

**SENTENCIA DEFINITIVA CAUSA CNT 1832/2013/CA1 “FIORINO AUGUSTO MARCELO C/QBE ARGENTINA ART S.A. S/ ACCIDENTE-LEY ESPECIAL”. JUZGADO N° 64.-**

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a **25/04/2017**, reunidos en la Sala de Acuerdos los señores miembros integrantes de este Tribunal, a fin de considerar los recursos deducidos contra la sentencia apelada, se procede a oír las opiniones de los presentes en el orden de sorteo practicado al efecto, resultando así la siguiente exposición de fundamentos y votación.

**La Doctora Diana R. Cañal dijo:**

I.- Llegan los presentes autos a este Tribunal, como consecuencia de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que revocó la sentencia de la Sala VII de esta Cámara (fs. 256/vta. y fs. 148/158 respectivamente).

En el pronunciamiento de primera instancia, el Juez hizo lugar a la demanda y condenó a la accionada QBE ARGENTINA ART S.A. al pago de una indemnización por un accidente *in itinere* de fecha 27 de septiembre de 2012. El cálculo del monto de condena se obtuvo de la aplicación de la fórmula del artículo 14 apartado 2a) de la Ley 24.557 (por padecer el actor, de un 10% de incapacidad permanente, parcial de la T.O.), con aplicación del Decreto 1694/2009, vigente a la fecha del infortunio. Los intereses los fijó a partir del alta médica -27 de octubre de 2013-, según Acta de la CNAT N° 2601/2014 (fs. 115/116).

Contra la sentencia de anterior grado, se alzó la parte actora y solicitó la aplicación de los beneficios regulados por la Ley 26773, y de los intereses a partir de la fecha del siniestro (fs. 120/123). Lo que fue objeto de réplica por la parte contraria (-fs. 130/139vta.).

II.- La Sala VII de esta Cámara, hizo lugar a lo peticionado por el accionante, modificó la sentencia de primera instancia, y elevó el monto de condena según el cálculo del coeficiente RIPTTE y el adicional del 20% sobre el monto de condena, con más los intereses devengados desde el momento del accidente *in itinere*.

El Tribunal, en el voto de la Dra. Estela M. Ferreirós, al que adhirió el Dr. Néstor M. Rodríguez Brunengo, por compartir sus fundamentos, destacó que:

*“En cuanto a la cuantía del resarcimiento caben las siguientes consideraciones:”*

*“La ley 26.773 ley expresamente dispone en su art. 17, apartado 5 “Las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero y en especie de esta ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha”. Apartado 6 “Las prestaciones en dinero por incapacidad permanente previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, y su actualización mediante el decreto 1694/09, se ajustarán a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley conforme el índice RIPTTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables) publicado por la Secretaría de Seguridad Social, desde el 1º de enero del año 2010...”.*

*“A mi juicio no puede haber duda de su aplicación al caso de autos, teniendo en cuenta la necesidad de mejorar las prestaciones dinerarias en concepto de incapacidad laboral permanente y muerte, actualizando las compensaciones dinerarias adicionales de pago único; eliminando los topes indemnizatorios para todos los casos y estableciendo pisos por debajo de los cuales no se reconocerá válidamente el monto indemnizatorio, como expresamente dispone el art. 17 del mencionado cuerpo legal.”*

*“En relación a este tema, he señalado que es casi un lugar común, advertir sobre el esfuerzo que significará y las necesarias creaciones e interpretaciones que ha de presentar, la reforma de la ley de riesgos del trabajo 24.557, llevada a cabo por la nueva ley 26.773.”*

*“Al respecto, más allá de las numerosas consideraciones que pueden hacerse, y de hechos que se llevan a cabo cada día, llama la atención, desde mi humilde punto de vista, el resultado económico al que se arriba, con motivo de la aplicación de la ley, según las diversas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que se asuman.”*

*“En ese andarivel, algunas cuestiones aparecen de trato prioritario. Hemos de ver.”*

*“Tengo dicho reiteradamente y antes de ahora, que el derecho de la seguridad social está conformado por el conjunto de normas jurídicas que regulan la protección de las contingencias sociales, tales como la salud, la vejez, la desocupación y, en general, todas aquellas circunstancias de la vida que, ya sea por cuestiones económicas, biológicas, familiares, sociales, etc., generan circunstancias vitales desestabilizantes.”*

*“En ese andarivel, no cabe duda de que se hace necesario el recuerdo de tales afirmaciones, en el tema en convocatoria, dado que tanto los accidentes como las enfermedades de trabajo, son temas propios de la seguridad social.”*

*“Existe una vieja controversia en cuanto al sujeto protegido por el derecho del trabajo y el que ampara la seguridad social, pero es una realidad palpable actual, que al ampliarse, como ha ocurrido, el ámbito de aplicación personal del derecho del trabajo, que en la actualidad cobija en su seno a los desocupados -que tiende ya también a la protección de los autónomos- aparece una proyección para adentrarse en el mismo ámbito. Por otra parte, al igual que la seguridad social, se introducen en el derecho social, en general, y confluyen en la vigencia de los derechos fundamentales, introduciendo en su seno los derechos humanos. Se ha producido así, un acercamiento casi de identidad compartida, que nos obliga a ser cuidadosos en el análisis de los temas a tratar, ya que terminan concluyendo en un ámbito territorial común.”*

