

LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL ÁMBITO DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL

DANIELA FAVIER

- **LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR AL RESCATE DEL TRABAJADOR ENFERMO Y/O ACCIDENTADO.**

Es sabido que las Aseguradoras de Riesgo del Trabajo tienen características específicas que las hacen particulares, basta con observar que son parte o protagonistas en un **escenario o si se quiere compás binario** altamente significativo en la vida del trabajador, por un lado **la prevención** (art. 4 LRT) y cuando ella falla o resulta insuficiente en el **otorgamiento de las prestaciones en especie y dinerarias** (art. 6, 14, 15, 18, etc. LRT) correspondientes a la víctima del siniestro y/o enfermedad o sus derechohabientes.

Esta multifunción se despliega al son de un **compás binario** (prevención y reparación) sumado a un ámbito que no permite compartimientos estancos; por el contrario el trabajador enfermo o accidentado es un todo (cuerpo, espíritu y circunstancias) implica que aquella multifunción debe atender necesidades que van más allá de la contingencia que afecta la integridad psicofísica del trabajador.

Esto implica considerar a la persona humana desde una visión holística, el ser humano que trabaja, es un trabajador que si se enferma o accidenta es paciente, si como consecuencia de tales padecimientos en su salud psicofísica queda con una incapacidad permanente será una persona con discapacidad y como es un paciente cautivo del sistema de salud provisto por la ART, es también un consumidor equiparado o indirecto de tal sistema.

En consecuencia, entran en juego, además de las normas de la LRT, la Ley de Salud Mental (Ley n° 26.657), la Ley del Paciente (Ley n° 26529), Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad (Ley n° 24.901), la Ley de Defensa del Consumidor (LDC n° 24.240 y sus modificatorias) etc.

En efecto, frente al paciente o enfermo están como sujetos obligados "...el o los profesionales de salud o el o los agentes de la salud y cualquier efector que se trate..." (art. 2, Ley 26529).

Cuando se refiere a "cualquier efector que se trate" obviamente atrapa entre sus normas a la ART como prestador de salud frente a un paciente específico y particular como es el trabajador. Es decir, la ley afecta la relación ente el paciente-trabajador y su prestador de salud-ART.

Como adelanté, también se ve afectada dicha relación por la LDC, la que toma esa vinculación desde otra perspectiva la del **trabajador-consumidor equiparado** y su **prestador de seguro de salud (ART)-proveedor** y la tiene como una relación de consumo.

El art. 1092 CCCN entiende por relación de consumo al "... vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor".

WAJNTRAUB dice que "...Precisamente la realidad demuestra que usualmente las consecuencias que se producen en el mercado no encuadran en el "vínculo material" entre proveedor consumidor, sino más bien parten del mismo y "rebotan" en otros sujetos".

En el caso de la LRT, el vínculo material del que habla WAJNTRAUB, se da entre el empleador y la ART, es el empleador el que contrata el seguro obligatorio con esta persona jurídica creada para solventar y hacer frente tanto en dinero como en especie con la siniestralidad laboral.

El CCCN (art. 1092) como la propia LDC (art. 1) modificada por el nuevo código dicen que “Se considera consumidor o usuario toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”

Aquí encontramos el vínculo material, entre empleador y ART., en efecto, podemos visualizar perfectamente que el empleador contrata el seguro de la ART como un destinatario final ya que lo hace para cubrir la siniestralidad de sus trabajadores, no sirve para producir lo que hace a la propia actividad comercial, aunque sea útil para los fines de la empresa.

De tal relación, surge la vinculación de la LDC con el trabajador siniestrado, y ello se ve en la segunda parte del texto legal cuando dice:

“Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de la relación de consumo como **consecuencia o en ocasión** de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Es decir, que como **“consecuencia o en ocasión de ella”** se afecta otro sujeto, en el caso el trabajador siniestrado, que sin ser parte de la relación de consumo (empleador-ART) “adquiere o utiliza” los bienes o servicios contratados por su empleador como consumidor equiparado y beneficiario del seguro.

Como refiere PIEDECASAS, cuando señala que no hay contradicción entre las normas de la LDC y la regulación de los distintos contratos en particular. Y agrega que esa normativa nació por la necesidad de dar mayor protección a los usuarios, consumidores, ciudadanos.

