

EL TRABAJADOR COMO CONSUMIDOR DEL SEGURO DE RIESGOS DEL TRABAJO.

(Parte 2)

Autor: Patricio Manuel Cosentino¹.

SUMARIO: I.- EL CARÁCTER DE PROVEEDOR DE LAS ASEGURADORAS RESPECTO DEL TRABAJADOR ACCIDENTADO. II.- DERECHO A LA SALUD Y DEL CONSUMIDOR III.- CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA LDC RESPECTO DE LOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS ART Y SUS PRESTADORES/EFFECTORES. IV.- EPÍLOGO

D) EL CARÁCTER DE PROVEEDOR DE LAS ASEGURADORAS RESPECTO DEL TRABAJADOR ACCIDENTADO.

Las aseguradoras de riesgos del trabajo son entidades de derecho privado a cuyo cargo está la gestión de las prestaciones y demás acciones previstas en la LRT (art. 26.1 LRT) y que junto a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, tendrán en adelante un protagonismo central en la política de prevención de riesgos y en la reparación de los daños a la salud provocados por el trabajo.

Bajo esta atalaya, realizan su actividad de manera profesional, compleja y sumamente regulada (supervisada y fiscalizada por la SRT), valiéndose de efectores, contratistas o -en definitiva- proveedores de los servicios a los que obliga la ley y que las convierte en solidariamente responsables ante los incumplimientos legales y contractuales que acontezcan (art. 5 y 40 de la LDC).

En un primer momento, deben garantizar que el trabajador preste tareas bajo condiciones de seguridad adecuadas, y luego, ante un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, poner a disposición del trabajador siniestrado las prestaciones dinerarias o en especie, según el caso, simultánea o alternativamente.

Esta obligación, tiene raigambre constitucional, en tanto el art. 14bis de la Constitución Nacional establece tanto para el trabajador público como el privado, deberá contar con la protección de las leyes, que a su vez deben garantizar condiciones “dignas y equitativas de labor”². Ambas directrices, sin más, implican el deber de proteger, primero, la integridad psicofísica de los dependientes, y segundo, que en lo referido a la reparación, cuando no se hayan respetado las condiciones adecuadas de trabajo, deben respetar el principio de reparación integral.

Coincido con Chamatropulos, respecto que si bien no resultan frecuentes los pronunciamientos de jueces laborales aplicando el estatuto del consumidor en relación a litigios contra dichas entidades,

¹ Abogado (UBA). Funcionario Judicial en la Provincia del Chubut. Abogado Especialista en Derecho de Daños (UBA), Cursando Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UBA); Posgrados en Discapacidad en Derechos (UBA), Relaciones Individuales del Trabajo (dictados en la UBA y en el Colegio de Abogados de San Isidro), Diplomado sobre Oralidad y Derecho Procesal Civil (Universidad AUSTRAL); integrante del Programa y Grupo Federal de Discapacidad y Derechos de la UBA; Docente invitado en la materia Discapacidad y Derechos en la carrera de grado en la UBA y en Derecho Civil I de la UNPSJB; Colaborador Activo de la Subcomisión del Proceso Laboral, de la Comisión Interpoderes de Reforma Procesal Civil y Comercial, de Familia, Laboral y Contencioso Administrativa de la Provincia del Chubut (Decreto 1209/2017). Secretario de Refuerzo en el Juzgado Civil y Comercial N° 1 de la Localidad de Trelew, Provincia de Chubut.

² Precepto también contemplado en el art. 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

eso puede tener su origen en que la mayoría de los pleitos son “sistémicos”, es decir, se reclaman las prestaciones del microsistema, y no conforme los parámetros del derecho común. Sin perjuicio de lo cual, al ser la LDC una norma de **orden público** corresponde la aplicación del régimen legal consumeril por los jueces laborales.³

Obligaciones surgidas del régimen específico de riesgos de trabajo:

1. La normativa ha incorporado como primer objetivo del régimen legal de riesgos de trabajo, el de *prevenir* los riesgos del trabajo. Para ello, las ART (conjuntamente con los empleadores) deben adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los siniestros laborales (Arts. 1.1.2.A y 4.1 de la LRT); el diseño inicial de acciones preventivas de capacitación, y un plan de mejoramiento en caso de que las empresas sean categorizadas como “críticas” (incorporado por Res. SRT n° 559/2009 y 326/2004).

2. Asimismo, tienen a su cargo la provisión de *prestaciones en especie* en materia de rehabilitación (Art. 1.2, C, ley 24.557; art. 1, 1° Párr. y 2, 2° párr. ley 26773).

3. También el otorgamiento de las prestaciones dinerarias sustitutivas del salario durante la ILT (Incapacidad Laboral Temporal, art. 13 LRT) y las relativas a las prestaciones dinerarias derivadas de la incapacidad permanente (total, parcial y gran invalidez) y muerte, que a su vez pueden generar en cabeza de la ART responsabilidad por incumplimiento de la LDC generando el derecho del damnificado a exigir las consecuencias que prevé el microsistema de consumo, aparte del especial o las indemnizaciones establecidas por el derecho común en su fase resarcitoria.

Las *prestaciones en especie* descritas por el art. 20⁴, se materializan a través de prestaciones médicas, recibiendo los tratamientos necesarios el trabajador siniestrado por parte de los prestadores propios o contratados⁵ por la ART, debiendo cumplir la aseguradora los requisitos de la Res. 2/96 de la SRT (personal médico, infraestructura y equipamiento).