*“Por otra parte, es indiscutible la raigambre constitucional que encuentra apoyatura en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales, tanto como en el ius cogens internacional.”*

*“De tal manera, rigen, sin lugar a dudas, no sólo el famoso 14 bis, sino también la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la Convención Americana de los Derechos Humanos de Costa Rica, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, etc.”*

*“Asimismo, más allá de los principios propios, invocados en su carácter de tales por la Seguridad Social, es innegable, que rigen en su ámbito, el principio protectorio, el principio de irrenunciabilidad, el principio de progresividad, el principio de primacía de la realidad, que se tutean con el principio de solidaridad, de universalidad, de integridad, de subsidiariedad, de igualdad, de inmediatez.”*

*“No cabe duda de que cuando la Constitución de la OIT desgrana su preámbulo y refiere a que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social, está recogiendo un principio carísimo al derecho social todo, y expuesto con claridad meridiana en el artículo 11 de la LCT.”*

*“Además, no podemos dejar de lado, los convenios 3, 103, 12, 19, 24 y tantos otros que ha dado a luz la OIT.”*

*“En este andarivel, ya resulta, a mi juicio, oportuno, recordar que la expresión "seguridad social" fue utilizada por primera vez en un documento oficial en una ley de los EEUU, denominada ley de seguridad social, de 1935, que tuvo por finalidad instituir regímenes para cubrir los riesgos de vejez, muerte, invalidez y desempleo; luego se utilizó en Nueva Zelandia en 1938, y allí se unificaron diversas prestaciones de Seguridad Social ya existentes y se crearon algunas nuevas.”*

*“Si bien la expresión no es exacta, en su contenido y acepción en todos los países, en lo esencial, puede interpretarse como la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra privaciones económicas y sociales que conllevan una reducción peligrosa de los ingresos.”*

*“Se ha dicho, a mi modo de ver, con razón, y con respecto a las obligaciones en general, que la tormenta no crea la obligación de abrir los paraguas, ni la pistola del ladrón la obligación de entregar cosas de valor. Empero, en el territorio que atravesamos de la seguridad social y de los derechos sociales, la situación es distinta y la protección que debe brindarse para cubrir la contingencia, obliga a la sociedad a la protección de sus miembros, en los casos previstos, a adoptar todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales.”*

*“Esto nos enfrenta abruptamente, con dos problemas especiales y profundos, cual es la cuantificación de la protección y la ubicación del hecho ocasionante de la protección, frente a la ley y a su posible modificación para actualizarla.”*

*“Por otra parte, la especificidad del tema nos obliga, como tiene dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al reconocimiento de que el principio de progresividad conduce a la satisfacción plena de esos derechos, desterrando interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos en la materia.”*

*“La progresividad, justamente, está directamente vinculada con la dinámica y con el avance, estando esto orientado, como bien lo destaca Gialdino, a la "plena efectividad" de los derechos y allí se encuentra el compromiso del Estado que es quien debe proveer en estas situaciones.”*

*“Por eso, se habla de progresividad dinámica y de progresividad unidireccional; de la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr el objetivo; una obligación concreta y constante (observación general 13, párr. 31, del PIDESC), y a la vez, debemos recordar que el compromiso de realización progresiva existe independientemente del incremento de los recursos.”*

*“En suma, la progresividad dinámica consiste en producir un movimiento constante.”*

*“Existe, por otra parte en la progresividad unidireccional, un principio de prohibición de retroceso social.”*

*“En la misma línea, también ha señalado la Corte que sería estéril el esfuerzo realizado por el legislador para cumplir en el artículo 1 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), en cuanto exige que los Estados parte adopten todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, si por vía interpretativa se sustrajera de esa evolución a quienes se encuentran en situación de total desamparo, por aplicación de leyes anteriores que establecían un menor grado de protección, máxime cuando se encuentra demostrado que el causante reunía los requisitos para el reconocimiento de los derechos pretendidos, según han sido previstos por un actual sistema normativo.”*

*“Por ello es que el Supremo Tribunal hace, por ejemplo, lugar a la pretensión de una actora que, con motivo del fallecimiento de su esposo, que tiene lugar en setiembre de 1993, época en la cual regía la ley 18037 y ante la denegatoria de la ANSES que rechazaba la petición por considerar que no se encontraban probados los últimos años de actividad del causante, a la par que reconoció 32 años, 2 meses y 6 días de servicios, y admite que se aplique la nueva ley posterior.”*

*“Se consideraba no aplicable al caso la ley 24241, y sí, la ley 18037, por ser esta última la ley vigente en el momento de la muerte del causante.”*

*“Es que por otra parte se encontraba el decreto 136/1997, para los fallecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley.”*

*“En esa dirección, ya la Corte había reconocido la posibilidad de aplicar la nueva legislación a regímenes anteriores, extendiendo la aplicación de una norma posterior, aun cuando la muerte se había producido con anterioridad a su vigencia.”*

*“He aquí el meollo de la cuestión, en tales casos surge la necesidad de la aplicación de la norma más favorable, en correspondencia con el principio de progresividad de los derechos sociales.”*

*“Allí, es donde se direccionan los principios de justicia social, la norma más favorable, y el principio de progresividad, para la satisfacción plena de los derechos, de manera tal que se dejan definitivamente de lado todas las consideraciones que conduzcan a resultados regresivos.”*

