

Las ART, el sujeto de preferente tutela y los daños punitivos.

Comentario al fallo “Proconsumer c/ Galeno Argentina SA s/ Ordinario”, Sala B de la CNA Com, 28 agosto 2019. Cita microjuris.com MJJ 121227.

Publicado el 11/11/2019 en Microjuris.com Citar: MJD15115

En el fallo aludido, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones Comercial condenó a Galeno Argentina SA, en su carácter de administradora de un sistema de “Medicina Prepaga”, al reintegro de las sumas dinerarias que hubiere percibido como consecuencia de aplicar diferencias de precios a los afiliados con distinta fecha de alta sobre un mismo plan, de similares prestaciones e igual composición del grupo familiar.

Son tres contenidos del fallo los que me interesa destacar: la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor; la doctrina procesal de las cargas probatorias dinámicas y los daños punitivos a que fue condenada la demandada. Y la similitud que tienen esos conceptos, sobre la relación de consumo existente entre un trabajador y una ART contratada por su empleador.

1. La ley de Defensa del Consumidor.

Con relación a la Ley de Defensa del Consumidor, adocina la Cámara: *“Como vengo diciendo, la cuestión sometida a juzgamiento no puede ser examinada en términos netamente económicos ya que **es evidente que debe prevalecer el derecho a la salud ante cualquier puja con otros derechos. Ello, en el entendimiento que éste con el derecho a la vida constituye una prerrogativa fundamental en la Constitución Nacional y recibe el amparo de la Ley de Defensa del Consumidor Ley 24240...**”*. (lo remarcado no se encuentra en el original).

Primera similitud: Cuando un trabajador litiga contra una ART tendiente a que se le abone los daños sufridos por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional (en los términos de la Norma Supra Legal 26693) refiere a su “derecho a la salud” y “derecho a la vida”, por lo que las leyes, decretos y resoluciones de la SRT contrarias a este principio son manifiesta y absolutamente inconstitucionales. Esta condición ya fue reconocida en fallos señeros de la CSJN tales como “Aquino” y “Silva” entre muchos otros. A mas de ello, desde “Vizzotti” en adelante, el mismo Tribunal, confiere a los trabajadores la categoría de “sujetos de preferente tutela” con todas las implicancias jurídicas y procesales que ello trae aparejado.

MEZIO y Asociados

Abogados Consultores

La salud de los trabajadores es primer objetivo de la LRT y la primera misión de las ART, y los únicos que reciben las prestaciones, son los trabajadores. Ello lleva implícito que la relación existente entre ellos (ART y trabajador) es una “relación de consumo” que se rige por la ley 24.240, por cuanto las definiciones de “proveedor” y “usuario o consumidor”, tanto de la ley como las del CCyC, coinciden exactamente en ellos.

2. La prueba. En el caso analizado, la demandada en su defensa manifiesta que establecer precios diferenciales para los planes prestacionales según franjas etarias está autorizado por ley. Sin embargo, *“era carga de la defendida demostrar la licitud de tales variaciones en la cuota a abonar por los afiliados a su sistema de medicina prepaga”*. Y sobre esa determinación, la Cámara afirma seguidamente: *“... en el moderno Derecho Procesal se acabaron las reglas absolutas en materia probatoria. Por el contrario, predomina el **principio de las “cargas probatorias dinámicas”, según el cual, ésta se coloca en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla; no hay preceptos rígidos sino la búsqueda de la solución justa según la circunstancia del caso concreto (conf. Peyrano Jorge, Chiappini Julio, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, Ed. 107-1005; Peyrano Jorge, “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas” La Ley, 1991-B, 1034)”*** (el remarcado no se encuentra en el original).

Y en el párrafo siguiente de la Sentencia, la Cámara adocina: *“Este principio actualmente se encuentra reforzado -en el marco de las relaciones de consumo- de conformidad con lo dispuesto por el artículo 53 de la ley 24.240 (luego de su reforma por la ley 26.361), **el cual coloca en cabeza de los proveedores, la carga de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, en orden a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio.**”* (el remarcado no se encuentra en el original).

Segunda similitud: cuando la pretensión del trabajador se origina en un daño a su salud causado por un accidente o una enfermedad profesional que se ha originado en la falta de prevención de la ART, la defensa de la ART se centra (generalmente) en el cumplimiento de las medidas de prevención por su parte.

En este punto debo resaltar que la “prevención” que deben probar, no es la colocación de una faja de cuero en la cintura de un trabajador que realiza movimientos repetitivos de esfuerzo, ni un análisis de sangre realizado a un administrativo que trabaja sentado ocho horas frente a una pantalla de computación.

Antes de ahora, he escrito que “La «prevención» implica la aplicación de los principios y de las conclusiones, nacionales e internacionales, de cinco ciencias: Seguridad en el trabajo, Higiene industrial, Medicina del trabajo, Ergonomía y

MEZIO y Asociados

Abogados Consultores

Psicosociología. De acuerdo con el derecho positivo y vigente, las ART y los empleadores, deberán probar que dentro de sus estructuras empresariales cuentan con, por lo menos, un departamento u oficina que agrupe a todos los profesionales y personal que se dedican a trasladar los principios y las conclusiones a cada «lugar de trabajo».

