimación del daño moral que pudiere hacer el

¹⁹¹ Jurisprudencia: Caso: Uvencio Fernandez Rodríguez contra Telares de Maracay C.A., Texfin C.A., Politex y otros . Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1217 del 27 de Septiembre de 2005. Exp. 05-094 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/1217-270905-05094.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010) Francheschi

Juez del Trabajo¹⁹² al momento de decidir la causa, tales como: la asunción de gastos médicos, quirúrgicos o farmacéuticos, colaborar en la tramitación de la pensión de incapacidad ante el Seguro social, el período corto de la relación de trabajo, la suscripción de pólizas de responsabilidad patronal a favor del trabajador entre otros.

2.7 Medios probatorios que pueden aportar las partes en un proceso por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedades ocupacionales en Venezuela

Es difícil enumerar todos los medios probatorios de los que se puedan servir las partes en estos procesos para sustentar sus pretensiones, defensas o excepciones, sin embargo, necesario es enumerar algunos de los medios probatorios más importantes y comunes en este tipo de procesos.

2.7.1 Por lo que respecta al trabajador

Los medios probatorios que puede aportar el trabajador como parte demandante en un proceso por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente o enfermedad de carácter ocupacional, son los siguientes:

2.7.1.1 Para demostrar la ocurrencia y la naturaleza ocupacional del accidente o la enfermedad

Como se señaló anteriormente, lo primero que debe demostrar el trabajador en un proceso por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente o enfermedad ocupacional, es la ocurrencia del accidente o el padecimiento de la enfermedad y el carácter ocupacional de dichos infortunios, es decir, si se trata de accidente que el mismo ocurrió en el curso del trabajo, por el hecho o con ocasión del trabajo y si se trata de una enfermedad, el padecimiento de la misma, que dicha enfermedad se encuentra dentro del listado de enfermedades

¹⁹²Jurisprudencia: Caso: Ángel Mendoza contra General Motors C.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1209 del 03 de Noviembre de 2010. Exp. 09-232. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1209-31110-2010-09-232.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010) Alfonso Valbuena

ocupacionales establecido por el INPSASEL y que fue contraída o agravada con ocasión del trabajo.

En tal sentido, en virtud que el órgano competente para determinar la naturaleza laboral de un accidente o el carácter ocupacional de una enfermedad padecida por el trabajador, es conforme al contenido del artículo 76 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laboral, deberá el trabajador aportar como elemento probatorio para ello, básicamente la certificación médica ocupacional emitida por este órgano administrativo.

Si el trabajador no aporta la certificación médica ocupacional deberá demostrar el carácter ocupacional del accidente o la enfermedad que padece a través de otros medios probatorios, por lo que respecta al accidente podrá aportar pruebas periciales ó testimoniales que demuestren tal naturaleza ocupacional del accidente y por lo que respecta a la enfermedad podrá aportar pruebas documentales contentivas de informes médicos ratificados por quienes los emiten o pruebas periciales que demuestren el padecimiento de dicha patología y la naturaleza ocupacional de la misma.

El trabajador podrá aportar como documental en ausencia de certificación medica ocupacional que pudiera generar una presunción en cuanto a la naturaleza ocupacional del accidente o la enfermedad la notificación que haya realizado el empleador al INPSASEL dentro de las 24 horas siguientes al accidente o la enfermedad, pues con dicha notificación podría estar reconociendo la empresa tácitamente la naturaleza laboral del accidente o de la enfermedad.

2.7.1.2. Grado de discapacidad

Una vez que el trabajador demuestra la naturaleza laboral del accidente de trabajo o el carácter ocupacional de la enfermedad, debe demostrar el grado de discapacidad que le ocasionó dicho accidente a los efectos de permitir tarifar las indemnizaciones reclamadas, pues todas las indemnizaciones contenidas en las

leyes Venezolanas por accidentes de trabajo se determinan ó estiman en base al grado de discapacidad sufrido por el trabajador.

Para demostrar el grado de discapacidad, conforme al contenido del Baremo Nacional para la asignación de porcentajes de discapacidad por enfermedades ocupacionales y accidentes de trabajo¹⁹³, deberá aportar el trabajador el dictamen de la Junta evaluadora Regional del INPSASEL ó en su defecto para aquellos procesos ventilados antes del 25 de Abril de 2013, deberá aportar el informe de la Junta médica evaluadora del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales a través del cual se determina el porcentaje de discapacidad del actor que lo constituye la planilla forma 14-100 a través de la cual la Junta médica evaluadora del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales determina el grado de discapacidad del trabajador, luego del cumplimiento de las 52 semanas de reposo.

Si el trabajador pretendiere el pago de las indemnizaciones por secuelas o deformaciones permanentes establecidas en la LOPCYMAT, deberá demostrar el padecimiento psicológico que le afecta más allá de la discapacidad, para ello, deberá aportar el informe psicológico en el que se evidencien tales secuelas o deformaciones permanentes o en su defecto que la certificación médica ocupacional del INPSASEL en la que señale tales secuelas o deformaciones.

Al respecto, debe señalarse que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Jesús Cardona contra Vencerámica¹⁹⁴, negó la procedencia de las indemnizaciones por secuelas o deformaciones por no encontrarse demostrado en la certificación médica ocupacional la afección psicológica, pareciera entonces que dichas secuelas deben indicarse en tal certificación y determinarlas el órgano competente para ello.

¹⁹³ Instructivo del baremo nacional para la asignación de porcentajes de discapacidad por enfermedades ocupacionales y accidentes de trabajo. Gaceta Oficial N° 40.154 del 25 de Abril de 2013.

¹⁹⁴ Jurisprudencia: Caso: Jesús Miguel Cardona contra Vencerámica. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1369 del 25 de Noviembre de 2010. Exp. 09-1038 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1369-251110-2010-09-1038.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

2.7.1.3. Hecho ilícito patronal

Luego de demostrada la ocurrencia del accidente o el padecimiento de la enfermedad así como la naturaleza de los mismos y el grado de discapacidad que le ocasionó al trabajador tal accidente o enfermedad, si el empleador no impugna durante el proceso dichas pruebas documentales que demuestran tal naturaleza del infortunio y tal grado de discapacidad, ello hará procedente el pago de las indemnizaciones establecidas a título de responsabilidad objetiva a favor del trabajador en la Ley Orgánica del Trabajo (en caso que no estuviere inscrito en el sistema de seguridad social) y en el Código Civil por daño moral.

Sin embargo, si el trabajador reclama adicionalmente a las indemnizaciones por responsabilidad objetiva antes mencionadas, las indemnizaciones consagradas a título de responsabilidad subjetiva contenidas en la LOPCYMAT y en el Código Civil Venezolano por daño material (emergente - lucro cesante) debe demostrar el hecho ilícito patronal, es decir, la relación de causalidad entre el daño padecido y la acción u omisión del empleador.

Con respecto al hecho ilícito patronal debe diferenciarse el supuesto generador de las indemnizaciones por daño material consagradas en el Código Civil (daño emergente- lucro cesante) y el hecho generador de las indemnizaciones establecidas en la LOPCYMAT.

2.7.1.4. Hecho generador de la indemnización por daño emergente

Una vez que el trabajador aporte elementos que demuestren la naturaleza del accidente o el carácter ocupacional de la enfermedad padecida por el trabajador y el grado de discapacidad, si su empleador no lo inscribió en el sistema de seguridad social Venezolano (constituyendo dicha omisión un hecho ilícito conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia)¹⁹⁵, se infiere que debe soportar el trabajador como

¹⁹⁵ Jurisprudencia: Caso: Víctor Hugo Racine contra Sea Teach de Venezuela C.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 12 del 19 de Febrero de 2013. Exp. 09-799. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/0012-19213-2013-09-799.html> (fecha de consulta: 27 de Abril de 2013)

consecuencia de dicho incumplimiento la carga del pago de los gastos médicos, quirúrgicos, asistenciales y farmacéuticos erogados en centros de salud privados como consecuencia del accidente o la enfermedad, por tanto deberá el trabajador aportar al proceso todas aquellas facturas que demuestren las erogaciones realizadas y deberá solicitar la ratificación ante el Tribunal de los terceros de quienes emanan, bien sea a través de la prueba testimonial o de informes, para que ello de lugar a la reparación del daño emergente.

2.7.1.5. Hecho generador de la indemnización por Lucro cesante

Una vez que el trabajador aporte elementos que demuestren la naturaleza ocupacional del accidente o de la enfermedad siempre y cuando el grado de discapacidad sea total y permanente para cualquier actividad que padece, deberá demostrar la relación de causalidad entre la acción u omisión patronal y el daño, es decir, deberá demostrar la responsabilidad subjetiva del empleador por negligencia, imprudencia o impericia en la ocurrencia del accidente o en la contracción o agravamiento de la enfermedad.

Entre otros elementos probatorios que pueden ser utilizados por el trabajador para demostrar tal responsabilidad subjetiva del empleador, básicamente encontramos el informe de investigación suscrito por funcionarios de INPSASEL a través del cual se deje constancia de los incumplimientos de la empresa en materia de seguridad y salud laboral.

Con respecto a esta documental suscrita por los funcionarios del INPSASEL, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia¹⁹⁶, ha señalado que no sólo basta la apreciación de dicho informe para declarar el incumplimiento y la responsabilidad subjetiva de la empresa en el daño, sino que es necesario que el Juez valore la totalidad del material incorporado al proceso y no dicho informe de manera aislada.

¹⁹⁶ Jurisprudencia: Caso: Ángel Ramón Álvarez contra Ferroaluminio C.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 0447 del 26 de Abril de 2011. Exp. 09-1516. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/0447-26411-2011-09-1516.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2011)

En tal sentido, el sólo informe a través del cual los funcionarios del INPSASEL dejan constancia del incumplimiento de determinadas normas en materia de seguridad y salud laboral no determina la responsabilidad subjetiva del empleador, pues debe el Juez analizar la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión patronal conjuntamente con otras pruebas y declaraciones de partes aportadas al proceso para llegar a una conclusión que le permita determinar la existencia o no de un hecho ilícito.

Por consiguiente, deberá el trabajador valerse de cualquiera de los medios probatorios establecidos en la Ley Orgánica procesal del Trabajo vale decir, instrumentos públicos, privados, reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, documentos emanados de terceros, experticia, testimoniales, declaración de parte, reproducciones, copias y experimentos, inspección judicial; para demostrar el hecho ilícito patronal.

Si el trabajador logra demostrar, que existen fundados elementos probatorios que determinan la relación de causalidad entre el daño sufrido por él y la acción u omisión patronal y reclama la indemnización por daño material a título de lucro cesante, lo único que deberá demostrar es su edad para que en base a la edad promedio del Venezolano conforme al Instituto Nacional de Estadísticas se pueda determinar el monto de la indemnización correspondiente.

Sin embargo, antes de acordar dicha indemnización, deberá precisarse primeramente si el trabajador se encontraba inscrito o no en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales y si el grado de discapacidad fue parcial o total; pues de estar inscrito el trabajador en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales y ser el grado de discapacidad parcial no podría acordarse dicha indemnización aún cuando existiere hecho ilícito, porque se entiende que la ganancia que deja de percibir el trabajador en el futuro es pagada por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales a través de la pensión de por vida que se le acuerda a tal efecto y adicionalmente a ello, podrá dedicarse el trabajador a otras funciones o labores que le representen una remuneración diferente a la que

desempeñaba para el momento del accidente o el padecimiento de la enfermedad.

2.7.1.6. Hecho generador de la indemnización por discapacidad establecida en la LOPCYMAT

De una lectura de los criterios jurisprudenciales precedentemente expuestos, pareciera que en algunas decisiones, para la Sala de Casación Social del máximo Tribunal de la República es suficiente que el empleador haya omitido determinados deberes en materia de seguridad y salud laboral independientemente que dicha acción u omisión no hayan sido las causantes del daño, para que se declare la procedencia de la indemnización establecida en la LOPCYMAT a título de responsabilidad subjetiva y en otras decisiones aún cuando la Sala ha constatado incumplimientos ha considerado que los mismos son determinantes en la determinación de la responsabilidad subjetiva. La LOPCYMAT prevé como supuesto de procedencia de las indemnizaciones por responsabilidad subjetiva que el daño haya sido consecuencia de tal acción u omisión, en tal sentido, no es suficiente únicamente demostrar la omisión patronal de determinadas normas de seguridad y salud laboral, sino que es necesario demostrar la relación de causalidad entre dicha omisión y el daño padecido, pues si el incumplimiento por parte del empleador de la normativa en materia de salud y seguridad laboral le genera una sanción administrativa al empleador para la procedencia de la indemnización por discapacidad debe demostrarse la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión patronal carga que le corresponde al trabajador.

2.7.1.7. Elementos para la determinación del daño moral

Como se ha señalado en párrafos precedentes, luego de demostrada la naturaleza ocupacional del accidente o de la enfermedad padecida por el trabajador y el grado de discapacidad que ocasionó el mismo, en razón que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, ha considerado que la indemnización por daño moral procede a título de responsabilidad objetiva, el

trabajador no tendrá que demostrar el hecho ilícito para su procedencia, pero en virtud que dicha indemnización deberá ser estimada por el Juez en base a una serie de parámetros, tales como: la edad, su grupo familiar, su grado de instrucción, su nivel socioeconómico; la capacidad económica de la empresa, las posibles agravantes de responsabilidad, las posibles atenuantes, entre otros, el trabajador deberá aportar elementos probatorios al proceso, que demuestren dichos parámetros y le faciliten al Juez la labor de estimación del mismo.

Al respecto, es necesario señalar que desde el punto de vista procesal, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (norma que derogó la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo¹⁹⁷), eliminó los requisitos contemplados en el artículo 58 de dicha Ley y estableció dentro de su articulado los requisitos que debe cumplir quien pretende obtener una indemnización derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, ellos son: 1) Naturaleza del accidente o enfermedad; 2) El tratamiento médico o clínico que recibe; 3) El centro asistencial donde recibe o recibió el tratamiento médico; 4) naturaleza y consecuencias probables de la lesión; 5) descripción breve de las circunstancias del accidente. Obsérvese que no se exige la indicación del salario devengado por el trabajador para el momento del accidente; sin embargo, tal requisito debe llenarse, ya que forma parte del objeto de la demanda, en virtud que las indemnizaciones establecidas en el ordenamiento jurídico por accidente o enfermedad ocupacional, se determinan o tarifican en base al monto del salario devengado por el trabajador para el momento del accidente o la enfermedad, elemento importante también para la estimación del daño moral, pues el nivel económico del trabajador se determina también en base a dicho ingreso.

A estos requisitos establecidos en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se considera que dados los parámetros establecidos por la Sala de Casación Social para la estimación de daño moral, deben adicionarse otros, tales como: indicación en el escrito de demanda de la edad del trabajador, el tamaño de su grupo

¹⁹⁷ Ley Orgánica de Tribunales y procedimientos del Trabajo. Gaceta oficial N° 26.116 del 19/11/1959.

familiar, el grado de instrucción, su nivel socioeconómico; la capacidad económica de la empresa, las posibles agravantes de responsabilidad, las posibles atenuantes, entre otros, ya que deberá el trabajador indicar dichos parámetros en la demanda para permitir el controvertido, asegurar el derecho a la defensa permitir la consignación de los elementos probatorios al proceso que demuestren dichos parámetros y le faciliten al Juez la labor de estimación del mismo.

En tal sentido, como se señaló anteriormente, en virtud que la Sala de Casación Social del Tribunal de Supremo ha asumido la procedencia del daño moral a título de responsabilidad objetiva, no deberá el trabajador demostrar el hecho ilícito sino únicamente la naturaleza ocupacional del accidente o la enfermedad y el grado de discapacidad para que proceda dicha indemnización, lo que si debe hacer el trabajador es aportar los elementos que permitan al Juez la estimación razonable de dicha indemnización por daño moral.

El cumplimiento de tales requisitos debe ser exigido por los Jueces de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo a través del despacho saneador consagrado en el artículo 124 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, institución procesal que permite la depuración del proceso de vicios procesales, asegurando de esa manera que el Juez que en definitiva debiere estimar el monto del daño moral, cuente con los elementos suficientes para realizar tal estimación en base a los parámetros establecidos por la Sala de Casación Social.

2.7.2 Por lo que respecta al empleador

El empleador que reciba una demanda por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, si desea eximirse totalmente de la responsabilidad deberá demostrar o bien el hecho intencional de la víctima o la causa extraña no imputable o el hecho de un tercero sin que existiera riesgo especial y para ello, podrá aportar los elementos probatorios, tales como instrumentos públicos, privados, reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, documentos emanados de terceros, experticia, testimoniales, declaración de parte, reproducciones, copias y experimentos, inspección judicial

que contribuyan a desvirtuar que el accidente no sucedió con ocasión del trabajo o que la enfermedad no fue contraída o agravada con ocasión del trabajo.

Ahora bien, si el empleador reconoce la naturaleza ocupacional del accidente o la enfermedad del trabajador pero disiente de la procedencia de las indemnizaciones reclamadas, deberá demostrar: 1.- Si desea desvirtuar el grado de discapacidad atribuido al trabajador por el mismo INPSASEL ó por la Junta médica evaluadora del IVSS, podrá promover experticias médicas de profesionales de la salud que logren desvirtuar el contenido de dichos informes de discapacidad y que demuestre que el grado de discapacidad del trabajador es inferior al determinado por el INPSASEL o por el IVSS. 2.- Si desea eximirse del pago de las indemnizaciones de la Ley Orgánica del Trabajo, podrá promover la inscripción del trabajador en el sistema de seguridad social Venezolano, con la finalidad de subrogarse legalmente en el Instituto Venezolano de los Seguro Sociales, de tal manera que conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República¹⁹⁸ sea dicho Instituto quien pague al trabajador las indemnizaciones establecidas en la legislación a título de responsabilidad objetiva (vale decir, Ley Orgánica del Seguro Social o LOPCYMAT una vez que entre en funcionamiento la tesorería de la seguridad social) ó en su defecto pueda eximirse de reclamaciones de gastos médicos reclamados a título de daño emergente.

Dicha inscripción podrá demostrarse mediante el aporte de la planilla forma 14-02 con sello húmedo y firma de recepción del Instituto Venezolano de los seguros sociales o a través del soporte documental que arroja el sistema automatizado y de autoliquidación Tiuna en la página web del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (www.ivss.gov.ve) una vez que el empleador inscriba al trabajador en dicho sistema.

¹⁹⁸ Jurisprudencia: Caso: Uvencio Fernández Rodríguez contra Telares de Maracay C.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1217 del 27 de Septiembre de 2005. Exp. N° 05-094 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/1217-270905-05094.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

El empleador que desee eximirse del pago de las indemnizaciones a título de responsabilidad subjetiva consagradas en la LOPCYMAT y en el Código Civil por daño material, deberá demostrar la realización de acciones positivas para garantizar la seguridad y salud laboral en el centro de trabajo con la finalidad de desvirtuar la relación de causalidad entre la acción u omisión patronal y el daño sufrido por el trabajador, dichas acciones podrán ser demostradas, por ejemplo con la exhibición del registro de comité de seguridad y salud laboral ante el INPSASEL, libro de Actas de dicho comité, el programa de seguridad y salud laboral evidencias que demuestren la operatividad del mismo, las notificaciones de riesgos, manuales de prevención, cursos y programas de capacitación y adiestramiento, existencia de servicio médico, las condiciones de infraestructura del centro de trabajo constatados mediante inspección judicial, la realización de exámenes médicos, pre-vacacionales, pre-empleo y post empleo, entre otros.

Finalmente en virtud que conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia establecida desde el caso Hilados Flexilón, una vez demostrada la naturaleza ocupacional de un accidente o enfermedad padecida por el trabajador nada podrá hacer el empleador para eximirse del pago de la indemnización por daño moral, deberá demostrar las posibles atenuantes en su favor a los efectos de disminuir la estimación de dicha indemnización por daño moral que pudiere hacer el Juez al momento de decidir la causa, tales como: la asunción de gastos médicos, quirúrgicos o farmacéuticos a través de facturas que demuestren el pago de los mismos, la suscripción de pólizas de responsabilidad patronal a favor del trabajador, el tiempo corto de la relación de trabajo, el pago de los conceptos derivados de la relación de trabajo mediante los recibos de pago, entre otros.

2.8. Oportunidad para la prueba en el proceso laboral Venezolano

Luego de analizada la carga de la prueba en los procesos por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional debe analizarse la oportunidad de la prueba en el proceso laboral Venezolano, al

respecto, debe señalarse que el procedimiento en primera instancia consagrado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, tiene básicamente dos fases: una primera, de sustanciación y mediación y una segunda, de juicio o de cognición.

La primera fase (de sustanciación y mediación) tiene como momento estelar la audiencia preliminar que es de carácter privado, se celebra ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución (unipersonal) al décimo día hábil siguiente a la notificación del demandado, tiene una duración máxima de cuatro meses y tiene como propósito principal la autocomposición del proceso mediante la utilización de los medios alternativos de solución de conflictos (conciliación y mediación).

La segunda fase (de juicio) tiene como momento estelar la audiencia de juicio, que es oral y pública, se celebra en aquellos procesos en los que las partes luego del agotamiento de la audiencia preliminar, no logran un acuerdo que le ponga fin a la controversia y es la oportunidad en la que se materializa la fase de cognición, así como los principios de inmediación, concentración y oralidad, pues allí se oyen los alegatos y defensas de las partes de manera oral y en presencia del Juez, se evacúan las pruebas de ambas partes, se controlan dichas pruebas y se dicta una sentencia de manera oral.

La fase de sustanciación y mediación se inicia con la interposición de una demanda de manera escrita, que es distribuida entre los Jueces de sustanciación, mediación y ejecución de la Circunscripción Judicial, quien una vez recibida debe o bien dictar un despacho saneador a través del cual le ordena al demandante subsane la demanda, o bien admite la misma cuando considere que no adolece de vicio alguno.

En el supuesto que admita la demanda, debe ordenar el emplazamiento del demandado para que comparezca a la celebración de la audiencia preliminar, que se realizará al décimo día hábil siguiente a que conste en el expediente su notificación.

Una vez llegada la fecha y hora para la celebración de la audiencia preliminar, puede ocurrir que el demandante no comparezca, en cuyo caso opera el desistimiento del procedimiento y debe esperar 90 días continuos como sanción para volver a demandar. Si es el demandado quien incomparece, los efectos para él serán letales por cuanto deberá dictarse una sentencia por admisión de hechos, a través del cual el Juez mediador tiene por admitidos los hechos y debe encuadrar dichos hechos en la procedencia o no en derecho de la pretensión.

Si llegada la fecha y hora para la celebración de la audiencia preliminar, comparecen ambas partes, lo primero que deben hacer es presentar sus escritos de promoción de pruebas, pues es la única oportunidad para que las partes promuevan de manera preclusiva las pruebas que tengan como sustento de sus afirmaciones. Dicha audiencia tiene una duración máxima de cuatro meses. Si transcurrido ese lapso, o antes, el Juez mediador considera que dicha causa no se logrará mediar, debe declarar finalizada la audiencia y permitir al demandado dar contestación a la demanda interpuesta en su contra, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la finalización de dicha audiencia.

Una vez que el demandado contesta la demanda, el Juez mediador al sexto día hábil siguiente de la finalización de la audiencia preliminar, remite el expediente al Juez de Juicio.

Recibido por el Juez de Juicio el expediente, se inicia la segunda fase del procedimiento en primera instancia, la fase de juicio debe el Juez, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción del expediente, proceder a providenciar (admitir o inadmitir) las pruebas promovidas por las partes al inicio de la audiencia preliminar y fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia de juicio oral y pública que deberá realizarse dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de dicho auto.

Llegado el día y la hora para la celebración de la audiencia de juicio oral y pública, el Juez oirá los alegatos y defensas de ambas partes, procederá a la evacuación de las pruebas (documentales, testimoniales, periciales, entre otras) y

finalizado el debate probatorio tendrá un lapso máximo de 5 días hábiles para dictar el dispositivo del fallo, debiendo publicar el texto íntegro de la sentencia dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que dicte el dispositivo oral del fallo.

Contra esa decisión, puede la parte perdedora apelar en ambos efectos (suspensivo y devolutivo) ante el Juez Superior del Trabajo (especializado y unipersonal) dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se publica el fallo. Una vez que el Juez Superior recibe el expediente, fija fecha y hora para la celebración de la audiencia de apelación, en la que se oirán los argumentos de la parte recurrente y se dictará el dispositivo del fallo en un lapso máximo de 5 días hábiles, debiendo publicar el texto íntegro de la sentencia dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que dicta el dispositivo oral del fallo. Contra esa decisión se podrá interponer recurso de casación ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia o recurso de control de legalidad ante la misma Sala cuando la cuantía no alcance para acudir a la Casación.

Pues bien, el debido proceso y el derecho a la defensa, como principios constitucionales consagrados en el artículo 49 del texto Constitucional, deben garantizarse en todo el curso procesal, concediendo al demandante y al demandado, entre otros, la posibilidad de: 1) Realizar alegatos, oponer excepciones y controvertir los hechos invocados en su contra; 2) Promover pruebas en su favor; 3) Evacuar esas pruebas que fueron promovidas en la oportunidad procesal correspondiente; 4) Controlar las pruebas que hayan sido promovidas por su contraparte en el proceso y 5) Hacer valer sus pruebas en caso de impugnación por su contraparte pues tal como lo señala Rivera,¹⁹⁹ el proceso justo, el derecho de defensa y la garantía en general de los derechos,

¹⁹⁹ Rivera M. Rodrigo. Actividad probatorio y valoración racional de la prueba. Librería J.Rincón. Barquisimeto Venezuela. 2010

sería prácticamente imposible sin un sistema de pruebas; es más, daría pie a la anarquía y a la inseguridad.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece la oportunidad preclusiva en que el demandante y demandado deben hacer uso de cada una de estas garantías procesales; en ese sentido, se tiene que por lo que respecta a los alegatos y pretensiones, el demandante deberá hacerlo en el escrito de demanda que deberá interponer dentro del lapso de prescripción establecido en la LOPCYMAT (que se desarrollará seguidamente); por lo que respecta a la oposición de excepciones y controvertir los hechos invocados en su contra, es decir, negar la naturaleza ocupacional del accidente o la enfermedad o en su defecto reconocer tal naturaleza ocupacional pero negar la procedencia de las indemnizaciones reclamadas el demandado deberá hacerlo en el escrito de contestación de demanda que debe presentar al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución dentro de los cinco días hábiles siguientes a la finalización de la audiencia preliminar.

Por lo que respecta a la oportunidad para promover pruebas, según el artículo 73 de la Ley, ambas partes deben hacerlo en la audiencia preliminar. Sin embargo, en razón que la audiencia preliminar puede durar hasta cuatro meses, en el transcurso de ese período pueden celebrarse diferentes prolongaciones, en tal sentido, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia²⁰⁰ ha sido más específica en señalar que dentro de la audiencia preliminar, dicho escrito de promoción de pruebas debe presentarse de manera preclusiva en la audiencia preliminar primigenia o de instalación, sin que le esté permitido a las partes promover pruebas en las prolongaciones de la audiencia preliminar; deberá entonces la parte demandante promover en dicha audiencia los elementos probatorios que demuestren la naturaleza ocupacional del accidente o la

²⁰⁰ Jurisprudencia: Caso: Jorge Estrela de Brito contra Corporación Compusofts 2000 C.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1451 del 28 de Septiembre de 2006. Exp. N° 06-555 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/1451-280906-06555.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

enfermedad y el demandado los elementos probatorios que desvirtúen la pretensión del actor.

Por lo que respecta a la evacuación y control o impugnación de las pruebas, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo para garantizar el principio de concentración, señala que es en la audiencia de juicio la oportunidad en la cual se deben evacuar la totalidad de las pruebas promovidas por ambas partes y conceder a las partes el derecho a controlar las mismas.

Finalmente, por lo que respecta al derecho a persistir o hacer valer sus pruebas en caso de impugnación por su contraparte, la Ley señala que es en la misma audiencia de juicio en la que se evacúan y controlan las pruebas, la oportunidad en que la parte demandante y demandada pueden insistir en el valor probatorio de sus pruebas si son desconocidas o impugnadas por su contraparte.

En el proceso diseñado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, como se puede observar, se garantizan cada uno de los elementos del debido proceso antes enunciados, sin embargo, la Ley establece distintas consecuencias para el supuesto en que el demandante ó bien el demandado no cumpla con algunas de las cargas procesales impuestas y por consiguiente, pierda la posibilidad de controvertir los hechos invocados en su contra, de promover pruebas en su favor, de controlar las pruebas promovidas por su contraparte ó bien insistir sus propias pruebas en caso de desconocimiento o impugnación, por ello, se hace necesario diferenciar las consecuencias que la Ley impone al demandante y particularmente al demandado en caso de omitir alguna carga procesal, supuesto en el cual podría perder la posibilidad de ejercer una de acciones o dichas defensas.

2.8.1. Cargas procesales

Como se señaló anteriormente, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, consagra diferentes cargas procesales tanto para la parte demandante como para la parte demandada en el procedimiento de primera instancia; la primera de ellas, para el demandante interponer la acción judicial antes del vencimiento del lapso

de prescripción establecido en la LOPCYMAT, la segunda de ellas, para ambas partes, comparecer a la celebración de la Audiencia preliminar de instalación o primigenia (que es una audiencia privada que se celebra ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución y que tiene como propósito fundamental lograr la resolución de la controversia a través de uno de los medios alternos de solución de conflictos). La tercera de ella, el deber de ambas partes, de manera preclusiva de promover en esa audiencia preliminar las pruebas que quieran evacuar en la fase de juicio.

La cuarta de ellas, comparecer a las diferentes prolongaciones de la referida audiencia preliminar hasta su conclusión, la quinta de ellas para el demandado, contestar la demanda interpuesta en su contra dentro de los cinco días hábiles siguientes a la finalización de la audiencia preliminar y la sexta de ellas para ambas partes, comparecer a la audiencia de juicio oral y pública (que es una audiencia pública que se celebra ante el Juez de Juicio, que tiene como propósito la resolución de la controversia mediante una sentencia definitiva que se dicte luego del contradictorio oral) y del debate probatorio, pues será en dicha audiencia en la que se evacuarán y controlarán la totalidad de las pruebas promovidas por las partes y en la que debe el juez de juicio, bajo apercibimiento de incurrir en causal de destitución, dictar el dispositivo del fallo transcurridos 60 minutos a la conclusión del debate probatorio, debiendo igualmente publicar el texto íntegro de la decisión dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se dicta el dispositivo.

Pues bien, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, consagra diferentes consecuencias para el supuesto en que la parte demandante ó demandada no asuma alguna de las referidas cargas procesales y la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, ha desarrollado o ampliado tales consecuencias con la finalidad de adecuarlas al debido proceso y al derecho a la defensa, consagrados como principios procesales en el texto constitucional.

2.8.1.1. Efectos para la incomparecencia de la parte demandante y demandada a la Audiencia preliminar de Instalación

Si es el demandante quien incomparece a la audiencia preliminar de instalación, la consecuencia por tal incomparecencia es el desistimiento del procedimiento; pudiendo volver a demandar luego de transcurridos 90 días continuos.

Para el supuesto, en que la parte demandada no comparezca a la celebración de la audiencia preliminar de instalación o primigenia ante el Juez de Sustanciación, mediación y ejecución, la consecuencia consagrada en el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, es la declaratoria de presunción de admisión de hechos de carácter absoluta (jure et jure); de tal manera que deberá el Juez dictar inmediatamente una sentencia (en rebeldía), ajustando los hechos que fueron señalados en el escrito de demanda y la pretensión del actor a la procedencia en derecho de los conceptos reclamados.

En tal sentido, el empleador que no comparezca ante el Juez de Sustanciación, mediación y ejecución para la fecha y hora de celebración de la audiencia preliminar (de instalación o primigenia), en principio, no podrá alegar ni demostrar con posterioridad a dicha incomparecencia nada en su favor sobre el fondo de la controversia, salvo que logre demostrar ante el Juez Superior, algún motivo justificado para dicha incomparecencia; en cuyo supuesto el Tribunal de alzada podrá ordenar la reposición de la causa al estado de celebrar nueva audiencia preliminar.

En principio entonces, la presunción de admisión de hechos declarada como consecuencia de la incomparecencia de la parte demandada a la audiencia preliminar de instalación es de carácter absoluta, pues de no lograr el demandado ante el Juez Superior demostrar los motivos que justificaron su incomparecencia a la audiencia preliminar, quedará firme la decisión del Juez de sustanciación, mediación y ejecución que presumió admitidos por el demandado los hechos

señalados en el escrito de demanda y que sin prueba alguna aportada por la demandada, debió decidir de manera inmediata conforme a dicha confesión.