*“En realidad, se responde, de esta manera, a la aplicación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo III sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se refiere al desarrollo progresivo, y señala: los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”*

*“Se responde también con la aplicación del artículo 29 de la misma convención, referido a la interpretación de las normas, cuando expresa que ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de lo siguiente:”*

*“a) Permitir a alguno de los Estado parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.”*

*“b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.”*

*“c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.”*

*“d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”*

*“Se reconoce así el principio de progresividad en dirección a la satisfacción plena de los derechos y así lo manifestó en Fallos: 328:1602, en voto del doctor Maqueda.”*

*“De tal manera, resulta, a mi modo de ver, atinado recordar que la propia Corte admitió en varias ocasiones, la posibilidad de aplicar nueva legislación a casos regidos por regímenes anteriores, con precedentes en los que se extendió la aplicación de una norma posterior a un hecho ocurrido con anterioridad no sentenciado aun (Fallos:308:116 y 883; 310:995; 312:2250).”*

*“En ese sentido, no resulta ajeno a la juridicidad, la posibilidad de aplicar una norma posterior, por ejemplo a la muerte del causante, aunque ésta se haya producido con anterioridad a su vigencia o, tal vez, la aplicación de un aumento de monto en la reparación por un accidente de trabajo, cuando el mismo haya devenido legalmente con posterioridad al evento dañoso.”*

*“En rigor de verdad, lo que suele tenerse en cuenta, en tales casos, es la finalidad protectora de las disposiciones que regulan la seguridad social, que se entrelaza con el principio de progresividad y la aplicación de la norma más favorable, en la interpretación de esta última, con el sentido expuesto; es decir empujada por la necesaria progresión, impuesta por el derecho internacional de los derechos humanos, vigente en nuestro país, a los efectos de extenderse, desde el momento del hecho, hasta el momento de la sentencia.”*

*“Se cubre así, toda modificación más beneficiosa, que se produzca en el ínterin, para el beneficiario del caso, por la legislación que avance sobre mejor situación.”*

*“Se trata de un verdadero paraguas de protección que seguramente no se limitará a la seguridad social, sino que resultará abarcativo del derecho del trabajo in totum.”*

*“Es bueno, a los efectos de nuestro tema, tener en cuenta que la CSJN, en el fallo: “Arcuri Rojas, Elsa c. Anses”, ha señalado que, la posibilidad de aplicar la nueva legislación a casos regidos por regímenes anteriores ha sido admitida por esta Corte en Fallos: 308:116 y 883: 310;995: 112: 2250 y 316: 2054, precedentes en los que se extendió la aplicación de una norma posterior a los casos, por ejemplo, en que la muerte del causante, tal como indiqué ut supra, se habría producido con anterioridad a su vigencia.”*

*“Asimismo, se expresó, también, por el más alto tribunal, que sobre la base de la finalidad protectora de las disposiciones que regulan la seguridad social, esos fallos, aplicaron la norma más favorable, exégesis con concuerda con el propósito del legislador de promover la progresividad de los derechos sociales, según ha sido preceptuado, más tarde, en el artículo 75, inc. 23 de la Constitución Nacional y en diversos tratados de derechos humanos reconocidos con jerarquía constitucional en las disposiciones del inciso 22 del artículo mencionado.”*

*“Se expresa así, el reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de esos derechos, el que ha desterrado definitivamente interpretaciones que conducían a resultados regresivos de la materia (arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).”*

*“A lo largo del análisis del fallo “Arcuri”, la Corte reivindica no solo la Convención Americana, sino también, y así lo expresa, el Protocolo de San Salvador, en cuanto exige que los Estados parte adopten todas las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente, la plena efectividad de los derechos sociales.”*

*“Más aun, la Corte ha considerado el tema, como: “Cuestión Federal”, lo cual pone en evidencia el estatus jurídico de la situación en análisis.”*

*“El decreto 1694/09 incrementó, en su momento los montos de las prestaciones dinerarias y creó el Registro de Prestaciones Médico Asistenciales. El capítulo primero del mismo, es el referido al mentado incremento de los montos y a la supresión de topes.”*

*“Siempre dentro del tema que nos convoca, el debate, al que dio lugar dicho decreto, quedó referido a la posibilidad de aplicar esa nueva legislación a casos regidos por regímenes anteriores.”*

*“Deseo recordar al respecto, que la sala VII de la CNAT que tengo el honor de integrar, ya había abordado el tema en el fallo; “Lucas de Hoz, Mirta Liliana c. Tadey Eduardo y otro s. acción civil”, dejando de lado dichos topes, como también en autos “Baleani, Héctor Angel c., Mapfre ART” y, entre otros muchos, también, “Armella, Juan Vicente c. Mapfre Argentina SA s. accidente”. ”*

*“El caso Lucas de Hoz, data, en cuanto a la sala de cámara, del 3 de diciembre de 2010 y en cuanto a la Corte, corresponde al año 2013.”*

*“De tal manera, la seguridad social, vio plasmado el principio de progresividad y la regla de la norma más beneficiosa, como derivación, esta última, del principio protectorio de rango constitucional, en materia de los topes, en el territorio de los accidentes y enfermedades del trabajo y la aplicación de las decisiones normativas en su relación con el tiempo y el acaecimiento de los hechos a los que deviene aplicable.”*