“El comienzo de cualquier medida «preventiva» es el «relevamiento de los factores de riesgo» de todos y cada uno de los «lugares de trabajo» y de los trabajadores expuestos a ellos.” (ver mi opinión en “La falta de prevención como «nexo causal adecuado» en la responsabilidad de las ART”, en microjuris.com, 22.6.2017 MJJ 11231) y “La mejor prevención es la participación” publicado por OSPIDA el 23.10.2006).

Por lo tanto, es la ART quien debe aportar a la causa los documentos y acciones llevadas a cabo en la empresa y sobre el actor, para prevenir los accidentes y enfermedades del trabajo.

3. Los Daños punitivos.

Habiendo sido confirmado en la sentencia que la relación de los hechos constituyen una “relación de consumo”, la Cámara analiza la aceptación, o no, del reclamo del daño punitivo receptado en el artículo 52 bis de la reformada ley 24.240. Al respecto adocina la Cámara:

*“...a fin de analizar su procedencia, no es ocioso recordar el **carácter profesional de la defendida, que la responsabiliza en forma agravada. Su superioridad técnica (conf. art. 902, Cód. Civil entonces vigente [actual 1725 del CCyC]) le imponía el deber de obrar con óptima prudencia y pleno conocimiento del negocio -en beneficio propio y de sus afiliados- con la diligencia necesaria para el desarrollo de su objeto haciendal. Por otra parte, no puedo soslayar el rubro en el cual la demandada desempeña su actividad empresarial. Por ello, las consecuencias que podrían derivar de un hipotético incumplimiento en sus servicios deben ser juzgados con mayor severidad. Es que en cuestiones donde puede hallarse comprometida la salud, el criterio a adoptarse tendría que ser de "tolerancia cero" (arg. conf. CNCom.esta Sala, in re, "Raspo Miguel Ángel y otros c/ Swiss Medical S.A. s/ordinario" del 02/06/2015). En la especie, a partir de todo lo ya expuesto, no caben dudas que Galeno Argentina S.A. incumplió deberes legales de orden público vinculados al derecho a la salud constitucionalmente protegido”*** (lo remarcado no se encuentra en el original).

En concepto de daño punitivo, la demandada es condenada a pagar a la actora la suma de \$ 3.000.000,00 (Pesos tres millones).

MEZIO y Asociados

Abogados Consultores

Tercera similitud: de acuerdo a estadísticas que realiza la SRT, la cantidad de enfermedades profesionales (que se apartan de la definición de la NSL 26693) que son detectadas en los exámenes periódicos que deben realizar las ART a los trabajadores, es ínfima con relación a las denunciadas y aceptadas como siniestro. La conclusión es de manual: pese a la obligación que se les impone a las ART, éstas no hacen los exámenes periódicos a los trabajadores y, de los que se hacen, se consideran solamente las enfermedades profesionales escritas en un vetusto y derogado “listado”.

Este incumplimiento de las ART afecta en forma directa a la salud de los trabajadores, a su integridad psico física. Y es la misma NSL 26693, que define lo que se considera salud en un Convenio Internacional de la OIT: “el término *salud*, en relación con el trabajo, abarca no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo”. (art. 3, inc. e); y en su inciso c: la expresión *lugar de trabajo* abarca todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o adonde tienen que acudir por razón de su trabajo, y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador.

Todos los condicionamientos que se argumentan a través de la doctrina restrictiva de los daños punitivos y que se basan en requisitos incompatibles entre sí (arts. 49 y 52 bis de la LDC) caen cuando lo que se encuentra directamente afectado es la salud de los trabajadores, protegida por la CN, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; el Código Civil y Comercial, la Ley de Defensa del Consumidor y la ley de Riesgos del Trabajo.

El incumplimiento por parte de las ART de otorgar prevención a los trabajadores de los empleadores, lo que provoca enfermedades y accidentes de trabajo, es causal suficiente de considerar a esas conductas como condenables por daño punitivo.

Conclusiones.

El artículo 31 de la CN y los artículos 1, 2 y 3 del CCyC, con la interpretación de la CSJN en autos "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa V., D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ amparo" de fecha 16 de julio de 2019, ha dado validez a la “unicidad” del Derecho Positivo y Vigente, cuando adoctrina: “***Dicho estándar -que ahora recoge el artículo 3º del Código Civil y Comercial de la Nación- por lo demás, también hace pie en la esencial unidad del orden jurídico, en la cual, derecho sustancial y proceso encuentran un vínculo indisoluble para su realización*** (lo remarcado no se encuentra en el original).

El Derecho Positivo y Vigente es uno.

MEZIO y Asociados

Abogados Consultores

Ninguna ley puede autoproclamar un régimen de reparación independiente del resto del Derecho Positivo y Vigente como lo hace el art. 1 de la ley 26773, copiando el concepto del art. 1, ap 1 de la ley 24557.

Para fundamentar en Derecho Positivo y Vigente las sentencias, deben ser tenidas en cuenta la CN, los Tratados de Derechos Humanos reconocidos con categoría Constitucional (art. 75, inc. 22); las Normas Supra Legales, el CCyC, las leyes con fundamento constitucional como la 24.240 de Defensa de los Derechos de los Consumidores, la ley de los Derechos de los Pacientes, la ley de privacidad de los datos personales que receptan las ART, la Ley de Contrato de Trabajo 20744 y la Ley de Riesgos del Trabajo, entre otras.

Una sentencia que no se fundamente en Derecho Positivo y Vigente, es arbitraria (CSJN dixit).

En San Martín de los Andes a 6 días de noviembre del 2019.