En consecuencia, respecto del área médico-curativa será importante tener en cuenta que a la hora de las responsabilidades frente al trabajador-paciente y consumidor, se puede recurrir entre otros al **art. 40 de la LDC**, en tanto resultan responsables solidarios todos los sujetos que se encuentren en la cadena de producción frente al consumidor cuando se produce daño por el vicio, riesgo o “prestación del servicio”⁶.

Ello, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan existir entre quién presta el servicio directamente y el que lo contrató para proveer dicho servicio a un tercero.

³ Demetrio Alejandro CHAMATROPULOS, “Estatuto del Consumidor Comentado”, Tomo I, Ed. La Ley, 2019, p. 225.

⁴ Ley 24.557. ARTICULO 20. —1. Las ART otorgaran a los trabajadores que sufran algunas de las contingencias previstas en esta ley las siguientes prestaciones en especie: a) Asistencia médica y farmacéutica: b) Prótesis y ortopedia: c) Rehabilitación;(…) 3. Las prestaciones a que se hace referencia en el apartado 1, incisos a), b) y c) del presente artículo, se otorgaran a los damnificados hasta su curación completa o mientras subsistan los síntomas incapacitantes, de acuerdo con cómo lo determine la reglamentación.

⁵ Misma obligación pone en cabeza de la ART el art. 26.7 de la LRT, cuando específicamente reza que “...con carácter de servicio propio o contratado. de la infraestructura necesaria para proveer adecuadamente las prestaciones en especie previstas en esta ley. La contratación de estas prestaciones podrá realizarse con las obras sociales.”

⁶ La CSJN se ha pronunciado sobre la responsabilidad civil de la ART por omisión, cuando se probare adecuadamente la relación causal entre la misma y el daño (fallos “Soria”, “Busto”, “Galván”, etc.).

La solidaridad legal (estrictamente hablamos de responsabilidad concurrente), dispuesta en la norma que analizamos, desplaza, en el ámbito de las relaciones de consumo, al efecto relativo de los contratos (arts. 1021 a 1024 CCyC). El contrato de consumo vincula al usuario no solamente con el proveedor del servicio o del bien, sino con el fabricante, el importador, el distribuidor, comercializador, y todos los miembros de la cadena comercial solidaria integrada en el art. 40 LDC.⁷

El régimen solidario se extiende a la obligación de garantía prevista en el art. 13 LDC y al sistema de responsabilidad objetiva dispuesto en el art. 40 LDC que más adelante examinaremos.

Esta responsabilidad es fruto de la garantía de seguridad y que en el caso concreto de la LDC se presenta de manera amplia, ya que no enumera excepciones, por lo tanto ante la duda debe estarse a favor del consumidor y en el caso el trabajador consumidor de tales servicios⁸.

Así lo expresa el **art. 1094 del CCCN** (en concordancia con las pautas hermenéuticas y axiológicas dispuestas en los arts. 1 y 2 del CCyC) cuando dice *“las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor...En caso de duda sobre la interpretación de este código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”*, en un todo conforme con lo dispuesto por el **art. 3 LDC** y en el caso de los trabajadores vinculados por un contrato privado de empleo, por el **art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo**.⁹

II.- DERECHO A LA SALUD Y DEL CONSUMIDOR.

En este marco de estudio, debemos concebir a la salud no sólo como un valor de capital importancia para el individuo y la sociedad, sino como un derecho humano básico que forma parte del núcleo del pleno desarrollo personal y social¹⁰ (y laboral).

El derecho a la salud, contempla específicamente, el derecho a desempeñarse en condiciones salubres, a recibir atención médico-sanitaria en caso de accidentes o enfermedades contraídas con motivo de la actividad laboral y a recibir la consecuente indemnización¹¹.

Es un “derecho trascendente” en el afianzamiento de los derechos humanos, siendo una derivación de “el respeto de la vida, dignidad, la autonomía individual, la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de los seres humanos en solidaridad”, con el fin de alcanzar “la igualdad de oportunidades y la accesibilidad” en lo relativo al mismo.¹²

Las prestaciones que proveen las ART por sí, o mediante sus efectores o prestadores, se someten a la aplicación de la ley 26.529, sobre Derechos del Paciente.

De dicha norma, surgen como derechos esenciales entre los pacientes y los profesionales de la salud, los agentes de seguro de salud y efectores, los deberes de: a) Asistencia; b) Trato Digno y respetuoso;

⁷ Fernando SHINA, *“Algunos principios del derecho del consumidor que fragmentaron la teoría general del contrato”*, op. Cit.

⁹ MEZIO, Eduardo, “La valuación de los “daños punitivos” en la relación de consumo Trabajador-ART”. microjuris.com 21-mar-2016 | Doctrina | MJ-DOC-7654-AR | MJD7654

¹⁰ En este sentido, véase: Enrique SUÁREZ, “Discapacidad, Salud y Consumo”, en Carlos E. TAMBUSSI (Dir.) “Relación de consumo”, Vol. 2, Ed. Hammurabi, 2019, p. 150.

¹¹ Enrique SUÁREZ, “Discapacidad, Salud y Consumo”, op.cit, p. 151.

¹² Véase GHERSI, “Derechos de los usuarios del servicio de salud”, LL, 2009-B-149.

c) Intimidad; d) Confidencialidad; e) Autonomía de la Voluntad; f) Información Sanitaria; g) Interconsulta Médica; sumado a los derechos a: h) Obtener el consentimiento informado y i) El de acceso a la historia clínica por parte del titular.

Asimismo, lo referido al capítulo de “Derechos y actos personalísimos” del CCCN: a) Art. 51, inviolabilidad de la persona humana; b) Art. 52, Afecciones a la dignidad; c) Artículo 55, consentimiento para derechos personalísimos y; d) Art. 59, Consentimiento informado para actos médicos.¹³ Estas disposiciones engloban la obligación de trato digno del art. 1097 del CCCN y del art. 8bis de la LDC.