A esos vulnerables del sistema consumeril que menciona PIEDECASAS, corresponde agregar “al trabajador”.

CORDEIRO PINTO dice que se ha borrado la distinción de relaciones contractuales y extracontractuales frente a la extensión del concepto de consumidor y que ello se condice con el CCCN por lo tanto afirma que la víctima de un accidente de tránsito no puede ser considerada como un tercero, atento a su calidad de beneficiaria del seguro de responsabilidad civil (art. 68 Ley 2449) .

Lejos de complicar la situación del trabajador estos juegos de normas convergen de manera positiva y concurren a su auxilio, por ser un vulnerable jurídico en más de un sistema legal.

Esto último no es un dato menor, no es casual que los ordenamientos jurídicos a través de sus diversos microsistemas tengan en común a un mismo sujeto vulnerable, **tal vez sea hora de “aceptar” que el trabajador es un sujeto privilegiado y merecedor de la más alta protección que se le pueda dar.**

En consecuencia, 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 que habla de la responsabilidad solidaria de todos los que se encuentren en la cadena de producción frente al consumidor cuando se produce daño por el vicio, riesgo o **“prestación del servicio”**.

Prestación de servicio que en el mundo del trabajo está a cargo de la ART, prestaciones que consisten en la prevención y otorgamiento de prestaciones en especie y dinerarias como consecuencia del escenario o compás binario al que me refería al principio.

Y 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 servicios.

Así lo expresa el art. 1094 del CCCN 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.

Coincido con MEZIO cuando dice que se amplía el espectro protectorio del Trabajador que el que dispone el art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo (“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”).

Por eso son un cúmulo de normas las que convergen ya que la situación a tratar y resolver en caso de conflicto es compleja, el trabajador es paciente y consumidor de servicios tanto de prevención como de salud, como consecuencia de las contingencias expuestas a sufrir por el hecho o en ocasión del trabajo que presta a favor de su empleador e inclusive en el trayecto.

Ello es así porque las dolencias e incapacidades que sean fruto del trabajo o del modo en que la tarea se realiza o exige al trabajador o por el hecho o en ocasión del mismo en incluso en el trayecto, de alguna manera sellan el destino de tal situación de salud.

El trabajador queda sometido a lo que la ART proponga como tratamiento o solución de su situación de enfermedad, siendo muy dificultoso poder acceder fuera del sistema a una interconsulta o tratamiento alternativo al encontrarse -lógicamente- con la resistencia de la obra social de solventar gastos que el sistema pone en cabeza de la ART, más allá de las posibilidades de accionar por repetición.

El trabajador -en general- no está en condiciones económicas de afrontar los gastos en forma privada o particular, por lo tanto, el tiempo que pierde en tratar de que ambos prestadores de salud atiendan en debida forma sus necesidades le juega en contra para lograr el restablecimiento de su salud.

Todo lo cual repercutirá de manera negativa en su propio proyecto de vida, y el de su grupo familiar si lo tiene, y en sus posibilidades de reinserción laboral si además pierde el trabajo en el transcurso de su proceso de minusvalía, cuestión esta que suele darse con frecuencia. Y, de darse esa última circunstancia, el obrero se verá sin salario y luego, en un tiempo más, sin cobertura médica de ningún tipo.

Es decir, la naturaleza laboral de la enfermedad o del accidente juegan en forma nefasta para el obrero porque, si bien en principio vemos que el trabajador cuenta con obra social por un lado y ART por el otro y que ambos deben velar por

la salud del trabajador, lo cierto es que termina siendo una verdadera trampa como nos ilustran innumerables casos jurisprudenciales.

Y ni hablar cuando la ART da un alta médica intempestiva (porque no se encuentra en condiciones reales de ser dado de alta); tal actitud inclusive puede ser calificada como de mala praxis.

El alta dada en esas condiciones implica en los hechos un impeditivo para que sea atendido por la ART, que se resistirá en tomar nuevamente el caso, mientras tanto el tiempo jugará negativamente consolidando incapacidad, eliminando toda chance de mejoramiento o recuperación y alejando toda posibilidad de reinserción laboral, progresos, etc.