Se considera entonces que la incomparecencia del demandado a la Audiencia Preliminar de instalación, implica para él la sanción más grave dentro del proceso, pues no sólo se verá impedido de negar los hechos señalados en su contra, pues no podrá dar contestación a la demanda, sino que adicionalmente a ello, no podrá demostrar nada que lo favorezca sobre el fondo de la controversia, ni controlar las pruebas promovidas por su contraparte, pues el Juez de Sustanciación, mediación y ejecución, se limitará a decidir en base a la admisión de hechos, a lo indicado en el escrito de demanda y a la procedencia en derecho de la pretensión.

2.8.1.2. Efectos de la incomparecencia de la parte demandante y demandada a la Prolongación de la Audiencia Preliminar

Como la audiencia preliminar tal como lo ha señalado Villasmil²⁰¹ es un estado del proceso y no un acto del proceso, tal audiencia puede durar hasta un máximo de cuatro meses, por tanto se debe diferenciar la audiencia preliminar de instalación en la que las partes deben promover de manera preclusiva las pruebas, de la prolongación de la audiencia preliminar.

Si es el demandante quien incomparece a la prolongación de la audiencia preliminar, el efecto para tal incomparecencia es el mismo para la incomparecencia a la audiencia preliminar de instalación, el desistimiento del procedimiento; pudiendo volver a demandar luego de transcurridos 90 días continuos.

Sin embargo, si es el demandado quien incomparece a la prolongación de la audiencia preliminar, es necesario señalar que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en su artículo 131 hace referencia a la incomparecencia del demandado a la celebración de la Audiencia preliminar, sin diferenciar los efectos de dicha

²⁰¹ Villasmil Fernando y Villasmil María. Nuevo Procedimiento Laboral Venezolano. Librería Europa. Maracaibo. Venezuela 2003. página 131.

incomparecencia a la audiencia preliminar primigenia o de instalación de los efectos de la incomparecencia a la prolongación de la audiencia preliminar.

Es por ello, que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia²⁰², consideró necesario diferenciar los efectos o consecuencias para la incomparecencia de la parte demandada a la celebración de la audiencia preliminar de instalación o primigenia, de los efectos o consecuencias para la incomparecencia de la parte demandada a la celebración de la prolongación de la audiencia preliminar, pues en la audiencia preliminar de instalación, conforme a la interpretación dada al artículo 73 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia²⁰³, es que las partes deben promover de manera preclusiva la totalidad de las pruebas, es decir, que si se celebra una prolongación de la audiencia preliminar, debe inferirse que ya el demandante y el demandado promovieron pruebas en su favor en la audiencia preliminar de instalación y tienen derecho a que las mismas sean evacuadas, controladas por las partes y valoradas por el Juez de Juicio.

Debe recordarse en relación con lo anterior, que la audiencia preliminar no constituye un acto del proceso sino un estado del proceso, es decir, el Juez de Sustanciación, mediación y ejecución, luego de la celebración de la audiencia preliminar de instalación o primigenia, podrá el Juez de Sustanciación, mediación y ejecución celebrar, en un plazo máximo de cuatro meses, cuantas prolongaciones considere necesarias para la consecución de un acuerdo entre las partes, en tal sentido, las consecuencias para la incomparecencia de la parte demandada a la celebración de la audiencia preliminar de instalación o primigenia, deben diferenciarse de las consecuencias para la incomparecencia de la parte demandada a la celebración de alguna de las prolongaciones de la audiencia preliminar, básicamente por cuanto conforme al contenido del artículo 73 de la Ley

²⁰² Jurisprudencia: Caso: Ricardo Pinto contra Coca Cola Femsa de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1300 del 15 de Octubre de 2004. Exp. N° 04-905 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Octubre/1300-151004-04905.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

²⁰³ Jurisprudencia: Caso: Jorge Estrela de Brito contra Corporación Compusofts 2000 C.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1451 del 28 de Septiembre de 2006. Exp. N° 06-555 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/1451-280906-06555.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

Orgánica Procesal del Trabajo, la única oportunidad procesal que tienen las partes para promover pruebas es en la audiencia preliminar y dentro de dicha audiencia la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha sido mas específica en considerar que es en la primera audiencia preliminar o audiencia de instalación.

En tal sentido, a diferencia de la audiencia preliminar de instalación, en la cual la parte demandada no ha promovido prueba alguna en su favor para enervar la pretensión del demandante, la incomparecencia de la demandada a una prolongación de dicha audiencia, implica que necesariamente hubo una audiencia preliminar de instalación o primigenia en la que tanto la parte demandante como la parte demandada promovieron pruebas en su favor y que en aplicación del debido proceso como principio consagrado en nuestro texto constitucional, deben ser evacuadas y valoradas por un Juez (en este caso del Juez de Juicio), es decir, que la razón fundamental para diferenciar los efectos de la incomparecencia de la demandada a la audiencia de instalación o a la prolongación de la audiencia, es que en la primera no existen pruebas en el expediente promovidas por la demandada que valorar, mientras que en la segunda, sí existen pruebas incorporadas al expediente, tanto de la parte demandante como de la parte demandada, que en aplicación del debido proceso, tienen derecho que sean evacuadas, controladas y valoradas antes de tomarse una decisión.

Así, para el supuesto de incomparecencia de la parte demandada a la prolongación de la audiencia preliminar, la consecuencia es la declaratoria de presunción de admisión de hechos relativa, es decir, que admite prueba en contrario, en tal sentido, conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia²⁰⁴, el Juez de Sustanciación, mediación y ejecución no deberá ceñirse al contenido literal de la norma y dictar sentencia como lo señala el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, sino remitir el

²⁰⁴ Jurisprudencia: Caso: Ricardo Pinto contra Coca Cola Femsa de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1300 del 15 de Octubre de 2004. Exp. N° 04-905 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Octubre/1300-151004-04905.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

expediente al Juez de Juicio, quien deberá, luego de admitidas y evacuadas las pruebas promovidas por ambas partes, determinar la procedencia de la pretensión del actor siempre y cuando no hayan sido desvirtuados por el empleador con las pruebas promovidas al inicio de la audiencia preliminar.

Con respecto a esta decisión emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, que diferencia las consecuencias para la incomparecencia del demandado a la audiencia preliminar de instalación de la incomparecencia a la prolongación de la audiencia preliminar, surgieron dos dudas procesales, pues el último aparte del artículo 135 de la Ley Orgánica procesal del Trabajo señala que una vez que el demandado no da contestación a la demanda, debe el Juez de Juicio luego de recibir el expediente enviado por el Juez de Sustanciación y Mediación dictar una decisión dentro de los tres días hábiles siguientes, es decir, surgieron las siguientes dos interrogantes: 1. ¿Si el demandado incomparece a la prolongación de la audiencia preliminar debe el Juez de Juicio celebrar la audiencia de juicio oral y pública para evacuar pruebas o debe dictar la sentencia de manera inmediata sin audiencia como lo dice la norma? y 2. ¿Si el demandado incomparece a la prolongación de la audiencia preliminar debe el Juez de Juicio valorar la contestación de la demanda que haya presentado la demandada dentro de los cinco días hábiles siguientes a dicha incomparecencia?

Con respecto a la primera interrogante, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia²⁰⁵, señaló que si el demandado no contesta la demanda o incomparece a la prolongación de la audiencia preliminar, el Juez de Juicio no debe ceñirse al sentido literal de la norma contenida en el último aparte del artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y dictar la sentencia sin audiencia de parte dentro de los tres días hábiles siguientes a la recepción del expediente, sino que necesariamente debe fijar fecha y hora para la celebración

²⁰⁵ Jurisprudencia: Caso: Daniel Pulido contra Transporte ARG de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 629 del 08 de Mayo de 2008. Exp. 07-1250. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0629-080508-071250.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

de la audiencia de juicio a los fines de permitir tanto a la parte demandante como a la parte demandada evacuar las pruebas que promovieron en la audiencia preliminar de instalación y adicionalmente, para permitir a ambas partes tanto demandante como demandado controlar las pruebas de su contraparte.

En cuanto a la segunda interrogante, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia²⁰⁶, había señalado que una vez que el demandado incomparecencia a la prolongación de la audiencia preliminar, debía el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución permitir que el demandado en un lapso de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente a dicha incomparecencia, deberá dar contestación a la demanda interpuesta en su contra.

No obstante, años después de tal decisión, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia²⁰⁷ cambió el criterio antes señalado y estableció que en caso de incomparecencia de la parte demandada a la celebración de la prolongación de la audiencia preliminar no debe permitirse al demandado contestar la demanda interpuesta en su contra; sólo debe celebrarse la audiencia de juicio para evacuar y controlar las pruebas promovidas por ambas partes al inicio de la audiencia preliminar, criterio que fue ratificado recientemente por la misma Sala de Casación Social del máximo Tribunal de la República²⁰⁸.

2.8.1.3. Efectos para la no contestación de la demanda por parte del demandado

La Audiencia preliminar puede finalizar de tres maneras: a) por un acuerdo entre las partes; b) porque la parte demandada no haya comparecido a la

²⁰⁶ Jurisprudencia: Caso: José Crispiliano Tovar contra Línea Duaca. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1865 del 17 de Noviembre de de 2008. Exp. 08-083. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1865-171108-2008-08-083.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

²⁰⁷ Jurisprudencia: Caso: Franklin Sánchez contra Autotaller Baby Cars. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 452 del 02 de Mayo de 2011. Exp. 08-083. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0452-2511-2011-10-925.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2012)

²⁰⁸ Jurisprudencia: Caso: Oswald Jaramillo contra Autotaller Baby Cars. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1491 del 12 de Diciembre de 2012. Exp. 10-825. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Diciembre/1491-121212-2012-10-825.html> (fecha de consulta: 21 de Diciembre de 2012)

prolongación de la audiencia preliminar ó, c) porque las partes no lograron un acuerdo luego de agotado el tiempo para ello.

En el primer supuesto, el expediente se archivará de manera definitiva una vez se cumpla con el acuerdo homologado. En el segundo supuesto, conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia antes mencionada, el Juez de Juicio debe celebrar la audiencia de juicio para la evacuación y control de las pruebas, sin que deba permitirse al demandado dar contestación a la demanda interpuesta en su contra.

Ahora bien, ya para el tercer supuesto, es decir, cuando la audiencia preliminar finalice por no lograrse un acuerdo entre las partes, debe el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución permitir a la parte demandada contestar la demanda interpuesta en su contra dentro de los cinco días hábiles siguientes a la finalización de dicha audiencia.

De no dar el empleador contestación a la demanda interpuesta en su contra, la consecuencia, en principio, sería que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución conforme al último aparte del artículo 135 de la Ley Orgánica procesal del Trabajo, remita el expediente al Juez de Juicio para que este último dicte decisión dentro de los 3 días hábiles siguientes, sin embargo, en virtud que la norma no señala si dicha decisión debe dictarla el Juez de Juicio con audiencia o sin audiencia de parte, como se señaló anteriormente, la Sala de Casación Social del TSJ²⁰⁹, estableció que en aplicación del debido proceso, el Juez de Juicio una vez recibido el expediente, debe garantizar el derecho tanto de la parte demandante como de la parte demandada de evacuar las pruebas que fueron promovidas al inicio de la audiencia preliminar, así como controlar las pruebas promovidas por su contraparte e insistir en las propias en caso de impugnación, promoviendo los medios probatorios para ello²¹⁰.

²⁰⁹ Jurisprudencia: Caso: Daniel Pulido contra Transporte ARG de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 629 del 08 de Mayo de 2008. Exp. 07-1250. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0629-080508-071250.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

²¹⁰ Jurisprudencia: Caso: Joel Beltran contra Expresos Mérida C.A.. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1165 del 15 de Julio de 2008. Exp. 07-2268. (Documento en línea). Disponible en:

En tal sentido, cuando luego de finalizada la Audiencia preliminar por no lograrse un acuerdo entre las partes el demandado no contesta la demanda interpuesta en su contra, el Juez de Juicio debe celebrar la Audiencia de Juicio oral y pública para presenciar el debate probatorio, sin embargo, la omisión de contestación de demanda por parte del empleador genera como consecuencia, que se tengan como admitidos y ciertos los hechos señalados por el actor en su escrito de demanda, debiendo desvirtuar con los elementos probatorios promovidos durante la audiencia preliminar, tales hechos o la improcedencia de los conceptos reclamados.

2.8.1.4. Efectos para la incomparecencia del demandante y demandado a la Audiencia de Juicio

Si es el demandante quien incomparece a la audiencia de juicio oral y pública, el efecto para tal incomparecencia es el desistimiento del procedimiento, pudiendo volver a demandar luego de transcurridos 90 días continuos.

Sin embargo, la incomparecencia de la parte demandada a la celebración de la audiencia de juicio, genera como consecuencia conforme al sentido literal del artículo 151 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo una confesión.

No obstante, es necesario precisar en que consiste esa confesión; algunos pudieran entender que dicha confesión es de idéntica naturaleza a la presunción de admisión de hechos en que incurre el demandado al no comparecer a la audiencia preliminar de instalación o al no dar contestación a la demanda interpuesta en su contra, es decir, debe entenderse como admitidos todos los hechos señalados en el escrito de demanda y la labor del Juez de Juicio debiera circunscribirse a dictar sentencia conforme a derecho.

Sin embargo, la “confesión” en que incurre el demandado por no comparecer a la audiencia de juicio, no se puede equiparar ni con las consecuencia de la incomparecencia de la parte demandada a la celebración de

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Julio/1165-15708-2008-07-2268.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

la audiencia preliminar de instalación, ni con las consecuencias de no contestar la demanda interpuesta en su contra, pues si el demandado incomparece a la audiencia de juicio, no puede el Juez de Juicio obviar que el demandado ya dio contestación a la demanda interpuesta en su contra dentro del lapso establecido en la Ley para ello, es decir, ya trabó litis, determinó cuáles eran los hechos admitidos y cuáles eran los hechos controvertidos y adicionalmente a ello, el demandado ya promovió pruebas en su favor que debieron ser evacuadas, controladas por las partes y valoradas por el Juez, por tanto debe decidir en base a ello.

En tal sentido, la “confesión” a la que hace referencia literalmente la norma, se circunscribe únicamente por una parte, a la imposibilidad de la parte demandada de controlar las pruebas promovidas por su contraparte (pues la única oportunidad para ello, es en la audiencia de juicio) y por la otra, a la imposibilidad del demandado de hacer valer o persistir en el contenido de alguna de las pruebas promovidas por ella, en el supuesto que el demandante las desconozca o impugne durante la audiencia de juicio oral y pública.

Es por ello que se sostiene que la supuesta confesión en que incurre el demandado por no comparecer a la audiencia de juicio no es más que la imposibilidad de controlar, vale decir, desconocer, impugnar o tachar una prueba que haya sido promovida por su contraparte y de insistir en el valor probatorio de sus propias pruebas en caso que las mismas sean impugnadas por su contraparte, pues si sus pruebas son netamente documentales, como en la mayoría de los procesos judiciales de naturaleza laboral, dichas pruebas necesariamente deberán ser evacuadas y valoradas.

Si el demandado dio contestación a la demanda interpuesta en su contra debe entenderse que negó pormenorizadamente los hechos invocados en el escrito de demanda y en consecuencia se determinó la carga de la prueba, que en materia laboral se establece conforme a dicha contestación; en ese sentido,

dicha carga de la prueba permanecerá inalterable aún en el supuesto en que la parte demandada no comparezca a la audiencia de juicio.

Por ello, se sostiene que la supuesta confesión en que incurriría la demandada por no comparecer a la audiencia de juicio no es una confesión en el sentido estricto de la palabra, pues ya existe una contestación de demanda y unas pruebas que deben ser valoradas, el único efecto negativo que le genera a la parte demandada su incomparecencia a la celebración de la audiencia de juicio, lo constituye su imposibilidad de controlar las pruebas promovidas por su contraparte y de insistir en el valor probatorio de las pruebas que él haya promovido y su contraparte haya desconocido o impugnado durante la audiencia de juicio.

En resumen, el efecto para el demandante que incomparezca a la audiencia preliminar de instalación, a la prolongación de la audiencia preliminar o la audiencia de juicio, será el mismo, es decir, se entenderá desistido el procedimiento, debiendo esperar 90 días continuos para interponer nuevamente su demanda.

Aún cuando la Ley Orgánica Procesal del Trabajo garantiza al demandado el respeto a su derecho a oponer excepciones y controvertir los hechos invocados en su contra; promover pruebas en su favor; que tales pruebas promovidas en la oportunidad procesal correspondiente sean evacuadas; controlar las pruebas que hayan sido promovidas por su contraparte en el proceso y hacer valer sus pruebas en caso de impugnación por su contraparte, si el demandado no comparece a alguno de los actos procesales establecidos en la Ley perderá la posibilidad de controvertir los hechos invocados en su contra, de promover pruebas en su favor, de controlar las pruebas de su contraparte, de insistir en sus propias pruebas en caso de impugnación y, en ese sentido puede concluirse lo siguiente:

Si el demandado incomparece a la audiencia preliminar de instalación, perderá la posibilidad de oponer excepciones, controvertir los hechos invocados

en su contra, promover, evacuar y controlar las pruebas de su contraparte e insistir en sus propias pruebas en caso de desconocimiento o impugnación.

Si el demandado incomparece a la prolongación de la audiencia preliminar, perderá la posibilidad de oponer excepciones, controvertir los hechos invocados en su contra, pero mantendrá la posibilidad de evacuar las pruebas que ya promovió en la audiencia preliminar de instalación, controlar las pruebas de su contraparte y hacer valer sus pruebas en caso de impugnación por su contraparte.

Si el demandado no contesta la demanda interpuesta en su contra perderá la posibilidad de controvertir los hechos invocados en su contra, pero no así la posibilidad promover, evacuar pruebas en su favor, controlar las pruebas de su contraparte y hacer valer sus pruebas en caso de impugnación por su contraparte.

Finalmente, si el demandado no comparece a la celebración de la audiencia de juicio perderá únicamente la posibilidad de controlar las pruebas de su contraparte y hacer valer sus pruebas en caso de impugnación por su contraparte, pues debe inferirse que ya contestó la demanda interpuesta en su contra, ya promovió pruebas durante el proceso y tiene derecho a la evacuación de las mismas.

Es necesario señalar que, si bien la oportunidad preclusiva para que las partes promuevan las pruebas es la audiencia preliminar de instalación, la Sala de Casación Social²¹¹ ha considerado que cuando se trata de documentos públicos que versan sobre hechos acaecidos con posterioridad a la celebración de la audiencia preliminar pueden ser promovidos en cualquier etapa del proceso y que las declaraciones allí contenidas emanadas de la parte demandada frente a un órgano jurisdiccional, deben ser apreciadas y valoradas, en la medida en que contribuyan a esclarecer los hechos objeto del debate.

²¹¹ Jurisprudencia: Caso: Rafael Valentino contra Seguros Nuevo Mundo. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1292 del 06 de Agosto de 2009. Exp. 08-848. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Agosto/1292-6809-2009-08-848.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

2.9. Lapso de Prescripción para reclamar las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedades profesionales

Una de las cargas procesales de la parte en un proceso por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional es interponer la reclamación en sede judicial dentro del lapso de prescripción establecido en la LOPCYMAT. Para entender la institución de la prescripción en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es necesario diferenciar la fecha de inicio del cómputo de lapso previsto en la legislación laboral Venezolana para cada uno de dichos infortunios que se diferencia de manera significativa entre accidente de trabajo y enfermedad ocupacional.

2.9.1 Acción para el cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo

Como se ha señalado en el presente capítulo, la legislación laboral venezolana, consagra indemnizaciones en beneficio de aquellos trabajadores que sufran un accidente con ocasión del trabajo, en cinco textos legales, a saber, Ley del Seguro Social, Ley Orgánica del Trabajo, Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras, Ley Orgánica de Prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo y el Código Civil Venezolano.

Pues bien, hasta el 26 de Julio de 2005 (fecha de publicación de la vigente Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo) el lapso de prescripción para el cobro de este tipo de indemnizaciones, se encontraba establecido en el artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo de la siguiente manera: “La acción para reclamar la indemnización por accidentes de trabajo (...) prescribe a los dos (02) años, contados a partir de la fecha del accidente (...)”.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de este nuevo instrumento legal, se estableció como lapso de prescripción cinco (05) años, contados a partir de la fecha de terminación de la relación de trabajo, o de la certificación del origen ocupacional del accidente por parte de la unidad técnico administrativa del

Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, lo que ocurra de último.

Es importante señalar, que si bien, la Ley Orgánica de Prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo no derogó de manera expresa el artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia²¹², en el caso Ángel Mendoza contra General Motors, con Ponencia del Magistrado Luis Eduardo Francheschi Gutiérrez, consideró que aún cuando la LOPCYMAT no estipula norma alguna que derogue expresamente el artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, la derogación de una norma o Ley, constituye una modalidad de pérdida de vigor de la misma, en virtud de que una nueva norma o Ley la suprime o modifica, en tal sentido, la Sala concluyó que aún cuando no existe una derogatoria expresa del artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, debe entenderse que el mismo fue tácitamente derogado por el artículo 9 de la LOPCYMAT.

En concordancia con lo anterior, es necesario señalar que con la entrada en vigencia de la LOPCYMAT no sólo se incrementó el lapso de prescripción de dos a cinco años, sino que se cambió la fecha a partir de la cual se comienza a computar dicho lapso de prescripción, pues bajo la vigencia del artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, el lapso de prescripción para el cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo se contaba a partir de la fecha del accidente y bajo la vigencia de la LOPCYMAT, el lapso de prescripción establecido en el artículo 9 de dicha norma, se cuenta a partir de la fecha de certificación del origen ocupacional del accidente o de la fecha de terminación de la relación de trabajo lo que ocurra de último.

Es importante la innovación que hace la nueva LOPCYMAT en el lapso de prescripción, al colocar en el último párrafo “lo que ocurra de último”, pues en la práctica existieron casos en los que el trabajador sufría un accidente de trabajo

²¹² Jurisprudencia: Caso: Ángel Mendoza contra General Motors C.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1209 del 03 de Noviembre de 2010. Exp. 09-232. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1209-31110-2010-09-232.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

que le generaba grados de discapacidad verdaderamente graves, sin embargo, en aras de salvaguardar su puesto de trabajo, se abstenía de demandar al empleador para obtener el pago de las indemnizaciones derivadas de dicho accidente de trabajo, lo que ocasionaba que luego de algunos años era despedido y se encontraba limitado de accionar para reclamar las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo, en virtud que había transcurrido con creces el lapso de prescripción para el reclamo de estos conceptos que conforme al artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo (derogado) era de dos años contados a partir de la fecha del accidente.

Ahora bien, para analizar el lapso de prescripción para el reclamo de las indemnizaciones derivada de accidente de trabajo, es necesario analizar individualmente cada una de ellas.

Por lo que respecta a las indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo y Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, no ha existido mayor discusión en la doctrina y jurisprudencia Nacional, en considerar que antes de la entrada en vigencia de la LOPCYMAT el 26 de Julio 2005, el lapso de prescripción para el reclamo de este tipo de indemnizaciones, era el establecido en el artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, es decir, dos años contados a partir de la fecha del accidente y que luego de la publicación de la LOPCYMAT el lapso de prescripción es el establecido en el artículo 9 de dicha norma, es decir, cinco (5) años contados a partir de la fecha de certificación del origen ocupacional del accidente o de la fecha de terminación de la relación de trabajo lo que ocurra de último.

Sin embargo, por lo que respecta a las indemnizaciones consagradas en el Código Civil referidas al daño material y daño moral, doctrinariamente surgió dudas acerca de si el lapso de prescripción para el reclamo de este tipo de indemnizaciones, es el de diez (10) años contemplado en el artículo 1977 del Código Civil para las acciones personales o el lapso especial consagrado en las

normas laborales, es decir, dos años bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo y cinco años bajo la vigencia de la LOPCYMAT.

Tal duda fue aclarada por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en la Sentencia N° 876 de fecha 17/12/1998 (Caso: Felicia Navarez contra CADAFE), al decidir que al tratarse de un accidente laboral, priva la especialidad de la materia tratada, y por ende, la normativa aplicable debe ser la especial y por cuanto la ley especial establecía un tiempo de prescripción específica para el ejercicio de la acción que apunta a reclamar los daños causados por un accidente de trabajo de dos (02) años, ésta es la que debe aplicarse por su especialidad y no la ordinaria del Código Civil. Por tanto, el lapso para exigir al empleador responsabilidad por los perjuicios que deriven de tales infortunios laborales, llámese responsabilidad objetiva o subjetiva, daño material o daño moral, era de dos (02) años.

En consonancia con lo anterior, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia por su parte, en la Sentencia del caso Carmen Romero contra Corporación Venezolana de Televisión con ponencia del Magistrado Dr. Juan Rafael Perdomo²¹³, señaló que todas las acciones que el trabajador intente por indemnización de daños ocasionados por accidentes o enfermedades profesionales prescribirán a los dos (02) años contados a partir de la fecha del accidente, constatación de la enfermedad, o declaración de incapacidad, todo de conformidad con el artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, pues al aplicar los principios a la pretensión de indemnización de un hecho ilícito que se señala cometido en el curso de una relación de trabajo, resulta que la prescripción que rige la cuestión debatida es la prevista en la Ley Orgánica del Trabajo.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia por su parte, con ponencia de la Magistrada Luisa Estela Morales Lamuno en la sentencia del caso

²¹³ Jurisprudencia: Caso: Carmen Romero contra Corporación Venezolana de Televisión Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 529 del 14 de Diciembre de 2000. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Diciembre/a529-141200-00360.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

Juan Joseph Chuecos contra Constructora Hermanos Furlanetto y Pdvsa²¹⁴ estableció que todas las acciones que el trabajador intente por indemnización de daños ocasionados por accidentes o enfermedades profesionales, incluso aquellos daños que se originen con ocasión del hecho ilícito del patrono, como el daño moral demandado, prescribirán a los dos años contados a partir de la fecha del accidente, constatación de la enfermedad o declaración de la incapacidad, por aplicación de la norma contenida en el artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, toda vez que las normas sustantivas y adjetivas que regulan el derecho del trabajo son de eminente orden público y, en virtud de su especialidad, son de aplicación preferente respecto de las normas de derecho civil (ex artículo 1.629 del Código Civil).

Existe suficiente claridad jurisprudencial entonces en cuanto a que el lapso de prescripción para el cobro de las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo, independientemente se encuentren consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo, Ley del Seguro Social, LOPCYMAT o en el Código Civil, es el de cinco años establecidos en el artículo 9 de la LOPCYMAT que es la norma especial que rige la materia y no el de 10 años establecido en el Código Civil Venezolano.

Sin embargo, sobre el lapso de prescripción para el cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo, debe señalarse que como consecuencia de la entrada en vigencia de la LOPCYMAT y el nuevo lapso de prescripción establecido en dicha norma, que incrementó el lapso consagrado en la Ley Orgánica del Trabajo, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia del caso Yonny Palacios contra Bellota Venezuela C.A ²¹⁵ con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Francheschi señaló que el nuevo lapso de prescripción establecido en la LOPCYMAT no se puede oponer a

²¹⁴ Jurisprudencia: Caso: Juan Joseph Chuecos contra Constructora Hermanos Furlanetto y Pdvsa Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1525 del 20 de Julio de 2007. Exp. 07-0882. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1525-200707-07-0882.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

²¹⁵ Jurisprudencia: Caso: Yonny Palacios contra Bellota Venezuela C.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1195 del 26 de Julio de 2006. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Julio/1195-260706-06325.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

aquellos accidentes de trabajo o enfermedades profesionales ocurridos antes de su entrada en vigencia, pues no se le puede aplicar el lapso de prescripción contenido en la nueva ley a situaciones ocurridas con anterioridad a su entrada en vigencia.

No obstante, debe diferenciarse aquellos supuestos en que el lapso de prescripción se haya consumado en su totalidad bajo la vigencia de la Ley anterior en cuyos supuestos no se podrá aplicar el nuevo lapso de prescripción establecido en la LOPCYMAT, de aquellos supuestos en que el lapso de prescripción si bien se inició bajo la vigencia de la ley anterior no se llegó a consumir en su totalidad bajo la vigencia de dicha ley, motivo por el cual puede beneficiarse el trabajador del nuevo lapso de prescripción consagrado en la nueva norma, es decir, que si el lapso de prescripción de dos años se había iniciado antes del 25/07/2005, fecha de entrada en vigencia de la LOPCYMAT pero no se había consumado en su totalidad le es aplicable el nuevo lapso pero computándose el lapso transcurrido bajo la vigencia de la ley anterior.

Finalmente, es importante señalar en cuanto al lapso de prescripción para el cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²¹⁶, en su disposición transitoria Cuarta Numeral tercero, previó un ulterior desarrollo legislativo de la garantía de los derechos del trabajador, es decir, el Constituyente ordenó a la Asamblea Nacional que dentro del año siguiente a su instalación: “Mediante la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo estableciera un nuevo régimen para el derecho a prestaciones sociales consagrado en el artículo 92 de esta Constitución, el cual integrará el pago de este derecho de forma proporcional al tiempo de servicio y calculado de conformidad con el último salario devengado, estableciendo un lapso para su prescripción de diez años (...)”.

²¹⁶ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinaria del 24 de marzo 2000.

Pues bien el 07 de Mayo de 2012, fue publicado en Gaceta Oficial el decreto con rango valor y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras que en cumplimiento de dicho mandato Constitucional estableció en su artículo 51 que las acciones provenientes de los reclamos por prestaciones sociales prescribirán al cumplirse diez años desde la fecha de terminación de la prestación de servicios y que en los casos de accidente de trabajo o de enfermedad ocupacional, el lapso de prescripción será de cinco años conforme a lo establecido en la LOPCYMAT, es decir, el legislador mantuvo el régimen de prescripción establecido en la LOPCYMAT.

2.9.2. Acción para el cobro de indemnizaciones derivadas de Enfermedades ocupacionales

Con la entrada en vigencia de Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, el lapso de prescripción para el cobro de las indemnizaciones derivadas de enfermedad ocupacional al igual que para los accidentes de trabajo, cambió significativamente no sólo en cuanto al tiempo (se incrementó de 2 a 5 años), sino también en cuanto a la fecha a partir de la cual comienza a correr el lapso de prescripción; para ahondar en ello, debe analizarse el momento a partir del cual comenzaba a correr dicho lapso con anterioridad a la entrada en vigencia de la LOPCYMAT y el momento a partir del cual comienza a correr dicho lapso luego de la entrada en vigencia de dicha ley.

Al respecto, debe señalarse que el artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, establecía el lapso de prescripción para el cobro de las indemnizaciones derivadas de enfermedad profesional, en los siguientes términos: “La acción para reclamar la indemnización por (...) enfermedades profesionales prescribe a los dos (02) años, contados a partir de la fecha de (...) constatación de la enfermedad”, es decir, que bajo la vigencia de la norma antes indicada, el lapso de prescripción de dos años comenzaba a computarse a partir de la constatación de la enfermedad y ¿cuando se constataba la enfermedad?, en el momento en que el trabajador tenía conocimiento de la existencia de dicha patología.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la LOPCYMAT que como ya lo mencionamos derogó tácitamente el artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, se estableció como lapso de prescripción cinco (05) años, contados a partir de la fecha de terminación de la relación de trabajo, o de la certificación del origen ocupacional de la enfermedad por parte de la unidad técnico administrativa del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales correspondiente, lo que ocurra de último, es decir, que con la entrada en vigencia de dicha norma, tal como se señaló anteriormente, no sólo se incrementó el lapso de prescripción de dos a cinco años, sino que se modificó significativamente el momento a partir del cual comienza a correr dicho lapso de prescripción.

El legislador teniendo en cuenta que conforme al contenido de la LOPCYMAT es el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL) el órgano competente para determinar el origen ocupacional de la enfermedad, estableció que es a partir de que dicho ente administrativo emita la Certificación Médica ocupacional que determine que la enfermedad que padece el trabajador es de origen ocupacional que se comienza a computar el lapso de prescripción.

Es importante destacar, que si bien en principio, del lapso de prescripción establecido en la LOPCYMAT, no puede beneficiarse aquellas enfermedades padecidas por los trabajadores con anterioridad a su entrada en vigencia, conforme al criterio de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia²¹⁷, se podrá aplicar de forma inmediata el nuevo lapso de prescripción a aquellas acciones por cobro de indemnizaciones derivadas de enfermedades profesionales, que si bien se constataron antes del lapso de prescripción no se llegó a consumir en su totalidad bajo la vigencia de la Ley derogada y hace aplicable el lapso de prescripción previsto en la nueva Ley, es decir, no se trata de la reapertura de un lapso de prescripción que hubiera transcurrido

²¹⁷ Jurisprudencia: Caso: Angel Mendoza contra General Motors C.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1209 del 03 de Noviembre de 2010. Exp. 09-232. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1209-31110-2010-09-232.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

íntegramente antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa, sino de la aplicación inmediata de una norma a una situación que, aunque derivada de un supuesto generado bajo la vigencia del artículo 62 de la LOT aún no había concretado sus efectos jurídicos.