Cuando las prestaciones no se otorguen en forma “adecuada” se deberá responder por los daños que provoquen la inadecuada prestación del servicio. Inclusive podrá el trabajador exigir el cumplimiento forzado o aceptar la prestación de un servicio equivalente a costa de la ART, como lo autoriza el art. 10 bis de la LDC; lo que permite al trabajador enfermo apelar a que otro y otros prestadores soluciones su situación de salud a costa de la ART incumplidora.

Estas obligaciones en el marco del principio de prevención que contempla el art. 5 y 6 de la LDC, en sintonía con el art. 4, apartado 1 de la LRT, la Ley de higiene y seguridad 19.587, los Convenios de la OIT n° 155 y 187.¹⁴

Pero lo que hay que advertir, es que el caso del trabajador presenta una situación particular, y es que es un verdadero paciente cautivo de la ART y por lo tanto se encuentra atado a las prestaciones en especie que la aseguradora disponga, el alta médica o los equivocados porcentajes de incapacidad que asigna en muchos casos, por debajo de la realidad que el paciente presenta.¹⁵

Si bien los servicios de los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24.240 (art. 2, LDC), no ocurre lo propio con los contratos celebrados entre los pacientes y los proveedores de servicios de salud o las clínicas, que –en tanto importan la prestación del servicio de salud para el consumo final de los enfermos- deben regirse por esa normativa¹⁶.

En ese sentido, ha dicho la jurisprudencia que la ley 24.240 «...es de aplicación a los servicios médicos porque ésta establece que quedan obligadas todas las personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en forma profesional aun ocasionalmente, produzcan, importen distribuyan o comercialicen cosas o prestan servicios a consumidores o usuarios»¹⁷.

¹³ La ley 26.529 en su art. 2° referido a los derechos del paciente, enumera (en relación con los prof. De salud, agentes de salud y cualquier otro efector): Asistencia, Trato digno y respetuoso, intimidad, confidencialidad y autonomía de la voluntad.

¹⁴ Ver en: Daniela FAVIER, “La ley de Defensa del Consumidor en Defensa del Trabajador Enfermo y/o Accidentado”, ponencia presentada en el IX Congreso Regional de las Américas, dirigido por ILERA – ARTRA, 11, 12 y 13 de octubre de 2017, Buenos Aires, Argentina.

¹⁵ Favier, Daniela, “MALA PRAXIS DE LA ART (¿El outlet de la salud?)”, Revista de Derecho Laboral, Año 2014, N° 2, Pag. 111, Ed. Rubinzal Culzoni.

¹⁶ Lorenzetti, La empresa médica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 355; Idem., Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 102 y 114.

¹⁷ Cám. Nac. Civ. Com. Fed., Sala III, 26/9/2006, RCyS, 2006-685; vid. asimismo SCJ Mendoza, Sala 1, 11/10/1995, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, JA, 24/5/06; esta cámara, Sala L, «C. de A., O. R. c. Obra Social del Personal Rural y estibadores de la República Argentina y otros», L. n° 568.586, del 2/2/2012) CNCiv. Sala “A”, T., A. R. y otro c. Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios – Resp. Prof. Médicos y Aux.;11/05/2012, public en: LA LEY 27/09/2012, 5 con nota de Sebastián Dantur; LA LEY 2012-E, 546 con nota de Sebastián Dantur, Cita online: AR/JUR/25171/2012.

En este caso, la actuación de los prestadores o efectores contratados por las aseguradoras, por aplicación del precepto del art. 40 de la LDC, ante la causación de un daño al consumidor en el marco de la prestación del servicio, son responsables de los perjuicios que les sean jurídicamente atribuibles.

El factor de atribución escogido por la norma es de naturaleza objetiva¹⁸ (art. 1722 del CCyCN), liberándose total o parcialmente quién demuestre que la causa del daño le es ajena. O sea, el hecho de acreditar que se actuó de modo diligente en modo alguno exime de responsabilidad al agente.

A su vez, existe una clara tendencia a considerar al servicio médico como una relación de consumo, ubicada en las previsiones normativas de la ley 24.240 y normas modificatorias y complementarias.

Las empresas prestadoras de servicios de salud, desarrollan de manera profesional actividades –entre otras- de prestación de servicios destinados a consumidores (art. 2 LDC).

Se establece así una relación de consumo (art. 3 LDC), vínculo jurídico que impone al proveedor el deber de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio (art. 53 LDC).

III. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA LDC RESPECTO DE LOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS ART Y SUS PRESTADORES/EFFECTORES.

Entre algunas de las consecuencias de integrar las disposiciones de la LDC (con basamento constitucional), en la regulación relativa a la relación jurídica entre el Trabajador y la ART, podemos enumerar las siguientes:

A) Posibilidad de reclamar daños punitivos, derivando aquello en una herramienta para *sancionar, prevenir* y especialmente *disuadir* el incumplimiento reiterado y grave, teniendo efecto ejemplificador, sancionatorio y preventivo¹⁹.

En este sentido, basta recordar los fundamentos de la ley 26.361, específicamente en el Dictamen de la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación Argentina, se argumentó que: “(...) se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta mas económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo en la generalidad”²⁰.

Una de las herramientas o mecanismos eficaces que provee el microsistema del consumidor, para igualar fuerzas entre ambos extremos de este vínculo jurídico, es la que nos proveen los denominados daños punitivos.