*“Similar situación se ha planteado con el RIPTE, y ello, yendo más allá de que el artículo 17, apartado 5, de la ley modificatoria, señale que: “Las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero y en especie de esta ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicará a las contingencias previstas en la ley 24.557, y sus modificatorias, cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha.”*

*“Lo expuesto debe complementarse con lo estatuido por apartado 6, en el sentido de que las prestaciones en dinero por incapacidad permanente precisadas en la ley 24.557 y sus modificatorias y su actualización mediante el decreto 1694/09, se ajustarán a la fecha de la entrada en vigencia de la presente ley conforme el índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), publicado por la Secretaría de Seguridad Social desde el 1 de marzo del año 2010.”*

*“La ya señalada Sala VII de la CNAT, que integro, ha tenido ocasión de aplicar también en este caso, la doctrina indicada ut-supra, y lo ha hecho en*

autos: “Balderrama, Rudy c. Liberty ART, SA, s. accidente”. Lo ha hecho a los 29 días del mes de octubre de 2013.-“

“Allí, en voto en que me acompaña la Dra Beatriz Fontana, señalo que no puede haber duda acerca de la aplicación al caso de autos, aun cuando el accidente sea de fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley.”

“Tal afirmación encuentra base de sustentación, y así lo expreso en el texto indicado, no solo en las condiciones expuestas ut-supra para los casos generales, sino en el fallo “Arcuri c. Anses” de la CSJN, en lo atinente a aplicar la nueva legislación a casos regidos por regímenes anteriores, edificada sobre la base, no solo de la jurisprudencia reseñada, sino también sobre la base de la finalidad protectora de las disposiciones que regulan la seguridad social y el propósito del legislador de promover la progresividad de los derechos sociales, según lo preceptuado por la propia Constitución Nacional.”

“En conclusión, la aplicación temporal de la ley, sobre todo en nuestra disciplina, y más aún en el territorio de la seguridad social, rompe los cánones generales y tradicionales, para dar paso a la firme vigencia del principio de progresividad, enancado en la regla de la norma más beneficiosa y sobre la base inamovible de la dignidad humana. Después de todo, hay también un derecho a gozar de la dignidad, que funciona no solo como causa fuente, sino también como determinante del contenido de los derechos humanos y casi podría afirmarse, que de los derechos en general.”

“Es allí, por otra parte, donde el tiempo, se erige en factor fundamental y en la presencia de las contingencias expuestas, debe enseñorearse el principio “pro homine” o “pro persona”, con una dinámica de proyección progresiva (ver trabajo completo, Estela Milagros Ferreirós, “LA LEY 26773 Y ASPECTOS DE LA CUANTIFICACIÓN DE LA REPARACIÓN”, dic. 2013; DLE 340).”

“Sobre la base de todo lo hasta aquí expuesto y los elementos de juicio obrantes en la causa, cabe realizar el cálculo de los créditos que le corresponden a la Sr. Fiorino Augusto Macelo.”

“Así entonces, el cálculo será el siguiente:  $53 \times \$ 15.500 \times 10\% \times 1,91$  (65/35)= \$ 157.051,47.- Luego, cabe tener presente el índice publicado por la Secretaría de Seguridad Social, correspondiente al mes de septiembre de 2.012 – fecha del accidente- (751,84) mientras que el último publicado es el de mayo de 2.015 (1.549,59) por lo que el coeficiente a considerar es 2,06.”

“De acuerdo a ello, el resarcimiento ascendería a \$ 323.526,02 que resulta de multiplicar los \$ 157.051,47 por dicho coeficiente.”

“Asimismo le corresponde la prestación adicional prevista en el art. 3º de la ley 26.773, equivalente al 20% de aquella suma, es decir \$ 64.704,20.”

“El total indemnizatorio ascenderá a **\$ 388.230,22.**”

“Con fecha 21-05-2014, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que integro, estableció por mayoría un nuevo criterio en cuanto a la tasa de interés a aplicar (tasas nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses) –Acta 2601- En el caso se liquidarán desde la fecha del accidente (27/09/2.012) y hasta el momento del efectivo pago, cfr. art. 622 del Código Civil).”

**III.-** Posteriormente, la parte demandada a fs. 159/179vta. planteó recurso extraordinario, con la defensa de que la sentencia de la Sala VII resultaba violatoria de la garantía constitucional de defensa en juicio, de igualdad ante la ley, del principio de legalidad, y del derecho de propiedad (arts. 16, 17, 18, y 19 de la Constitución Nacional). Por lo tanto, era susceptible de ser revisada por el remedio del art. 14 de la ley 48. La recurrente adujo, que el fallo cuestionado se enmarcaba en un caso de “gravedad institucional”, puesto que de prosperar se vería afectado el sistema de riesgos del trabajo, que integra el sistema de la Seguridad Social, y con ello la comunidad, al “extender retroactivamente” determinados beneficios y prestaciones emergentes de la Ley 26773, a situaciones anteriores a su dictado, cuando el texto legal y su reglamentación no lo establecieron.