Conforme al contenido de dicha decisión, si una enfermedad se constató antes de la entrada en vigencia de la LOPCYMAT supóngase el 19/07/2005, es a partir de esa fecha, que debe computarse el lapso de prescripción establecido en el artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, pues fue bajo la vigencia de la norma antes mencionada, que el trabajador constató la existencia de la enfermedad que padecía, es decir, que en principio el lapso de prescripción de dos años consagrado en el artículo 62 de la Ley se cumplirían el 19 de Julio de 2007.

No obstante, ante la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Prevención, Condiciones y Medio ambiente del Trabajo el 26 de Julio de 2005, que como se señaló anteriormente incrementó el lapso de prescripción de 2 a 5 años, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia antes indicada, estableció que en virtud que el lapso de prescripción consagrado en el artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, no se llegó a consumir en su totalidad bajo la vigencia de dicha norma derogada, es decir, no llegó a concretar sus efectos jurídicos antes del día 26 de Julio de 2005 (fecha de entrada en vigencia de la LOPCYMAT), por tanto, el trabajador debe beneficiarse del nuevo lapso de prescripción de cinco (5) años establecido en el artículo 9 de la nueva LOPCYMAT, computándose por supuesto, el tiempo transcurrido bajo la vigencia de la Ley derogada, es decir, siete (7) días.

A manera de ejemplos, se pueden mencionar dos casos en los cuales, el trabajador sufrió un accidente o constató una enfermedad bajo la vigencia del artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, pero no llegó a consumarse el lapso de prescripción de dos años previsto en dicha norma, por lo tanto se benefició del nuevo lapso de prescripción establecido en la LOPCYMAT: a) el trabajador sufrió

un accidente de trabajo el día 19/05/2004; para el día 26/07/2005 (fecha de entrada en vigencia de la LOPCYMAT) había transcurrido sólo 1 año, 2 meses y 7 días del lapso de prescripción de dos años consagrado en el artículo 62 de Ley Orgánica del Trabajo, es decir, no se había consumado el lapso de prescripción de dos años en su totalidad, por consiguiente, dicho trabajador una vez entró en vigencia la LOPCYMAT, se benefició del nuevo lapso de prescripción consagrado en tal norma de cinco años y en consecuencia, dispondrá hasta el 19/05/2009 para interponer la reclamación judicial por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo; b) el trabajador constató la existencia de una enfermedad profesional el 27/07/2003; para el día 26/07/2005 (fecha de entrada en vigencia de la LOPCYMAT) había transcurrido sólo 1 año, 11 meses y 29 días, es decir, no se había consumado el lapso de prescripción de dos años consagrados en el artículo 62 de la LOT en su totalidad, por consiguiente, dicho trabajador se beneficia del nuevo lapso de prescripción consagrado en la LOPCYMAT de cinco años y en consecuencia, dispondrá hasta el 27/07/2008 para interponer la reclamación judicial por cobro de indemnizaciones derivadas de enfermedad profesional.

Ahora bien, se considera que el hecho que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, haya considerado que el nuevo lapso de prescripción previsto en la LOPCYMAT debe beneficiar al trabajador cuyo lapso de prescripción, establecido en el artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, si bien se inicio no se llegó a consumir en su totalidad bajo la vigencia de dicha ley, ello no quiere decir que adicionalmente al nuevo lapso de prescripción tan bien se beneficie el trabajador de la nueva fecha a partir de la cual se inicia el cómputo del mencionado lapso, pues allí si se estaría violando el principio de irretroactividad de la norma consagrado en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Es decir, que si un trabajador constató su enfermedad el día 19/05/2004, fecha en que se encontraba en vigencia el artículo 62 de la Ley Orgánica del

Trabajo, a partir de dicha fecha se inició el cómputo del lapso de prescripción, en tal sentido, si bien es cierto, para el 26/07/2005 (fecha de entrada en vigencia de la LOPCYMAT) el lapso de dos años previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, no se había consumado en su totalidad y por consiguiente se beneficia del nuevo lapso de prescripción de cinco años, teniendo como fecha límite para la interposición de su reclamación el 19/05/2009.

Ello no quiere decir, que si el INPSASEL emitió la certificación médica ocupacional a dicho trabajador el día 20/01/2007 sea a partir de dicha fecha que se inicia el lapso de prescripción, pues si bien es cierto la LOPCYMAT consagra que el lapso de prescripción se inicia a partir de la fecha en que el órgano competente emite la certificación médica ocupacional, la Ley Orgánica del Trabajo norma vigente para cuando el trabajador constató la enfermedad establecía que es a partir de la fecha de constatación de la enfermedad en que se inicia el cómputo del lapso de prescripción y no desde la fecha en que el órgano administrativo emite la certificación médica ocupacional.

Igualmente para el supuesto de una reclamación por indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo que aún cuando el cómputo del lapso de prescripción se inició bajo la vigencia del artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, no se haya llegado a consumar en su totalidad antes de la entrada en vigencia de la LOPCYMAT, debe beneficiarse del nuevo lapso de prescripción, sin embargo, dicho lapso deberá computarse a partir de la fecha del accidente de trabajo, no puede pretender el trabajador que deba computarse a partir de la fecha de terminación de la relación de trabajo como lo señala la LOPCYMAT porque allí si se estaría aplicando de manera retroactiva el contenido de dicha ley.

CAPITULO III

PROBLEMÁTICA QUE REPRESENTA EN LA ACTUALIDAD EL SISTEMA DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR ENFERMEDADES OCUPACIONALES EN VENEZUELA

3.1. Contextualización

Luego de haberse analizado el basamento filosófico de la teoría de la responsabilidad subjetiva y objetiva en el primer capítulo de la presente tesis y de desarrollado el sistema de responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales en Venezuela, es necesario realizar un juicio crítico a dicho sistema de responsabilidad, para ello, debe estudiarse un tipo de infortunio en particular que dada su gran incidencia en la población mundial constituye actualmente una de las reclamaciones que mayor número de demandas generan en los Tribunales del Trabajo de Venezuela, ellos son las hernias discales.

Con dicho estudio se pretende evidenciar, la dificultad que representa en la actualidad en determinar la responsabilidad subjetiva del empleador en el agravamiento de esta patología, lo que pudiera justificar desde el punto de vista social la procedencia de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva como lo estableció la Sala Social del Máximo Tribunal de la República.

Sin embargo, luego del análisis del impacto económico que está representando en la actualidad las indemnización de esta naturaleza a los empleadores Venezolanos y el incremento de la litigiosidad se determina la necesidad de atribuir el pago de dicha indemnización al sistema de seguridad social Venezolano, lo que impondría a su vez la necesidad de tabular tal indemnización, pues en materia laboral a diferencia de otras ramas del derecho, la indemnización por daño moral busca un resarcimiento estrictamente económico.

Para poder realizar tal juicio crítico al régimen de responsabilidad empresarial previsto en el ordenamiento jurídico Venezolano, se hizo necesario tomar como punto de análisis uno de los infortunios laborales más comunes en la actualidad, que son las hernias discales, específicamente las lesiones a nivel L4-L5 L5-S1, que representan el 76% de las demandas que por cobro de indemnizaciones derivadas de enfermedad ocupacional se interponen por ante los Tribunales de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira desde el año 2008 hasta 2012²¹⁸.

Para describir una primera problemática que representa el régimen indemnizatorio consagrado en la legislación y jurisprudencia laboral Venezolana para accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales, debe analizarse primeramente el impacto que representa para el empleador una reclamación de esta naturaleza. Dicho análisis para tener un parámetro objetivo se realizará comparando los costos de tal reclamación con los costos laborales mínimos que impone el ordenamiento jurídico en la relación de trabajo en Venezuela. Posteriormente a ello, se analizará la problemática en la determinación de la naturaleza laboral de estas enfermedades (hernias discales), la problemática en la determinación de la responsabilidad subjetiva (lo que pudiera justificar la procedencia de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva) lo que conlleva a concluir la necesidad de establecer como ente pagador de dicha indemnización el sistema de seguridad social.

3.2. Comparación entre los costos laborales mínimos que representa para el empleador una relación de trabajo y los costos de una reclamación por indemnizaciones derivadas de esta patología

La Legislación Laboral Venezolana establece unos costos mínimos de la relación de trabajo que pueden clasificarse en inmediatos y mediatos, entendiendo por inmediatos aquellos que deben ser pagados por el empleador al cumplirse cada mes de la prestación de servicios y los mediatos aquellos que

²¹⁸ Coordinación Judicial del Circuito Laboral del Estado Táchira. Informe Diciembre de 2012.

deben ser pagados por el empleador de manera anual o al finalizar la relación de trabajo.

3.2.1 Costos laborales mínimos inmediatos en el ordenamiento jurídico Venezolano

Dichos costos mínimos inmediatos constituyen aquellos derechos mínimos que debe pagar todo empleador a trabajador en Venezuela al cumplirse cada mes de la prestación de servicios, básicamente son: 1.- el salario mínimo mensual obligatorio fijado por el Ejecutivo Nacional mediante Decreto Presidencial²¹⁹ que actualmente equivale a la cantidad de Bs. 2.702,04; 2.- el beneficio consagrado en la Ley programa de alimentación para los trabajadores y las trabajadoras²²⁰ que si es pagado mediante provisión de tickets de alimentación, tarjetas electrónicas o dinero en efectivo representa el 25% del valor de la unidad tributaria vigente por cada jornada de trabajo efectivamente laborada y que tomando en consideración el valor de la unidad tributaria actual²²¹ que es de Bs. 107,00 equivaldría a Bs. 588,50 mensual aproximadamente.

Adicionalmente a estos dos conceptos, aquellas empresas que tienen más de 20 trabajadores y uno o algunos de dichos trabajadores tiene hijos en edades comprendidas entre los 0 a 6 años de edad, deberá pagarse el beneficio de guardería o centro de educación inicial para su hijo conforme a la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras que equivale al 40% del valor del salario mínimo, es decir, Bs. 1.080,81.

Por ello, cuando en Venezuela se habla de ingreso mínimo mensual obligatorio de los trabajadores, dicho ingreso no sólo equivale a los Bs. 2.702,04 fijados por el Ejecutivo Nacional como remuneración mínima mensual, sino que dicho ingreso puede representar hasta la cantidad de Bs. 4.371,35 pues a dicho monto habrá que sumarle el beneficio de alimentación y dependiendo del número de trabajadores de la empresa, el costo del centro de educación inicial. Debe

²¹⁹ Decreto Presidencial N° 30. Gaceta Oficial N° 41.157 del 30 de Abril de 2013

²²⁰ Ley programa de alimentación para los trabajadores y trabajadoras. Gaceta Oficial N° 385.103 del 04/05/2011

²²¹ Gaceta Oficial N° 40.106 del 07 de Febrero de 2013

tenerse en cuenta que de esos Bs. 4.371,35, el beneficio de alimentación si se paga en tickets o en efectivo (Bs. 588,50) y el beneficio del centro de educación inicial (Bs. 1.080,81) constituyen beneficios de carácter no remunerativo que conforme al contenido del artículo 105 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras no tienen incidencia sobre el salario a los efectos del cálculo de las prestaciones sociales, derechos vacacionales, participación en los beneficios de la empresa y otros derechos que se determinan en base al salario normal tales como horas extras, bonos nocturnos, entre otros.

Paralelamente a las percepciones que debe pagar el empleador al trabajador de manera inmediata al cumplirse cada mes de la prestación de servicios, existen algunas contribuciones parafiscales que legalmente debe honrar el empleador ante el sistema de seguridad social y son: 1.- El aporte patronal al Seguro social Obligatorio que equivale al 8% del salario (si el riesgo de la empresa es mínimo), 2.- El aporte patronal al fondo de ahorro obligatorio de vivienda que equivale al 2% del salario y 3.- El aporte patronal al Instituto Nacional de capacitación educativa socialista que igualmente equivale al 2% del salario mensual percibido por el trabajador

3.2.2 Costos mínimos mediatos en el ordenamiento jurídico Venezolano

Por lo que respecta a los costos mediatos, es decir, aquellos derechos mínimos que debe pagar el empleador al trabajador de manera anual o al finalizar la relación de trabajo encontramos básicamente las prestaciones sociales, los derechos vacacionales y la participación en los beneficios de la empresa.

1.- Las prestaciones sociales conforme al contenido del artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela constituyen un crédito de exigibilidad inmediata que busca proteger al trabajador en caso de cesantía, equivale a la cantidad de cinco días de salario integral por cada mes de servicio, calculado en base al salario devengado por el trabajador mes a mes, que debe acreditarse o bien en la contabilidad de la empresa, en una cuenta de fideicomiso o en el fondo nacional de prestaciones sociales de manera trimestral para

garantizar el pago de dichas prestaciones al trabajador, una vez finalizada la relación de trabajo.

Adicionalmente a ello, deben acreditarse dos días de salario por cada año de servicio a partir del segundo año que se incrementará anualmente hasta llegar a un máximo de 30 días de salario anual. Esa cantidad de dinero que debe acreditar el empleador devengará intereses mensuales a la tasa establecida por el Banco Central de Venezuela.

Una vez finalizada la relación de trabajo tales prestaciones sociales equivaldrán al cálculo que arroje multiplicar treinta días de salario por cada año de servicio calculado en base al último salario integral devengado por el trabajador al finalizar la relación de trabajo. Si el monto garantizado mediante la acreditación trimestral de cinco días de salario en base al salario mensual devengado por el trabajador es mayor, se pagará esa cantidad de dinero por resultar mayor. Si por el contrario, el cálculo en base al último salario al finalizar la relación de trabajo, es mayor ese será el monto a pagar. Esto es lo que se ha denominado la retroactividad de las prestaciones sociales que ya existía en Venezuela hasta el 19/06/1997 y nuevamente entró en vigencia el 07 de Mayo de 2012 con la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

De un cálculo realizado por el investigador, utilizando como salario base el salario mínimo decretado por el Ejecutivo Nacional desde 1997, se pudo determinar que en los primeros cinco años de servicio del trabajador, dichas prestaciones sociales que debe acreditar el empleador en la contabilidad de la empresa, en una cuenta de fideicomiso o en el Fondo Nacional de prestaciones representa un aproximado equivalente al 20,74% del monto del salario percibido por el trabajador; entre los cinco y diez años de servicios representa un 24,28% del monto del salario percibido por el trabajador y de los diez a los quince años de servicio representan el 28,31% del monto de su salario. Por su parte, los

intereses para el caso en que las prestaciones sociales se acrediten en una cuenta de fideicomiso no representan costo alguno para el empleador.

La retroactividad de las prestaciones sociales que entró en vigencia nuevamente el 07/05/2012 no impone al empleador del primer al quinto año de servicio del trabajador (salvo incrementos salariales muy elevados) porcentaje alguno sobre el monto del salario, del sexto al décimo año de servicio aproximadamente un 1,05% del monto del salario y del undécimo al décimo quinto año de servicio representa un 14,92% del monto del salario percibido por el trabajador mensualmente. En consecuencia, el costo total de las prestaciones sociales en Venezuela representa actualmente para el empleador en Venezuela 21% los primeros cinco años de servicio del trabajador, 25,33% el siguiente quinquenio y 43,23% el tercer quinquenio.

2.- Los derechos vacacionales: La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras establece como derechos vacacionales mínimos de los trabajadores Venezolanos, 15 días hábiles anuales de salario de inactividad, es decir, 15 días de descanso remunerado aún cuando el trabajador no preste servicio alguno y 15 días anuales de pago de bono vacacional. El salario de inactividad si la empresa no concede vacaciones colectivas impone la necesidad de contratar otro trabajador que sustituya al que sale a descansar y ello representa un 4,72% el primer quinquenio, 6,11% el segundo quinquenio y 9,16% el tercer quinquenio. Igualmente el bono vacacional en los términos que está planteado en la Ley representa igual porcentaje a favor del trabajador sobre el salario mensual percibido por él mes a mes.

3.- La participación en los beneficios de la empresa constituye el derecho del trabajador de recibir en el mes de Noviembre una participación en los beneficios o utilidades de la empresa que le permita realizar algunos gastos adicionales en época de Navidad y año nuevo. La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras establece como límite mínimo de pago de participación en los beneficios de la empresa 30 días de salario anuales.

Básicamente estos son los derechos mínimos mediatos o la carga prestacional que le impone a un empleador cada trabajador en Venezuela, que se pueden resumir en el siguiente gráfico:

Tabla No. 01

Derechos Laborales		Primeros 5 años	5 a 10 años	10 a 5 años
Prestaciones	Prestaciones sociales (costo que varía únicamente por los incrementos salariales, pues consiste en 5 días de salario integral por cada mes de servicio a partir del 1er mes) incremento de la alícuota del bono vacacional y de la utilidad	20,74%	24,28%	28,31%
sociales	Intereses sobre prestaciones sociales si se acreditan en una cuenta de fideicomiso	0%	0%	0%
	Retroactividad de las prestaciones sociales	0%	1,05%	14,92%
Vacaciones	Salario inactividad	4,72%	6,11%	9,16%
	Bono Vacacional	4,72%	6,11%	9,16%
Utilidades	Límite mínimo 30 días	9,44%	12,22%	18,32%
Costo total de estos derechos sobre el salario mínimo mensual		39,62%	49,77%	79,87%

*Fuente propia.

De una lectura de dicha tabla se evidencia que por cada Bs. 100,00 de salario que pague el empleador a un trabajador en Venezuela debe prever dentro de su estructura de costos un 39,62% de manera mensual durante los primeros cinco años de prestación de servicios para honrar el pago de los derechos laborales mínimos establecidos en la legislación laboral Venezolana, un 49,77% durante los 5 a 10 años de servicios y 79,87% a partir del décimo año a los quince años. Un empleador que prevea estos costos mantendrá una administración sana de su empresa y en principio la paz laboral dentro de la misma.

Sin embargo, ante el sufrimiento de una hernia discal por alguno o algunos de sus trabajadores que según cifras de la Organización Mundial de la Salud son padecidas por el 40% de la población mundial, dicho infortunio conforme al régimen indemnizatorio analizado en el capítulo II de la presente tesis, pudiera representarle un impacto económico importante sobre su estructura de costos que pudiera colocar en riesgo la existencia misma del centro de trabajo y por consiguiente la fuente de empleo de otros trabajadores, aún en el supuesto que el empleador hubiere cumplido con inscribir al trabajador ante el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales y cumpliera con toda la normativa en materia de seguridad y salud laboral, pues tal patología de uno solo de sus trabajadores pudiera representarle los siguientes costos:

1.- El trabajador permanecerá de reposo antes de ser discapacitado de manera parcial y permanente (que es el grado de discapacidad determinado por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales o por el INPSASEL para este tipo de patologías) durante un período máximo de 52 semanas, durante dicho período el empleador deberá pagarle el 33,33% del salario mínimo mensual percibido por él durante la relación de trabajo. El porcentaje restante lo pagará el sistema de seguridad social hasta tanto entre en funcionamiento la tesorería de la seguridad social, fecha a partir de la cual, el empleador no pagará nada, pues la tesorería pagará al trabajador el 100% del salario. Adicionalmente, conforme a la Ley programa de alimentación deberá pagarle el beneficio de alimentación aún cuando no preste servicio, lo que equivale a Bs. 588,40 mensuales aproximadamente y el beneficio del centro de educación inicial para su hijo que equivale al 40% del salario, es decir, Bs. 1.080,81 durante esas 52 semanas, es decir, el año de reposo. Igualmente deberá pagar los aportes patronales al seguro social obligatorio (8% si es de riesgo mínimo), fondo de ahorro obligatorio de vivienda (2%) y aporte patronal al instituto de cooperación educativa socialista (2%).

2.- En razón que la empresa requerirá de los servicios de otro trabajador que sustituya al que se encuentra de reposo, ese nuevo trabajador que deberá ser contratado en principio (por tiempo determinado para sustituir lícitamente al que se encuentra de reposo) devengará un salario mínimo íntegramente, más el beneficio de alimentación y adicionalmente el beneficio del centro de educación inicial, así como los aportes patronales de ese nuevo trabajador al seguro social obligatorio (8% si es de riesgo mínimo), fondo de ahorro obligatorio de vivienda (2%) y aporte patronal al instituto de cooperación educativa socialista (2%). Adicionalmente a ello, ese nuevo trabajador que sustituye al que se encuentra de reposo representará para el empleador en el supuesto que no exista contratación colectiva que establezca beneficios mayores a los establecidos en la legislación laboral, una carga prestacional adicional mediata equivalente al 39,62% del salario para el primer año y de continuar laborando en la empresa luego de determinada la discapacidad un 49,77% para los siguientes cinco años y 79,87% para los siguientes cinco años como se analizó en párrafos precedentes.

3.- Luego que el trabajador permanezca de reposo durante 52 semanas, si el INPSASEL o la Junta médica evaluadora del Instituto Venezolano de los Seguros sociales decide discapacitarlo de manera parcial y permanente (que es el grado de discapacidad determinado en la mayoría de los casos decididos por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia tal como se observará más adelante), el empleador en caso de no reubicarlo en otro puesto de trabajo y el trabajador desistir de su voluntad de ser reenganchado, deberá pagarle conforme al contenido del artículo 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras el equivalente al monto de sus prestaciones sociales, es decir, una cantidad que represente el 21% mensual sobre el monto del salario de los primeros cinco años, 25,33% sobre el monto del salario los siguientes cinco años y el 43,22% los siguientes cinco años.

Pero como una patología de esta naturaleza, no es previsible por el empleador porque como se analizará más adelante, el único mecanismo de

diagnóstico que científicamente permite constatar la existencia de dicha patología es la resonancia magnética nuclear que fue prohibida por el INPSASEL por considerar que es discriminatoria para aquellos que padecen de tal enfermedad de manera asintomático, ante una reclamación de esta naturaleza, tal indemnización que no fue prevista por el empleador en su estructura de costos mes a mes durante la vigencia de la relación de trabajo, pudiera representarle en promedio 630% del monto del salario devengado por el trabajador al finalizar la relación de trabajo (si el trabajador tiene de 1 a 5 años de servicio), 759% del monto del salario devengado por el trabajador al finalizar la relación de trabajo (si el trabajador tiene de 5 a 10 años de servicios) y 1296% del monto del salario devengado por el trabajador al finalizar la relación de trabajo (si el trabajador tiene de 10 a 15 años al servicio de la empresa).

4.- Si el trabajador decidiera ser reinsertado en la empresa como persona discapacitada, conforme a la Ley para personas con discapacidad²²² tal reinsertión no le permitiría al empleador cumplir con el 5% de los trabajadores discapacitados que la Ley exige mantener dentro de su nómina, pues según señala Guilarte²²³ la exigencia de incorporar el 5% de la nómina con trabajadores incapacitados ha sido de difícil cumplimiento para las empresas, pues según el criterio manejado, por los funcionarios del organismo competente en realizar las inspecciones a las empresas (CONAPDIS), las personas que han adquirido la discapacidad dentro de la empresa no se pueden incluir en el cumplimiento de dicho porcentaje.

5.- Como se señaló en el capítulo anterior, como consecuencia del criterio asumido por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia expresado en la sentencia del caso hilados flexilón, al proceder la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva, es decir, haciéndose abstracción de la culpa, de reclamar el trabajador la indemnización por daño moral

²²² Ley para personas con discapacidad. Gaceta Oficial N° 38.598 del 05 de Enero de 2007.

²²³ Reinaldo Guilarte y María Reingruber Esteves. Consideraciones sobre algunos aspectos de las normas que regulan a las personas con discapacidad. Sobre derecho del trabajo y derecho de la seguridad social. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Estudios Jurídicos N° 23. Caracas. Venezuela. 2009. página 481

por la enfermedad que padece, es decir, por el solo hecho de ser una patología de naturaleza ocupacional, dicha indemnización podrá oscilar dependiendo de los parámetros para la estimación del mismo utilizados por el Juez del Trabajo y conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia que se describirá seguidamente entre Bs. 10.000,00 a Bs. 50.000,00 lo que representa aproximadamente el 1500% del monto del salario mínimo mensual devengado por un trabajador en Venezuela.

6.- A todo lo antes expresado, debe adicionarse los costos de defensa por parte de un profesional de derecho al que debe acudir el empleador una vez que recibe una reclamación judicial por cobro de indemnizaciones derivadas de enfermedad ocupacional, los cuales pueden equivaler aproximadamente al 30% del monto de la estimación de la demanda conforme al Código de Procedimiento Civil Venezolano, en tal sentido, si el daño moral es estimado en Bs. 200.000,00 por el trabajador y adicionalmente reclama las indemnizaciones de la LOPCYMAT a título de responsabilidad subjetiva tarifadas en Bs. 100.000,00 el monto de la pretensión total sería de Bs. 300.000,00, en consecuencia, el monto de los honorarios profesionales que cobraría el Abogado a quien acuda el empleador para su defensa, equivaldría aproximadamente a Bs. 90.000,00 que representa el 3500% del monto del salario mínimo mensual devengado por un trabajador en Venezuela.

7.- Si el trabajador solo reclama la indemnización por daño moral que conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social en el caso Hilados Flexilón procede a título de responsabilidad objetiva y por el sólo hecho de tratarse de una enfermedad de carácter ocupacional, el costo de los honorarios profesionales del abogado del empleador serán menores pues no se reclamará las indemnizaciones de la LOPCYMAT (que son discutibles en juicio pues requieren del análisis de la culpa), pero el Juez del Trabajo deberá condenar tal indemnización y necesariamente de manera accesoria deberá condenar al empleador al pago de las costas procesales de la contraparte, es decir, los honorarios profesionales del

abogado del trabajador que pudiera representar aproximadamente un 1000% del salario mínimo mensual devengado por un trabajador en Venezuela.

En relación a ello, es necesario señalar que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia²²⁴ con ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras (caso: Rosa García contra Costa Corte Construcciones) señaló que no procede la exoneración de costas procesales cuando el quantum de la pretensión es diferente al de la condena por razones de error de cálculo, o por la incorrecta interpretación de alguna norma por parte del accionante, lo cual puede traducirse en que el juez sentenciador, condene menos de lo pedido en el libelo o incluso más, sin que exista ultrapetita, lo importante para que exista vencimiento total en materia laboral, según la Sala de Casación Social, es que sea declarada con lugar la demanda, por cuanto todos los conceptos laborales o indemnizaciones reclamadas por el trabajador, resulten procedentes.

En tal sentido, independientemente que el trabajador reclame por daño moral Bs. 300.000,00 y el Juez del Trabajo condene al pago de un monto muy inferior supóngase Bs. 20.000,00 dicha decisión de no haberse reclamado ningún otro concepto conllevará a la condenatoria en costas procesales al demandado por declararse con lugar la reclamación y condenarse el pago del único concepto pretendido aún cuando por un monto inferior.

8.- Si el trabajador no solo reclama la indemnización por daño moral sino que adicionalmente reclama las indemnizaciones previstas en la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo, por discapacidad parcial y permanente y por secuelas o deformaciones permanentes, dichas indemnizaciones de llegar a acordarse, pudieran representar el equivalente al 10.500 % del monto del salario percibido por el trabajador para la fecha de finalización de la relación de trabajo, las establecidas para la discapacidad parcial y permanente el equivalente al 3.500% y las establecidas por secuelas o

²²⁴ Jurisprudencia: Caso: Rosa García contra Costa Corte Construcciones. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 0822 del 21 de Mayo de 2009. Exp. 08-961. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1209-31110-2010-09-232.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

deformaciones permanentes el equivalente al 7000% del monto del salario percibido por el trabajador para la fecha de finalización de la relación de trabajo.

En resumen conforme al sistema de responsabilidad empresarial por enfermedades ocupacionales en Venezuela establecido en el ordenamiento jurídico y desarrollado por la jurisprudencia, que fue descrito en el capítulo II de la presente tesis) una reclamación por indemnizaciones derivadas de enfermedad ocupacional por el padecimiento de una hernia discal a nivel L4-L5 L5-S1 (que según cifras de la Organización Mundial de la Salud la padece el 40% de la población mundial) pudiera representarle al empleador un impacto económico en los porcentajes que se indican a continuación calculados sobre el salario devengado por él para la fecha de terminación de la relación de trabajo.

Tabla No. 02

Impacto económico que representa para el empleador una reclamación judicial por cobro de indemnizaciones derivada de hernia discal por responsabilidad subjetiva y objetiva

Concepto	Porcentaje sobre el salario
Indemnización Art. 92 LOTTT	630%
Indemnización por daño moral	1500%
Honorarios profesionales de su defensa	3000%
Condenatoria en costas procesales	1000%
Indemnizaciones LOPCYMAT por discapacidad parcial y permanente	3500%
Indemnizaciones LOPCYMAT por secuelas o deformaciones permanentes	7000%
Total	16630%

*Fuente propia

En el supuesto en que se considere que la empresa cumplió con toda la normativa en materia de seguridad y salud laboral, es decir, que no fue la acción u omisión patronal la que conllevó a la contracción o al agravamiento de la enfermedad padecida por el trabajador, dicha reclamación conforme al criterio jurisprudencial que determina la procedencia de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva, pudiera representarle a la empresa, los siguientes porcentajes calculados sobre el último salario devengado por el trabajador para el momento de la terminación de la relación de trabajo.

Tabla No. 03

Impacto económico que representa para el empleador una reclamación judicial por cobro de indemnizaciones derivada de hernia discal sólo por responsabilidad objetiva

Concepto	Porcentaje sobre el salario
Indemnización Art. 92 LOTTT	630%
Indemnización por daño moral	1500%
Honorarios profesionales de su defensa	700%
Condenatoria en costas procesales	600%
Total	3430%

*Fuente propia

Tales costos son muy superiores a los costos inmediatos y mediatos que impone al empleador un trabajador en Venezuela, en tal sentido, el problema del sistema de responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales, representa para los empleadores tanto del sector público como del sector privado, una importante carga económica directa e imprevisible, pues en virtud del establecimiento de la teoría de responsabilidad objetiva para la procedencia de la indemnización por daño moral (que como se señaló

anteriormente rompe con la teoría tradicional de la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión del empleador, para la procedencia de dicha indemnización) independientemente que el empleador sea diligente y mantenga un correcto sistema de seguridad y salud laboral en su empresa, deberá indemnizar al trabajador por el padecimiento de dicha patología que la padece un elevado porcentaje de la población Venezolana y los costos que le representa un proceso judicial de esta naturaleza son significativos.

3.3. Régimen indemnizatorio para las enfermedades de la columna del trabajador

Para poder analizar el sistema de responsabilidad patronal por enfermedad ocupacional en Venezuela es necesario estudiar la problemática en la determinación de la naturaleza ocupacional de la enfermedad, de la responsabilidad subjetiva del empleador por este tipo de enfermedades, para con ello justificar la procedencia de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva como una manera de indemnizar al trabajador en aquellos procesos en que como consecuencia del padecimiento de una patología de esta naturaleza quede discapacitado sin que sea posible demostrar la culpa del empleador.

La problemática antes descrita, debe ser abordada desde diversas perspectivas: a) en cuanto a la determinación de la naturaleza laboral de la enfermedad, por otra parte; b) en cuanto a la determinación de la responsabilidad subjetiva y objetiva en este tipo de patologías; c) en cuanto a la determinación y estimación del daño moral. Antes de analizar tal problemática, es necesario luego de planteado el impacto económico que pudiera representar para el empleador tales reclamaciones, analizar la posición de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia respecto a estos procesos judiciales, pues la Sala ha asumido posiciones diferentes con respecto a este tipo de reclamaciones.

3.3.1. Doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con respecto a las indemnizaciones derivadas de este tipo de patologías

La posición de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia desde el año 2004 a 2013, con respecto a las reclamaciones de los trabajadores que padecen este tipo de patologías, es decir, las hernias discales a nivel L4-L5 L5-S1 ha sido cambiante. En algunas decisiones, la Sala de Casación Social ha eximido totalmente de responsabilidad al empleador por considerar que no se demostró el carácter ocupacional de la enfermedad, en otras decisiones se ha eximido totalmente de responsabilidad al empleador por considerarse que tal patología al ser de carácter degenerativo y padecerla el 40% de la población mundial es una enfermedad común y no de naturaleza ocupacional, en otras decisiones (que constituyen la mayoría) se ha considerado la naturaleza ocupacional de tal patología y se ha condenado únicamente la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva, en otras decisiones, se ha considerado la naturaleza ocupacional de tal patología y se ha condenado indemnizaciones tanto por responsabilidad subjetiva (Lopcymat) como responsabilidad objetiva (daño moral), básicamente en aquellos casos en que el empleador se ha negado a reubicar al trabajador luego de la orden del órgano competente. Finalmente en ninguna decisión se ha condenado la indemnización por lucro cesante ni por secuelas o deformaciones permanentes.