Irigoyen Testa²¹ sostiene en este sentido que en el ordenamiento jurídico argentino, los daños punitivos tienen como finalidad principal la disuasión de los daños dentro de niveles de precaución

¹⁸ AL respecto, nos dice Javier H. WAINTRAUB que: “(...) en la responsabilidad por daños emergentes de defectos o vicios de la cosa o servicio, el factor no es otro que la garantía de seguridad.” (Régimen Jurídico del Consumidor Comentado, Ed. Rubinzal Culzoni, 2017 p. 247).

¹⁹ Wajntraub, Javier H. en “Regimen jurídico del consumidor comentado”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, pág. 311

²⁰ Dictamen de las comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia de la Honorable Cámara de Diputados del Congreso de la Nación Argentina, Orden del Día n° 306/06, 26/5/06, p.16.

²¹ Irigoyen Testa, Matías, ¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?, RCyS, 2009-IX-16.

socialmente deseables. A su vez, tienen una función accesorio que sería la sanción al proveedor. Agregando que corresponde fijar daños punitivos, cuando la indemnización resulta insuficiente para disuadir al incumplidor de continuar incumpliendo con sus obligaciones legales y convencionales.

En lo que refiere a la siniestralidad laboral, la función preventiva de su aplicación nos da su carácter fundamental²², en tanto sirve para prevenir la repetición de la grave conducta perpetrada por el proveedor causante del daño.

La obligación de prevenir, tiene su fuente legal en el art. 1710 (obligación genérica de prevención y disminución del daño), que se encuentra dentro del sistema de la responsabilidad civil y, a su vez, tiene base constitucional, especialmente en el art. 19 y -por supuesto- en el art. 42 de la CN.

Basta con recordar, que la CSJN sostuvo en el conocido caso “Ledesma”²³ que la seguridad resulta un valor que necesariamente debe determinar la conducta de los proveedores de las actividades que tengan vinculación con la vida o la salud de las personas. Este criterio luego fue ampliado en el caso “Uriarte”²⁴, en tanto el deber de seguridad surge del art. 42, lo que implica que el proveedor debe adoptar las medidas razonables de prevención a los efectos de evitar causar daños al consumidor.

Conforme lo sostiene Lorenzetti, los daños punitivos: *“apunta(n) básicamente, a destruir la racionalidad económica que permitió que el daño se ocasionara”, teniendo como consecuencia esta situación que resulta “más rentable permitir que el perjuicio se produzca en vez de prevenirlo” por lo que “el daño punitivo arruina este negocio y permite prevenir”*²⁵.

Cuando los proveedores afronten bajas probabilidades de condenas, la responsabilidad civil tradicional no será suficiente para lograr todos los beneficios enumerados con anterioridad, y no logrará crear incentivos adecuados para que los dañadores se ajusten efectivamente al nivel de prevención de daños deseable socialmente.

No obstante, dentro de la jurisprudencia existe un consenso (Stiglitz y Pizarro, entre otros) en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de gravedad, calificados por el dolo²⁶ o la culpa grave del proveedor o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados, por ejemplo, por un abuso de posición de poder respecto de los derechos individuales²⁷.

Por otro lado, tenemos que para que la actuación de un proveedor merezca la citada sanción, la norma solo exige el incumplimiento por parte de éste respecto de sus obligaciones legales o contractuales (criterio amplio).

²² Criterio sostenido de modo enfático en: CACC Tucumán, Sala II, 27/7/17, “Esteban, Noelia Estefanía c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G s/ Daños y Perjuicios”, expte. N° 912/12, voto del Dr. Benjamín Moisés, quién sostuvo que la finalidad principal es prevenir a través del efecto disuasivo y ejemplar *“de la sanción de conductas desaprensivas, indignantes, recalcitrantes o antisociales, que además pueden poner en grave riesgo la vida y la salud de los consumidores”*.

²³ CSJN-FALLOS, 331:819.

²⁴ CSJN-FALLOS, 333:203.

²⁵ Ricardo LORENZETTI, “El daño a la persona”, LA LEY, 1995-D, 1012.

²⁶ Recordemos que el art. 1724 ha dado amplitud al término, refiriéndose a “manifiesta indiferencia”, por los intereses ajenos. Abarcándose el dolo directo, el indirecto y el eventual.

²⁷ Conf. fallo Machinandiarena Hernandez, Nicolas C. Telefónica de Argentinas C1aCiv y Com., Mar del Plata, Sala II, 2009/05/27

Álvarez Larrondo²⁸ sostiene que los daños punitivos son sanciones económicas que los jueces imponen a los causantes del obrar lesivo, con tres finalidades:

- 1) Desmantelar el negocio surgido de la violación de la ley y los derechos de los co-contratantes, cuando la reparación integral de los afectados resulta inferior a la rentabilidad o ganancia obtenida por aquél;
- 2) La de sancionar el obrar desaprensivo, desidioso o infamante del agente dañador, que actúa con indiferencia para con la vida, la salud o los bienes de sus co-contratantes;
- 3) La de no permitir la elaboración de análisis actuariales previos a la causación del daño, sobre la base de principios probabilísticos que permitan proyectar la tasa de ganancia producto de la lesión o la violación de la ley, generando de esta manera incertidumbre en relación al monto que debe abonar en definitiva el dañador. De este modo, a las reparaciones abonadas se adiciona el monto derivado de la multa, lo que modifica el escenario del proveedor que daña, tornándolo negativo.

En efecto, la realidad actual nos indica que el sistema de riesgos del trabajo argentino, a pesar de los continuos cambios legislativos, sigue evidenciando graves falencias sobre todo en lo relativo a los remedios que ofrece para los casos de incumplimiento de las aseguradoras de sus obligaciones legales de prevención, seguridad y cobertura de prestaciones en especie.