De lo expuesto, podemos confirmar el doble carácter que tiene el trabajador siniestrado como paciente por un lado y por el otro como consumidor o usuario. Como paciente es eje del sistema sanitario y, por lo tanto, consumidor de productos y servicios de salud.

Es clave recordar que el sistema de salud cuenta con prestadores que se ponen al servicio de satisfacer esta necesidad, y allí nos encontramos tanto con las obras sociales, las prepagas como así también las propias ART, que cuentan con efectores propios o contratados, para dar respuesta cada una desde su ámbito frente a la situación de enfermedad o incapacidad.

Pero la situación del trabajador siniestrado presenta un matiz 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 para él o más bien imponga, e inclusive el alta médica o los escasos porcentajes de incapacidad que asigna en muchos casos por debajo de la realidad que el paciente presenta terminan repercutiendo económicamente ya que de esas consideraciones dependen los importes de las prestaciones dinerarias que le puedan corresponder.

En este aspecto, la ART está incumpliendo con una función social trascendental junto con la de evitar, prevenir y mitigar las situaciones de riesgo para el trabajador.

Luego de estas consideraciones vemos que el art. 40 LDC es una herramienta importante en el ámbito de la siniestralidad laboral combinado con el art. 26 de la LRT que dice en su apartado 7. “las ART deberán disponer, con carácter de servicio propio o contratado, de la infraestructura necesaria para **proveer adecuadamente las prestaciones en especie previstas** en esta ley...”.

Evidentemente cuando esas prestaciones no se otorgan en forma “adecuada” se deberá responder por los daños que provoquen la inadecuada prestación del servicio.

E 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 otros y otros prestadores solucionen su situación de salud a costa de la ART incumplidora.

Sin olvidar la función primera y primordial de la 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 19587, los Convenios de la OIT n° 155 y 187.

A lo que se agrega el deber de informar al que está obligada la ART como prestadora del servicio de prevención y de salud, tal como se lo exige el art. 4 de

la LDC; todo ello con anclaje constitucional (art. 42 CN).

El trato digno, equitativo y no discriminatorio del art. 8bis de la LDC, en sintonía con los arts. 1097 y 1098 del CCCN y el incumplimiento de tales deberes generará la aplicación de la sanción prevista en el art. 52 bis.

- **LA SANCIÓN PECUNIARIA DISUASIVA Y LAS PRESTACIONES DE SALUD POR SINIESTRALIDAD LABORAL**

Siguiendo con la línea de análisis del punto anterior, cabe señalar que entre otras disposiciones legales de la LDC que salen a proteger a este especial consumidor, está también la posibilidad de sancionar de manera ejemplificadora a quien con una conducta intolerable para el orden público laboral y el ordenamiento jurídico en general, de manera deliberada y desaprensiva provoque o agrave la minusvalía o afecte la situación de salud del trabajador.

No está prevista tanto en el orden de la ley de riesgo del trabajo como en las disposiciones aplicables a la acción civil la posibilidad de una sanción civil disuasiva como la prevista en el art. 52bis de la LDC.

El texto dice:

Art. 52 bis - “Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b), de esta ley”.

Si partimos del reconocimiento de la aplicación del microsistema protectorio del consumo, es lógico que sus disposiciones se encuentren a favor y a disposición de este sujeto -el trabajador- que ingresa en su ámbito protectorio.

Por lo tanto ante el interrogante de si este nuevo sujeto en el ámbito consumeril puede solicitar- dado su calidad de trabajador paciente y consumidor del sistema- la aplicación de daños punitivos o sanción pecuniaria disuasiva, la respuesta que indefectiblemente cae es la afirmativa.

Pero de ¿qué se trata esta sanción?

Los daños punitivos -como se los conoce comúnmente- no son otra cosa que una sanción disuasiva gravosa aplicada a determinadas conductas dirigida por la desidia y la especulación, causadora de daños injustificados.

Es un instituto del derecho anglosajón muy controversial, que se ha trasladado al continente generando tanto simpatía por su aplicación como detractores decididos a oponerse a su aplicación.

Lo cierto es que todos coinciden en que este instituto se refiere a un importe de dinero, un plus que se suma al daño efectivamente sufrido por la víctima; es decir, el daño punitivo no compensa ni el daño patrimonial ni el moral, se suma a ellos para punir o sancionar.