El cuadro que se puede observar en el anexo 7 corresponde a un estudio realizado sobre las 50 decisiones que ha dictado la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia durante el período 2004 a 2013 relacionadas con las hernias discales, en las que ha debido descender al análisis del fondo de la controversia, es decir, al estudio de la naturaleza ocupacional o no de la enfermedad y a la procedencia o no de la indemnización por responsabilidad objetiva y subjetiva.

En el mismo se pueden observar 13 columnas, las 7 primeras columnas corresponde a la identificación de la sentencia (número, fecha, expediente, Magistrado ponente, parte demandante, parte demandada) en la octava columna la enfermedad padecida por el trabajador, en la novena columna el carácter ocupacional o no de la enfermedad determinado por la Sala de Casación Social, es decir, si la Sala Social en dicha decisión consideró que la hernia discal era una patología de carácter ocupacional o no, en la décima columna la LOPCYMAT aplicable al proceso, es decir, si la LOPCYMAT vigente para el momento del padecimiento de la enfermedad era la LOPCYMAT de 1986 (que preveía solo la contracción como criterio determinante del carácter ocupacional de la enfermedad) ó la de 2005 (que prevé tanto la contracción como el agravamiento como criterio determinante del carácter ocupacional de la enfermedad), en la undécima columna si la Sala declaró o no la procedencia de la indemnización por responsabilidad subjetiva y por consiguiente, la procedencia de la indemnización por discapacidad contenida en la LOPCYMAT, en la duodécima columna la indemnización por lucro cesante, es decir, si la Sala declaró o no la procedencia de dicha indemnización, en la trigésima columna la indemnización por daño moral, es decir, si la Sala consideró la procedencia de dicha indemnización o no.

Como se puede observar de una lectura del contenido de dicha tabla, de los 50 procesos judiciales por cobro de indemnizaciones derivadas de la enfermedad hernia discal L4-L5 L5 S1 que ha conocido la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República 27 de ellos se ventilaron bajo la vigencia de la LOPCYMAT de 1986 y 23 bajo la vigencia de la LOPCYMAT de 2005. Pues bien, de los 27 procesos judiciales por cobro de indemnizaciones por enfermedad ocupacional (hernia discal L4-L5 L5-S1) que se ventilaron bajo la vigencia de la LOPCYMAT de 1986 (que establecía únicamente el agravamiento como elemento determinante de la naturaleza ocupacional de la enfermedad), en 15 procesos judiciales (el equivalente al 55,55% de las causas) la Sala Social consideró que tales enfermedades no eran de naturaleza ocupacional y por lo

tanto no condenó indemnización alguna ni por daño moral ni por LOPCYMAT, es decir, eximió totalmente de responsabilidad al empleador.

En los 12 procesos judiciales restantes (equivalente al 44,5%), la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República consideró que tal patología si era de carácter ocupacional, en tal sentido, de esos 12 procesos judiciales en 10 de ellos, la Sala Social condenó sólo al pago de la indemnización por daño moral y únicamente en 4 de esos 12 procesos judiciales (14,81%) conjuntamente con la indemnización por daño moral se condenó al pago de la indemnización por discapacidad establecida en la LOPCYMAT.

Ahora bien, de los 23 procesos judiciales por cobro de indemnizaciones por enfermedad ocupacional (hernia discal L4-L5 L5-S1) que se ventilaron bajo la vigencia de la LOPCYMAT de 2005, en 21 de ellos (91,30%) se consideró el carácter ocupacional de las hernias discales, aquí se puede evidenciar el cambio importante que representó para la jurisprudencia Venezolana la entrada en vigencia de la LOPCYMAT de 2005, que estableció el agravamiento de la enfermedad como elemento determinante de la naturaleza ocupacional de una patología sufrida por el trabajador, pues sólo en dos de dichos 23 procesos judiciales, aún cuando se aportó la certificación médica ocupacional que determinaba el carácter agravado de la enfermedad, la Sala Social consideró que dicha patología al ser de carácter degenerativo y padecerla un gran porcentaje de la población mundial era una enfermedad común y no de naturaleza ocupacional.

Es necesario señalar que de las 21 decisiones en que se consideró el carácter ocupacional de las hernias discales, en todas se condenó el pago de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva, siguiendo la doctrina de la Sala establecida en el año 2000 en el caso Hilados Flexilon y sólo en 5 de dichos procesos judiciales, se condenó adicionalmente al pago de la indemnización por daño moral el pago de las indemnizaciones establecidas en la LOPCYMAT básicamente en dos de ellos por el no cumplimiento de las normas mínimas en materia de seguridad y salud laboral y en tres de ellos, por no haber

cumplido el empleador con la obligación de reubicar al trabajador, luego del requerimiento del INPSASEL.

Una vez analizado la evolución de los criterios jurisprudenciales de la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República sobre este tipo de procesos, es necesario analizar la problemática en la determinación de la naturaleza laboral de este tipo de enfermedades, la problemática en la determinación de la responsabilidad objetiva y subjetiva para poder entender el porque los criterios de la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República, han sido cambiantes de un caso a otro.

De la lectura de los fundamentos utilizados por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia para condenar al pago de las indemnizaciones por daño moral y eximir el pago de las indemnizaciones por responsabilidad subjetiva, se observa que ante la dificultad de poder establecer la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión patronal, la Sala Social ha considerado que con la indemnización por daño moral se resarce el daño, justificando de esa manera la teoría de la responsabilidad objetiva.

3.3.2 Problemática en la determinación de la naturaleza laboral de la enfermedad

La Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo define las enfermedades profesionales como aquellos estados patológicos contraídos o agravados con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que el trabajador o trabajadora se encuentra obligado a trabajar, tales como los imputables a la acción de agentes físicos y mecánicos, condiciones disergonómicas, meteorológicas, agentes químicos, biológicos, factores psicosociales y emocionales, que se manifiesten por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, trastornos funcionales o desequilibrio mental, temporales o permanentes.

La Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, además de definir lo que debe entenderse como enfermedad de carácter ocupacional, determina que se presumirá el carácter ocupacional de aquellos estados patológicos incluidos en la lista de enfermedades ocupacionales establecidas en las normas técnicas de la Ley y las que en lo sucesivo se añadieran en revisiones periódicas realizadas por el Ministerio con competencia en materia de seguridad y salud en el trabajo conjuntamente con el Ministerio con competencia en materia de salud.

Como consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, el Instituto Nacional de Prevención, salud y seguridad laboral dictó en el mes de Diciembre de 2008, la norma técnica para la declaración de enfermedad ocupacional (NT-02-02-2008)²²⁵, en la que estableció un listado de enfermedades ocupacionales que constituye el inventario en el cual se indican cuales son aquellas enfermedades, que al ser diagnosticadas se presumirán de carácter ocupacional, sin que ello excluya otros estados patológicos contraídos o agravados con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que la trabajadora o el trabajador se encuentra obligado a trabajar

Dicho listado de enfermedades ocupacionales según codificación 2007 (clasificación estadística internacional de enfermedad y problemas relacionados con la salud, décima revisión CIE-10 DE OPS) determina como trastornos musculoesqueléticos las siguientes patologías: a) Lumbago no especificado; b) Trastorno del disco intervertebral; c) Síndrome del túnel del carpo; d) Trastornos de los tejidos blandos relacionados con el uso, el uso excesivo y la presión; e) Lesiones de Hombro; f) Epicondilitis; g) Sinovitis y Tendinitis; h) Trastorno del disco cervical con radiculopatía; i) Otros trastornos del disco cervical; j) Trastornos del disco lumbar con radiculopatía; k) Trastornos de los discos intervertebrales no específicos; l) Bursitis de mano; m) Bursitis del olécranon; n) Otras bursitis de

²²⁵ Luis Eduardo Mendoza Pérez. La LOPCYMAT un enfoque práctico. Hermanos Vadell Editores. Caracas Venezuela. 2009. pág. 42-43

codo; o) Bursitis de la rodilla; p) Otros trastornos no especificados de los tejidos blandos relacionados con el uso, el uso excesivo y la presión; q) Síndrome manguito del rotador; r) Bursitis de hombro; s) Lesiones de hombro no especificadas; t) Dedo en gatillo; u) Tenosinovitis de estiloides radial (De Quervain); v) Sinovitis y tenosinovitis, no especificadas.

Obsérvese que una de dichas patologías y que constituye la patología estudiada en el presente capítulo para formular el juicio crítico al sistema de responsabilidad del empleador en Venezuela por enfermedades ocupacionales, son las hernias discales que consisten en trastornos del disco vertebral con radiculopatía, trastornos del disco lumbar con radiculopatía y trastorno del disco intervetebral, específicamente, las que se localizan en las vértebras L4-L5 y L5-S1.

Ahora bien, como se señaló anteriormente, el legislador Venezolano, estableció una presunción a favor del carácter ocupacional de dichas patologías indicadas en el referido listado que emitió el Instituto Nacional de prevención, salud y seguridad laboral. Debe precisarse entonces porque el legislador consideró necesario el establecimiento de ese listado de enfermedades y a que tipo de presunción hace referencia la ley.

En cuanto al porque consideró el legislador necesario establecer dicho listado de patologías, la respuesta parece ser la dificultad para el trabajador de demostrar la causa de la contracción o agravamiento de tales enfermedades y en cuanto a la naturaleza de la presunción, la misma constituye una presunción juris tantum o de carácter relativa que admite prueba en contrario, pues dispondrá el empleador de la posibilidad de desvirtuar en un proceso judicial, el carácter ocupacional de la misma.

En relación con lo antes expresado, es de indicar que la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente Del Trabajo en su artículo 76, le atribuye al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laboral la

competencia para comprobar la existencia de la enfermedad, así como calificar y certificar el origen de la enfermedad padecida por el trabajador.

El documento a través del cual, el INPSASEL constata la existencia de la patología y le atribuye el carácter ocupacional a una enfermedad padecida por un trabajador (luego de la evaluación correspondiente) constituye por definición de la referida norma un documento público, al que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo en el caso Daniel Soto contra Pequiven con ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras le ha denominado documento público administrativo²²⁶ cuya presunción de veracidad y certeza le imponen la carga de la prueba a quien pretenda desvirtuar su contenido.

Obsérvese que de la lectura de la definición de enfermedad ocupacional que hace la LOPCYMAT, surge una interrogante y es que acaso por el solo hecho de padecer el trabajador una de las patologías existentes en la clasificación de las enfermedades de carácter ocupacional debe catalogarse como ocupacional o debe necesariamente analizarse si la misma fue contraída o agravada con ocasión del trabajo.

Al respecto, es necesario señalar que antes de la entrada en vigencia de la LOPCYMAT, conforme al contenido del artículo 562 de la Ley Orgánica del Trabajo²²⁷ (norma derogada tácitamente por la LOPCYMAT de 2005, conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia²²⁸); se entendía por enfermedad profesional todo estado patológico “contraído” con ocasión del trabajo o por exposición al ambiente en que el trabajador se encuentre obligado a trabajar, mientras que en la LOPCYMAT de 2005, se define la enfermedad ocupacional como todo estado patológico contraído o agravado con

²²⁶ Jurisprudencia: Caso: Daniel Soto contra Pequiven. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 0487 del 17 de Abril de 2008. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/0487-170408-071564.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

²²⁷ Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 152 de 19 de Junio de 1997

²²⁸ Jurisprudencia: Caso: Angel Mendoza contra General Motors Venezolana C.A.. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1016 del 30 de Junio de 2008. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Junio/1016-30608-2008-07-1868.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

ocasión del trabajo o por exposición al ambiente en que el trabajador se encuentre obligado a trabajar.

Obsérvese que existe un elemento de estelar importancia y es que en la definición de enfermedad ocupacional establecida por la LOPCYMAT de 2005, se adicionó el “agravamiento” del estado patológico con ocasión del trabajo, como elemento determinante de la naturaleza ocupacional de una enfermedad padecida por un trabajador.

En tal sentido, antes del 26 de Julio de 2005, era difícil encuadrar a las hernias discales como una enfermedad de carácter ocupacional, conforme a la definición de la Ley Orgánica del Trabajo derogada, pues dicha Ley no preveía el “agravamiento” de la enfermedad como elemento determinante de la naturaleza ocupacional de la patología sino sólo la contracción, lo que hacía muy difícil a los médicos tratantes determinar que una enfermedad como esta de naturaleza degenerativa se había contraído con ocasión del trabajo. Adicionalmente, no existía ninguna norma técnica que hubiere establecido una presunción en cuanto a la naturaleza ocupacional de las hernias discales.

Aunado a lo antes expresado, conforme al criterio médico científico de la Junta médica evaluadora del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales expresada en las planillas 14-08 que emitían para determinar la discapacidad del trabajador se señalaba que tal patología encuadraba dentro de las enfermedades de carácter común (quizás por lo difícil que era determinar que la misma había sido contraída en la empresa) pues como se señaló anteriormente, para entonces, la “contracción” era el único elemento determinante del carácter ocupacional de las enfermedades y es esa la razón por la cual de una lectura del cuadro anterior se observa que de 27 reclamaciones por indemnizaciones por enfermedad ocupacional interpuesta bajo la vigencia de la LOPCYMAT de 1986, sólo en 12 procesos (44,44%) se consideraron las hernias discales como enfermedades de carácter ocupacional.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la LOPCYMAT de 2005, por una parte, se estableció el “agravamiento” como un elemento determinante del carácter ocupacional de la enfermedad padecida por el trabajador, en tal sentido, si bien es complejo determinar que una hernia discal se haya contraído con ocasión del trabajo, al constituir las hernias discales una enfermedad de carácter degenerativo, el INPSASEL utiliza el “agravamiento” como elemento determinante para calificar el carácter ocupacional de la enfermedad.

Igualmente si bien al igual que la LOPCYMAT de 2005, la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, preveía la posibilidad que el órgano competente determinara mediante un listado de enfermedades aquellas que una vez padecidas por el trabajador se presumían de carácter laboral, desde 1997 a 2008, el INPSASEL no había publicado tal listado de enfermedades, es en el mes de Diciembre de 2008, cuando el referido órgano administrativo publica la norma técnica para la declaración de enfermedad ocupacional (NT-02-02-2008)²²⁹, en la que estableció un listado de enfermedades ocupacionales que constituye el inventario en el cual se indican cuales son aquellas enfermedades, que al ser diagnosticadas se presumirán de carácter ocupacional y dentro de ellas, como se señaló anteriormente se incorporó las hernias discales.

Estos dos elementos, vale decir, el agravamiento como elemento determinante del carácter ocupacional de una enfermedad y la existencia del el referido listado de enfermedades que hacen presumir la naturaleza ocupacional de las patologías padecidas por el trabajador entre ellos, las hernias discales L4-L5 L5-S1, han hecho que en Venezuela a partir de 2008 las hernias discales sean catalogadas en su mayoría como enfermedades de carácter ocupacional por parte del INPSASEL y los Jueces del Trabajo, ello al permitir al trabajador reclamar las indemnizaciones establecidas en el ordenamiento jurídico Venezolano para tales patologías, tales como la indemnización por daño moral que procede conforme a la jurisprudencia Venezolana a título de responsabilidad objetiva, ha generado un

²²⁹ Luis Eduardo Mendoza Pérez. La LOPCYMAT un enfoque práctico. Hermanos Vadell Editores. Caracas Venezuela. 2009. pág. 42-43

incremento considerable en el número de demandas por enfermedades ocupacionales en los Tribunales del Trabajo del país, pues una vez que el trabajador obtiene una certificación médica emitida por el INPSASEL que le atribuye el carácter ocupacional a la patología que padece por haberse podido agravar con ocasión del trabajo o por el trabajo, puede reclamar ante los Tribunales Laborales, con fundamento en dicha certificación, las indemnizaciones establecidas en el ordenamiento jurídico para las enfermedades profesionales, básicamente la indemnización por daño moral que conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia procede a título de responsabilidad objetiva.

Es esa la razón por la cual, de una lectura del cuadro anterior se observa que de 23 reclamaciones judiciales por indemnizaciones derivadas de enfermedad ocupacional (hernia discal L4 L5 L5 S1) interpuesta bajo la vigencia de la LOPCYMAT de 2005, en 21 de ellos (91,30%) consideró la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia a las hernias discales como enfermedades de carácter ocupacional y por consiguiente, condenó a la indemnización por daño moral.

Como se señaló en el capítulo II de la presente tesis, contra la certificación médica ocupacional emitida por el INPSASEL a través de la cual se determine el carácter ocupacional de la enfermedad, podrá el empleador recurrir en sede administrativa ante el mismo órgano que emitió el acto administrativo o ante el superior jerárquico. Igualmente podrá el empleador recurrir dicho acto administrativo en sede jurisdiccional mediante el recurso de nulidad ante el Tribunal Superior del Trabajo y en caso de no ejercer ninguno de los mecanismos de impugnación antes mencionados, podrá mediante un procedimiento de tacha²³⁰ en el mismo proceso en el que se le reclaman indemnizaciones derivadas de enfermedad ocupacional impugnar el contenido de dicha certificación.

²³⁰ Jurisprudencia: Caso: Luis Acosta contra Coca Cola Femsa de Venezuela S.A.. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1027 del 22 de Septiembre de 2011. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/septiembre/1027-22911-2011-10-369.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2011)

Tales mecanismos de impugnación, vale decir, en sede administrativa (recurso de reconsideración y jerárquico), en sede judicial (recurso de nulidad) o mediante procedimiento de tacha, pueden ejercerse con la finalidad de atacar tanto vicios en el procedimiento como vicios en los argumentos o motivación del acto administrativo. Los vicios en el procedimiento a los efectos de la presente tesis son quizás poco relevantes, sin embargo, los vicios en los argumentos o motivación del acto administrativo si requieren particular mención, pues el empleador podrá a los efectos de desvirtuar el contenido de una certificación médica ocupacional mediante la cual se determine el carácter ocupacional de una hernia discal de un trabajador por haber sido contraída o agravada con ocasión del trabajo, impugnar o rebatir los argumentos en que sustentan tal decisión de diferentes maneras.

Si la certificación médica determina el carácter ocupacional de una hernia discal por haber sido “contraída” con ocasión del trabajo, el empleador podrá alegar que el único mecanismo a través del cual se puede diagnosticar científicamente la existencia o ausencia de una hernia discal es a través de una resonancia magnética nuclear, sin embargo, dicha evaluación médica que pudiera formar parte del examen pre empleo del trabajador fue prohibida por la Dirección de Medicina ocupacional del INPSASEL por considerarla discriminatoria de los trabajadores que padecían de este tipo de enfermedades de manera asintomático²³¹.

El Instituto Nacional de prevención, salud y seguridad laboral, mediante un pronunciamiento de la Dirección de Medicina Ocupacional consideró que la resonancia magnética nuclear (que constituiría un medio científico idóneo para la determinación de este tipo de enfermedades), se ha convertido en un instrumento de discriminación para todo trabajador que resulte con algún grado de alteración de la misma estando asintomático, por lo que ha recomendado no incluir la resonancia magnética nuclear en el examen rutinario de pre empleo que

²³¹ Guía práctica de seguridad y salud laboral. Legis 2010. página 96

constituye una evaluación de tipo obligatoria y preventiva que persigue conocer la condición de salud del trabajador antes de ingresar a un determinado puesto de trabajo tomando en cuenta la exposición a factores de riesgo.

En consecuencia, al encontrarse prohibido por vía de pronunciamiento del órgano rector en materia de seguridad y salud laboral en Venezuela, el único mecanismo científico que puede ser usado por el empleador para determinar la existencia o ausencia de una patología de esta naturaleza antes de iniciar la relación de trabajo, no existe posibilidad alguna para que el empleador pueda constatar la ausencia de esta patología en el trabajador al momento de ingresar a la empresa, lo que a su vez le impide al órgano administrativo determinar que el trabajador al momento de su ingreso a la empresa no padecía dicha patología y al retirarse de la misma si la padecía.

Esta situación le imprime un elemento de indeterminación a la referida certificación por la carencia de soporte científico que le permita establecer la ausencia de la patología para el momento del ingreso del trabajador a la empresa, que pudiera hacer adolecer de vicios en la motivación del acto administrativo a través del cual el INPSASEL determina el carácter ocupacional de una enfermedad, ello impone la necesidad de revisar el dictamen del INPSASEL pues se estaría contribuyendo con él a la materialización de una situación de hecho que hace adolecer de sustento científico su propio acto administrativo y adicionalmente que pareciera ser contraproducente en la salud de los trabajadores, es decir, se estaría colocando el derecho al acceso al puesto de trabajo por encima del derecho a la salud de un trabajador que aspira a ingresar a una empresa y que por padecer dicha patología requiere de unas condiciones especiales para evitar el agravamiento de la misma.

Aunado a lo antes expresado, el empleador pudiera alegar como vicio del acto administrativo que aún realizando dicha resonancia magnética nuclear antes de ingresar el trabajador y una luego de finalizada la relación de trabajo en la empresa, en la que se evidencie el padecimiento de una patología de esta

naturaleza (que al momento de ingresar no se padecía), no existe un mecanismo científico alguno que permita establecer una relación de causalidad entre la contracción de la enfermedad y el servicio prestado por el empleador, es decir, no existe la posibilidad científicamente hablando de demostrar que una hernia discal se contrajo por el puesto de trabajo, pues la vida diaria impone al ser humano la realización de diferentes actividades que pueden ser quienes le hacen contraer o agravar dicha patología, tales como la crianza de hijos, posturas incorrectas, entre otros.

Con los mismos argumentos antes expuestos, si la certificación médica emitida por el INPSASEL determina el carácter ocupacional de una hernia discal por haber sido “agravada” con ocasión del trabajo, el empleador podrá alegar que el único mecanismo a través del cual se puede diagnosticar científicamente la existencia de una hernia discal es a través de una resonancia magnética nuclear, sin embargo, dicha evaluación médica que pudiera formar parte del examen pre empleo del trabajo fue prohibida por el INPSASEL por considerarla discriminatoria de los trabajadores que padecían de este tipo de enfermedades de manera asintomático.

En consecuencia, al encontrarse prohibido por vía de dictamen el único mecanismo médico científico para determinar la existencia o ausencia de una hernia discal, ello le impide al órgano administrativo determinar que el trabajador al momento de su ingreso a la empresa ya padecía de la hernia discal pero en proporción menor a la que tenía al momento de la finalización de la relación de trabajo. Adicionalmente a ello, aún realizando el empleador dicha resonancia magnética antes de ingresar el trabajador y una luego de finalizada la relación de trabajo en la empresa, en la que se evidencie el padecimiento de una patología de esta naturaleza que al momento de ingresar no se padecía, no existe un mecanismo científico que permita establecer una relación de causalidad entre el agravamiento de la enfermedad y el servicio prestado por el trabajador, es decir, no existe la posibilidad científicamente hablando de demostrar que una hernia

discal se agravó por el puesto de trabajo, pues la vida diaria impone al ser humano la realización de diferentes actividades que pueden ser quienes agravan dicha patología.

Por tal razón cuando los funcionarios del INPSASEL determinan que una hernia discal se agravó por la labor desempeñada por el trabajador se basan en una presunción, es decir, que luego que analizan las funciones desempeñadas por el trabajador en la empresa ello les hace presumir que la hernia se pudo haber agravado como consecuencia del servicio prestado. Allí radica la necesidad primeramente que el trabajador en el escrito de demanda describa de manera precisa las funciones que desempeñaba dentro de la empresa, para con ello, permitirle al Juzgador analizar tales funciones así como las causas y concausas probables de la enfermedad para llegar a la conclusión que la misma se pudo haber agravado como consecuencia de la prestación del servicio o que sin la prestación del servicio la misma no se hubiera agravado en tal proporción.

En relación a ello, es necesario señalar que la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República en la sentencia del caso José Robles contra M-I Drilling Fluids de Venezuela, C.A.²³² consideró necesario esbozar algunas reflexiones en cuanto a la valoración de los documentos públicos administrativos, es decir, los informes emitidos por médicos legistas adscritos al Ministerio del Trabajo, que sin lugar a dudas no pueden tener el mismo trato que un documento privado, pero tal verdad procesal no puede debilitar la facultad que tienen los Jueces del Trabajo de participar de manera activa en el desempeño de sus funciones, y en virtud de ello, poder interrogar a los representantes de ese órgano de la Administración Pública, a los fines de mantener el control de la prueba y al mismo tiempo procurar obtener un criterio mucho más amplio cuando la situación así lo requiera, como lo sería en aquellos casos en los cuales el informe ofrecido por la parte sea insuficiente para formarse una convicción fehaciente.

²³² Jurisprudencia: Caso: José Robles contra M-I Driling. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1001 del 08/06/2006. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/junio/1001-080606-06101.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

A título de ejemplo señaló la Sala en dicha decisión, que demandado el pago de unas indemnizaciones por enfermedad profesional (hernia discal), generarse el convencimiento irrefragable que la misma ha tenido lugar con ocasión al trabajo prestado, es una función que en la rutina del análisis probatorio no es fácilmente evidenciable, pues tal patología por máxima de experiencia no necesariamente se debe al ejercicio de actividades de estricta naturaleza laboral, y que incluso, cualquier ciudadano sea trabajador o no la puede desarrollar, de manera que lo correcto no es conformarse con la tarifa legal que tiene el informe promovido por las partes con ese fin probatorio, sino indagar mucho más allá, a través del conocimiento científico de los funcionarios que emiten los respectivos informes médicos en garantía de obtener la verdad material.

En tal sentido, orientados por el principio de la búsqueda de la verdad, la Sala de Casación Social, en dicha decisión exhortó a los jueces de instancia acudir a la generosidad que se haya incorporada en los artículos 5 y 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, normas que les permiten inquirir la verdad por todos los medios posibles (dándole el impulso y dirección adecuados) y ordenar la evacuación de otros medios de prueba cuando así lo consideren conveniente, ya que en definitiva por Ley, tienen atribuido en su actividad jurisdiccional al momento de decidir, la regla que los lleva apreciar las pruebas según criterios de la sana crítica.

En consecuencia, no sólo los expertos del INPSASEL deben verificar las funciones prestadas por el trabajador a los efectos de determinar el carácter ocupacional o no de la enfermedad, sino que el Juez también debe analizar las circunstancias vinculadas con las condiciones y medio ambiente del trabajo, es decir, realizar un análisis de las tareas efectuadas por la víctima, en este sentido, el trabajador deberá detallar en su escrito de demanda la tarea que ejecuta o ejecutaba y no limitarse a la mención tan común del oficio desempeñado; luego se analizará los detalles y pruebas existentes en autos sobre el ambiente laboral y los elementos que el trabajador consideró pernicioso para su salud. Por ello, los

Jueces de Sustanciación, mediación y ejecución deben exigir a través del despacho saneador la descripción de manera precisa las funciones que desempeñaba dentro de la empresa.

Una vez realizada dicha determinación, corresponde estudiar las circunstancias vinculadas con el trabajador, es decir, estudiar el diagnóstico de la enfermedad padecida la cual obviamente sólo será posible con la ayuda del profesional médico; debe estudiarse además las condiciones personales del trabajador, edad, sexo, constitución anatómica, predisposición y otras enfermedades padecidas, cumplidos los presupuestos señalados, le resta al juez determinar la vinculación o nexo causal entre el trabajo, sus condiciones y la lesión incapacitante.

Al respecto, la Sala de Casación Social del máximo Tribunal de la República señaló que para establecer la relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo prestado es necesario definir los conceptos de causa, concausa y condición. En este orden de ideas, citando a Pavese-Gianibeli²³³ la causa, es el origen, antecedente o fundamento de algo que ocurre, es el hecho que ocasiona algo, una cosa o acontecimiento que puede producir uno o más efectos; la concausa, es aquello que actuando conjuntamente con una determinada causa, contribuye a calificar el efecto, es un estado o circunstancia independiente que actúa con la causa, que puede ser preexistente, concomitante o sobreviniente, en medicina la concausa preexistente se llama “estado anterior” que se refiere a estados patológicos de la víctima y la concausa concomitante o sobreviniente se llama complicación; la condición es empleado en el sentido de condicionar, es decir, hacer depender alguna cosa de una condición.

Para definir la relación de causalidad que debe existir entre la enfermedad y el trabajo realizado, a efecto de que pueda ordenarse la indemnización correspondiente, es menester considerar como causa sólo la que mayor

²³³ Pavese-Gianibeli. Enfermedades Profesionales en la Medicina del Trabajo y en el Derecho Laboral. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina

incidencia ha tenido en la génesis del daño (ésta sería la causa principal) y considerar o llamar concausa a otras causas o condiciones que han influido en la producción y la evolución del daño. Es así, que serían causa las condiciones y medio ambiente del trabajo (si es que fueron el principal desencadenante de la lesión) y concausa la predisposición del trabajador a contraer la enfermedad.

En este sentido, se hace necesario tener en cuenta si la causa incriminada (las condiciones de prestación del servicio) es capaz de provocar el daño denunciado y en caso de producirse una complicación evolutiva, poder establecer si alguna otra causa (concausa), alteró esa evolución, de esta manera el juez podrá decidir si hubo o no vinculación causal o concausal con las tareas realizadas por un trabajador; determinar dicha vinculación resulta indispensable, pues no resultará indemnizable el daño sufrido por el trabajador ocasionado conjuntamente por la tarea realizada y por la acción de una concausa preexistente, en la medida en que esta última (concausa) haya incidido.

Para Antonio del Corral García²³⁴ las hernias discales descartando afectación neurológica, procesos inflamatorios, neoplásicos, infecciosos, o patología abdominal, predominan entre 30-60 años, época de vida laboral activa. A los 50 años, el 67% de las personas tienen degeneración discal. Entre un 14-45% de la población general la padece. Las principales causas son: del 80-90% de los dolores lumbares es un cajón de sastre de causa desconocida. El resto de las causas son entre 10-20%, diversas entre las que se encuentran: Un 3% tendrá una radiculalgia a hernia discal. En mayores de 50 años, sobre un 3-5% estenosis del canal degenerativa. En 2-3% hay que descartar tumores, metástasis, infecciones, aplastamientos o dolor referido a origen visceral.

Entre los factores de riesgo de la referida patología se encuentran según el referido autor: los trabajos físicamente duros, trabajar en la misma posición durante largos períodos, levantar pesos importantes con frecuencia, trabajos con

²³⁴ Del Corral Antonio. Enfermedades invalidantes más prevalentes. Patologías invalidantes y su aplicación práctica. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial. Madrid. Lerño Print, S.A. España, página 173-176

inclinaciones y giros del tronco, trabajos repetitivos, exposición a vibraciones y otros factores menos estudiados, poca fuerza muscular, el tabaco, quizás por aumento de la presión intradiscal con la tos, obesidad, conducción profesional de automóviles.

La evolución de los pacientes con dolores lumbares es el siguiente: 50% mejoran en 1 semana, 60-85% mejoran en 3 semanas, 90% mejoran en 6-8 semanas, 100% de los quieren trabajar se incorporan en menos de 3 meses, tanto si se ha resuelto el problema como si no.

Por ello, para el autor antes mencionado hay un consenso científico que en estos procesos es más beneficioso una buena comunicación y confianza entre el médico y el paciente que cualquier técnica o estudio, pues establecer un juicio de gravedad impacta al paciente y lleva a la yatrogenia médica, pedir sofisticados e innecesarios estudios y transmitirlos con solemnidad al paciente convierte un simple lumbago en una grave enfermedad con la “espalda deformada”. Manifestar que se descarta patología grave y confirmar la benignidad del proceso ayudan a resolver el problema y no complicar la evolución. El paciente no debe asimilar que el dolor lumbar es una lesión irreversible. Inclusive señala el autor, que los procedimientos diagnósticos de información radiológica conllevan al paciente a creer que el problema es crónico para toda la vida y manifiestan que con los tratamientos puede mejorar pero nunca se curará o que acabarán incapacitados para su trabajo, pues deben proteger la espalda dejándola de reposo.

Señala Santiago Cabuchola²³⁵ que los criterios para la valoración de la capacidad laboral en patología de raquis lumbar comienzan, igual que los anteriores, con la anamnesis en la que hay que recordar que existen cinco tipos de lumbalgia: 1) dolor de origen discal, generalmente localizado en la columna lumbar bajar, irradiando a glúteos, de instauración lenta y que se desencadena con la flexión; 2) dolor facetario, bajo, irradiado a glúteos y que se exacerba con la

²³⁵ Santiago Cabuchola. Análisis de patologías causantes de discapacidad laboral permanente. Patologías invalidantes y su aplicación práctica. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial. Madrid. Lerño Print, S.A. España, página 173

extensión; 3) dolor radicular, irradiado a miembro inferior, aumenta con las maniobras de estiramiento radicular; 4) dolor inflamatorio, que aumenta con el descanso nocturno; y 5) dolor psicógeno, de características difíciles de encuadrar y en el que se descartan posibles causas orgánicas. Las pruebas para la detección de simuladores se suelen utilizar en ese medio, dado que se suele encontrar con frecuencia intentos de simulación de patología lumbar, aunque lo que sí es prácticamente constante, más que la simulación propiamente dicha, es la exageración de la sintomatología sufrida.