Se observa en la práctica que la mayoría de las ART, son reticentes al momento de cumplir con su deber legal de otorgar prestaciones en especie adecuadas y/o cumplir con el deber de seguridad delegado en ellas: altas médicas inadecuadas, deficiente atención médica, insuficiencia, impericia y demoras.

De lo expuesto nada impide que, ante un claro incumplimiento de sus obligaciones legales asumidas, la eventual aplicación de daños punitivos por parte de los jueces sobre las ART²⁹ y los prestadores, pudiera resultar como una herramienta de particular utilidad para disuadir estas conductas especulativas en aras de procurar un cumplimiento de sus obligaciones de manera más rápida y efectiva.

Entonces, cabe destacar que la norma (art. 52bis) no exige un comportamiento agravado para la procedencia de la multa civil, pero esto no implica un deber de aplicarla automáticamente por parte del juez que entienda en el asunto. Es decir, el incumplimiento es un requisito ineludible e insoslayable, pero no alcanza con eso.

Sin embargo, procurando que el instituto cumpla su finalidad, en las “XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, se concluyó que para que proceda la aplicación de la multa civil regulada en el art. 52bis tenía que tratarse de “... casos de particular gravedad que trasuntan menosprecio por derechos

²⁸ Federico M. ÁLVAREZ LARRONDO (Dir.) en “Manual de Derecho del Consumo”, Ed. ERREIUS, 2017, P. 708.

²⁹ Siendo una norma de orden público, tienen la obligación de aplicarla tanto los jueces civiles, como los laborales o, en su caso, los titulares de juzgados en lo contencioso-administrativo.

individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en el supuesto de ilícitos lucrativos, con la intención de dismantelar plenamente sus efectos.”

Complementando lo anterior, en las “XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, se concluyó que los daños punitivos proceden solamente en los casos en que exista: a) “grave menosprecio a los intereses ajenos, b) obtención de enriquecimiento indebido derivado del ilícito; c) por abuso de la posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva en materia de consumo”.³⁰

En este sentido, si verificamos de forma contrastable que actividades o establecimientos que registran índices altos de siniestralidad, sin que se tomen las medidas necesarias preventivas (reduciéndose la actividad de las ART a otorgar solamente las prestaciones del sistema), ello en cada caso, puede implicar la negligencia o imprudencia grosera de parte del agente a cargo de la aseguradora. Entonces, quién peticione la aplicación de la multa civil contra una Aseguradora de Riesgos del Trabajo, deberá demostrar un factor subjetivo agravado, recordando la excepcionalidad de la medida y la finalidad preventiva que el instituto guarda³¹.

Debemos destacar, y no es menos importante, que el art. 52bis establece la responsabilidad solidaria de todos los sujetos miembros de la cadena de producción o comercialización del bien o servicio (criterio también sostenido por el art. 65 de la ley 27.442).

Es decir, en caso de grave menosprecio a los derechos del trabajador enfermo o accidentado, por parte de un efector de salud contratado por la Aseguradora de Riesgos de Trabajo, dicha circunstancia hará pasible -en caso de corresponder a criterio del juez, quién “podrá” aplicar la multa civil- tanto al proveedor de salud directo de la prestación, como a la aseguradora que contrató el empleador.

Finalmente destaco, que anticipándome al punto que sigue, autores como Lorenzetti³² están de acuerdo en que las asociaciones de consumidores que cumplan los requisitos legales (arts. 55 y 56 de la LDC) puedan pedir daños punitivos mediante acciones colectivas, pudiendo ser dos los destinos del resultado de las mismas, a favor del reclamante o de los consumidores.

B) Posibilidad de entablar acciones de clase, en representación de un colectivo de personas. Ello conforme los arts. 52 y 54 de la LDC y art. 1712 del CCCN.

Las asociaciones que representan los intereses de determinados grupos consumidores se encuentran regladas en los arts. 55 a 58, teniendo legitimación para actuar cuando se vean afectados o amenazados los intereses de los miembros. Las mismas deben estar constituidas en los términos de los arts. 141 y 168/86 del CCyCN (personalidad jurídica) y los arts. 56/7 (autorización para funcionar).

³⁰ Comisión N° 4, Derecho de Daños: “Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”, Universidad Nacional de la Plata, 2017.

³¹ Ver Ezequiel Mendieta, en “Daños punitivos. Función, procedencia y cuantificación”, en Carlos E. TAMBUSSI (Dir.) “Relación de consumo”, Vol. 2, Ed. Hammurabi, 2019, p. 127.

³² Ricardo LORENZETTI, “Consumidores”, 2da. Ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

Pueden representar a los consumidores individualmente, plurindividualmente, o bien actuando en defensa de intereses colectivos, dentro de la competencia que determina el objeto social preestablecido.

Otro elemento que hace a la prevención de los infortunios laborales -que agregamos al efecto disuasorio- preventivo de los daños punitivos, es la posibilidad de entablar acciones colectivas. Puntualmente, en el caso de los trabajadores, como grupo afectado por un acto de un tercero, mediante acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos.

Partimos de la existencia de una *controversia*, en relación a los *elementos homogéneos* que deben tener la pluralidad de sujetos afectados; y un *hecho, único o continuado*, que provoca la lesión a la *clase o grupo*, identificable como una *causa fáctica homogénea*.

Ello hace razonable la posibilidad de entablar un solo juicio, derivado de la homogeneidad fáctica y normativa, teniendo efectos expansivos la cosa juzgada.