Alegó que el quantum “excede la compensación de los daños reclamados”. Afirmó, que el derecho del actor se configuró con la normativa de la Ley 24557, con las modificaciones del Decreto de Necesidad y Urgencia 1278/002 y el Decreto 1694/09, sin la actualización de la Ley 26773. Además, explicó que la actualización dispuesta implica un incremento injustificado respecto de lo previsto por el artículo 14 de la Ley 24557 y del Decreto 472/2014, que solo actualiza por RIPTE los pisos mínimos y pago adicional del artículo 3 de la Ley 26773 “que ni siquiera se encuentran contemplados por ley para los accidentes in itinere”.

Al respecto, afirmó que la situación se dirime con la aplicación del artículo 18 de la Constitución Nacional, al establecer que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en la ley anterior al hecho del proceso, y agregó, que “tratándose de derechos patrimoniales alguno será beneficiado y otro perjudicado por esa directiva, pero la regla es clara, y crea seguridad jurídica para todos.”

Sobre este argumento añadió que “las razones de equidad, subjetivamente apreciadas, que se invocan en los pronunciamientos que están violando el artículo 18 de la C.N., afectan también el derecho de propiedad de mi mandante (art. 17 C.N.), en tanto les sustrae un patrimonio no gravado por leyes existentes al momento del hecho que excita el sistema reparatorio.”

A su vez, sostuvo que “el principio de progresividad consagrado en el PIDESC, no es una subespecie del art. 9 LCT ampliado, solo tiende a la no regresividad y a una mejora significativa, progresiva y paulatina en materia de DDHH. En tal sentido, las cuestiones patrimoniales, sin embargo, aunque tengan vinculación con los Derechos Humanos por su ligazón con la dignidad, tienen otro tratamiento y se rigen por la ley vigente al hecho jurídico (art. 7 del C. Civil). Aun en una visión más amplia en la que se postula la progresividad y no regresividad como principio complementario del Derecho del Trabajo, no se alude a que ese principio conlleve a la retroactividad de la ley posterior más benigna para el trabajador. Seguramente esa falta obedece a que se reconoce su origen, en “*el estado de desposesión que sufre el proletariado*” y en el tema en crisis no hay desposesión de lo que no se poseía, de acuerdo al art. 7 del Código Civil y al artículo 17 de la CN. ”

Posteriormente, indicó que el artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, permite la aplicación retroactiva de la ley cuando esté expresamente reconocida en la propia ley y no afecte derechos amparados en garantías constitucionales. En el caso, sostuvo, la propia ley 26773 reafirma el principio de irretroactividad en el art. 17 inc. 5, al establecer que su aplicación será a las contingencias ocurridas a partir de su publicación en el Boletín Oficial.

Al respecto, reafirmó su interpretación con el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “LUCCA DE HOZ”, en los siguientes términos: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha tenido oportunidad de expedirse acerca de este tópico en relación a la aplicación temporal del decreto 1278/00, manifestando en la causa “LUCCA DE HOZ, Mirta Liliana c. TADDEI, Eduardo y otro” (Fallos 314

315:885); sostener lo contrario conllevaría la aplicación retroactiva de la ley nueva, a situaciones jurídicas cuyas consecuencias se habían producido con anterioridad a ser sancionada (Fallos 314:481; 321:45)”

También, alegó que las mejoras fueron aplicadas **“en forma completamente extemporánea y arbitrariamente, afectando el principio de congruencia y de preclusión procesal ya que la demanda fue iniciada el 08/02/2013 estando plenamente vigente la ley 26773 y sin siquiera pedir en dicha instancia procesal la aplicación retroactiva de la ley 26773”**, fallando *extra petita* sin considerar los términos de los escritos constitutivos del proceso. (Lo puesto de resaltado le pertenece)

Especificó que la prestación adicional del artículo 3 de la Ley 26773, “no existía en el esquema de reparación anterior y por lo tanto no puede considerarse que se tratara de una obligación aun no satisfecha, simplemente porque no existía tal beneficio a la fecha de ocurrencia del siniestro y por tratarse de un accidente IN ITINERE, supuesto no contemplado por dicha normativa, afectando seriamente el derecho de propiedad de mi mandante (art. 17 CN).”

En atención a la aplicación del RIPTE, hizo un análisis del artículo 17 inc. 6 y 8 de la Ley 26773, y concluyó que era errónea la forma de cálculo que realizó la Sala VII, pues la correcta interpretación surge del Decreto Reglamentario 472/2014 y de las Resoluciones de la Secretaría de Seguridad Social 34/2013 y 3/2014, debiéndose actualizar sólo las sumas fijas (artículos 11 apartado 4; 14 y 15 de la Ley 26773), excluyendo las fórmulas, y además “las autoridades políticas decidieron que la fecha desde la cual se actualizarían todos los importes fijos sería el 01/01/2010.”

Asimismo, cuestionó la aplicación de la tasa de interés dispuesta por Acta 2601/14 de la CNAT, desde la fecha del accidente, por vulnerar el principio de irretroactividad y resultar una “doble actualización de valores”, toda vez que el monto de condena ya fue actualizado por el coeficiente RIPTE, desde la ocurrencia del siniestro. Refirió la violación al artículo 1 de la Ley 24.283 (Ley Martínez Raymonda).