Podríamos afirmar que es una sanción de doble vía porque por un lado intenta reeducar conductas, haciendo que el incumplidor no la repita, disuadirlo o desalentarlo en la reiteración de conductas intolerables para el ordenamiento

jurídico y, por el otro, un espejo, de manera tal que los demás no procedan de la misma manera; es decir, desalienta la imitación de esa conducta especulativa y desidiosa que causa daño.

Esa doble función la intenta lograr con la imposición de una suma de dinero desproporcionada con el hecho, de manera ejemplificadora.

Por ello podemos decir que sus características más salientes son: suma de dinero desproporcionada con el daño efectivamente ocasionado, autónoma, independiente de otras sanciones que pueden concurrir por el mismo hecho y no asegurable.

Como decía su finalidad es justamente reeducar conductas por medio del bolsillo, se cumple por temor a la sanción y luego -como expresión de máxima o de deseo- se cumple porque corresponde hacerlo.

La idea de que no sea asegurable, como una de sus características salientes, es para evitar la especulación y dar margen para dañar pagando un seguro que la cubra.

Lo que se busca no es en realidad otorgar una suma de dinero más a la víctima, sino lograr que esa inconducta no vuelva a repetirse por parte del dañador y menos aún ser imitada por otros.

Por ello, es más adecuado hablar de sanción pecuniaria disuasiva en vez de daños punitivos, toda vez que aquella denominación encierra adecuadamente la visión que persigue este tipo de punición.

En consecuencia, ante una conducta intolerable por parte de la ART, desinterés, desprecio por los derechos del obrero; una actitud desaprensiva que afecta la salud o poniéndola en grave riesgo en algunos casos y en otros directamente ocasionando mayores daños que los sufridos por el trabajo amerita una condena disuasiva para evitar futuros comportamientos en este sentido.

Visto de esta forma, la situación del trabajador enfermo o accidentado es atravesada transversalmente por distintas normas protectorias que no pueden ser dejadas de lado por la ART aun cuando pretenda desobligarse o limitar sus responsabilidades en los "términos del seguro en el marco de la LRT".

Lo que implica que no requiere declaraciones de inconstitucionalidad o recurrir a la analogía ya que -como vemos- la situación del trabajador se encuentra perfectamente incluida en el artículo 1 de la LDC tanto en la versión dada por la ley 26361 como en la dada por el Código Civil y Comercial art. 1092.

El trabajador está en una situación de hiposuficiencia en cuanto ignora cómo se lleva a cabo la organización del servicio y desconoce por lo común costos, tipos y variables.

Frente a la otra parte, la ART que hace de la prestación su profesión, sabe cómo actuar, qué se debe ofrecer, cómo hacer con conocimiento de los costos y la posible ganancia, que es tenida en cuenta a la hora de ofrecer las prestaciones de salud a las empresas contratantes con el pago de alcuotas convenientes, siendo muchas veces la variable de ajuste el paciente cautivo.

Este paciente cautivo tiene pocas posibilidades -en los hechos- de elegir prestador o médico tratante, toda vez que es la ART la que lo impone, ya sea con los efectores propios o contratando prestadores de salud, e indicando en forma directa o a través de sus prestadores la terapéutica a seguir, el alta y el grado de

incapacidad.

Por estas particulares circunstancias se hace necesario que se cumpla -con mayor rigor- con las condiciones de calidad, efectividad y jerarquía que ofrece una aseguradora en el ámbito del derecho del trabajo.

En consecuencia, resulta justificado hacer uso del artículo 52 bis de la LDC (sanción punitiva), ya que es el propio texto el que lo autoriza expresamente y los bienes jurídicos en juego lo justifican.

Justamente es parte de la función tripartita de la responsabilidad, es decir, prevención, reparación y la punitiva o sancionatoria.

En esa última función, encontramos al daño punitivo o sanción pecuniaria disuasiva. Pero es necesario también recordar el grado de importancia y su ubicación para que no sea utilizada arbitrariamente o en forma abusiva.

Se podrían ejemplificar las funciones como estamentos que conforman un triángulo, en la base (ancha) y principal debe estar la prevención, luego (más angosto) la reparación, es decir, cuando la prevención no funcionó o no lo hizo de manera suficiente y luego en menor medida (cúspide) la sanción o punición.