Entre los fundamentos de las acciones a entablar, podemos mencionar la posibilidad de accionar con fundamento de tutela preventiva (art. 54, t. o. ley 26.361).

Finalmente, estimamos necesario que las asociaciones sindicales con personería gremial, o inclusive las simplemente inscriptas (cuando no hubiera en su actividad o categoría, una asociación con personería gremial) puedan promover acciones en defensa de un interés colectivo de los trabajadores que representen (por su actividad, oficio, profesión o categoría de los trabajadores que representen) y también, accionar ante la afectación de intereses plurindividuales, valiéndose complementariamente de fundamentos que aporte la normativa de consumo, como por ej. por violación al deber de prevención, seguridad o afectación de un interés económico por parte de las ART.

No desconocemos, en relación a esto último, la reglamentación del art. 31 (LSA) impuesta por el artículo 22° del Decreto PEN 467/88, a fin de evitar conflictos interpretativos respecto de una cuestión eminentemente procesal, exigiendo en caso de intereses individuales que las asociaciones sindicales, que cada trabajador autorice a la entidad gremial a actuar en su representación.

Esto, si bien las asociaciones sindicales tienen amplio mandato constitucional y legal para accionar judicialmente en representación de los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito personal y territorial de actuación, según los requisitos que al respecto establece la ley 23.551 y los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo.

C) Control de la autoridad de aplicación, y aplicación de sanciones en caso de incumplimiento de la LDC, incluido poder de policía de los arts. 43 y 44 de la LDC.

En este supuesto, las actuaciones administrativas pueden iniciarse: a) de oficio y; b) por denuncia de quién invoque un interés particular o lo haga actuando en defensa del interés general de los

consumidores (asociaciones de consumidores debidamente inscriptas, Defensor del Pueblo de la Nación y los defensores del pueblo locales en el ámbito de sus jurisdicciones)³³.

En este sentido es de vital el art. 42 de la CN, en tanto prioriza cumplir con el objetivo de establecer a través de la legislación, mecanismos eficaces para la prevención y solución de conflictos.

El art. 41 de la LDC determina la distribución de competencias entre la autoridad nacional y las locales. A nivel nacional la Secretaria de Comercio Interior es la autoridad de aplicación de la ley, y las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires actuarán como autoridades de aplicación locales, teniendo a cargo el control, vigilancia y juzgamiento de los reclamos que se promuevan en sus respectivas jurisdicciones.

A su vez, las provincias delegan en los municipios el poder de policía de consumo³⁴.

Concluyendo este punto, el último párrafo del art. 3³⁵ atendiendo la amplio y el carácter transversal de actuación del microsistema, a los efectos de evitar conflictos en lo que refiere al marco normativo aplicable, incorpora una cláusula de integración normativa.

La LDC se integra entonces, con variadas normas de carácter administrativo nacional, provincial y municipal, y con leyes específicas que regulan la actividad de los proveedores, como es el caso de la LRT; pero también podemos mencionar la Ley de Medicina Prepaga N° 26.682 y la Ley de Seguros N° 17.418, resoluciones dictadas por el ENRE (distribución de energía eléctrica); y finalmente el Código Civil y Comercial de la Nación.

D) Plazo de prescripción.

Una de las cuestiones fundamentales y controvertidas a analizar, es la del plazo de prescripción, teniendo en cuenta las modificaciones a las que fue sometida la LDC, y el plazo “abierto” con el que contamos en la actualidad.

El nuevo art. 50 de la LDC (introducido por el ítem 3.4 del Anexo II, ley 26994 -CCCN-), no hace mención como lo hacía su antecesor al inicio de las acciones judiciales, sólo a las administrativas en relación a las sanciones que establece la ley como causal que interrumpe el plazo de prescripción. Conforme lo que corresponde es remitirnos a la redacción del CCyCN.

Atento que el referido art. 50 deja afuera las acciones administrativas y judiciales, entendemos que debe ser el CCyCN, el que regulará el plazo de prescripción, tomando el principio de interpretación en favor del consumidor en su art. 1094³⁶ y el art. 1095³⁷.

³³ Sin perjuicio que la ley 26.993 prevé que actúe la Secretaría de Consumo una vez notificada la resolución previa y firme del auditor en las Relaciones de Consumo o la sentencia por parte del Juez de Consumo, para que en caso de proceder, se apliquen las sanciones correspondientes (arts. 37/56 de la LDC).

³⁴ Ej. en el caso de la Provincia de Buenos Aires, mediante el art. 79 de la ley 13.133 se establecen las atribuciones de las “OMIC” municipales (asesoramiento, información, recepción de reclamos y denuncias, fijar audiencias conciliatorias).

³⁵ Art. 3, Ley 24.240: “(...) Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.”

³⁶ ARTICULO 1094.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.- En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Observamos que, en relación al trabajador/consumidor accidentado, se presentan diversos problemas ante la nueva redacción “omisiva” de la ley, por contraponerse al principio de progresividad y su consecuente de no regresión³⁸. Recordemos que el anterior art. 50 de la ley 24.240 establecía el plazo de prescripción liberatoria en 3 años.

Por otro lado, no desconocemos que el **art. 2.562** del CCyCN expone en su apartado b), el plazo de dos años en relación a los daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo; el **art. 44 de la LRT**³⁹ establece el plazo de *dos años* desde que la prestación debió ser abonada o prestada, y “en todo caso” dos años desde el cese de la relación laboral; y finalmente el **art. 258 de la ley 20.744** (Ley de contrato de trabajo, es decir empleo privado), también prescribe un plazo de 2 años para los accidentes y enfermedades profesionales, desde la determinación de la incapacidad o el fallecimiento de la víctima.