Esto provoca, según afirmó, “el severo y arbitrario daño económico” al tener que indemnizar un siniestro “mediante una inexistente ecuación económica-financiera”, “un impacto económico por el desequilibrio prestacional que se produce, y que de ser generalizado podría poner en jaque al sistema de riesgos del trabajo, al eliminar toda previsibilidad”, y sustanciarse “un enriquecimiento sin causa” para el actor, dado que “la incidencia de las alícuotas con antelación a la afección denunciada en autos no comprendía dicho incremento.”

Así, solicitó que se hiciera lugar al recurso, se revocara la sentencia de la segunda instancia, y se aplicara la normativa en vigencia al tiempo del accidente de autos, revocándose la aplicación retroactiva de las normas complementarias de la Ley 24557 (Ley 26773), en lo atinente al accidente *in itinere*, y finalmente, requirió el rechazo de la doble imposición de actualización de capital o en subsidio, que se morigere el “exorbitante monto indemnizatorio”.

Seguidamente, a fs. 191/192, la Sala VII denegó el recurso interpuesto, por considerar que no se hallaban reunidas en la especie, las condiciones requeridas por los artículos 14 y 15 de la Ley 48.

Así, la aseguradora presentó ante la CSJN la queja por recurso extraordinario denegado a fs. 244/249, que dicho tribunal concediera, y declaró procedente el recurso.

**IV.-** Previamente a desarrollar mi voto, debo aclarar, por lo inusual en el formato de la sentencia en que me pronuncio, que apelaré a la modalidad de insertar notas al pie del texto, por entender que ello será metodológicamente beneficioso a los efectos de procurar mayor claridad expositiva, de los fundamentos del presente pronunciamiento.

**V.-** En la presente causa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fs. 256/vta., en una sentencia de alcance colectivo, puesto que abarca tanto lo decidido en esta cuanto en otras en las cuales el recurso de hecho también es deducido por QBE ART S.A. ('CNT 41758/2010/RH1 Balbuena, Mauricio Abel Edgardo representado por su curadora Felipa A. Colman- c/ QBE Argentina Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. s/ accidente acción civil'; CNT 47759/2011/1/RH1 'Guanco, Pedro Esteban c/ Empresa San Vicente S.A. de Transporte y otro sí accidente - acción civil'; CNT 42961/2011/1/RH1 'Otero, Héctor Dario c/ QBE Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. s/ accidente acción civil'; CNT 16653/2012/1/RH1 'Lobos, Joaquín Dionicio c/ QBE Argentina ART S.A. s/ accidente - ley especial'), se remitió al pronunciamiento del mismo Tribunal dictado en autos "CNT 18036/2011/1/RH1 'Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente - ley especial', del 7 de junio de 2016 , a cuyos fundamentos y conclusiones se remitió.

En virtud de ello descalificó los decisorios, considerando inoficioso referirse al tratamiento de las demás cuestiones llevadas a su conocimiento. Como lógica consecuencia, hizo lugar a las quejas, declaró procedentes los recursos extraordinarios, dejando sin efecto las sentencias "con el alcance indicado", con costas.

Dispuso, de tal suerte, que regresaran las causas a los tribunales de origen, a fin de que se dictasen por quien correspondiese, nuevos pronunciamientos "con arreglo al presente". En el presente caso, resulta competente la Sala III, la cual presido.

Vale mencionar que el Dr. Néstor M. Rodríguez Brunengo, actualmente subroga la Vocalía 3 de esta Sala III, motivo por el cual presentó su excusación -fs. 265-, en los términos del artículo art. 17 inc 7 del CPCCN, quedando integrado el Tribunal con la Dra. Beatriz I. Fontana, a cargo de la Vocalía 1 de la Sala IV -fs. 267-.

Ahora bien, resta esclarecer el alcance del concepto "con arreglo al presente". ¿Qué significa esto? Que descalificado un decisorio por el Máximo Tribunal, cuando el mismo lo deriva a las instancias

anteriores, es para que los nuevos jueces de la causa ajusten la decisión a su criterio.

Sin embargo, esto solo puede suceder, si este es coincidente con el del nuevo tribunal, dado que los fallos de la CSJN, en un modelo Continental como el argentino, no son vinculantes. Dicho esto sin omitir la obviedad, del valor ilustrativo de los mismos. Ilustración esta que puede convencer a los jueces que no comparten su criterio, del error en el que se encuentran, o por el contrario, descubrir los mismos amparo en sus posturas, o colaborar con la propia Corte en la modificación de criterios, en la medida que un paradigma constitucional se va asentando y adquiere eficacia.

Justamente, me refiero al rol de la Corte que dictara, en aplicación directa del paradigma constitucional de los Derechos Humanos Fundamentales, fallos tales como “Vizzoti”<sup>1</sup>, “Aquino”<sup>2</sup>, “Arcuri Rojas”<sup>3</sup>, entre otros. Lo que sucedía muchos años después de que el mismo entrara en vigencia. Una muestra más, de que la eficacia interpretativa tarda en madurar.

La aplicación automática de un criterio de la CSJN, tiene que ver básicamente con la celeridad procesal, en un orden peligroso. Como sostuviéramos en el caso “Acevedo”<sup>4</sup>, la falta de claridad en este tema, provoca el efecto opuesto al *quietus*, no ya con la interpretación sobre las normas, sino sobre el sistema jurídico mismo, dejándolo al albur de los vaivenes políticos.