El temor a la sanción y la falta de previsibilidad de su importe llevan a considerar un análisis económico virtuoso ya que lo que sí es previsible y calculable será la prevención, aun cuando la reparación también se pueda calcular por la tarificación de las indemnizaciones.

Pero también puede colaborar para poner énfasis en la prevención y en la seguridad para evitar los daños frutos de la desidia y la especulación.

Su recorrido por la doctrina y la jurisprudencia no ha sido pacífico, sujeto a múltiples críticas, destaco que la discrecionalidad que plasma tiene límites, al fijar tope porque la norma dice que su importe “no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b)”, de la misma ley.

Esa discrecionalidad limitada desnaturaliza la multa civil o daño punitivo, justamente el tope va en contra de la característica tipificante del instituto -que es la imprevisibilidad- para evitar especulación y la asegurabilidad.

A ello se agrega que el propio CCCN otorga al Juez facultades de controlar el exceso de punición como luce el art. 1714 “Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”.

E inclusive puede llegar a dejarla sin efecto, conforme el art. 1715 CCCN.

- **CASOS RECIENTES SOBRE LA TEMÁTICA.**

Recientemente se han dictado dos casos que son de gran valor y aportan para el estudio de esta temática toda vez que si bien no aplicaron la sanción punitiva solicitada por la parte damnificada por no acreditarse los presupuestos para su condena o imposición lo cierto es que dejan claro que es posible su aplicación al ámbito de la siniestralidad laboral.

Estos casos son:

“Oviedo Silguero Alba Ramona C/ OMINT ART S.A. S/Acc.de Trabajo- Exp. nro.: MO-31885-2017, del Tribunal de Trabajo N°4 de Morón (febrero 2020), el Tribunal entendió que en el caso convergen los principios propios del régimen protectorio de Defensa del Consumidor dado que, empleador y aseguradora de

riesgos del trabajo claramente celebran un contrato de cobertura de riesgos del trabajo, resultando el trabajador usuario indirecto de la relación de consumo que de allí nace, aunque no haya formado parte del acto jurídico bilateral (Art. 1092 segundo párrafo del CCyC y Art. 1° de la ley 24.240 (T.O. Ley 26.361).

“Benitez Betsabe c/ Galeno ART SA S/Enfermedad profesional”, de la Cámara de Neuquén, (agosto 2020), allí se dijo que existe un triángulo de vínculos (trabajador-empleador, empleador -ART y ART -trabajador) y queda incompleto si no se examina en forma conexa y conjunta su realidad, sitúa la relación entre trabajador-ART en el espectro normativo del artículo 1, segundo párrafo de la ley 24.240, esto es, como consumidor equiparado.

- **CONSIDERACIONES FINALES.**

El artículo 42 de la C.N establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, **a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno**”.

La Corte Nacional dice sobre esta manda constitucional que “...Dicha norma revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables” y que se encuentran en una “subordinación estructural”

Kemelmajer dijo “El resarcimiento del perjuicio no silencia las repercusiones de iniquidad y de inseguridad que acarrear algunos hechos antisociales e irritantes, cuyos autores lucran a costa de la desgracia ajena: la reparación integral deja entonces insoluble la lesión al sentido de justicia.”

Así también resulta de altísimo valor la visión “Caponeana” sobre el derecho a la salud ...”la salud no es una mera ausencia de enfermedad; no es algo que posea como un bien sino como una forma de funcionar en armonía con el medio (trabajo, ocio, forma de vida en general)...No solamente significa verse libre de dolores sino también libertad para desarrollar y mantener su capacidad funcional...como el medio ambiente del trabajo constituye una parte importante del medio total en que vive el hombre, la salud depende de las condiciones de trabajo...”

Se puede reflexionar que es evidente que el ordenamiento jurídico no quiere que el trabajo lance al mundo gente con minusvalía patológica o sume una muerte más, fruto de labores que lejos de respetar la dignidad del trabajador termine siendo el detonante de un destino fuera no sólo del mundo laboral sino del propio proyecto de vida.

Estas normas vienen a ayudarnos a “aceptar la realidad”, y la realidad es: que el trabajador es el sujeto de preferente tutela prueba de ello, es que se lo tiene como vulnerable estructural y jurídico en más de un sistema jurídico y en consecuencia hay que protegerlo.