Al respecto, ya mucho se ha escrito en relación al plazo de prescripción estipulado en la ley de seguros (art. 58 de la ley 17.418) que es a todas luces exiguo -1 año-, y mayoritariamente adoptado por la doctrina y jurisprudencia, entendiendo -entre otros argumentos- que dicha ley sería “especial” en relación a la ley 24.240 que pasaría a revestir el carácter de “general”.

En conclusión, debemos acatar la directiva de proteger los derechos de consumidores y trabajadores, y la exigencia de la aplicación del derecho de modo conforme del derecho infra constitucional (art. 1 del CCyCN), a la Carta Magna y los Tratados de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22), y asimismo a la interpretación de la ley (art. 2 del CCyCN) en los mismos parámetros. Servirán como instrumentos de interpretación los arts. 3 de la LDC, 1094 del CCyCN y el art. 9 de la LCT⁴⁰.

Entonces corresponde hacer la siguiente distinción dependiendo de la fuente del incumplimiento: *a)* en caso de las acciones derivadas de la responsabilidad de las aseguradoras por accidentes y enfermedades profesionales, por incumplimiento de las prestaciones en especie o dinerarias (ley 24.557 y mod.) el plazo será de 2 años; *b)* en relación al punto anterior, y enmarcadas por la responsabilidad civil de dichas aseguradoras pero por la vía del derecho común, corresponde idéntico plazo de dos años (art. 2562, inc. b, del CCyCN); y *c)* cuando se reclame a las ART por incumplimientos o daños causados por parte de los prestadores u efectores de servicios de salud (conf. arts. 5, 6, 10bis, 19, 40 y 52bis de la LDC) que estas contraten para proveer a los trabajadores

³⁷ ARTICULO 1095.- Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

³⁸ Axioma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, contemplado en el art. 2 del PIDESC y art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

³⁹ Plazo que también comparten los arts. 256 y 258 de la LCT:

“Art. 256. —Plazo común.- Prescriben a los dos (2) años las acciones relativas a créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo y, en general, de disposiciones de convenios colectivos, laudos con eficacia de convenios colectivos y disposiciones legales o reglamentarias del Derecho del Trabajo. -Esta norma tiene carácter de orden público y el plazo no puede ser modificado por convenciones individuales o colectivas.”

“Art. 258. —Accidentes y enfermedades profesionales. Las acciones provenientes de la responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedades profesionales prescribirán a los dos (2) años, a contar desde la determinación de la incapacidad o el fallecimiento de la víctima.”

⁴⁰ **Ley 20744, Art. 9° — El principio de la norma más favorable para el trabajador.**- En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador. (Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.428 B.O. 26/12/2008).

siniestrados o enfermos, con fuente legal o contractual, el plazo será de 3 años., conforme lo expresa el art. 2561 del CCyCN.

E) Procedimiento más abreviado en la jurisdicción conf. Art. 53 de la LDC, en cualquier juicio iniciado con fundamento en el estatuto consumeril, se deberá regir por las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal que intervenga en la acción interpuesta.

F) Beneficio de gratuidad de los arts. 53 y 55 LDC, aún demandando por responsabilidad civil a una ART, ante la vulneración del deber de prevención o seguridad, superando los límites que imponen los arts. 4 y 17.2 de la LRT, sin necesidad de plantear la inconstitucionalidad⁴¹.

Parece irrisorio que el trabajador enfermo o accidentado, deba promover un incidente a los efectos de acreditar que requiere de la franquicia, en el marco de una acción por derecho común o sistémica, reclamando las prestaciones del sistema, ante una afectación a su integridad psicofísica.

Ya decía Couture⁴² que “si en un proceso actúa un pobre frente a un rico, debiendo pagar ambos los gastos de la justicia, no existe igualdad posible, porque mientras el pobre consume sus reservas más esenciales para la vida, el rico litiga sin sacrificio y hasta con desprecio el costo de la justicia”. El art. 55 tiene un alcance similar, esto ha sido ratificado por la misma CSJN⁴³.

Si hay un litigio en el que se verifica la desigualdad entre las partes por antonomasia, es el compuesto por un trabajador y su ART. Por ello, y atendiendo a la normativa del estatuto del consumidor, es que a los efectos de garantizar el acceso a la justicia de los consumidores y usuarios, estos últimos deben contar con el denominado “beneficio de gratuidad” sin restricción alguna, comprendiendo los gastos iniciales como las costas de la causa.

IV) EPÍLOGO:

El tema en análisis nos pone el desafío de comenzar a adaptarnos, a ver y *a vivir* el Derecho como un todo, y ya no como compartimientos estancos y distantes.⁴⁴

En este orden de ideas, para Aída Kemelmajer, el diálogo de fuentes como pauta interpretativa tiene ventajas superadoras con respecto a los sistemas de interpretación tradicionales: *“Cualquiera sea la opción (superar, incluir, total o parcialmente) se ha establecido un diálogo de fuentes para que la regla sea siempre la que protege mejor a la persona humana, sea la ley general o especial, anterior o posterior. O sea, la interpretación se hace dialógicamente. Ciertamente, el diálogo no siempre es fácil, porque exista un verdadero desbordamiento de fuentes que hace necesaria una nueva tipología y clasificación, sobre todo por la entrada en el Código Civil de materias tales como la bioética, y el ambiente, ramas en sí mismas interdisciplinarias. Por eso el Código proporciona pautas para una prioridad entre esas fuentes, tal como surge de los arts. 150 (leyes*

⁴¹ Adolfo Klun, “Contrato de consumo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El trabajador frente a la ART, posibilidad y ventaja de ampararse en las normas protectorias de la relación de consumo”, Revista de derecho Laboral Actualidad, 2017-1, Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2017.