Los hallazgos clínicos y exploratorios pueden englobarse en dos grandes síndromes clínicos: a) la lumbalgia, que en un 80-90% de los casos, será de causa mecánica, bien por alteraciones estructurales (escoliosis, patología discal, artrosis interapofisaria, espondilitis, espondilolitosis) o por sobrecargas funcionales o posturales (dismetría pélvica, hipotonía muscular, sedentarismo, hiperlordosis deportivas), el resto puede deberse a espondiloartropatías inflamatorias, traumatismos, tumores primarios o secundarios, osteoporosis, etc. Y b) el dolor lumbar irradiado: a miembro inferior por debajo de la rodilla y que corresponde al trayecto de las raíces L5 o de L3 a S2, siendo la causa más frecuente un proceso de discorradicular, encontrándonos en este supuesto ante la conocida ciática; el síndrome de canal estrecho (pseudoclaudicación) es el estrechamiento del canal raquídeo congénito o secundario a otras patologías; la cruralgia y; el síndrome de la cola de caballo.

Señala Márquez²³⁶ que los desordenes músculo esqueléticos son lesiones y desordenes de los músculos, nervios, tendones, ligamentos, articulaciones, cartílagos y discos de la columna, pueden ser relacionados de manera directa e indirecta, a aspectos del trabajo y del ambiente de trabajo conocidos como factores de riesgo. Sin embargo, actividades fuera del ambiente de trabajo, pueden contribuir o causar la aparición de los desordenes musculo esqueléticos. Existen también los desordenes traumático acumulativo que pueden ser el

²³⁶ Miguel Márquez. Ergonomía. Fundamentos de ergonomía industrial. Universidad Nacional Experimental del Táchira. Lito Formas. San Cristóbal Venezuela. 2009. página 2

resultado de esfuerzos, movimientos extremos, vibración, frío o calor; movimientos repetitivos y posturas sostenidas si el tiempo de recuperación adecuado. Para este autor, durante el período de los 18 a los 64 años de edad, hay más personas discapacitadas por problemas musculo esquelétales que por cualquier otra categorías de desordenes.

Este tipo de lesiones se desarrollan usualmente de forma gradual y es ocasionado por micro traumas. Es por esta razón que la enfermedad o lesión pasa desapercibida y es ignorada hasta que los síntomas se hacen crónicos, y la lesión permanente ya ha ocurrido.

No obstante todo lo antes expresado, es decir, la posibilidad que la hernia discal sea considerado una enfermedad de carácter ocupacional existe un argumento de peso que puede utilizar el empleador para desvirtuar la veracidad de la certificación médica a través de la cual se determinó el carácter ocupacional de una hernia discal de un trabajador y lo constituye el hecho que dicha enfermedad es una patología de carácter degenerativo que se continuará agravando aún cuando el trabajador no realice esfuerzo físico alguno, pues los discos intervertebrales se van deteriorando con el paso del tiempo independientemente del esfuerzo que realice el trabajador en su puesto de trabajo y así lo reconoció la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en las sentencias N° 41²³⁷ y N° 1504²³⁸ del 12/02/2010 y 09/12/2010 respectivamente con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero.

Estos argumentos, primero, la prohibición de la realización de un examen pre empleo que permita determinar la inexistencia de la enfermedad antes del inicio de la relación de trabajo (que permita a su vez determinar la contratación de

²³⁷ Jurisprudencia: Caso: Arquímedes Antonio Ramírez Reyes contra Schlumberger Venezuela, S.A.. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 041 del 12 de Febrero de 2010. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/0041-12210-2010-08-2036.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

²³⁸ Jurisprudencia: Caso: Che Henry Aliendres Guilarte contra C.V.G. Industria Venezolana de Aluminio (C.V.G. Venalum). Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1504 del 09 de Diciembre de 2010. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/0041-12210-2010-08-2036.html> (fecha de consulta: 21 de Diciembre de 2010)

la patología con ocasión del trabajo) o la existencia de dicha enfermedad antes del inicio de la relación de trabajo en proporción menor a la existente al momento de terminación de la relación de trabajo (que permita determinar el agravamiento de dicha patología) y segundo, el carácter degenerativo de las hernias discales, pudieran constituir elementos que desde el punto de vista estrictamente médico científico harían adolecer de sustento el contenido de la certificación médica ocupacional emitida por el INPSASEL a través de la cual se determina el carácter ocupacional de una enfermedad (hernia discal L4-L5 L5-S1) bien sea por ser contraída o agravada con ocasión del trabajo.

Sin embargo, desde el punto de vista humano y social, si tales argumentos fuesen suficientes para desvirtuar la naturaleza ocupacional de una patología que es padecida por un gran porcentaje de la población mundial, ello impediría al trabajador reclamar las indemnizaciones consagradas en la Ley del Seguro Social a cargo del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales bajo la teoría del riesgo, lo que a su vez le impediría obtener una pensión por discapacidad, adicionalmente a ello, le impediría al trabajador recibir el pago de su salario durante el tiempo de reposo (máximo 52 semanas), el pago de del beneficio consagrado en la Ley programa de alimentación durante el tiempo en que permanezca de reposo médico como consecuencia de dicha patología. Igualmente impedirá que el tiempo de reposo se le impute a la antigüedad a los efectos del pago de sus prestaciones sociales, pues conforme al contenido del artículo 101 de la LOPCYMAT solo se imputa el tiempo de suspensión de una enfermedad de carácter ocupacional.

Por otra parte, el empleador no estaría obligado a declarar ante el INPSASEL la existencia de dicha enfermedad, impidiendo con ello, que el empleador sea obligado a tomar medidas de prevención en materia de salud y seguridad laboral para evitar la contracción o agravamiento de estas enfermedades en otros trabajadores expuestos a condiciones de trabajo similares y al agravamiento de quien las padece, así mismo, en el supuesto en que el

empleador no cumpliere con dichas medidas ordenadas por el INPSASEL no habría posibilidad del trabajador de reclamar las indemnizaciones consagradas en la LOPCYMAT por responsabilidad subjetiva, aún con la negativa del empleador de cumplir los requerimientos del INPSASEL, pues al desvirtuarse el carácter ocupacional de dicha enfermedad por los argumentos médicos antes mencionados. vale decir, prohibición de realización de examen pre empleo y carácter degenerativo de las enfermedades, no se analizaría la indemnización de la LOPCYMAT.

Surge entonces una disyuntiva por una parte, la injusticia que representaría para el trabajador la no calificación de dicha patología como una enfermedad de carácter ocupacional en los supuestos en que las funciones que desempeña realmente la pudieren imponer esfuerzos físicos notables que pudieren agravar tal enfermedad en mayor medida a como se agravarían si no los realizara y por otra parte, la imposibilidad del empleador de eximirse del pago de la indemnización por daño moral consagrado jurisprudencialmente a título de responsabilidad objetiva (aún en el supuesto en el que actúe como un buen padre de familia y cumpla con toda la normativa en materia de seguridad y salud laboral) generándole un impacto económico importante.

Ante ello, pareciera que inspirados en la ideología de un estado social de derecho y de justicia como el que define la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la luz del derecho del trabajo, la solución lógica ante la dificultad en determinar la naturaleza ocupacional de las hernias discales L4-L5 L5-S1, debe ser inclinarse por la naturaleza ocupacional de tal enfermedad.

Sin embargo, tal solución apegada a la justicia social que determina el carácter ocupacional de la referida enfermedad que pueden padecer el 40% de los trabajadores de cualquier centro de trabajo a nivel mundial conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia que asume la responsabilidad objetiva para la indemnización por daño moral derivada de esta patología, conlleva otras problemáticas que ya fue analizada

precedentemente en el presente capítulo como lo es el impacto económico de una reclamación judicial de este tipo, en virtud que el empleador conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, siempre deberá responder pagando la indemnización por daño moral que estimará el Juez aún en el supuesto en el que actúe como un buen padre de familia y cumpla con toda la normativa en materia de seguridad y salud laboral. Ello impone la necesidad de realizar una revisión al sistema de responsabilidad patronal por accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales en Venezuela que permita la subrogación legal del empleador en el sistema de seguridad social por la indemnización por daño moral que procede a título de responsabilidad objetiva.

3.3.3. Problemática para la determinación de la responsabilidad objetiva

En capítulo precedente se ha señalado que conforme a la doctrina de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia²³⁹ las indemnizaciones consagradas en la Ley del Seguro Social a cargo del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (para los casos en que el trabajador se encuentre inscrito en el sistema de seguridad social), en la Ley Orgánica del Trabajo a cargo del empleador (para los casos en que el trabajador no se encuentre inscrito en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales) y el Código Civil por daño moral a cargo del empleador (independientemente que el trabajador se encuentre inscrito o no en el sistema de seguridad social), proceden a título de responsabilidad objetiva, es decir, independientemente que medie o no la culpa del empleador, una vez que le sea atribuido el carácter ocupacional a la enfermedad padecida por el trabajador, procederá el pago de dichas indemnizaciones.

Para la procedencia de este tipo de indemnizaciones será irrelevante entonces, que el empleador demuestre que no incurrió en culpa en la contracción o agravamiento de la enfermedad del trabajador, pues su responsabilidad no se determinará por la ausencia o no de culpa, sino por el simple hecho de crear un

²³⁹ Jurisprudencia: Caso: Hilados Flexilón. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 116 del 17 de Mayo de 2000. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/a116-170500-99591.htm> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2004)

riesgo con su empresa productora de bienes o prestadora de servicios; en todo caso, la existencia o ausencia de culpa por parte del empleador será relevante únicamente a los efectos de la estimación del daño moral que debe realizar el Juez, pero para la procedencia de dicha indemnización será irrelevante.

Sin embargo, en razón que la responsabilidad objetiva consagrada en dichas normas tiene como fundamento filosófico la teoría de la responsabilidad por guarda de la cosa consagrada en el Código Civil Venezolano, aún cuando la nueva LOTTT derogó las circunstancias eximentes de responsabilidad patronal establecidas en el artículo 563 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo, el hecho intencional de la víctima, la causa extraña no imputable y el hecho de un tercero continúan siendo eximentes de responsabilidad patronal, por cuanto el artículo 1193 que sustenta la responsabilidad por guarda de la cosa, prevé tales supuestos como eximentes de responsabilidad del guardador, en tal sentido, si el empleador demuestra cualesquiera de tales circunstancias podrá eximirse del pago de las indemnizaciones derivadas de la enfermedad padecida por el trabajador, aún cuando a la misma se le haya atribuido el carácter ocupacional.

3.3.3.1. Hecho intencional de la víctima

Por lo que respecta al hecho intencional de la víctima, debe señalarse que en este tipo de procesos por cobro de indemnizaciones derivadas de enfermedad ocupacional (hernia discal L4-L5 L5-S1), es complejo demostrar dicha eximente de responsabilidad, pues para el empleador aportar elementos probatorios a un proceso, que permitan al Juez del trabajo inferir que la enfermedad fue contraída o agravada como consecuencia de un hecho intencional de la víctima es una tarea nada sencilla de realizar, entre otras razones, porque al ser una enfermedad de carácter degenerativo el proceso de desgaste de los discos intervertebrales no depende de una acción puntual del trabajador sino del transcurso del tiempo y en tal sentido, sería difícil materialmente hablando, demostrar que una acción del trabajador en un momento determinado fue la causante de la contracción o el

agravamiento de la enfermedad, de manera tal que ello pudiera constituir una eximente de responsabilidad.

Adicionalmente, si tal como se señaló en párrafos precedentes, el órgano rector en materia de salud y seguridad laboral en Venezuela, ha prohibido la posibilidad de determinar mediante una resonancia magnética nuclear realizada antes del inicio de la relación de trabajo, que la hernia discal padecida por el trabajador no existía para el momento del ingreso a la empresa o que si existía pero en proporción menor a la existente para el momento de la finalización de la relación de trabajo, tal prohibición impediría también al empleador poder determinar científicamente hablando que una acción u omisión del trabajador fue la única causa de la contracción o del agravamiento de la enfermedad que padece.

En todo caso, como se señaló en párrafos anteriores, para la estimación del daño moral que procede conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República a título de responsabilidad objetiva, el Juez del trabajo debe valorar como parámetro de estimación la conducta de la víctima y en ese sentido, si el trabajador padece de obesidad, se encuentra entre la quinta y séptima década de vida o realiza alguna actividad adicional a la relación de trabajo, que pudiere constituir un elemento de agravación de la hernia discal, por ejemplo levantamiento de pesas (que impliquen la realización de esfuerzos significativos), tal elemento debe ser valorado por el Juzgador al momento de estimar la indemnización por daño moral.

3.3.3.2. Causa extraña no imputable

Por lo que respecta a la causa extraña no imputable como eximente de responsabilidad patronal, debe señalarse que la misma debe tener dos elementos fundamentales: en primer lugar, la imprevisibilidad del daño y en segundo lugar, la inevitabilidad. Entendemos por causa extraña no imputable (caso fortuito o de fuerza mayor) un acontecimiento imprevisible e irresistible que impide a una persona ejecutar su obligación. Supone, pues, que el deudor se encuentre en la

situación de serle imposible ejecutar su obligación y, además, que se halle en tal situación por causa de un acontecimiento que no pudo prever y, por tanto, que no estuvo en la posibilidad de tomar precauciones para evitar verse colocado ahora en tal imposibilidad de cumplir con su obligación.

En relación a la imprevisibilidad, si el empleador se encuentra imposibilitado de realizar a través del examen pre empleo la resonancia magnética nuclear para determinar la ausencia de una hernia discal o en su defecto la existencia de la misma en proporción menor a la que pudiera tener el trabajador al finalizar la relación de trabajo, no está en capacidad el empleador de prever el daño y por consiguiente, se materializaría el primer elemento de la causa extraña no imputable que es la imprevisibilidad.

Sin embargo en relación a la inevitabilidad, el empleador como guardián de la cosa y responsable de la maquinaria y de los bienes de producción debe velar por el mantenimiento de un sistema de seguridad y salud en el trabajo específicamente de un programa que garantice a los trabajadores condiciones ergonómicas idóneas que eviten la contracción de este tipo de patologías o en su defecto que eviten el agravamiento de las mismas en aquellos trabajadores que ya las padecen, en tal sentido, ello pudiera hacer evitable el daño del trabajador mediante la implementación de un correcto programa de salud laboral, es decir, mediante la realización de conductas positivas para el mantenimiento de un correcto sistema de salud en el trabajo, mal pudiera entenderse que existe una causa extraña no imputable que exima al empleador de su responsabilidad.

No obstante existe un elemento que escapa del control del empleador y es el carácter degenerativo de este tipo de patologías, en tal sentido, por muchas medidas que tome el empleador para mejorar la salud y seguridad en el trabajo, dicha patología se seguirá agravando, por ello como se analizará seguidamente, si bien por razones de carácter social las hernias discales deben ser consideradas enfermedad de carácter ocupacional la responsabilidad subjetiva debe limitarse a

aquellos supuestos en que este suficientemente demostrada la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión patronal.

3.3.3.3. Hecho de un tercero

Por lo que respecta al hecho de un tercero como eximente de responsabilidad patronal, debe señalarse que para Casanova²⁴⁰ el hecho de un tercero como causa de un accidente que sea reputado de trabajo es perfectamente posible, como por ejemplo el accidente de tránsito sufrido en el trayecto de la residencia del trabajador al lugar de trabajo que hayan sido causados por culpa atribuible a un tercero.

El hecho de un tercero en materia laboral constituiría una eximente de responsabilidad siempre y cuando no exista un riesgo especial, en tal sentido, por citar un ejemplo, el vigilante de una empresa de seguridad que sufre una lesión por parte de algún antisocial que intenta realizar un robo en el inmueble que se encuentra resguardando, tal hecho de un tercero (el antisocial) no constituye una eximente de responsabilidad por cuanto si bien la lesión la ocasiona un tercero, dicha labor impone un riesgo especial para el trabajador de la empresa de vigilancia que es la actuación del hampa. Igualmente, el mensajero de una empresa que tiene por función trasladar correspondencia mediante una motocicleta y un tercero por quitarle la vía le genera lesiones, tal hecho de un tercero no exime de responsabilidad al empleador porque existe un riesgo especial en la labor que realiza como son los accidentes de tránsito, así lo ha reconocido la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia²⁴¹.

En materia de enfermedades ocupacionales (hernias discales L4-L5 L5-S1), la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia del caso Enrique Paz Aguirre contra Consorcio Dravica con Ponencia del

²⁴⁰ Casanova Francisco y Andrade Ignacio. Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. Caracas. Librería J. Rincón. 2011. página 220.

²⁴¹ Sentencia N° 832 del 28/07/2005. Exp. 04-713. Caso José Ignacio Agelvis Valero contra Expresos San Cristóbal C.A. Ponente Magistrado Juan Rafael Perdomo. Doctrina de la Sala de Casación Social 2005- Junio 2006. Tribunal Supremo de Justicia. Colección doctrina Judicial N° 20. Caracas 2006.

Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz²⁴² realizó una reflexión en torno al hecho de un tercero como eximente de responsabilidad en materia de hernias discales y señaló que las hernias discales que son de origen común, pero puede ser degenerativo tanto por la edad como por el esfuerzo físico que deviene de la actividad laboral ejercida en otras empresas, no se puede atribuir la total responsabilidad en la contracción o agravamiento de dicha enfermedad a la última empresa en la que laboró el actor, obviando que el demandante se desempeñó como ayudante de mecánica en otras empresas e inclusive que por máximas de experiencia las afecciones en la columna pueden ser producto de diversas causas que pudieran estar alejadas de factores laborales, motivo por el cual declaró sin lugar una reclamación por cobro de indemnizaciones derivadas de enfermedad profesional, específicamente de hernia discal.

En tal sentido, conforme al precedente jurisprudencial antes mencionado, pareciera fundamental para un empleador que pretenda eximirse de responsabilidad por el padecimiento de una hernia discal alegar y demostrar que el trabajador antes de ingresar a laborar en la empresa, cumplía funciones durante un tiempo considerable en otro centro de trabajo en el que o bien pudo contraer la enfermedad o bien pudo agravarse la lesión que padece y en ese sentido, el hecho de un tercero pudiera ser determinante para la exención de su responsabilidad en este tipo de procesos por cobro de indemnizaciones derivados de enfermedades ocupacionales por hernia discal.

Luego de analizadas cada una de las eximentes de responsabilidad antes mencionadas, si el empleador no logra demostrar alguna de ellas, una vez que se demuestre la existencia de la patología establecida en el listado de enfermedades del INPSASEL (hernia discal L4 –L5 L5 S1) y el carácter ocupacional de la misma, el trabajador pudiera reclamarle al empleador el pago de las indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo para el supuesto en que no haya sido

²⁴² Jurisprudencia: Caso: Enrique Paz contra Consorcio Dravica. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 0274 del 08 de Marzo de 2007. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/0274-080307-061728.htm> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2008)

inscrito en el sistema de seguridad social ó reclamarle al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales el pago de las indemnizaciones consagradas en la Ley del Seguro Social para los casos en que haya sido inscrito en el sistema de seguridad social; simultánea o paralelamente a tales indemnizaciones el trabajador podrá exigir al empleador el pago de la indemnización contenida en el Código Civil Venezolano por daño moral y así deberá ser condenado por el Tribunal del Trabajo conforme al criterio de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

3.3.3.4. Problemática en la estimación y determinación del daño moral para las hernias discales

Por lo que respecta a la indemnización por daño moral aún en los supuestos en que el empleador cumpla con toda la normativa en materia de seguridad y salud laboral, se ha señalado que el pago de dicha indemnización a título de responsabilidad objetiva, conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, se justifica básicamente en la imposibilidad del trabajador de demostrar la culpa, por lo tanto el empleador debe asumir el riesgo que impone su medio de producción y pagar tal indemnización independientemente que haya incurrido en culpa o no por el solo hecho de crear un riesgo.

En cuanto al daño moral sufrido por el actor, es menester señalar, que la Ley Orgánica del Trabajo adoptó la teoría del riesgo profesional aplicable en materia de accidentes o enfermedades profesionales, con la particularidad de tarifar la indemnización pagadera al trabajador por daño material en la medida de la incapacidad producida por el accidente o enfermedad profesional, mientras que el daño moral, al no poder ser realmente cuantificable, ni mucho menos tarifado por la Ley, queda a la libre estimación del sentenciador, quien a partir de un proceso lógico de establecimiento de los hechos, aplica la ley y la equidad, analiza la importancia del daño, el grado de culpabilidad del autor, la conducta de

la víctima y la llamada escala de sufrimiento morales, valorándolos para llegar a una indemnización razonable.

Para Alegre y Mago²⁴³ el tema del daño moral debe ser abordado sobre una doble dificultad, en primer lugar, la planteada a la hora de probar el daño moral causado o de medir o cuantificar la lesión infligida a la que se ha denominado patrimonio o esfera moral de la persona, pues normalmente sólo la víctima podrá conocer la intensidad del daño y no siempre le será fácil hacérsela conocer a terceros. Quizás esa dificultad puede irse superando en la medida en que la formación y la sensibilidad del juzgador vayan liberándole de prejuicios, por ejemplo, hacia el análisis y el reconocimiento de daños psicológicos. Para ello evidentemente sólo la ayuda y el asesoramiento de expertos en diversas disciplinas puede contribuir a formar el juicio sobre la magnitud del daño moral, cuya prueba es ya una exigencia que ha ido incorporándose a los distintos sistemas jurídicos.

En segundo lugar, nos encontramos con el difícil resarcimiento del daño moral, si es que resulta posible su total subsanación o reparación, por cuanto la satisfacción moral por una resolución estimatoria suele ser bien pequeña si se le compara con el desgaste psicológico (y la incertidumbre por el fallo) que todo proceso jurisdiccional comporta. Así las cosas, sólo una efectiva posibilidad de participación de la víctima en el diseño de la modalidad de resarcimiento que más le conviene podrá dar satisfacción, al menos parcialmente, a la necesidad de la víctima de que se haga justicia.

Los autores afirman que la legislación española, ofrece una significativa manifestación de la dificultad de aislar, medir o cuantificar el daño moral, en relación con el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, y concretamente en la solución que consiste en incluir los daños morales en el conjunto de daños causados, de esa manera, señalan que el Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29/10/2004 por el que

²⁴³ Alegre M. y Mago Bendahan. Derechos de la Personalidad y Derechos De Los Daños Morales. Ob. Cit. Página 237

se aprueba el texto de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos de motor, establece en su artículo 1.2 que los daños y perjuicios causados a las personas comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta Ley. Dicho anexo, entre los criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización”, señala en séptimo lugar, que “la cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas la víctimas y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho de salud.

Los criterios aparecen seguidos de una serie de tablas relativas a indemnizaciones por muerte, por lesiones permanentes y por incapacidades temporales, junto con factores correctores de las mismas. Pues bien, en las cantidades indemnizatorias correspondientes a cada uno de estos eventos (que en el caso de las lesiones e incapacidades aparecen valoradas y pormenorizadas con sumo detalle en función de las distintas partes del cuerpo a las que puedan afectar las secuelas) se consideran ya incluidos los daños morales.

Para los autores, no hay nada más difícil que establecer una justa indemnización para los daños morales ya que corremos el peligro de fallar. Así lo ha alertado el Tribunal Superior de Justicia de Brasil citado por Alegre M. y Mago “en la estipulación del valor del daño moral se deben observar los límites de las buenas costumbres y de la igualdad que deben regir las relaciones jurídicas para que no se traduzca en un premio indebido al ofendido y vaya mucho más allá de la recompensa a la incomodidades, al desagrado, a los efectos del gravamen soportado.

Se crea así un régimen jurídico particular en cuanto se refiere a la determinación de la entidad y a la liquidación del daño moral, hasta el punto de que se ha resaltar la diferencia que existe entre el daño material y el moral en

relación con el arbitrio judicial para fijar el monto de este último. Semejante diferenciación, sin embargo, no tiene razón de ser. Aun cuando es cierto que es más difícil la liquidación del daño moral, los principios que debe regir tal liquidación no parece que deban considerarse esencialmente distintos a los que rigen para la liquidación del daño moral. En particular, no puede considerarse aceptable que los jueces condenen a cifras elevadas o ínfimas en materia de daños morales fundados únicamente en motivaciones de índole abstracta.

En relación a la dificultad de estimar el daño moral algún sector de la doctrina y algunas legislaciones se inclinan por la tasación objetiva del daño, en ese sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Brasil, por la privación de la vida, tiene fijada una indemnización por daño moral, que oscila entre los 300 y los 1.500 salarios.

Ya observamos en capítulos precedentes que el criterio de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, es que la indemnización por daño moral procede a título de responsabilidad objetiva, es decir, siempre y cuando se demuestre el carácter ocupacional de la enfermedad debe pagarse dicha indemnización que estima el Juez, sin embargo, frente a la problemática que representa la procedencia de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva que ya fue analizada en capítulo anterior, se encuentra otra problemática que tiene que ver con la estimación de la indemnización por daño moral que realizan los Jueces del país y tiene que ver más aún con los montos indicados por los abogados en los escritos de demanda que dan inicio a estos procesos.

Von Bar citado por Barrientos²⁴⁴ señala que hoy en día no existe ordenamiento jurídico donde no se critique la injusticia e incertidumbre jurídica de las estimaciones por daños no patrimoniales. Es económicamente ineficiente esta situación, porque en un terreno tan arbitrario como éste, los seguros no existen o

²⁴⁴ Barrientos Zamorano, Marcelo. El resarcimiento por daño moral en España y Europa. Artes Gráficas. Salamanca España. 2007. pág. 466

son muy escasos o restrictivos, no hay base para reserva matemática alguna que pudiera al menos ponderar una determinada siniestralidad. El corolario no es otro que el de casi ausencia de soluciones extrajudiciales de conflictos, mayor litigiosidad y dilación en la obtención de sentencias definitivas.

En relación a ello, señala Barrientos que el problema de la valoración del daño moral repercute en que las indemnizaciones de los mismos en la jurisprudencia comparada, son disímiles para perjuicios en principio análogos. La consecuencia de tal práctica es evidente: inseguridad jurídica y probablemente injusticia. Estos valores jurídicos, al ser vistos por la opinión pública como uno de los aspectos deficitarios del sistema de daños, siembran la desconfianza del cuerpo social y dan la impresión de un sistema jurídico poco creíble.

Los sistemas en el derecho comparado en general, adscriben a dos modelos: un sistema de evaluación abierto, donde el juez tiene una discrecionalidad prácticamente total para evaluar el daño moral y su indemnización, mientras el otro sistema, es aquel en que el juez está sujeto a una reglamentación en la materia y debe determinar el tipo de lesión. Las características de la muerte de la víctima o el daño producido cualquiera que este fuera se encuentran determinados. Se le asigna en dinero un valor que viene dado al daño causado en una tabla de valores, baremo que es ley dentro de la nación.

En Venezuela en el área laboral se acoge el primer modelo, es decir, un sistema de evaluación abierto, donde el Juez tiene una discrecionalidad para evaluar el daño y su indemnización, sin embargo, es necesario por una parte, que los Jueces sean ponderados y moderados al momento de estimar tal indemnización y utilicen para ello, los parámetros de estimación establecidos por la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República.

Igualmente en virtud que los Abogados de los trabajadores indican un monto por indemnización por daño moral en el escrito de demanda, es necesario limitar tal monto para evitar montos excesivos que obstaculizan la mediación y por

otra parte, hacen sumamente onerosa la defensa del empleador creándole expectativas desmedidas al trabajador que dificultan la mediación.

En Irlanda por ejemplo señala Barrientos, aún cuando el Juez del trabajo tiene discrecionalidad para evaluar el daño moral y su indemnización, la Corte Suprema de Justicia estableció desde 1984 que las indemnizaciones por daños morales no podían exceder de 150.000,00 libras esterlinas, tomando ese ejemplo del derecho comparado en Venezuela pudiera limitarse a los Jueces y a los abogados litigantes el monto de la estimación de su indemnización por daño moral.

En el anexo N° 08, se puede observar una tabla en la que describe cual ha sido la estimación de la indemnización por daño moral realizada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en los procesos judiciales en los que se han reclamado indemnizaciones por enfermedades ocupacionales (hernia discal L4-L5 L5 S1). En el mismo, se pueden observar 16 columnas, las 6 primeras columnas corresponde a las identificación de la sentencia (número, fecha, expediente, Magistrado ponente, parte demandante, parte demandada) en la séptima columna la enfermedad padecida por el trabajador, en la octava columna la importancia del daño en cuanto al grado de discapacidad, en la novena columna la edad del trabajador, en la décima el grupo familiar, en la undécima el grado de culpabilidad del demandado, en la duodécima la conducta de la víctima , en la trigésima el grado de educación y posición social del reclamante, en la cuatrigésima la capacidad económica de la empresa, en la quincuagésima las atenuantes y quincuagésima el monto estimado por concepto de indemnización por daño moral derivado de hernias discales.

En dichas decisiones, se ha valorado cada uno de los parámetros de estimación del daño moral que fueron analizados en el segundo capítulo de la presente tesis y la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha realizado la estimación del daño moral que van desde los Bs. 10.000,00 hasta los Bs. 50.000,00, sin embargo, en relación a la estimación que realiza la Sala de la

indemnización por daño moral por hernias discales, es necesario señalar que cuando la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República ha valorado el grado de culpabilidad del demandado sólo hace referencia a si se determinó o no la responsabilidad subjetiva del empleador en el proceso sin analizar con mayor detenimiento cuales fueron las conductas positivas o negativas del empleador que contribuyen a la contracción o agravamiento de dicha patología y a los efectos de la estimación del daño moral será necesario analizar la conducta del empleador en las acciones u omisiones en materia de seguridad y salud laboral específicamente en el área de ergonomía que hayan permitido evitar la contracción o agravamiento de este tipo de patologías.

3.3.4. Problemática para la determinación de la responsabilidad subjetiva

En capítulo precedente se ha señalado que conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia²⁴⁵ las indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente Del Trabajo y el Código Civil por daño material (daño emergente – lucro cesante) a cargo del empleador proceden a título de responsabilidad subjetiva, es decir, adicionalmente a demostrarse la naturaleza ocupacional de la enfermedad, en ausencia de los tres eximentes de responsabilidad, vale decir, hecho intencional de la víctima, hecho de un tercero y causa extraña no imputable, deberá demostrar el trabajador la relación de causalidad entre el daño sufrido y la acción u omisión patronal en materia de seguridad y salud laboral que ocasionó dicho daño.

Obsérvese con respecto a esta indemnización (que son las de mayor cuantías) que erróneamente se pretende en los distintos tribunales del país, que por el sólo hecho que el INPSASEL emita una certificación médica en la que se establezca el carácter ocupacional de una enfermedad padecida por el trabajador,

²⁴⁵ Jurisprudencia: Caso: Hilados Flexilón. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 116 del 17 de Mayo de 2000. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/a116-170500-99591.htm> (fecha de consulta: 02 de Noviembre de 2004)

ello haría proceder de manera inmediata tales indemnizaciones consagradas a título de responsabilidad subjetiva.

Sin embargo, tal posición parte de un falso supuesto, pues la certificación médica determina únicamente el carácter ocupacional de la enfermedad padecida por el trabajador y no que la misma haya sido contraída o agravada como consecuencia del incumplimiento de normas en materia de seguridad y salud laboral o por la conducta negligente, imprudente del empleador; en tal sentido; pretender que con la sola certificación médica que determina el carácter ocupacional de la enfermedad padecida por el trabajador procedan las indemnizaciones establecidas en la Ley Orgánica Prevención, Condiciones y Medio Ambiente Del Trabajo, sería igual a considerar que por el sólo hecho que en la certificación se determine que el accidente de un trabajador ocurrió en el lugar trabajo, ello determinaría la procedencia de dichas indemnizaciones por accidente de trabajo, consagradas en la LOPCYMAT por responsabilidad subjetiva, sin evaluar si el mismo es de naturaleza ocupacional o no. Así lo señaló la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia del caso Ysmall Aquino contra Alimentos Polar Comercial C.A. con ponencia del Magistrado Luis Francheschi²⁴⁶.

Obsérvese que tal como se señaló en el capítulo II de la presente tesis, para la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia, es diferente el supuesto de procedencia de las indemnizaciones consagradas en la LOPCYMAT del supuesto de procedencia de las indemnizaciones por daño material (lucro cesante) consagrada en el Código Civil. En tal sentido, necesario es precisar cada uno de los supuestos de procedencia antes mencionados.