Así, en dicho precedente en el que me pronuncié sobre la inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley 26773, hice referencia a las distintas jerarquías de los órganos que surgen de la Constitución Nacional, como respuesta a lo dictaminado por el Fiscal General. Sostuve que “desde antecedentes clásicos como Montesquieu, se ha desarrollado la doctrina de los frenos y contrapesos (*checks and balances*), la cual estima, como basamento de la teoría y práctica republicana, que los tres poderes del Estado se hallan equilibrados. O, en su defecto, que se controlan entre ellos.”

“Por tanto, resulta llamativo que, desde el citado dictamen se sostenga la supremacía del Poder Legislativo, afirmando que éste es soberano. En el punto, es obviamente admisible que se trate de un poder

<sup>1</sup>CSJN, “VIZZOTI, CARLOS ALBERTO C/ AMSA S.A. S/DESPIDO”; V. 967. XXXVIII, 14/09/2004. Recordemos aquella afirmación que hiciera la Corte en total consonancia con el paradigma de los Derechos Humanos Fundamentales: **“el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común”**

<sup>2</sup>CSJN, “AQUINO, ISACIO C/ CARGO SERVICIOS INDUSTRIALES S.A. S/ ACCIDENTE LEY 9688”, 21/09/2004

<sup>3</sup>CSJN, “ARCURI ROJAS, ELSA C/ ANSES”. RECURSO DE HECHO, A. 514. XL., 03/11/2009

<sup>4</sup>CNAT, SALA III, S.I. N° 63.585 del 30.6.14 en autos “ACEVEDO, JUAN BARTOLOMÉ C/ ESTANCIA LA REPÚBLICA S.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE – ACCIÓN CIVIL”: Nótese, cómo en este decisorio, precisamente y antes de la entrada en vigencia del Código Nuevo, se aludía a la jerarquía, y al paradigma de los sistemas humanos, como un sistema normativo, una “racionalidad”. Este argumento fue introducido en dicha sentencia, a fin de explicar con mayor claridad a quienes en medios gráficos, criticaban el concepto de la *jerarquía de valores*, mudada con el nuevo paradigma.

relevante, y digno de defensa y preservación en el sentido de su plasmación de, a su vez, la soberanía popular, ya que se ve conformado por el voto directo de la población.”

“Sin embargo, su relevancia y conformación no implica que esté situado, de manera absoluta, por encima de los otros poderes. Es decir, que no resista el control y censura de los demás ya que, por definición, estos controles hacen a la definición misma del sistema republicano.”

“Tampoco tendría sentido, en ese caso, el art. 112 de la Constitución Nacional, ni el control de constitucionalidad, cuya ejecución tienen obligación de efectuar, de manera difusa, los jueces de los diferentes estamentos.”

“No solo ello, sino que la conclusión a la que se arriba resulta aún más llamativa, al tiempo que en el dictamen mismo ante esta causa, ya se advierten posibles consecuencias negativas de realizar una prórroga de jurisdicción a la justicia civil. En el punto se menciona un posible “asombro”, “contradicciones y disputas no sencillas de resolver”, y lo que es más aún, una solución que el mismo Sr. Fiscal General identifica como “inconveniente”.”

“Sin embargo, y en plena contradicción con el art. 120 de la Constitución Nacional, donde se enuncia como obligación del Ministerio Público acometer a la actuación de la justicia “en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad”, se establece que los “equivocos” generados por los legisladores no siempre redundan en normas inconstitucionales.”

“Debe resaltarse que, según la razonabilidad y la racionalidad misma del sistema, no es dable menoscabar la facultad que pueden tener los tribunales para articular un control de constitucionalidad, que hace a la defensa de los intereses de la sociedad toda. La Constitución Nacional no puede actuar por sí sola, ya que, si artículos como, gráficamente, el 28 (sobre reglamentación arbitraria de derechos) o el 36 (sobre qué sucede con las consecuencias emanadas de los golpes de estado) no son puestos en práctica por un tribunal, permanecen lógicamente como letra muerta y pierden su propósito.”

“No nutren esta solución “versaciones dogmáticas”, ni pretensiones de soberanía absoluta por sobre el Poder Legislativo, ni “sensaciones subjetivas”, ni mucho menos “preferencias afectivas” (sic), sino que está apoyada sobre la base de la racionalidad misma del sistema, su modus operandi, y los principios fundamentales que lo inspiran. El hecho de que los distintos tribunales se puedan alzar, de manera difusa, y acometer un control de constitucionalidad que garantice la vigencia de los principios contenidos en ese instrumento, y en los tratados internacionales, de jerarquía constitucionalidad, y aplicación obligatoria, no facultativa, redundan en la ejercitación del sistema de frenos y contrapesos, puesto que resulta en la capacidad de ejercicio efectivo de estos controles.”

“Esto es así porque, contrariamente a lo que manifiestan la a quo y el Sr. Fiscal General, el actor ha identificado claramente, y de manera nada dogmática (sujeto a prueba, claro está, ya que en modo alguno se adelanta un resultado), el perjuicio al cual se vería sometido, de acometerse a un traslado de la competencia a la justicia civil.”

Asimismo, manifesté en aquel precedente, lo que reitero en el presente, que “Si en un modelo como el nuestro, de tipo continental, con control difuso de constitucionalidad, los jueces no hacen su tarea sin temor a molestar al poder de turno, sea cual sea su color político, defendiendo la Constitución Nacional en sus exactos términos, se corre el riesgo de desvirtuar el sistema jurídico mismo.”