⁴² Eduardo J. COUTURE, Estudios de Derecho Procesal Civil, Volumen 1 (La Constitución y el Proceso

⁴³ En la resolución dictada por la CSJN el 24/11/2015, en el marco de la causa: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ Nación Seguros SA s/ Ordinario”.

⁴⁴ Desafío que no es nuevo, pero esto no implica que esté zanjado en absoluto

*aplicables a las personas jurídicas privadas), 963 (prelación normativa en materia contractual) y 1709 (prelación normativa en el ámbito de la responsabilidad civil)."*⁴⁵

El actual criterio de prelación normativa está relacionado con el orden público, y con la indisponibilidad de los derechos. Dicho en otras palabras: la Equidad subordina a todas las normas y a todos los principios.

Dice el maestro Vázquez Vialard⁴⁶, que la equidad resulta ser un principio general de derecho del trabajo (enunciado en el art. 11 de la LCT), teniendo el mismo dos acepciones: una relacionada con la idea de justicia y otra, mas apropiada, que aplica a la facultad del juez de atemperar el rigor excesivo que la ley produce al ser aplicada a casos concretos.

Por lo que la equidad no supone una situación de carencia normativa, sino que requiere de una circunstancia en que la ley aplicable produce resultados disvaliosos o injustos.

El magistrado, haciendo un esfuerzo interpretativo superior al que venía haciendo en los días de la codificación velezana, deberá buscar en todo el sistema la norma vigente más próxima a la solución equitativa para el caso.

Ese criterio, pensamos, es receptado por el art. 963 CCyC. La norma que debe buscar el Juez no es ni más nueva ni más vieja, ni más especial ni más general; *es la más justa*. En este nuevo contexto la tarea hermenéutica es tan vital para el sistema como compleja a la hora de ponerla práctica.⁴⁷

Como bien reflexiona Fernando Ubiría: *"En los fundamentos se aclara que en la tarea interpretativa se debe recurrir a todo el sistema de fuentes a la utilización no sólo de reglas sino también de principios y valores. La complejidad es sin dudas mayúscula, y además pone de manifiesto el rol preponderante que es llamado a cumplir el Poder Judicial, pues se destaca la labor del juez, y la influencia de los precedentes, extremo que revela cierto acercamiento con el sistema anglosajón del common law"*.⁴⁸

El entendimiento del art. 42, conjuntamente con el art. 14 bis de nuestra Carta Magna, nos obliga a hacer una interpretación no tanto "novedosa", sino más bien necesaria e ineludible⁴⁹, efectiva y comprensiva del ordenamiento jurídico como fórmula protectora de los derechos de los trabajadores. Por ello, una afectación en su integridad psicofísica derivada de un accidente o enfermedad profesional requiere que el dispositivo protectorio del Derecho, sin importar de que disciplina puntualmente se trate, se active a los efectos de proteger este bien jurídico de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico.

En esta situación nos encontramos, donde la inescindibilidad del trabajo y la condición humana, hace nacer ese compromiso de libertad y dignidad de la persona.

⁴⁵ Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 6.

⁴⁶ Antonio VÁZQUEZ VIALARD, Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada, 1° ed, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. I, ps.186.

⁴⁷ Shina, F., "El diálogo de fuentes y los créditos laborales. La contradicción entre la irretroactividad legal y la Equidad. Alternativas dialécticas para superar la tensión entre lo legal y lo justo.", En <http://temisnet.juschubut.gov.ar/index.php/1377-doctrina-y-jurisprudencia-laboral-fallos-de-la-csjn>

⁴⁸ Ubiría, Fernando Alfredo, Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p.8.

⁴⁹ El art. 65 de la LDC establece que es de orden público.

Sin intención de repetirnos, debemos destacar que la situación de trabajador en su condición de consumidor de las prestaciones derivadas del sistema de seguro en análisis, teniendo las mismas la función primordial de proteger la salud del mismo, no siendo parte contratante ni teniendo posibilidad de elegir la aseguradora que otorgará las prestaciones; implica un deber legal de máxima protección y a su vez de control por parte del ordenamiento.

Si el trabajador pone a disposición su trabajo, es decir su persona en favor de la organización empresarial del empleador, entonces el trabajador accidentado encuentra específicamente vulnerada temporaria o permanentemente su capacidad de trabajo, y esta situación como dijimos hace necesario que el dispositivo protectorio sea lo más eficaz posible.

En este sentido debemos evitar aquello que dice el maestro Mario E. Ackerman, respecto de la cosificación de las personas que trabajan no es sino otro modo de confiscación de su libertad, y con ella, un agravio a la condición humana.⁵⁰

En este sentido, *económico y sociológico*, nuevamente se hermanan el derecho del trabajo y del consumidor, donde a uno frecuentemente se lo asimila al concepto de “recurso” y al otro de “objeto” en el marco de sus respectivas relaciones contractuales o jurídicas, en sentido amplio.

Immanuel Kant en el marco de su teoría ética deontológica, como imperativo categórico⁵¹, el que prescribe una acción como buena porque dicha acción es necesaria para conseguir algún propósito, en síntesis, su formulación de la humanidad como un fin en sí misma exige que los humanos nunca sean tratados meramente como un medio para un fin, sino también un fin en sí mismos.

⁵⁰ Mario E. Ackerman, “Si son recursos no son humanos”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2016.

⁵¹ “La Fundamentación de la metafísica de las costumbres” (en alemán: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*), publicada en 1785.