Por lo que respecta a las indemnizaciones establecidas en la LOPCYMAT, el artículo 130 de dicha norma establece que en caso de ocurrencia de una enfermedad como consecuencia de la violación de la normativa legal en materia

²⁴⁶ Jurisprudencia: Caso: Ysmall Aquino contra Alimentos Polar Comercial C.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1929 del 27 de Septiembre de 2007. Exp. 09-468. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0446-12510-2010-09-468.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador o de la empleadora, éste estará obligado al pago de las indemnizaciones tarifadas en dicha norma. Al respecto, debe señalarse que conforme a la Ley Orgánica de Prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo, entre otras las normas que debe cumplir el empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo son: mantener un servicio médico de salud, respetar los descansos vacacionales y entre jornadas de los trabajadores, informar la ocurrencia de accidentes de trabajo, mantener un puesto de primeros auxilios, permitir la constitución de un comité de seguridad y salud laboral, brindar auxilio inmediato al trabajador, ubicar al trabajador en su puesto anterior o reubicarlo en otro compatible con sus capacidades residuales, respetar la inamovilidad de los delegados de prevención, evaluar los niveles de peligrosidad; proveer de instrumentos y equipos de protección personal como cascos, guantes, extintores de incendios, realizar exámenes de salud periódicamente; impartir cursos de seguridad industrial; mantener un sistema de vigilancia epidemiológica, adiestramiento en manipulación de cargas aquellos trabajadores que manipulan cargas, notificación de riesgos.

Dichas obligaciones legalmente establecidas al empleador y cuya omisión independientemente que causen o no daño a trabajador alguno le genera una sanción administrativa al empleador (en su mayoría multas), deben analizarse a los efectos de precisar la omisión de cual de dichas obligaciones pudiera constituir la causa directa o principal de la contracción o agravamiento de una hernia discal a los efectos de la determinación de la responsabilidad subjetiva, pues el sólo incumplimiento en sentido objetivo de alguna norma en materia de seguridad y salud laboral por parte del empleador no constituye per se la causa de la contracción o padecimiento de una hernia discal y por tanto no puede entenderse como elemento suficiente para demostrar el hecho ilícito, como supuesto de procedencia de las indemnizaciones consagradas en la LOPCYMAT o en el Código Civil, pues si bien, en materia administrativa el solo incumplimiento de un deber en materia de seguridad y salud laboral le impone al empleador una

sanción, en materia de reparación del daño es necesario que ese incumplimiento sea la causa del daño.

Es importante destacar en torno a ello, que cuando el INPSASEL emite la certificación médica ocupacional debe presumirse que tal acto administrativo necesariamente es consecuencia de la realización de un procedimiento previo en el que los funcionarios de ese órgano administrativo constata las posibles omisiones en materia de salud y seguridad laboral y se le impone al empleador en un lapso perentorio su subsanación, de lo contrario se le impondrá multas administrativas por el simple incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud laboral independientemente que haya ocasionado un daño o no, en tal sentido, para el momento en que el trabajador interpone la reclamación en vía judicial se entiende que ya se ha sancionado al empleador desde el punto de vista administrativo por los incumplimientos en materia de salud y seguridad laboral constatados por la autoridad administrativa cuando realiza el informe de investigación de la enfermedad padecida por el trabajador y que tales omisiones han debido ser subsanados por el empleador en el lapso perentorio impuesto por el INPSASEL, sin que se pueda considerar que alguna de dichas omisiones es la causante del daño.

Debe analizarse entonces el incumplimiento de cada de las obligaciones en materia de salud y seguridad laboral a cargo del empleador para determinar cual de ellas pudiera contribuir a la contracción o al agravamiento de las hernias discales L4-L5 L5 S1 padecida por el trabajador y con ello entender la dificultad para determina la responsabilidad subjetiva del empleador.

1.- Por lo que respecta a los servicios de seguridad y salud en el trabajo. La LOPCYMAT, los hace multidisciplinarios, propios de cada empresa o mancomunados y es el Reglamento parcial de la LOPCYMAT el que desarrolla el funcionamiento de los servicios de seguridad y salud en el trabajo de carácter obligatorio del empleador que tienen tres funciones operativas: a) aprobar los proyectos de nuevos medios y puestos de trabajo; b) elaborar la propuesta del

programa de seguridad y salud en el trabajo de la empresa y c) asegurar el cumplimiento por parte de los trabajadores de sus vacaciones y el descanso de la faena diaria. Los servicios son vigilantes de las condiciones epidemiológicas y el tiempo libre, asesoran, brindan atención médica e investigan accidentes. Los servicios de seguridad y salud en el trabajo deben estar ubicados en el centro de trabajo, de acuerdo a las normas técnicas que se dicten al respecto (las cuales hasta este momento, no han sido dictadas).

2.- Por lo que respecta a la política y programa de seguridad y salud en el trabajo. Toda empresa, establecimiento, explotación, faena, cooperativa u otra forma asociativa comunitaria de carácter productivo o de servicio, deberán diseñar una política y elaborar e implementar un programa de seguridad y salud en el trabajo específico y adecuado a las normas técnicas que se dicten al efecto. El proyecto debe ser elaborado por el servicio de seguridad y salud en el trabajo, con la participación y consulta previa del comité de seguridad y salud laboral. Dicho programa debe contener: a) Descripción del proceso de trabajo (producción o servicios); b) identificación y evaluación de los riesgos y procesos peligrosos existentes; c) Planes de trabajo para abordar los diferentes riesgos y procesos peligrosos, las cuales deben incluir como mínimo; d) Información y capacitación permanente a los trabajadores; e) proceso de inspección y evaluación en materia de seguridad y salud en el trabajo; f) Monitoreo y vigilancia epidemiológica de la salud de los trabajadores y de los procesos peligrosos; g) dotación de equipos de protección personal y colectiva; h) atención preventiva en salud ocupacional. i) Planes de contingencia y atención de emergencias. Personal y recursos necesarios para ejecutar el plan.

3.- Respetar los descansos vacacionales y entre jornadas de los trabajadores. En Venezuela, legalmente existe una jornada ordinaria diurna que no debe exceder de 8 horas diarias ni 40 horas semanales y una jornada nocturna que no debe exceder de 7 horas diarias y 35 horas semanales; debiendo tener un descanso mínimo el trabajador entre jornada de 1 hora y de dos días de

descanso continuos semanalmente, en consecuencia, el empleador debe respetar tales descansos entre jornada y semanales.

Igualmente, las vacaciones constituyen un derecho consagrado en el ordenamiento jurídico Venezolano en favor del trabajador tanto en tiempo como en dinero, es decir, el empleador deberá permitir anualmente el descanso remunerado del trabajador por el tiempo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras que es de 15 días hábiles anuales más un día adicional por cada año de servicio hasta llegar a un máximo de 30 días anuales y adicionalmente a ello, pagar tanto el salario durante el tiempo que no labora, así como un bono vacacional conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo o en la contratación colectiva que ampare al trabajador (si la hubiere).

El respeto de tales descansos y derechos vacacionales por parte del empleador influye de manera directa en la salud mental del trabajador, sin embargo, es difícil determinar si la omisión de tales descansos constituye un elemento que agrava la hernia discal que puede padecer el trabajador.

4.- Informar la ocurrencia de accidentes de trabajo. Conforme al contenido del artículo 73 de la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo y la norma técnica sobre declaración de enfermedades ocupacionales dictada por el INPSASEL, el empleador tiene el deber de informar al Instituto Nacional de prevención, salud y seguridad laboral dentro de las 24 horas siguientes, la ocurrencia de un accidente o una enfermedad de carácter ocupacional. Este deber busca por una parte, permitir que funcionarios del INPSASEL una vez recibida la notificación, se trasladen para investigar las condiciones en que ocurrió el accidente o se contrajo la enfermedad y con ello advertir al empleador de las omisiones que pudieran perjudicar la salud de los trabajadores, realizando los requerimientos correspondientes, por otra parte, buscar permitir llevar una estadística científica por parte del órgano rector en

materia de seguridad y salud laboral en el país para la elaboración de las políticas públicas.

La omisión por parte del empleador de dicha notificación le acarrea una sanción administrativa, sin embargo, tal incumplimiento no determina la relación de causalidad entre la acción u omisión patronal y el agravamiento de la hernia discal, en todo caso, funcionarios del INPSASEL se podrán trasladar en cualquier momento a la sede de la empresa para verificar las condiciones de trabajo, una vez que vayan a emitir la certificación médica ocupacional.

5.- Mantener un puesto de primeros auxilios. La existencia del puesto de primeros auxilios, constituye un deber del empleador, dicha obligación a los efectos del padecimiento de una hernia discal puede contribuir a aliviar el dolor que pueda padecer un trabajador en un momento determinado mediante el suministro de analgésicos, sin embargo, su omisión no determina el hecho ilícito en la contracción o agravamiento de la hernia discal que pueda padecer el trabajador.

6.- Permitir la constitución de un comité de seguridad y salud laboral. Dicho ente es un órgano paritario y colegiado de participación, destinado a la consulta y deliberación, de forma regular y periódica, de las políticas, programas y actuaciones en materia de seguridad y salud laboral.

Los comités de seguridad y salud laboral deben constituirse en todo centro de trabajo establecimiento o unidad de explotación de las diferentes empresas o de instituciones públicas o privadas. El comité estará conformado por los delegados de prevención, de una parte y por el patrono, o sus representantes en número igual al de los delegados de prevención de otra, tienen carácter paritario porque está conformado por la parte trabajadora como por la empleadora. La función de supervisión que ejercen es clave en cuanto al control de las condiciones y medio ambiente de trabajo para lo cual las empresas deberán facilitar y adoptar las medidas necesarias para la realización de sus actividades.

Este comité debe presentar un informe mensual sobre las actividades desarrolladas en el ejercicio de sus atribuciones y facultades ante el INPSASEL y el mismo debe contener: a) Resumen de las reuniones, b) actividades de evaluación del programa de seguridad y salud en el trabajo, así como programas de recreación, utilización del tiempo libre, descanso, turismo social, dotación, mantenimiento y protección de la infraestructura de las áreas destinadas para esos fines; c) medidas propuestas y acordadas para la mejora de los controles existentes y los mecanismos para la evaluación y seguimiento en la aplicación de estos acuerdos; d) Denuncias presentadas por los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo; e) medidas demandadas por los delegados o delgadas de prevención y los mecanismos para la evaluación y seguimiento en la aplicación de estas medidas; f) información escrita recibida de parte del patrono o la patrona en cuanto a los análisis de riesgos de los puestos de trabajo; g) información sobre los trabajadores contratados por intermediarios y contratistas.

7.- Ubicar al trabajador en su puesto anterior o reubicarlo en otro compatible con sus capacidades residuales. La LOPCYMAT ordena que una vez finalizada la discapacidad temporal de un trabajador como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el empleador deberá incorporando o reingresar el trabajador que haya recuperado su capacidad para el trabajo en el cargo o puesto de trabajo que desempeñaba con anterioridad a la ocurrencia de la contingencia, o en otro de similar naturaleza. Para cumplir esta obligación, el empleador efectuará los traslados de personal que sean necesarios. En todos esos casos, el empleador o la empleadora deben informar de las medidas adoptadas al INPSASEL para su debida supervisión y evaluación.

Puede ocurrir que un trabajador al que se le constata la existencia de una hernia discal y como consecuencia de ello, se le expiden reposos médicos temporales, regrese a su puesto de trabajo luego de un período que no debe exceder de 52 semanas y el INPSASEL luego de evaluar su puesto de trabajo le ordene al empleador la reubicación del trabajador en otra área acorde con sus

condiciones de salud y donde no se incremente la posibilidad de agravarse tal patología.

En el caso de las hernias discales tal incumplimiento conforme a la posición jurisprudencial de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia expresada en las pocas decisiones en las que se ha condenado indemnizaciones de LOPCYMAT por hernia discal entre las que podemos mencionar la sentencia No. 335, dictada en el caso Carlos Moreno contra Matadero Industrial los Andes con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero²⁴⁷ compromete seriamente la responsabilidad del empleador en el agravamiento de la enfermedad; pues existe una acción contraria a la norma conciente por parte del empleador que constituye el agravamiento de la patología.

8.- Proveer de instrumentos y equipos de protección personal como cascos, guantes, extintores de incendios. Por lo que respecta a proveer de instrumentos y equipos de protección personal, debe señalarse que no existe actualmente un elemento de protección que pueda evitar el agravamiento de una hernia discal, pues el único elemento que en el pasado se creía podía contribuir a ello que eran las fajas lumbares, actualmente son contraindicadas por la OMS y el INPSASEL por cuanto si bien evitan la contracción de hernias umbilicales o inguinales potencian la posibilidad de agravar hernias discales.

Al respecto debe señalarse que el Instituto Nacional para la Salud y Seguridad Ocupacional (NIOSH)²⁴⁸ realizó un estudio sobre el uso de cinturones o fajas, el cual concluyó que: “la efectividad del uso de las fajas para reducir el riesgo de lesiones en la parte baja de la espalda de trabajadores sin previa lesión, permanece sin pruebas. Esta organización no recomienda el uso de fajas como medio de prevención de lesiones de la parte baja de la espalda producto de la manipulación de cargas y no considera que las fajas sean equipos de protección

²⁴⁷ Jurisprudencia: Caso: Carlos Moreno contra Matadero Industrial los Andes. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 335 del 25/04/2012. Exp. 10-1156. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/abril/0335-25412-2012-10-1156.html> (fecha de consulta: 21 de Julio de 2013)

²⁴⁸ National Institute Occupational Safety and Health (NIOSH). 1994. Workplace use of back belts. Publicación Número 94-122.

personal. Además, hace énfasis en el hecho que las fajas no reducen los riesgos del trabajador a lesionar su espalda al realizar tareas de manipulación manual de cargas que incluyan levantar / bajar, empujar/halar o acarrear cargas de manera manual; especialmente si incluyen el giro del torso o el doblarse durante la manipulación de las cargas”. Márquez²⁴⁹ señala en relación a ello, que los equipos de protección personal deben ser aplicados cuando no es posible corregir la exposición al riesgo mediante acciones de control de ingeniería o administrativas y el uso de este tipo de equipos de protección es considerado como el método de control de riesgos menos efectivo.

Por tal razón, aún cuando la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en diferentes procesos judiciales entre los que podemos mencionar, el caso Héctor Villegas contra Ford Motor de Venezuela con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Francheschi²⁵⁰ relacionados con hernias discales ha considerado la omisión en la entrega de equipos de protección un elemento para comprometer o eximir al empleador de responsabilidad subjetiva, tal ausencia de entrega de equipos de protección no puede comprometer tal responsabilidad ni determinar el hecho ilícito.

9.- Realizar exámenes de salud periódicamente. Entre los exámenes que deben realizarse al trabajador durante la vigencia de la relación de trabajo se encuentra los exámenes de ingreso cuyo objetivo es establecer la capacidad física y emocional de un aspirante para realizar un trabajo determinado y evaluar la salud general del trabajador. Elevar el nivel de satisfacción en el trabajador, ubicándolo en el puesto adecuado a sus condiciones físico – mentales; elaborar una historia clínica ocupacional que sirva además para posteriores evaluaciones y disminuir la rotación de personal, la accidentalidad (frecuencia y severidad) y el ausentismo de origen médico. El examen de retiro evalúa la salud del trabajador

²⁴⁹ Márquez Miguel. Ergonomía. Fundamentos de ergonomía industrial. Universidad Nacional Experimental del Táchira. Lito Formas. San Cristóbal Venezuela. 2009. página 20

²⁵⁰ Jurisprudencia: Caso: Hector Villegas contra Ford Motor de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 401 del 04/05/2010. Exp. 08-1831. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/0401-4510-2010-08-1831.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2012)

en el momento de retirarse de la empresa. Los exámenes periódicos de control buscan realizar un diagnóstico precoz y tratamiento de condiciones de la salud asociadas al trabajo y a las enfermedades comunes. Estos exámenes se realizan para precisar los efectos de la exposición a factores riesgo, la capacidad de desempeño del trabajador en su puesto y las patologías de tipo común que predominan según variables como edad, sexo y grupos étnicos. Mínimo se deben realizar una vez al año.

Pues bien de tales exámenes el pre empleo sería determinante para constatar la ausencia o existencia de una hernia discal, sin embargo, el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laboral, mediante un pronunciamiento de la Dirección de Medicina Ocupacional consideró que la resonancia magnética nuclear (que constituiría un medio científico idóneo para la determinación de la existencia o ausencia de este tipo de enfermedades), se ha convertido en un instrumento de discriminación para todo trabajador que resulte con algún grado de alteración de la misma estando asintomático, por lo que ha recomendado no incluir la resonancia magnética nuclear en el examen rutinario de pre empleo que constituye una evaluación de tipo obligatoria y preventiva que persigue conocer la condición de salud del trabajador antes de ingresar a un determinado puesto de trabajo tomando en cuenta la exposición a factores de riesgo, motivo por el cual la no incorporación dentro del examen pre empleo de la resonancia magnética nuclear o la no realización de dicho examen pre empleo (exigible legalmente desde el 25/07/2005 como consecuencia de la entrada en vigencia de la LOPCYMAT) no determina la responsabilidad subjetiva del empleador en la contratación o agravamiento de la hernia discal.

10.- Mantener un sistema de vigilancia epidemiológica, adiestramiento en manipulación de cargas aquellos trabajadores que manipulan cargas, notificación de riesgos. Con respecto a este deber del empleador, debe señalarse que para

Francisco Iturraspe²⁵¹ en una primera fase, el deber de prevención consistía en generar las condiciones para prevenir la ocurrencia de accidentes o enfermedades ocupacionales: era simétrico al deber de seguridad. Pero la evolución hace que este deber abarque dos exigencias humanas. La primera es la ya mencionada relativa a la integridad física y psíquica del trabajador: no ser dañado, herido o intoxicado; la segunda es el confort, palabra clave de la ergonomía, que consiste en la adaptación de los medios, ambientes y procesos de trabajo al trabajador, evitando las cargas excesivas, las posiciones incómodas, las tareas repetitivas, la fatiga y el estrés. Aquí encontramos un deber importante a los efectos del análisis del régimen indemnizatorio en este tipo de patologías y lo constituye la ergonomía.

La palabra ergonomía deriva de los vocablos griegos ERGOS, que significa trabajo y NOMOS, cuyo mejor significado en este caso podría ser Ley Natural o Sistema. De allí, que se podría decir que la ergonomía se encarga de estudiar no solo el trabajo, sino el sistema que lo contiene. Hay dos perspectivas usadas para justificar la aplicación de los principios ergonómicos en un puesto de trabajo. Uno está basado en el reconocimiento y prevención de lesiones, y el otro en el rendimiento del trabajador.

Señala Sánchez²⁵² que las definiciones conocidas internacionalmente no se limitan a reconocerle a la ergonomía el objetivo de confort y satisfacción del trabajador. Siempre agregan el de rendimiento. Tenemos por ejemplo: “la ergonomía tiene como meta la de aumentar el rendimiento del trabajador y de contribuir a su bienestar” (revista internacional del trabajo, 1961). El hecho de agregar la noción de eficacia, hace pensar que al derecho al confort no se le otorga el mismo valor que de la salud, pareciera que el confort aportado por la Ergonomía debiera pagar el precio de un mayor rendimiento.

²⁵¹ Iturraspe Francisco. Los deberes de prevención y seguridad en el cuadro de la estructura jurídica del contrato de trabajo. Ensayos Laborales. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Estudios Jurídicos, N° 12. Caracas Venezuela 2005. pag. 443

²⁵² Sánchez Luisa. La ergonomía. Dossier sobre condiciones y medio ambiente de trabajo. Universidad Central de Venezuela. Intertexto Consultores. Caracas Venezuela. 1999. pág. 39

Mientras que para la medicina del trabajo, la higiene y la seguridad industrial lo fundamental es impedir la enfermedad, el accidente, la lesión o la muerte. Para la Ergonomía lo fundamental es la noción de satisfacción y confort, reivindicando de esta manera el valor existencial del trabajo humano y remediando la alineación industrial. En el campo social ya no es la salud lo que exigen los trabajadores sino un valor más sutil y menos usual en el lenguaje de éstos. Se trata de la satisfacción y el bienestar.

En Venezuela no es sino en la década de los 80, que se empieza a hablar de ergonomía. Esto ocurre sobre todo, en aquellas ramas de la producción, donde la tecnología impone una sobrecarga perceptivo mental importante y exige garantías de óptimo funcionamiento, dado lo costoso de las inversiones y lo perentorio de la seguridad.

En el desarrollo de la ergonomía en Venezuela debe destacarse la importación indiscriminada de tecnología sin que se tengan en cuenta las características anatómicas, fisiológicas, sociales, culturales ni geográficas de nuestro país, es frecuente la entrada al país de tecnología adaptada a hombre y mujeres de otras latitudes y hasta desechada en sus países de origen después de haber sido superada por otra más confortable y más acorde con la anatomía y fisiología del hombre. En este sentido se impone una ergonomía de corrección y no de concepción.

En el año 1985 la Comisión Venezolana de Normas Industriales desarrolla una norma sobre los principios ergonómicos de la concepción de los sistemas de trabajo.²⁵³ Para Medina²⁵⁴, esta norma COVENIN sobre los principios ergonómicos de la concepción de los sistemas de trabajo, de corte general, profundiza poco sobre los parámetros a considerar en relación a aspectos como dimensiones, límites de esfuerzo, especificaciones para factores del ambiente

²⁵³ Aprobada por la Comisión Venezolana de Normas Industriales en la reunión del 20-08-1985 y elaborada por la Universidad Central de Venezuela (Luisa Sánchez) y Covenin (Nancy Villegas). Dossier sobre condiciones y medio ambiente de trabajo. Universidad Central de Venezuela. Intertextos Consultores. Caracas 1999. página 73

²⁵⁴ Medina Emilsy y llada Ruth. La ergonomía desde una perspectiva jurídica en Venezuela y el mundo. Gaceta Laboral de la Universidad del Zulia. Volumen 18. 02/2012. Ediciones Astro Data, S.A. pag. 236

físico, entre otros, es más bien una guía sobre los puntos a considerar en la esquematización de un programa de higiene y seguridad laboral, de manera que para el diseño/mejora de puestos de trabajo, se debe complementar la información con metodologías como la ecuación para evaluar el riesgo de sufrir lesiones músculo esqueléticas debido a levantamientos del Instituto Nacional para la Seguridad y salud ocupacional NIOSH ó el método Rapid Entire Body Assessment o algunos protocolos para cálculos específicos como la ISO 8996, según los requerimientos de cada puesto de trabajo.

No obstante el comentario precedente, vale la pena describir el contenido de dicho norma, al respecto, se observa que la misma establece la concepción del trabajo en función de la ergonomía de la siguiente manera:

Concepción en función de las medidas corporales: El espacio y los medios de trabajo deben ser concebidos, teniendo en cuenta el proceso de trabajo y en función de las medidas del cuerpo humano. El espacio de trabajo debe estar adoptado al hombre especialmente: a) La altura de trabajo de estar adaptada a las dimensiones corporales del trabajador y a la naturaleza del trabajo por efectuar. El asiento, el plano de trabajo o escritorio deben ser concebidos como una unidad destinada a satisfacer la postura preferible, o sea, el tronco derecho, el peso del cuerpo soportado correctamente, los codos sobre los lados y los antebrazos aproximadamente horizontales; b) El asiento debe estar adaptado a las características anatómicas y fisiológicas del trabajador; c) Debe preverse espacio suficiente para los movimientos del cuerpo, en particular de la cabeza, de los brazos, de las manos, de las piernas y de los pies; d) Los instrumentos de mando deben estar situados en la zona de alcance funcional; e) La ubicación de agarres (mangos, asas, etc.) deben estar adaptados a la anatomía funcional de la mano.

Concepción en función a las posturas de los esfuerzos musculares empleados y de los movimientos corporales: El trabajo debe concebirse evitando cualquier exigencia inútil o excesiva de los músculos, las articulaciones, los

ligamentos o los aparatos circulatorio y respiratorio. Los esfuerzos musculares empleados deben situarse dentro de los límites fisiológicos satisfactorios. Los movimientos corporales deberán seguir un ritmo natural. Posturas, esfuerzos musculares y movimientos deberán estar armonizados entre ellos.

Posturas: Se deben vigilar prioritariamente los puntos siguientes: a) El trabajador deberá alternar entre la posición sentada y la posición de pie. Si se impone la escogencia de una sola postura, de una manera general la posición sentada es preferible a la posición de pie. Esta última puede sin embargo justificarse por el proceso de trabajo; b) Las posturas y los puntos de apoyo apropiados deberán permitir que se realice una repartición óptima de las fuerzas en el interior del cuerpo, para así reducir los esfuerzos que se han de efectuar; c) Las posturas adoptadas no deberán provocar cansancio por tensión muscular estática prolongada. La alternancia de las posturas debe ser posible.

Esfuerzo musculares: Se deben vigilar prioritariamente los puntos siguientes: a) El esfuerzo requerido debe estar adaptado a las capacidades físicas del trabajador; b) Los esfuerzos que se han de efectuar deberán realizarse por grupos musculares apropiados. Si los esfuerzos exigidos son excesivos, deberán preverse, fuentes auxiliares de energía en el sistema de trabajo; c) Se evitará el mantenimiento de una contracción estática prolongada en el mismo músculo.

Movimientos corporales: Se deben vigilar prioritariamente los puntos siguientes: a) Deberá buscarse buen equilibrio entre los movimientos del cuerpo, se preferirá el movimiento de inmovilidad prolongada; b) Las amplitudes, los esfuerzos, las velocidades y los ritmos en la ejecución de los movimientos deben ser mutuamente ajustados; c) Se debe evitar que los movimientos que exigen una gran precisión pongan en juego un esfuerzo muscular importante; d) Deberá preverse según el caso, dispositivos de conducción para facilitar la ejecución y la sucesión de los movimientos. El ambiente de trabajo debe ser concebido y mantenido de modo tal que las condiciones físicas, químicas y biológicas no tengan consecuencias nocivas en el hombre, sino que ayuden a preservar su

salud y capacidad de trabajo. Se deben tener en cuenta tanto los fenómenos objetivamente mesurables como las apreciaciones subjetivas.

Para Medina²⁵⁵, la LOPCYMAT de 2005, abrió un abanico de oportunidades para las mejoras de los puestos de trabajo desde el punto de vista ergonómico en Venezuela, una ciencia hasta el momento opacada por otras y este marco legal ha puesto en el tapete la obligación de mirar al trabajador y al puesto de trabajo no sólo desde el punto de vista de la prevención de accidentes laborales sino también de enfermedades ocupacionales, dentro de las que se encuentran las lesiones músculo esqueléticas, cuyo impacto se ve reflejado en las estadísticas manejadas por el INPSASEL de acuerdo con las cuales, en el año 2006, se diagnosticaron 2.066 enfermedades ocupacionales de las cuales 1.580 casos, fueron lesiones músculo esqueléticas como lumbalgias, protusión y hernias discales, entre otras, representando el 77% de todas las enfermedades ocupacionales.

Como puede observarse las normas sobre ergonomía son de carácter general y no contiene obligaciones precisas para el empleador, deben ser los funcionarios del INPSASEL con conocimientos en el área quienes determinen la omisión de cual de esos deberes puede generar la contracción o agravamiento de la hernia discal del trabajador.

3.3.5. Decisiones de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con respecto a la responsabilidad subjetiva del empleador en este tipo de patologías

Luego de analizada la complejidad en la determinación de la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión patronal en el padecimiento de este tipo de patologías (hernias discales), debe analizarse cuales han sido los fundamentos utilizados por la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la

²⁵⁵ Medina Emilsy y Ilada Ruth. La ergonomía desde una perspectiva jurídica en Venezuela y el mundo. Gaceta Laboral de la Universidad del Zulia. Volumen 18. 02/2012. Ediciones Astro Data, S.A. pag. 236

República para condenar o eximir al empleador del pago de las indemnizaciones por responsabilidad subjetiva derivada del padecimiento de estas enfermedades.

Antes de ello, debe señalarse que en ninguno de los procesos estudiados por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia referido al padecimiento de hernias discales se ha condenado al pago de las indemnizaciones por lucro cesante consagrado también a título de responsabilidad subjetiva en el Código Civil, únicamente se ha condenado al pago de las indemnizaciones consagradas en la LOPCYMAT por responsabilidad subjetiva y la indemnización por daño moral consagrada a título de responsabilidad objetiva.

De la misma manera, es necesario señalar que la posición de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha tenido una tendencia en cuanto a la no procedencia de las indemnizaciones consagradas en la LOPCYMAT por responsabilidad subjetiva, ello básicamente por dos razones, la primera de ellas, por la dificultad en lograr demostrar la relación de causalidad entre la referida enfermedad y las acciones u omisiones patronales que conllevan al padecimiento de esa enfermedad y la segunda, por cuanto fue precisamente por esa dificultad probatoria por parte del trabajador que se creó la teoría del riesgo y la Sala de Casación Social la asumió para la indemnización por daño moral consagrada en el Código Civil.

En ese sentido, podemos señalar que de 50 decisiones dictadas por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en procesos por cobro de indemnizaciones derivadas de enfermedades ocupacionales (hernias discales) sólo en nueve de ellos lo que equivale al 18% se ha condenado al pago de indemnizaciones consagradas a título de responsabilidad subjetiva en la LOPCYMAT y en el 82% se ha eximido al empleador de tal responsabilidad subjetiva.

3.3.5.1. Fundamentos utilizados por la Sala de Casación Social del máximo Tribunal de la República para eximir al empleador del pago de las indemnizaciones contenidas en la LOPCYMAT por responsabilidad subjetiva

1.- La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia del caso José Gregorio Sánchez contra Schulumberger de Venezuela y Pdvsa Petróleo S.A. con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero²⁵⁶ señaló que el actor no logró demostrar en el decurso del juicio que el hecho generador del daño (enfermedad profesional) deviene en forma directa de la conducta culposa o dolosa del patrono y la existencia de causalidad entre tal conducta y el daño sufrido que hiciera surgir la responsabilidad subjetiva del empleador, ni quedó demostrado la existencia del vínculo de causalidad entre tal conducta y el daño sufrido por haber incurrido el empleador en culpa o negligencia, es decir, el actor no logró demostrar que el hecho generador del daño provenga de la conducta omisiva y culposa del patrono, al incumplir la normativa legal vigente en materia de condiciones de higiene seguridad y protección laboral, lo cual genera indefectiblemente la improcedencia de las indemnizaciones reclamadas por concepto de responsabilidad subjetiva a tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.

Obsérvese que en este proceso judicial, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia no sólo eximió al empleador de responsabilidad subjetiva sino de responsabilidad objetiva también por considerar que las hernias discales no son enfermedades ocupacionales, lo que constituye la excepción con respecto a la doctrina que ha venido desarrollando la Sala en cuanto a la procedencia de la indemnización por daño moral en estos casos y la exención de la indemnización por responsabilidad subjetiva.

2.- La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Cristóbal Díaz contra Panadería Concordia Express con ponencia de la Dra.

²⁵⁶ Jurisprudencia: Caso: José Gregorio Sánchez contra Schulumberger de Venezuela y Pdvsa Petróleo S.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 446 del 12 de Mayo de 2010. Exp. 09-468. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0446-12510-2010-09-468.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

Carmen Elvigia Porras²⁵⁷ señaló que aún cuando se determinó la existencia del daño (enfermedad), a los fines de declarar procedente las indemnizaciones por responsabilidad subjetiva reclamadas, debía la parte actora demostrar la culpa del patrono. En tal sentido, observa la Sala que en el curso de la investigación del origen de la enfermedad realizada por INPSASEL, se dejó constancia que la labor realizada por el ciudadano Cristóbal Díaz Jaimes, requiere de la exigencia postural “bipedestación, flexión y extensión de miembros superiores”, y que está sometido a riesgos de altas temperaturas.

No obstante, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en dicha decisión consideró que tales factores bipedestación, flexión y extensión de miembros superiores no eran determinantes para conllevar a la condenatoria de las indemnizaciones por responsabilidad subjetiva. En dicha decisión, aún cuando la Sala constató una serie de incumplimientos del empleador tales como carencia de programas de seguridad y salud; ausencia de un manual de cargos; de notificación de prevención de las condiciones inseguras al trabajador, ausencia de cursos de capacitación en materia de salud y seguridad; no suministro de equipos de protección personal, no realización de exámenes médicos (a excepción del año 2007); inexistencia de un botiquín de primeros auxilios y de indicadores de morbilidad de patologías músculo-esqueléticas eximió de culpa al empleador. En dicha decisión se consideró que la omisión de tales deberes no determina la culpa del empleador a los efectos de la determinación de la responsabilidad subjetiva en este tipo de enfermedades degenerativas y condenó al empleador únicamente al pago de la indemnización por daño moral.

Tal posición jurisprudencial pareciera por una parte, ser acorde con los principios de proporcionalidad y ponderación que deben privar en las decisiones judiciales, pues si se condena a la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva precisamente (para evitar el daño que se ocasionaría al

²⁵⁷ Jurisprudencia: Caso: Cristóbal Díaz contra Panadería Concordia Express Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1592 del 15 de Diciembre de 2011. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Diciembre/1592-151211-2011-11-047.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2012)

trabajador que carece de elementos probatorios que puedan demostrar la culpa del empleador), el sólo incumplimiento de algunas normas de prevención salud y seguridad no demuestra en el caso de las hernias discales la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión patronal, pues dicha patología es de carácter degenerativo y no cualquier omisión en materia de salud y seguridad laboral determina el hecho ilícito.

En dicha decisión se señaló, que las infracciones detectadas por el INPSASEL, conllevaron a establecer que indudablemente las mismas incidieron en la lesión lumbar degenerativa “hernia discal” padecida por el actor, la cual fue “agravada en su puesto de trabajo”, por lo que se reputa como una enfermedad ocupacional, empero, el actor incumplió con su carga probatoria de demostrar el hecho ilícito del patrono, por tanto, se declaró improcedente la indemnización especial reclamada por el actor conforme a los artículos 129 y 130 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, toda vez que no está demostrado el ilícito patronal y sin lugar la reclamación por daño material (lucro cesante), demandada, por cuanto el actor no demostró el hecho ilícito del patrono, presupuesto de las reclamaciones por responsabilidad subjetiva, es decir, que se impuso al trabajador el deber de demostrar las condiciones ergonómicas que le generaron tal patología y la demostración de la relación de causalidad entre tales acciones u omisiones y su patología.

3.- En otros procesos judiciales, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (Caso: Bartolo Cabrera contra Ghella Sogeva²⁵⁸) (caso: Hector Villegas contra Ford Motor de Venezuela²⁵⁹) (caso Jhonny García contra Central Santomé²⁶⁰) (caso José Sánchez contra PDVSA²⁶¹) ha considerado que la

²⁵⁸ Jurisprudencia: Caso: Bartolo Cabrera contra Ghella Sogeva. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1408 del 02/12/2010. Exp. 09-1348. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/1408-21210-2010-09-1348.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2012)

²⁵⁹ Jurisprudencia: Caso: Hector Villegas contra Ford Motor de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 401 del 04/05/2010. Exp. 08-1831. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/0401-4510-2010-08-1831.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2012)

²⁶⁰ Jurisprudencia: Caso: Jhonny García contra Central Santomé. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1606 del 22/10/2009. Exp. 07-2275. (Documento en línea). Disponible en:

demandada demostró haber cumplido con proporcionarle al trabajador uniformes e implementos de seguridad, así como manual de normas las cuales precisamente tienden a la prevención de accidentes tales como instruir al trabajador sobre los riesgos y charlas en materia de seguridad, en tal sentido, eximió de responsabilidad subjetiva al empleador.

4.- En otros procesos judiciales (caso: William Mori contra Toyota de Venezuela²⁶²), (caso: Alexander Chirinos contra Instituto Municipal de aseo urbano Maracaibo²⁶³), (caso: José Sánchez contra PDVSA²⁶⁴) ha considerado que al demandante no cumplir con la carga de demostrar que la enfermedad fue causada por hecho ilícito, es decir, que no logró probar el elemento subjetivo de la responsabilidad del empleador se eximía de responsabilidad subjetiva.

Obsérvese que la posición de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la mayoría de las decisiones dictadas en este tipo de procesos por cobro de indemnizaciones derivadas de hernia discal es eximir al empleador de responsabilidad subjetiva y condenar al empleador sólo al pago de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva, básicamente por la dificultad en determinar tal responsabilidad subjetiva en virtud del carácter degenerativo de dicha patología. Tal complejidad en la determinación de la responsabilidad subjetiva justifica la procedencia de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva para resarcir el referido daño.

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/octubre/1606-221009-2009-07-2275.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2012)

²⁶¹ Jurisprudencia: Caso: José Sánchez contra PDVSA. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 446 del 12/05/2010. Exp. 09-468. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/0446-12510-2010-09-468.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2012)

²⁶² Jurisprudencia: Caso: William Mori contra Toyota de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1492 del 13/12/2011. Exp. 10-1169. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/1492-131211-2011-10-1169.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2012)

²⁶³ Jurisprudencia: Caso: Alexander Chirinos contra Instituto Municipal de aseo urbano Maracaibo. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1357 del 23/11/2010. Exp. 09-1200. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/1492-131211-2011-10-1169.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2012)

²⁶⁴ Jurisprudencia: Caso: José Sánchez contra PDVSA. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 446 del 12/05/2010. Exp. 09-468. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/0446-12510-2010-09-468.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2012)

Sin embargo, existen un número minoritario de decisiones las que la Sala Social ha condenado al pago de las indemnizaciones de la LOPCYMAT por hernia discal.

3.3.5.2. Fundamentos utilizados por la Sala de Casación Social del máximo Tribunal de la República para condenar al empleador del pago de las indemnizaciones contenidas en la LOPCYMAT por responsabilidad subjetiva

Básicamente la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en los pocos proceso judiciales (caso: Carlos Moreno contra Matadero Industrial los Andes²⁶⁵) en que ha condenado al pago de las indemnizaciones por responsabilidad subjetiva consagrada en la LOPCYMAT lo ha hecho por cuanto a los trabajadores no los reubicaron en otro puesto donde no realizara esfuerzo que contribuyeran al agravamiento de la enfermedad, es decir, que aún cuando el INPSASEL había ordenado la reubicación del trabajador que procedía la hernia discal la empresa se negó a ello, por tanto puede agravar con su omisión tal patología y tal incumplimiento encuadra dentro de las obligaciones del empleador y determina la relación de causalidad entre la omisión patronal y el daño.

En otros procesos judiciales entre los que podemos mencionar el (caso: Carlos García contra Rectificadora Maracay²⁶⁶), (caso: Edgar Colmenares contra Corporación Habitacional El Soler C.A.²⁶⁷), (caso: Julio Porcelón contra Construcciones y Servicios La Torre²⁶⁸) (caso: José Rodríguez contra Aluminio de Venezuela²⁶⁹) la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha

²⁶⁵ Jurisprudencia: Caso: Carlos Moreno contra Matadero Industrial los Andes. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 335 del 25/04/2012. Exp. 10-1156. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/abril/0335-25412-2012-10-1156.html> (fecha de consulta: 21 de Julio de 2013)

²⁶⁶ Jurisprudencia: Caso: Carlos García contra Rectificadora Maracay. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 2367 del 19/12/2006. Exp. 06-1369. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/2367-191206-061369.htm> (fecha de consulta: 21 de Julio de 2013)

²⁶⁷ Jurisprudencia: Caso: Edgar Colmenares contra Corporación Habitacional El Soler C.A.. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 10 del 21/01/2011. Exp. 09-1207. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/enero/0010-21111-2011-09-1207.html> (fecha de consulta: 21 de Julio de 2013)

²⁶⁸ Jurisprudencia: Caso: Julio Porcelón contra Construcciones y Servicios La Torre. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1509 del 17/12/2012. Exp. 10-1250. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/1509-171212-2012-10-1250.html> (fecha de consulta: 21 de Julio de 2013)

²⁶⁹ Jurisprudencia: Caso: José Rodríguez contra Aluminio de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1844 del 26/11/2009. Exp. 08-1834. (Documento en línea). Disponible en:

considerado que al haber incumplido la empresa con la obligación de mantener un programa de prevención, inexistencia de advertencia por escrito de riesgos, plan de adiestramiento y ausencia de un comité de higiene y seguridad debe condenarse al pago de la referida indemnización consagrada en la LOPCYMAT por responsabilidad subjetiva.

Sin embargo, en dichos procesos judiciales se ha condenado al pago de las indemnizaciones contenidas en la LOPCYMAT por el solo hecho que se haya omitido el cumplimiento de algunas normas de seguridad y salud laboral, sin analizarse mayormente desde el punto de vista ergonómico cuales son las acciones y omisiones del empleador que pudieron contribuir al agravamiento o contracción de la hernia discal que constituye una patología de carácter degenerativo.

CONCLUSIONES

En el capítulo I de la presente tesis se analizaron las nociones básicas de la responsabilidad civil y el basamento filosófico de las teorías de la responsabilidad subjetiva y objetiva o del riesgo para la determinación de la responsabilidad del empleador en materia de accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales.

En dicho capítulo, se pudo concluir que la teoría de la responsabilidad objetiva por los efectos que puede generar en la entidades de trabajo, ha encontrado un desplazamiento hacia el sistema de seguridad social, como un mecanismo que permite por una parte, garantizar el pago de la indemnización al trabajador y por otra parte, diluir las pérdidas en la sociedad, en tal sentido, las indemnizaciones consagradas a título de responsabilidad objetiva en las legislaciones han sido asumidas por el sistema de seguridad social, de tal manera que el empleador solo respondería por las indemnizaciones consagradas a título de responsabilidad subjetiva que exige la demostración del hecho ilícito.

En el capítulo II de la presente tesis, se describió el sistema de responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales en Venezuela y luego del análisis del mismo se pudo concluir que hasta 1999 el sistema de responsabilidad empresarial, encontraba indemnizaciones consagradas a título de responsabilidad objetiva cuyo pago recaía sobre el sistema de seguridad social e indemnizaciones consagradas a título de responsabilidad subjetiva cuyo pago recaía sobre el empleador.

De esa manera el empleador que en Venezuela cumpliera con inscribir al trabajador en el sistema de seguridad social, en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, se subrogaba en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales de la responsabilidad contractual y era dicho ente quien asumía el pago de la totalidad de las indemnizaciones establecidas en el ordenamiento

jurídico Venezolano por responsabilidad objetiva. Sólo respondería el empleador ante una reclamación judicial en caso que el trabajador pretendiere el cobro de las indemnizaciones consagradas por responsabilidad extracontractual ordinaria o especial, que presupone para el trabajador la demostración del hecho ilícito.

Ese fue el sistema de responsabilidad empresarial existente en Venezuela hasta el año 2000, sin embargo, en el mes de Marzo de ese año, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia dictó una sentencia cuyo criterio ha sido reiterado luego de trece años, en la que establece que la indemnización por daño moral establecida en el Código Civil, procede en materia de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales a título de responsabilidad objetiva, es decir, se prescinde de la culpa como elemento determinante de la responsabilidad.

Tal decisión aún cuando conforme a la doctrina de la Sala Constitucional del máximo Tribunal de la República no es vinculante para los Tribunales del Trabajo del país, ha sido aplicada de manera pacífica y reiterada por parte de dicha Sala y así se pudo evidenciar en el desarrollo de la investigación.

De una lectura del contenido de dicha decisión, se evidencia que la justificación que utiliza la Sala de Casación Social es básicamente de carácter legal y no de carácter filosófico, pues se señala que tal indemnización por daño moral procede a título de responsabilidad objetiva por la guarda de la cosa prevista en el mismo Código Civil. De la misma manera, las críticas que ha recibido tal decisión por parte de la doctrina se ha realizado también básicamente desde el punto de vista legal y no filosófico, pues básicamente se señala que contrariamente a lo señalado por la Sala Social el Código Civil exige la demostración del hecho ilícito para la procedencia de la indemnización por daño moral.

Por tal razón, en el tercer capítulo, se analizó la problemática que representa el sistema de responsabilidad patronal en Venezuela para entender la justificación de tal decisión y para ello, se tomó como punto de estudio y análisis

las hernias discales, que constituyen una patología padecida por un importante porcentaje de la población mundial, que representa una dificultad importante tanto para el trabajador demostrar la culpa del empleador como para los empleadores desvirtuar tal responsabilidad subjetiva y cuya condenatoria puede generar consecuencias económicas que coloca en riesgo la existencia misma del centro de trabajo.

Esta dificultad en la determinación de la responsabilidad subjetiva del empleador en este tipo de procesos y las consecuencias que tal declaratoria representaría para él, pudiera ser la justificación que encontró la Sala de Casación Social para el establecimiento de la teoría de la responsabilidad objetiva para la procedencia de la indemnización por daño moral por enfermedad ocupacional.

Pudiera pensarse en algún momento, que la doctrina de la Sala de Casación Social a través de la cual se estableció la procedencia de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva es un exceso a favor del trabajador en detrimento del empleador, sin embargo, luego de analizarse la complejidad desde el punto de vista probatorio para demostrar o desvirtuar la culpa en este tipo de procesos, se llega a la conclusión que quizás la solución beneficia más al empleador que al mismo trabajador, pues le exime del impacto económico que le puede representar una condenatoria por indemnizaciones consagradas a título de responsabilidad subjetiva en este tipo de enfermedades en las que es difícil demostrar la culpa pero en los que el artículo 9 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo ordena ante la duda probatoria beneficiar al trabajador.

Sin embargo colocar en cabeza del empleador y no del sistema de seguridad social el pago de la referida indemnización por daño moral, ha conllevado a varias problemáticas para la sociedad y es que con dicha decisión, el empleador en Venezuela que hubiere actuado como un buen padre de familia inscribiendo al trabajador en el sistema de seguridad social para el momento del accidente o de la enfermedad y garantizando un ambiente de trabajo sano y

seguro, siempre será condenado al pago de la indemnización por daño moral con los efectos económicos que tal reclamación judicial impone y que fueron analizados en la presente tesis.

Igualmente atribuir la indemnización por daño moral al empleador y no al sistema de seguridad social materializa consecuencias negativas tanto para el trabajador como para el empleador, por una parte, no garantiza para el trabajador la existencia de un fondo que le permita cobrar la indemnización por daño moral, pues el empleador puede insolventarse voluntaria o involuntariamente durante el proceso judicial en el que se le reclama tal indemnización, por otra parte, la procedencia de dicha indemnización genera un impacto económico, imprevisible e importante en la empresa, el incremento de la litigiosidad judicial y la desigualdad en la estimación del daño moral.

Ante tal problemática se plantearon dos posibles soluciones, la primera, que la Sala de Casación Social del máximo Tribunal de la República cambie de criterio jurisprudencial y considere que la indemnización por daño moral en materia de enfermedades ocupacionales procede a título de responsabilidad subjetiva tal como lo establece el Código Civil y no a título de responsabilidad objetiva como ha sido considerado por vía jurisprudencial desde la sentencia del caso Hilados Flexilón, la segunda solución, es la que propone el autor de la presente tesis y consiste en la necesidad de mantener la procedencia de la indemnización por daño moral en materia de enfermedades profesionales a título de responsabilidad objetiva, pero atribuir el pago no al empleador sino al sistema de seguridad social.

La primera solución contradeciría el contenido del artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que consagra el principio de intangibilidad y progresividad de los derechos de los trabajadores, pues de manera pacífica y reiterada se ha aplicado a los trabajadores del país que han reclamado indemnizaciones derivadas de enfermedad ocupacional durante trece años, por lo tanto, retroceder o desaplicar dicha teoría no sólo desmejoraría la

situación de los trabajadores que puedan sufrir este tipo de infortunios sino que conllevaría a la aplicación de un trato desigual a trabajadores en igualdad de circunstancias y representaría además una involución en el desarrollo de la doctrina de la Sala Social creada precisamente en el marco de la Constitución de 1999 que consagró la existencia de un estado social de derecho y de justicia.

Lo antes expresado encuentra mayor sustento en el hecho que el artículo 43 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras que no se encontraba vigente para la fecha en que fue dictada la sentencia en el caso Hilados Flexilón, consagra que la responsabilidad del patrono se establecerá exista o no culpa o negligencia de su parte o de los trabajadores. Por lo tanto, pretender dejar sin efecto una teoría jurisprudencial que se ha aplicado durante tanto tiempo y a tantos trabajadores pudiera no sólo lesionar el principio de intangibilidad y progresividad de los derechos de los trabajadores sino también el principio de igualdad consagrado en el texto Constitucional y la filosofía del estado social de derecho.

Igualmente conforme se señaló en párrafos precedentes el cambio de criterio jurisprudencial por parte de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia pudiera conllevar a que en casos como el de las hernias discales donde es difícil tanto demostrar como desvirtuar la culpa del empleador, los Jueces del Trabajo condenen al pago de las indemnizaciones por responsabilidad subjetiva que conllevarían no sólo al pago de indemnizaciones tarifadas en las leyes especiales de cuantía significativa sino también el mismo daño moral que conforme al Código Civil procede a título de responsabilidad subjetiva y los efectos que ello conlleva.

La segunda solución a la problemática planteada es la que plantea el autor de la presente tesis y sería mantener el criterio jurisprudencial referido a la procedencia de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva. Dicha solución se considera la más idónea con respecto al texto

Constitucional, pues iría a la par del principio de progresividad de los derechos de los trabajadores.

Sin embargo, el pago de la referida indemnización debe atribuirse al sistema de seguridad social y no al empleador, pues con ello se solventaría la principal problemática del actual sistema de responsabilidad patronal por enfermedades ocupacionales del trabajador referida a que el empleador independientemente que actúe como el mejor padre de familia manteniendo el mejor sistema de salud y seguridad en el trabajo e inscribiendo al trabajador en el sistema de seguridad social siempre será condenado al pago de la indemnización por daño moral ante una reclamación de un trabajador por enfermedad ocupacional.

Esta solución que plantea el autor solventaría varios problemas planteados en el desarrollo de la investigación:

1.- Se le garantizaría al trabajador el pago de la indemnización por daño moral mediante un fondo de naturaleza contributiva con suficiente capacidad para realizar tal pago evitando la insolvencia del empleador.

2.- Le garantizaría a los trabajadores que ante la duda del Juez del Trabajo en cuanto a la determinación de la culpa del empleador en la existencia de una enfermedad ocupacional no se le eximiría del pago de la indemnización por daño moral.

3.- Le garantizaría a los empleadores que ante la duda en la demostración de la responsabilidad subjetiva, el Juez del Trabajo apegado al contenido del artículo 9 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que consagra el principio de interpretación de la prueba más favorable al trabajador, no le condene al pago de las indemnizaciones por responsabilidad subjetiva sino que ante la duda pueda condenar al pago únicamente de la indemnización por daño moral y con ello garantizar una solución humanista y equitativa.

4.- Estimularía al empleador al mantenimiento de un correcto sistema de salud y seguridad ocupacional, pues ello le aseguraría que su responsabilidad objetiva ante la ocurrencia de una enfermedad ocupacional se desplazaría hacia el sistema de seguridad social y sólo respondería ante el hecho ilícito.

5.- Disminuiría significativamente el impacto económico para las empresas de las reclamaciones judiciales por cobro de indemnizaciones derivadas de enfermedad ocupacional, pues el empleador sólo sería condenado cuando hubiere incurrido en hecho ilícito.

No obstante lo antes expresado, debe reconocerse que la solución propuesta, así como solventaría algunas de las problemáticas descritas, mantendría dos problemáticas por resolver:

1.- La litigiosidad judicial, pues al mantenerse la procedencia de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva ya no en cabeza del empleador sino en cabeza del sistema de seguridad social, se continuarían presentando reclamaciones judiciales por cobro de tal indemnización ya no en contra del empleador sino en contra del seguro social.

2.- La desigualdad en la estimación del daño moral que por corresponderle al Juez del Trabajo en base a una serie de parámetros establecidos por la misma Sala Social, conlleva necesariamente a la subjetividad en la estimación del mismo y a la desigualdad en la indemnización de unos trabajadores con respecto a otros.

Tales problemáticas se pudieran solventar ideando algunos mecanismos a través de los cuales se tabule objetivamente la indemnización por daño moral para que el cobro se realice de la misma manera que las indemnizaciones tarifadas en la Ley del Seguro Social ante el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, con la creación de un aporte que realice el empleador al fondo de seguridad social calculado sobre la base del salario devengado por el trabajador y el mismo Instituto Venezolano de los Seguros Sociales diseñe una tabla que pueda determinar en base a la edad, grupo familiar, grado de instrucción del

trabajador, capacidad económica de la empresa, capacidad económica del trabajador, una tarifa objetiva de la indemnización por daño moral para este tipo de patologías y evite la desigualdad en la estimación del referida daño, en un área como la laboral que básicamente pretende una indemnización dineraria.

Este básicamente constituye el aporte científico de la presente investigación, ahora bien, de mantenerse el actual sistema de responsabilidad empresarial por enfermedades ocupacionales del trabajador sin mayor cambio, es decir, mantener la procedencia de la indemnización por daño moral a título de responsabilidad objetiva y a cargo del empleador, luego de la descripción de dicho sistema y del análisis de la problemática que actualmente representa es necesario realizar algunos aportes para el mejoramiento de dicho sistema de responsabilidad empresarial por enfermedades ocupacionales:

1.- Los Jueces de Sustanciación, mediación y ejecución deben a través del despacho saneador exigir al trabajador que reclame este tipo de indemnizaciones derivadas de enfermedad ocupacional (hernia discal) indicar con precisión las actividades que realizaba en la empresa, su edad, contextura física, hábitos de vida, entre otros a los fines de permitir las causas y concausas de la enfermedad y poder llegar a una convicción en cuanto a la naturaleza laboral o no de la misma.

2.- Los Jueces del Trabajo no deben circunscribirse al contenido de la certificación médica ocupacional que emite el INPSASEL en la que se determina el carácter ocupacional de la hernia discal padecida por el trabajador, sino que deben analizar las funciones desempeñadas por el trabajador, el tiempo de servicio, la edad, los factores de predisposición, las posibles causas y concausas de la enfermedad para llegar a una conclusión en cuanto a la naturaleza ocupacional o no de la enfermedad, es decir, si la misma se pudo agravar o no con ocasión del trabajo y de ser así condenar al pago de la indemnización por daño moral consagrado jurisprudencialmente a título de responsabilidad objetiva.

3.- Los Jueces del Trabajo en este tipo de procesos, deben valorar con mucho detenimiento las eximentes de responsabilidad, es decir, el hecho intencional de la víctima cuando el trabajador realice en su vida personal otras actividades que le pudieran generar dicha patología ó cuando la edad del trabajador pueda determinar la existencia de tal enfermedad, de la misma manera el hecho de un tercero sin que existiere riesgo especial, cuando el trabajador haya desempeñado funciones en otra empresa en las que pudo haber contraído tal enfermedad por un tiempo mayor al desempeñado en la empresa.

4.- Debe procurarse mayor uniformidad por parte de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en cuanto a la determinación de la naturaleza ocupacional de tal enfermedad, pues en el año 2012 fueron dictadas dos decisiones en las que se consideró que por el sólo hecho de ser enfermedades degenerativas y padecerlas el 40% de la población mundial no eran de naturaleza ocupacional, contrariando la evolución jurisprudencial de la misma Sala al respecto en cuanto a la naturaleza ocupacional de tales patologías.

5.- Existe la necesidad de consagrar la teoría de la responsabilidad objetiva para la indemnización por daño moral en una Ley especial, bien sea en futuras reformas a la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras o en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo a los efectos que los Jueces del Trabajo tengan un sustento legal y no solo jurisprudencial para acordar tal indemnización a título de responsabilidad objetiva, pues la jurisprudencia de la Sala Social conforme a la doctrina de la Sala Constitucional del máximo Tribunal de la República no es vinculante y ello permite discrepancia en las decisiones de los jueces del país, en virtud que el Código Civil que es la única norma que consagra la indemnización por daño moral presupone para su procedencia el hecho ilícito.

6.- Existe la necesidad de limitar la estimación de la indemnización por daño moral que hacen los abogados en sus reclamaciones por este tipo de patologías, para ello, puede la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia utilizar la

Gaceta Judicial y exhortar a los Jueces de sustanciación, mediación y ejecución inadmitir u ordenar despacho saneador en aquellas demandas en las que se estime el daño moral por un monto mayor a los Bs. 50.000,00 (monto máximo estimado por la Sala para este tipo de procesos por cobro de indemnización por hernias discales) con ello, evitar arbitrariedades por parte de los abogados de los demandantes al momento de interponer este tipo de reclamaciones que incrementan significativamente el costo de la defensa a los empleadores y crea una expectativas falsas al trabajador, constituyendo un obstáculo para la mediación.

7.- La empresas de seguro privado pudieran crear una póliza que cubran no sólo la indemnización por daño moral para resarcir al trabajador del daño moral en caso de una enfermedad de esta naturaleza sino también que aseguren al empleador una asistencia técnica en este tipo de procesos, que le permitan a su vez a la empresa que cumpla con toda la normativa en materia de seguridad y salud laboral subrogar el pago de dicha indemnización en otro agente, mitigando de esa manera las pérdidas y el impacto que tal situación le pudiera representar. Sin embargo, dada la procedencia a título de responsabilidad objetiva de dicha indemnización es difícil que alguna empresa aseguradora asuma el pago de tal indemnización.

En relación a ello, vale la pena mencionar que para Rodríguez Rojas²⁷⁰ la posibilidad jurídica y no posibilidad material que el patrono realice un contrato de seguro a los fines de que la aseguradora asuma la responsabilidad del pago de la indemnización por responsabilidad subjetiva consagrada en la LOPCYMAT de 1986, tendría una causa ilícita la punibilidad del infractor que está definido como una cuestión que no puede ser relajada por la voluntad de las partes involucradas, ni por terceros y la protección de la salud del trabajador como elementos de derecho social. No obstante, la posibilidad jurídica de un contrato de seguro para

²⁷⁰ Rodríguez Rojas Leonardo. Asegurabilidad de las indemnizaciones previstas en el artículo 33 de la LOPCYMAT. Dossier sobre condiciones y medio ambiente de trabajo. Universidad Central de Venezuela. Intertextos Consultores. Caracas 1999. página 111

la indemnización por daño moral tendrá una causa lícita pues dicha indemnización conforme a la doctrina de la Sala de Casación Social procede a título de responsabilidad objetiva.

8.- El tratamiento dado por los Tribunales del Trabajo a las enfermedades ocupacionales específicamente a las hernias discales requiere de un cuidado especial pues ante la dificultad de demostrar la relación de causalidad entre la acción u omisión patronal y el daño debe aplicarse restrictivamente la declaratoria de la responsabilidad subjetiva únicamente a aquellos incumplimientos que pudieran ser la causa del daño tales como la no reubicación del trabajador en un puesto donde no se agrave su patología y no condenarse al pago de dicha indemnización por cualquier omisión del empleador en materia de seguridad y salud laboral a quien no se le pudiera atribuir la causa del daño.

9.- La actividad de los órganos del Estado relacionados con el área, no puede convertirse en factores de distorsión de las relaciones de trabajo, por tanto deben revisarse los dictámenes del INPSASEL para garantizar salud en el trabajo, ya que si el empleador puede prever el daño, sería más diligente en cuanto a las funciones desempeñadas por el trabajador para evitar el agravamiento de la patología, pues si bien impidiendo la realización dentro de los exámenes pre empleo de la resonancia magnética nuclear se privilegia el derecho a la igualdad en el acceso a los puestos de trabajo, se le impide al empleador adoptar las medidas necesarias para garantizarle al trabajador un medio ambiente sano y evitar el agravamiento de una enfermedad.

10.- Deben revisarse los lineamientos para la implementación por parte del CONAPDIS de la Ley de discapacitados a los efectos de permitir que el 5% de los trabajadores discapacitados que debe mantener todo empleador en su centro de trabajo, sean cumplidos con la reinserción de los trabajadores de la misma empresa que luego de padecer este tipo de patologías, han sido discapacitados de manera permanente.

REFERENCIAS

- Alegre M. y Mago Bendahan. Derechos de la Personalidad y Derechos De Los Daños Morales. Caracas 2007. Putnica Suministros C.A.
- Alfonso J. Los accidentes de trabajo y su resarcimiento. Ensayos Laborales TSJ. Colección Estudios Jurídicos N° 12.
- Alvarez Escalona Sandra. Evolución del derecho laboral en Venezuela. Biblioteca de la Academia de ciencias políticas y sociales. Serie Estudios. Caracas 1993. Anauco Ediciones C.A.
- Arenas, Gerardo. El Derecho Colombiano de la Seguridad Social. Legis Editores S.A. 2007.
- Baremo Instituto Venezolano de los Seguros Sociales. Hospital Patrocinio Peñuela Ruiz del Estado Táchira. San Cristóbal 2008.
- Barrientos Zamorano, Marcelo. El resarcimiento por daño moral en España y Europa. Artes Gráficas. Salamanca España. 2007.
- Cabanellas, Guillermo; Tratado de Derecho Laboral, Tomo IV, Ediciones El Gráfico, Buenos Aires, 1.949.
- Cabuchola Santiago. Análisis de patologías causantes de discapacidad laboral permanente. Patologías invalidantes y su aplicación práctica. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial. Madrid. Lerño Print, S.A. España.
- Casanova S Francisco e Ignacio Andrade Monagas. Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT). Cumplimiento y responsabilidades. Análisis y Experiencias 2005-2010. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas 2011.
- Caso: Carmen Luisa Ochoa de Ferris contra Electricidad de Caracas, C.A. Sentencia del 24 de Mayo de 1960. Ramírez y Garay. 1960. Primer Semestre.

Chiossone Tulio. Autores Venezolanos. Indemnización de daños y perjuicios. Ediciones Faberton. Caracas. 2001.

Código Civil Venezolano. Gaceta Oficial No. 17.328, de fecha 04 de Julio de 1916.

Código Civil. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, de fecha 13 de Agosto de 1942.

Código Civil. Gaceta Oficial No. 2.990 Extraordinaria, de fecha 26 de Julio de 1982.

Colin y Capitant; Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo 3º, Editorial Reus, Madrid, 1960.

Constitución de los Estados Unidos de Venezuela. Gaceta Oficial No. 192 de 18 de Julio de 1947.

Constitución de la República de Venezuela. Gaceta Oficial No. 66 del 23 de Enero de 1961.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453, de fecha 24 de Marzo de 2000.

Coordinación Judicial del Circuito Laboral del Estado Táchira. Informe de Gestión Anual. Diciembre de 2012.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Caso: Zoilo Cabarcas Cervantes Vs Industrias Alimenticias Corralito, C.A. Sentencia del 14 de Marzo de 1990.

De La Cueva, M. Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo II, Editorial Porrúa, S.A. México. 1949.

De La Cueva, Mario; Derecho Mexicano del Trabajo, Novena Edición, Tomo II, Editorial Porrúa, S.A., México, 1969.

Decreto Presidencial No. 30. Gaceta Oficial No. 41.157, de fecha 30 de Abril de 2013

Del Corral Antonio. Enfermedades invalidantes más prevalentes. Patologías invalidantes y su aplicación práctica. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial. Madrid. Lerño Print, S.A. España.

Derecho de la salud y seguridad del trabajo: Un informe comparativo entre Venezuela y Canadá. Dossier sobre condiciones y medio ambiente de trabajo. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1999. Intertextos consultores.

Derecho de los Riesgos del Trabajo. Única Edición. Editores Libreros. Buenos Aires. 1968.

Franzoni Massino. "El Daño biológico y otros" en "Il Sistema delle Fonti nel Diritto del Lavoro." Giuffrè. Milano. 2002.

Fuentes, William. Apuntes sobre la Seguridad Social y el Sistema de Previsión Venezolano. Ediciones Liber. Caracas 2009.

Gaceta Oficial No. 40.106. de fecha 07 de Febrero de 2013.

García Saleh Modesto. Estudios Teóricos y prácticos sobre el INPSASEL y la LOPCYMAT. Hermanos Vadell Editores. Caracas. Venezuela. 2010.

Guía práctica de seguridad y salud laboral. Legis 2010.

Guilarte Reinaldo y Reingruber Esteves María. Consideraciones sobre algunos aspectos de las normas que regulan a las personas con discapacidad. Sobre derecho del trabajo y derecho de la seguridad social. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Estudios Jurídicos No. 23. Caracas. Venezuela. 2009.

Ihering. "De Nuevo sobre el Daño Extrapatrimonial y su Resarcibilidad". Universidad de los Andes. Mérida. 1.972.

Instructivo del baremo nacional para la asignación de porcentajes de discapacidad por enfermedades ocupacionales y accidentes de trabajo. Gaceta Oficial No. 40.154 de fecha 25 de Abril de 2013.

Iturraspe Francisco. Derecho de la salud y seguridad del trabajo. Un informe comparativo entre Venezuela y Canadá. Dossier sobre condiciones y medio ambiente de trabajo. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1999. Intertextos consultores.

Jaime Martínez Héctor. El daño extrapatrimonial en el derecho del trabajo Venezolano. Universidad Central de Venezuela.

Léon Henri y Mazeaud Jean. Lecciones de Derecho Civil. Ediciones Montchrestien. Paris. 1.978. Tome II. Primer volumen.

Ley contra despidos injustificados. Gaceta oficial No. 30.468, de fecha 08 de Agosto de 1974.

Ley de costos y precios justos. Gaceta Oficial No. 39.715., del 18 de Julio de 2011.

Ley del Seguro Social. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, de fecha 24 de Julio de 1940.

Ley del Seguro Social. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela de fecha 17 de Septiembre de 1946.

Ley del Seguro Social. Gaceta Oficial de Venezuela de fecha 03 de Abril de 1966.

Ley del seguro social. Gaceta Oficial Extraordinario No. 5.891 del 31 de Julio de 2008.

Ley del Seguro Social. Gaceta Oficial No. 4.322 del 03 de Octubre de 1991.

Ley del Trabajo. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela No. 19.640. de fecha 16 de Julio de 1936.

Ley del Trabajo. Gaceta oficial No. 16.482, de fecha 23 de Julio de 1928.

Ley del Trabajo. Gaceta oficial No. 16.482, de fecha 23 de Julio de 1928.

Ley del Trabajo. Gaceta oficial No. 16.482, de fecha del 23 de Julio de 1928.

Ley del Trabajo. Gaceta Oficial No. 1656, de fecha 04 de Junio de 1974

Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso administrativa. Gaceta Oficial No. 39.447 de fecha 16 de Junio de 2010.

Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo. Gaceta Oficial de Venezuela No. 3850, de fecha 18 de Julio de 1986

Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. Gaceta Oficial No. 38.236., de fecha 26 de julio 2005.

Ley Orgánica de procedimientos administrativos. Gaceta Oficial extraordinaria No. 2.818., de fecha 01 de Julio de 1981.

Ley Orgánica de Tribunales y procedimientos del Trabajo. Gaceta oficial No. 26.116 de fecha 19 de Noviembre de 1959.

Ley Orgánica del seguro social. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 393.078., de fecha 30 de Abril de 2012.

Ley Orgánica del sistema de seguridad social integral. Gaceta Oficial No. 5.199 extraordinaria, de fecha 30 de Diciembre 1997.

Ley Orgánica del sistema de seguridad social. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 393.078 de fecha 30 de Abril de 2012.

Ley Orgánica del sistema de seguridad social. Gaceta Oficial No. 37.600 del 30 de Diciembre de 2002.

Ley Orgánica del sistema de seguridad social. Gaceta Oficial No. 5.891 del 31 de Junio de 2008.

Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.076., de fecha 07 de Mayo de 2012

Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras. Gaceta Oficial No. 6.076 del 07 de Mayo de 2012.

Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial 5.152 Extraordinaria, de fecha 19 de Junio de 1997.

Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial No. 4.240., de fecha 20 de Diciembre de 1990.

Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial No. 5.152., de fecha 19 de Junio de 1997.

Ley Orgánica procesal del Trabajo. Gaceta Oficial No. 37.504., de fecha 13 de agosto de 2002.

Ley para personas con discapacidad. Gaceta Oficial No. 38.598., de fecha 05 de Enero de 2007.

Ley programa de alimentación para los trabajadores y trabajadoras. Gaceta Oficial No. 385.103., de fecha 04 de Mayo de 2011.

Ley Programa de alimentación. Gaceta oficial No. 36.538 de fecha 15 de Septiembre de 1998.

Ley Programa de alimentación. Gaceta Oficial No. 38.094., de fecha 27 de Diciembre de 2004.

Los deberes de prevención y seguridad en el cuadro de la estructura jurídica del contrato de trabajo. Ensayos Laborales. Tribunal Supremo de Justicia. Colección de Estudios Jurídicos No. 12. Caracas. Venezuela 2005.

Ludwig Ennecerus. Derecho de las Obligaciones en Tratado de Derecho Civil. Ennecerus /Kipp y Wolf. Bosch. Barcelona. 1.966. Tomo II Volumen II.

Maduro L. Eloy. Curso de Obligaciones Derecho Civil III, Octava Edición. 1993.

Maduro Luyando, Eloy; Curso de Obligaciones, Décima Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1997.

Márquez Miguel. Ergonomía. Fundamentos de ergonomía industrial. Universidad Nacional Experimental del Táchira. Lito Formas. San Cristóbal Venezuela. 2009.

Medina Emilsy e Ilada Ruth. La ergonomía desde una perspectiva jurídica en Venezuela y el mundo. Gaceta Laboral de la Universidad del Zulia. Volumen 18. 02/2012. Ediciones Astro Data, S.A.

Mendoza Pérez Luis Eduardo. La LOPCYMAT un enfoque práctico. Hermanos Vadell Editores. Caracas Venezuela. 2009.

National Institute Occupational Safety and Health (NIOSH). 1994. Workplace use of back belts. Publicación Número 94-122.

Norma sobre ergonomía aprobada por la Comisión Venezolana de Normas Industriales en la reunión del 20-08-1985 y elaborada por la Universidad Central de Venezuela (Luisa Sánchez) y Covenin (Nancy Villegas). Dossier sobre condiciones y medio ambiente de trabajo. Universidad Central de Venezuela. Intertextos Consultores. Caracas 1999.

Orsini Melich, José (2006), La responsabilidad civil por hechos ilícitos. Ediciones C.A. Caracas.

Parra A., Fernando. Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Estudios en homenaje a la memoria del Profesor Rafael Caldera. Universidad Católica Andrés Bello. Publicaciones UCAB. Caracas. 2011. Herrera O Luis Alfonso. Comentario crítico del fallo sobre la desaplicación por control difuso del artículo 177 de la LOPT.

Pavese-Gianibeli. Enfermedades Profesionales en la Medicina del Trabajo y en el Derecho Laboral. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina

Planiol Marcel y Ripert George Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho. Editorial Mexicana. 1997.

Reglamento de la Ley del Seguro Social Obligatorio. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela del 01 de Septiembre de 1944.

Reglamento de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del trabajo. Gaceta Oficial No. 38.596., de fecha 22 de Diciembre de 2006.

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial No. 38.426., de fecha 28 de Abril de 2006.

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial No. 5.292., del 25 de Enero de 1999.

Reglamento de la Ley Programa de alimentación. Gaceta Oficial No. 38.420., de fecha 28 de Abril de 2006.

Reglamento parcial de la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo. Gaceta Oficial No. 38.596., de fecha 03 de Enero de 2007.

René Demogue. Tratado de Obligaciones General. Librairie Arthur Rousseau. Paris. 1.925 T. III. No. 225.

Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales”. XXXI Jornadas J.M. Domínguez Escovar dedicadas al Derecho del Trabajo. Industrias Gráficas Monserratt. Barquisimeto.

Rivera M. Rodrigo. Actividad probatoria y valoración racional de la prueba. Librería J.Rincón. Barquisimeto Venezuela. 2010.

Rodríguez Rojas Leonardo. Asegurabilidad de las indemnizaciones previstas en el artículo 33 de la LOPCYMAT. Dossier sobre condiciones y medio ambiente de trabajo. Universidad Central de Venezuela. Intertextos Consultores. Caracas 1999.

Rodríguez, Isaías. “De los Infortunios del Trabajo”. Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento. Tercera Edición 2001.

Rojas León Armando. Pensiones La Revolución del Siglo XXI. Centro de Promoción y Análisis de políticas públicas. 2000. Editorial Texto.

Rosas Marcano Alberto. Aspectos Médicos de la enfermedad ocupacional. Legislación en prevención, salud y seguridad laboral. 2006. Librería J. Rincón C.A.

Rosell Senhenn Jorge. Derecho Penal del Trabajo. Librería J. Rincón. Editorial Horizonte. Caracas Venezuela 2013.

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Enrique Paz contra Consorcio Dravica. Sentencia No. 0274, del 08 de Marzo de 2007. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/0274-080307-061728.htm>

Salazar Borrego Neiza. Revista Derecho del Trabajo homenaje a los maestros Rafael Guzmán y Antonio Espinoza. Número 15 (extraordinaria) 2013. Fundación Universitas. Barquisimeto. Edo. Lara Venezuela.

Sánchez Luisa. La ergonomía. Dossier sobre condiciones y medio ambiente de trabajo. Universidad Central de Venezuela. Intertexto Consultores. Caracas Venezuela. 1999.

Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Quinta edición 1.977. Tomo I. Vol. I.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: José Cristóbal Gómez contra Eleoccidente. Sentencia No. 0630 del 16 de Junio de 2005. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Junio/0630-160605-041826.htm>

Tribunal de Juicio del Trabajo del Estado Táchira. Sentencia de fecha 29 de Julio de 2010. Caso: Ana Puerto contra Dulcería La Extrafina. Disponible en: <http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2010/julio/2290-29-SP01-L-2009-000736-.html>

Tribunal Supremo de Justicia Sala de Casación Social. Caso: Armando Cabrera contra FUNDESO. Sentencia No. 1033, de fecha 03 de Septiembre de 2004. Exp. 04-122., ponencia del Dr. Alfonso Valbuena. (Documento en línea) Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/1033-030904-04122.htm>.

Tribunal Supremo de Justicia Sala de Casación Social. Caso: Daniel Soto contra Pequiven. Sentencia No. 0487 del 17 de Abril de 2008. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/0487-170408-071564.htm>.

Tribunal Supremo de Justicia Sala de Casación Social. Caso: Hilados Flexilón. Sentencia No. 116 del 17 de Mayo de 2000. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/a116-170500-99591.htm>

Tribunal Supremo de Justicia Sala de Casación Social. Sentencia No. 430, de fecha 25 de Octubre de 2000. Ponente: Juan Rafael Perdomo Caso: J.A. Torrealba Vs. C.A. ELECTRICIDAD DE OCCIDENTE ELEOCCIDENTE Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Octubre/a430-251000-00132.htm>.

Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Elio Ramón Pérez Urbina contra Universidad Santa María. Sentencia No. 1868 del 18 de Noviembre de 2008. Exp. 07-2070. Juan Rafael Perdomo. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/050-220301-991026.htm>.

Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Elividio Mora contra Alcaldía del Municipio Arzobispo Chacón del Estado Mérida. Sentencia No. 13 del 06 de Febrero de 2003. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/RC013-060203-02411.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Jesús Cardona contra Vencerámica. Sentencia No. 1369 del 25 de Noviembre de 2010. Exp. 09-1038. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1369-251110-2010-09-1038.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Luis Acosta contra Coca Cola Femsa de Venezuela S.A. Sala de Casación Social. Sentencia No. 1027 del 22 de Septiembre de 2011. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/septiembre/1027-22911-2011-10-369.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Caso: M.A. Araque contra Industrias Doker S.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia No. 236 del 16 de Marzo de 2004. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/236-160304-03935..htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Caso: María Baptista contra Super C.A. Sentencia No. 50 del 22 de Marzo de 2001. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/050-220301-991026.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Miguel Pérez contra The Daily Journal, C.A. hoy Impresiones Newsprinter, C.A. Sentencia No. 1434, del 21 de Septiembre de 2006. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/1434-210906-051735.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Nicolás Colmenares contra Productos de Vidrio S.A. Sentencia No. 478, del 17 de Abril de 2008. Exp. 07-1358. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/0478-170408-071358.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Caso: Juan Joseph Chuecos contra Constructora Hermanos Furlanetto y Pdvsa Sentencia No. 1525 del 20 de Julio de 2007. Exp. 07-0882. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1525-200707-07-0882.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Caso: José Martín Medina López. Sentencia No. 1380 del 29 de Octubre de 2009. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1380-291009-2009-08-1148.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia No. 1264 del 01 de Octubre de 2013. Caso: Henry Pereira Gorrin. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/156995-1264-11013-2013-10-0093.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Caso: Henry Parra contra Rubén Ruiz. Sentencia No. 209, del 16 de Mayo de 2003. Exp. 02-164 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC-00209-160503-01885.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Alexander Chirinos contra Instituto Municipal de aseo urbano Maracaibo. Sentencia No. 1357 del 23/11/2010. Exp. 09-1200. (Documento en línea). Disponible en:

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/1492-131211-2011-10-1169.html>
(fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2012).

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Arquímedes Antonio Ramírez Reyes contra Schlumberger Venezuela, S.A. Sentencia No. 041, del 12 de Febrero de 2010. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/0041-12210-2010-08-2036.html>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Aura Flores contra Tropigas C.A. Sentencia No. 716 del 10 de Abril de 2007. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/0716-100407-061370.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Carmen Romero contra Corporación Venezolana de Televisión Sentencia No. 529 del 14 de Diciembre de 2000. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Diciembre/a529-141200-00360.htm>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Che Henry Aliendres Guilarte contra C.V.G. Industria Venezolana de Aluminio (C.V.G. Venalum). Sentencia No. 1504 del 09 de Diciembre de 2010. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/0041-12210-2010-08-2036.html> (fecha de consulta: 21 de Diciembre de 2010)

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Edgar Colmenares contra Corporación Habitacional El Soler C.A. Sentencia No. 10 del 21/01/2011. Exp. 09-1207. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/enero/0010-21111-2011-09-1207.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Eugenia Guedez contra Inversiones y Transporte Cristancho C.A. Sentencia No. 0444 del 14 de Abril de 2011 Exp. No. 10-817. Magistrada Carmen Porras (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/0444-14411-2011-10-817.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Fermín Sayago contra Halliburton de Venezuela S.R.L. y Pdvsa Petróleo S.A. Sentencia No. 1022 del 01 de Julio de 2008. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Julio/1022-1708-2008-07-1615.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Héctor Perdomo contra Dell Acqua C.A. Ponente: Alfonso Valbuena Cordero. Sentencia No. 204 del 13 de Febrero de 2007. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/0204-130207-061251.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Héctor Villegas contra Ford Motor de Venezuela. Sentencia No. 401, del 04 de Mayo de 2010. Exp. 08-1831. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/0401-4510-2010-08-1831.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Jeaneth Hernández contra Alfombras y fieltros Iberia. Sentencia No. 430 del 17/06/2013. Exp. 11-310. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/junio/0430-17613-2013-11-310.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Jorge Estrela de Brito contra Corporación Compusofts 2000 C.A. Sentencia No. 1451 del 28 de Septiembre de 2006. Exp. No. 06-555 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/1451-280906-06555.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: José Crispiliano Tovar contra Línea Duaca. Sentencia No. 1865 del 17 de Noviembre de de 2008. Exp. 08-083. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1865-171108-2008-08-083.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: José Gregorio Sánchez contra Schulumberger de Venezuela y Pdvsa Petróleo S.A. Sentencia N° 446 del 12 de Mayo de 2010. Exp. 09-468. (Documento en línea). Disponible en:

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0446-12510-2010-09-468.html> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010).

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: José Rodríguez contra Aluminio de Venezuela. Sentencia No. 1844 del 26/11/2009. Exp. 08-1834. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/noviembre/1844-261109-2009-08-1834.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: José Sánchez contra PDVSA. Sentencia No. 446 del 12/05/2010. Exp. 09-468. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/0446-12510-2010-09-468.html>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Juan Francisco Hermoso Aldana contra Venevisión. Sentencia No. 536, del 18 de Septiembre de 2003. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/RC536-180903-02589.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Miguel Ángel Sánchez Tovar contra Compañía Venezolana de Cerámica C.A. Sentencia No. 0343, del 09 de Marzo de 2006. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/0343-090306-05537.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Oswald Jaramillo contra Autotaller Baby Cars. Sentencia No. 1491, del 12 de Diciembre de 2012. Exp. 10-825. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Diciembre/1491-121212-2012-10-825.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Robert Cochionni contra Instituto de beneficencia y bienestar social del Estado Táchira. Sentencia No. 0755 del 03 de Junio de 2008. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/junio/0755-030608-072274.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Rosa García contra Costa Corte Construcciones. Sentencia No. 0822 del 21 de Mayo de 2009. Exp. 08-961. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1209-31110-2010-09-232.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Schlumberger de Venezuela. Sentencia No. 1683 del 21 de Diciembre de 2012. Exp. 12-1010 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Diciembre/1683-211212-2012-12-1010.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Yonny Palacios contra Bellota Venezuela C.A. Sentencia No. 1195 del 26 de Julio de 2006. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Julio/1195-260706-06325.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Yovanny Ramón Rivero contra Domínguez y Cía S.A. Sentencia No. 0984 del 21 de Septiembre de 2010. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/septiembre/0984-21910-2010-09-932.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Ysmall Aquino contra Alimentos Polar Comercial C.A. Sentencia No. 1929 del 27 de Septiembre de 2007. Exp. 09-468. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0446-12510-2010-09-468.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Yuvirasol Naranjo Rojas contra Blindados Centro Occidente. Sentencia No. 315 del 17 de Marzo de 2009. Exp. 08-265. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/marzo/0315-17309-2009-08-265.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Oswald Jesús Castillo contra Vepreca. Sentencia No. 1349 del 23 de Noviembre de 2010. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1349-231110-2010-09-580.html>

- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Adán Caniumilla contra Sidor, sentencia No. 1248, del 12 de Junio de 2007. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Junio/1248-120607-062156.htm>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Ana Sofía Pulido Ortiz contra Hospitalización Falcón. Sentencia No. 0298., del 16/05/2013. Exp. 10-1437. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0298-16513-2013-10-1437.html>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Ángel Mendoza contra General Motors C.A. Sentencia No. 1209 del 03 de Noviembre de 2010. Exp. 09-232. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1209-31110-2010-09-232.html>.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Ángel Ramón Álvarez contra Ferroaluminio C.A. Sentencia No. 0447 del 26 de Abril de 2011. Exp. 09-1516. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/0447-26411-2011-09-1516.html>.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Bartolo Cabrera contra Ghella Sogeve, expresada en sentencia No. 1408 del 02/12/2010. Exp. 09-1348. (Documento en línea). Disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/1408-21210-2010-09-1348.html>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Benito Delgado contra Schulumberger Venezuela S.A. Sentencia No. 782 del 19 de Mayo de 2009. Exp. 08-491 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0782-19509-2009-08-491.html>.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Carlos García contra Rectificadora Maracay.. Sentencia No. 2367, del 19/12/2006. Exp. 06-1369. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/2367-191206-061369.htm>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Carlos Moreno contra Matadero Industrial los Andes. Sentencia No. 335 del 25/04/2012. Exp. 10-1156. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/abril/0335-25412-2012-10-1156.html>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Cristóbal Díaz contra Panadería Concordia Express Sentencia No. 1592 del 15 de Diciembre de 2011. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Diciembre/1592-151211-2011-11-047.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Daniel Pulido contra Transporte ARG de Venezuela. Sentencia No. 629, del 08 de Mayo de 2008. Exp. 07-1250. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0629-080508-071250.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Franklin Sánchez contra Autotaller Baby Cars. Sentencia No. 452 del 02 de Mayo de 2011. Exp. 08-083. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0452-2511-2011-10-925.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Gerlado Ballestero contra Carbones de Guasare. Sentencia No. 1786 del 31 de Octubre de 2006. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Octubre/1786-311006-06473.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Gilberto Marín contra Seguridad y Vigilancia Megatron. Sentencia No. 576 del 29 de Abril de 2008. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/0576-290408-071445.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Harry Cortez contra Tuberías Rígidas de PVC. Sentencia No. 1198 del 05/11/2012. Exp. 09-924. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1198-51112-2012-09-924.html>

- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Héctor Villegas contra Ford Motor de Venezuela. Sentencia No. 401, del 04/05/2010. Exp. 08-1831. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/0401-4510-2010-08-1831.html>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Hilario Bravo contra Lubvenca de Occidente C.A. Sentencia No. 1210 del 01 de Agosto de 2006. Ponente: Juan Rafael Perdomo. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Agosto/1210-010806-06483.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Jhonny García contra Central Santomé. Sentencia No. 1606, del 22/10/2009. Exp. 07-2275. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/octubre/1606-221009-2009-07-2275.html>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Joel Beltrán contra Expresos Mérida C.A. Sentencia No. 1165 del 15 de Julio de 2008. Exp. 07-2268. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Julio/1165-15708-2008-07-2268.html>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Jonathan Rodríguez contra Tubo Concreto. Sentencia No. 1455 del 30 de Septiembre de 2008. (Documento en línea) <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/1455-30908-2008-07-898.html> Disponible en
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: José Robles contra MI Driling. Sentencia No. 1001 del 08/06/2006. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/junio/1001-080606-06101.htm>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: José Surita contra Maldifasi C.A. Sentencia No. 1841 del 11 de Noviembre de 2008. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1841-111108-2008-07-2328.html>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Julio Porcelón contra Construcciones y Servicios La Torre. Sentencia No. 1509 del 17/12/2012. Exp. 10-1250. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/1509-171212-2012-10-1250.html> (fecha de consulta: 21 de Julio de 2013)

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Luis Acosta contra Coca Cola Femsa de Venezuela S.A. Sentencia No. 1027, del 22 de Septiembre de 2011. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/septiembre/1027-22911-2011-10-369.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Maribel Ricaurte contra Cervecería Regional. Sentencia No. 396 del 06 de Mayo de 2004. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/396-060504-04181v.htm> (fecha de consulta: 01 de Diciembre de 2010)

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: María Bartola Berríos contra Iveco Venezuela C.A. Sentencia No. 455 del 19 de Mayo de 2010. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0455-19510-2010-08-1702.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Oswald Jesús Castillo contra Vepreca. Sentencia No. 1349 del 23 de Noviembre de 2010. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1349-231110-2010-09-580.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Quintero JG contra Costa Norte Construcciones C.A. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia No. 722 del 02 de Julio de 2004. Exp. 04-383. (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Julio/722-020704-04383.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Rafael Valentino contra Seguros Nuevo Mundo. Sentencia No. 1292 del 06 de Agosto de 2009. Exp. 08-

848. (Documento en línea). Disponible en:
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Agosto/1292-6809-2009-08-848.html>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Ricardo Pinto contra Coca Cola Femsa de Venezuela. Sentencia No. 1300 del 15 de Octubre de 2004. Exp. No. 04-905 (Documento en línea). Disponible en:
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Octubre/1300-151004-04905.htm>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Simón Miranda contra Transporte Yelamo. Sentencia No. 1384 del 07 de Diciembre de 2011. (Documento en línea). Disponible en:
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/1384-71211-2011-10-434.html>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Uvencio Fernández contra Telares Maracay. Sentencia N° 1217 del 27 de Septiembre de 2005. Exp. 05-094. (Documento en línea). Disponible en:
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/1217-270905-05094.htm>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: Víctor Hugo Racine contra Sea Teach de Venezuela C.A. Sentencia No. 12 del 19 de Febrero de 2013. Exp. 09-799. (Documento en línea). Disponible en:
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/0012-19213-2013-09-799.html>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caso: William Mori contra Toyota de Venezuela. Sentencia No. 1492 del 13/12/2011. Exp. 10-1169. (Documento en línea). Disponible en:
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/1492-131211-2011-10-1169.html>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Caso: William Ortega contra José Zaragoza. Sentencia No. 137 del 22 de Febrero de 2012 (Documento en línea). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/137-22212-2012-11-1342.html>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Plena. Caso: Agropecuaria Cubacana contra Inpsasel. Sentencia No. 27 del 26 de Julio de 2011. (Documento en línea).

Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/tplen/Julio/27-26711-2011-2007-00153.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político administrativa. Caso: Carlos León contra Cadela. Sentencia No. 1005, del 25 de Julio de 2002. (Documento en línea).
Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/01005-300702-16286.htm>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia No. 832 del 28/07/2005. Exp. 04-713. Caso José Ignacio Agelvis Valero contra Expresos San Cristóbal C.A. Ponente Magistrado Juan Rafael Perdomo. Doctrina de la Sala de Casación Social 2005-Junio 2006. Colección doctrina Judicial No. 20. Caracas 2006.

Villasmil, Fernando. Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo. Primera Edición. 2000.

ANEXOS

Anexo No. 1

Baremo del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales

Discapacidades totales y permanentes	Porcentaje de discapacidad
Pérdida total en sus partes más esenciales de las dos extremidades superiores	67%
Pérdida total en sus partes más esenciales de una extremidad superior y una inferior, considerando como tales la mano y el pie	
Pérdida total de las dos extremidades inferiores a cualquier altura de muslo	
lesiones o trastornos funcionales del aparato locomotor que determina consecuencias análogo a las previstas en el numeral 3°	
Lesiones que imposibiliten la marcha, independientemente de su etiología	
Desarticulación de cadera	
Pérdida de los ojos, o de la visión total de ambos ojos	
Disminución de la visión de ambos ojos en manos de 50% cuando esta reducción sea corregible con lentes o cirugía	
Sordera bilateral total no corregible con auxiliares	
Epilepsia refractaria (teniéndose como refractaria la falta de respuesta al tratamiento)	
Enfermedad mental incurable	
Insuficiencia renal crónica terminal	
Enfermedades del sistema inmunológico con secuelas altamente discapacitante	
Diabetes melitus con secuelas discapacitantes en órganos blanco	
Cardiopatías con clase funcional por encima de dos	
Enfermedad broncopulmonar obstructiva o restrictiva altamente	

discapacitante	
Cáncer con secuelas altamente discapacitantes	
Todas las demás similares a las anteriores serán indemnizada por analogía	
Discapacidades parciales y permanentes	
Epilepsia cuando las crisis permiten desempeñar algún trabajo	33%
Perdida de un ojo o de la visión de un ojo	33%
Sordera completa de un oído	20%
Perdida del brazo o antebrazo, considerando como tal la importancia funcional completa que incluye también la mano	60%
Perdida de la mano o perdida de todos los dedos e impotencia funcional total de la misma	50%
Anquilosis completa de la articulación del hombro	33%
Anquilosis de la articulación del codo de 90° a 150°	30%
Anquilosis completa de la articulación de la muñeca en buena posición	28%
Anquilosis completa de la articulación de la muñeca en mala posición	30%
Perdida de todos los dedos excepto el pulgar o de la función total de los mismos	40%
Perdida del pulgar	30%
Perdida de la falange distal del pulgar	10%
Perdida del índices o de dos falange del mismo	15%
Perdida de una falange del índice	7,50%
Perdida de cualquier otro dedo de la mano	10%
Perdida de una falange de cualquier otro dedo que no sea el pulgar o el índice, para ser sumado a otras lesiones	3%
Perdida de una extremidad a nivel del tercio superior del muslo	55%
Perdida de una extremidad a nivel del tercio medio o inferior del muslo	50%

Perdida de una extremidad a cualquier altura de la pierna	40%
Anquilosis completa de la cadera	50%
Anquilosis de la rodilla	45%
Anquilosis del tobillo	30%
Disimetría de miembros inferiores corregible con el uso de calzado ortopédico	15%
Disimetría de miembros inferiores no corregible con el uso de calzado ortopédico y que obligue al uso de muletas para la marcha	40%
Perdida total del pie	30%
Perdida parcial del pie	20%
Perdida del primera dedo del pie con su matatarsiano	10%
Enfermedades degenerativas discapacitantes de columna vertebral	67%
Diversas	
Perdida de los testículos	33%
Lesión uretral si para orinar se debe recurrir a un método artificial o fístula operatoria	33%
Perdida del pene con conservación del muñón uretral para micción y conservación de esfínteres	33%
Estenosis uretrales postraumáticas que obligan a someterse a dilataciones periódicas	33%
Hernia - accidente, debe operarse, salvo contra indicación médica, solo en este caso habrá lugar a la indemnización	20%
Desfiguraciones de la cara	67%
Disfonía funcionales	50%
Síndrome de fatiga crónica	30-50%
Todas las similares a las anteriores, incluyendo la perdida funcionales, serán indemnizadas por analogía	

*Fuente: Instituto Venezolano de los Seguros Sociales. Junta Médica Evaluadora del Hospital Patrocinio Peñuela Ruiz en la ciudad de San Cristóbal Estado Táchira.

Anexo No. 02

Indemnizaciones consagradas en la Ley del Seguro Social

Daño	Indemnización	Requisitos
Incapacidad parcial y temporal	El IVSS pagará al trabajador el equivalente a las 2/3 del promedio del salario diario, a partir del 4to día de incapacidad hasta un máximo de 52 semanas	Estar inscrito en el IVSS y que la incapacidad sea certificada por el médico tratante al servicio del IVSS
Incapacidad parcial y permanente (invalidez) mayor de 5% y menor de 25%	El IVSS pagará una indemnización única que será igual al resultado de aplicar el porcentaje de incapacidad atribuido al valor de tres anualidades de la pensión que le habría correspondido por incapacidad total	Que el asegurado quede con una incapacidad en forma presumiblemente permanente producto de un accidente de trabajo o enfermedad profesional y que la misma sea mayor de 5% pero no superior al 25% de la capacidad para el trabajo
Incapacidad parcial y permanente entre 25% y 66% (invalidez)	El IVSS pagará al trabajador una pensión de invalidez que no podrá ser inferior al valor que resulte de aplicar a los 2/3 del salario de cotización del asegurado, el porcentaje de incapacidad atribuido al caso	Que el asegurado quede con una incapacidad en forma presumiblemente permanente producto de un accidente de trabajo o enfermedad profesional y que la misma sea mayor al 25% de la capacidad para el trabajo y no mayor al 66%
Incapacidad total y permanente	Adicionalmente a la pensión de invalidez señalada por incapacidad parcial y permanente, se podrá otorgar al invalido que no pueda moverse, conducirse o efectuar actos principales de existencia, una suma adicional que podrá ser hasta de un 50% de dicha pensión y que no será computable para la determinación de la pensión de sobrevivientes a que eventualmente haya lugar	Que el asegurado no pueda moverse, conducirse o efectuar actos principales de existencia
Muerte (pensión de sobreviviente)	El IVSS cancelará a (Hijos menores de 18 años o de 25 si cursan estudios regulares o de cualquier edad si tienen discapacidad total o permanente, viudo o viuda, concubino o concubina, ascendientes, hermanos o hermanas solteras menores de 18 años si cursan estudios) una pensión mensual igual a la que le hubiere correspondido al asegurado o cantes por invalidez o por vejez	Que el causante se encontrare inscrito en el Seguro social obligatorio y que haya fallecido a causa de un accidente de trabajo o enfermedad profesional

*Fuente: Ley Orgánica del Seguro Social. Gaceta Oficial N° 393.078 del 30 de Abril de 2012.

Anexo No. 03

Indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo de 1997

Daño	Indemnización	Límites
Incapacidad Absoluta y Permanente	2 años de salario	25 salarios mínimos
Incapacidad Absoluta y Temporal	Salario de los días que hubiere durado la incapacidad	Salario de 1 año
Incapacidad Parcial y permanente	Se fijará teniendo en cuenta el salario y la reducción de ganancias.	1año o 15 salarios mínimos
Incapacidad Parcial y temporal	Se fijará teniendo en cuenta el salario y la reducción de ganancias y los días que dure la incapacidad.	Salario de 1 año

*Fuente: Ley Orgánica del Trabajo.

Anexo No. 04

Indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica de Prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo a cargo de la tesorería de la seguridad social

Daño	Indemnización ó prestación dineraria
Muerte	Pago único distribuidos en partes iguales equivalente a 20 salarios mínimos urbanos vigentes a la fecha de la contingencia
Gran discapacidad	Prestación dineraria equivalente al 100% del último salario de referencia de cotización pagadera en 14 mensualidades anuales más un 50% del monto de dicha prestación
Discapacidad absoluta permanente para cualquier tipo de actividad laboral	Prestación dineraria equivalente al 100% del último salario de referencia de cotización pagadera en 14 mensualidades anuales
Discapacidad total permanente para el trabajo habitual	Prestación dineraria equivalente al 100% de su último salario de referencia de cotización. Este monto será reducido al porcentaje real de discapacidad cuando el trabajador logre su reinserción laboral y se constituirá en un pago único.
Discapacidad parcial permanente superior al 25% e inferior al 67%	Renta vitalicia pagadera en 14 mensualidades anuales y que será igual al resultado de aplicar al porcentaje de discapacidad atribuido al ultimo salario

	de referencia de cotización del trabajador
Discapacidad parcial y permanente hasta un 25%	Pago único equivalente al resultado de aplicar el porcentaje de discapacidad atribuido al valor de 5 anualidades del último salario de referencia de cotización del trabajador
Discapacidad temporal	100% del monto del salario de referencia de cotización correspondiente al número de días que dure la discapacidad

*Fuente: Ley orgánica de prevención condiciones y medio ambiente del trabajo

Anexo No. 05

Indemnizaciones consagradas en la Ley Orgánica de Prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo a cargo del empleador por violaciones a la normativa de seguridad y salud laboral

Daño	Indemnización ó prestación dineraria
Muerte	El salario correspondiente a no menos de cinco años ni más de ocho años contados por días continuos
Discapacidad absoluta y permanente	El salario correspondiente a no menos de cuatro años ni más de siete años contados por días continuos
Discapacidad total permanente	El salario correspondiente a no menos de tres años ni más de seis años contados por días continuos
Discapacidad parcial permanente	El salario correspondiente a no menos de dos años ni más de cinco años contados por días continuos
Discapacidad parcial y permanente hasta un 25% de su capacidad física e intelectual para la profesión u oficio habitual	El salario correspondiente a no menos de un año ni más de cuatro años contados por días continuos
Discapacidad temporal (reposo)	El doble del salario correspondiente a los días de reposo

*Fuente: Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.