“Es decir, convertirlo en la práctica en el referido *Common Law*, donde desde un realismo jurídico (no positivismo, insisto), el derecho es lo que los jueces dicen que es (Holmes, Oliver Wendell Jr., *The path of law*, 10 *Harvard Law Review* 457 (1897); *The path of law and the common law*, Kaplan Publishing, New York, 2009; y la disputa Dworkin-Hart, *La decisión judicial: el debate Dworkin-Hart*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997). Agrego: en clara vinculación, muchas veces, con los designios del Poder Político.”

“Prueba de esto, es que la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha podido dictar en absoluta contradicción, varios fallos. En éstos, lo llamativo es observar cómo, si bien la racionalidad del sistema se mantuvo intacta (existiendo en todos los casos que se mencionan a continuación la Primera Enmienda, sobre libertad de expresión), la Corte varió la resultante fáctica según los intereses del poder político.”

“Solo como ejemplo, en **Dennis v. United States** (1951, bajo la presidencia del demócrata Harry S. Truman, y el imperio de la Comisión de Control sobre actividades subversivas) el acusado había organizado, en pleno macartismo, el partido comunista; por tal accionar, la Corte consideró que existía un **peligro sustancial**, en virtud del cual no importaba la cercanía del éxito de la acción (el hecho de tomar el poder por la fuerza) ni su posibilidad de concreción, de todos modos la acción era tenida por punible; mientras que en **Brandenburg v. Ohio** (1969, durante el mandato del republicano Richard Nixon, a seis meses del asesinato del demócrata Robert Kennedy y a casi seis años del de su hermano, el también demócrata John Fitzgerald Kennedy), se dio el caso de que el Ku Klux Klan pronunciara varios discursos en los que proponía “acometer a la acción” (siendo ésta una organización eminentemente racista, que ya había realizado matanzas, linchamientos y persecuciones); estas acciones, sin embargo, para la Corte no parecieron cumplir con el estándar de “peligro inminente”, siguiendo los vaivenes de la política interior y exterior norteamericana.”

“Asimismo, en el curso de cien años la Corte pudo mantener fijo el mismo criterio que beneficiaba a la clase dominante aún en presencia de una modificación legislativa (affirmative action), **la cual se hizo necesaria en virtud del carácter eufemístico de la enmienda ya existente (14, sobre igualdad).**”

“Así, antes de instalada la *affirmative action* en el universo normativo de la nación, en la causa, se dio el caso **Dred Scott v. Sandford** (1852, durante la presidencia de Millard Fillmore, primero antimasónico y luego whig), en el cual la Corte estadounidense falló que los estados no tenían potestad para decidir sobre la libertad o esclavitud de sus habitantes, **y en Plessy v. Ferguson** (1896, bajo la presidencia del demócrata Grover Cleveland), en el que se indicó que sectores diferenciados para sentarse en los tranvías no constituían una violación del principio de igualdad, emergente de la ya referida Enmienda 14.”

“Con posterioridad a tal modificación, increíblemente, en **Hopwood v. Texas** (1996, bajo la presidencia del demócrata Bill Clinton), donde la Corte falló en favor de lo que varios estudiantes blancos consideraron una medida discriminatoria: la referida *affirmative action*. Es decir, se apoyó judicialmente su oposición vehemente a la existencia de un cupo mínimo en las facultades a ser ocupado por estudiantes afro-americanos.”

“Con lo cual y resumiendo, fuera cual fuese el contenido normativo, podemos rastrear a lo largo de nada menos que cien años, tantas variaciones judiciales, como fuera necesario hacer para satisfacer el *establishment*. Con lo que queda claro que un sistema jurídico de *common law*, resulta mucho más vulnerable a las presiones del poder, que al imperio del derecho.”

“De tal suerte, que lo que estamos mostrando es que el grado de opinabilidad y de subjetividad en un modelo continental como el nuestro y de control difuso, no tiene la amplitud que se quiere hacer creer, siempre y cuando se respete la racionalidad del sistema. Porque lo que estamos debatiendo en este punto no es “**cómo hacen derecho los operadores jurídicos**”, sino si el derecho habilita esto que hacen.”

“Precisamente, en el caso que nos ocupa, el sistema jurídico no autoriza la ausencia del control de constitucionalidad de oficio, ni tampoco de convencionalidad, ambos, como se sabe, son imperativos, con lo cual no se trata de una intromisión en la labor de otros poderes, **sino de la labor misma del poder Judicial.**”

“En este punto y en extremo vinculado a la racionalidad, o derecho vigente, encuentro un obrar curioso en parte de la comunidad académica del derecho. La cual, como se verá, por un lado sostiene que los tratados internacionales no integran el derecho vigente, y que este a su vez carece de jerarquías, así como que los principios no son normativos, (todo lo cual tiene por finalidad, precisamente convertir en prácticamente inderrotable al sistema, puesto que marca un camino, que si es violado coloca a quien lo hace claramente fuera del derecho) dado que su derrotabilidad implica dejar librado al intérprete, totalmente la decisión, y que por el otro, en el marco de la universidad pública, investigue la posibilidad de “Un Procedimiento Laboral Formulario” (UBACYT).”

Va de suyo entonces, que un modelo como el nuestro, que goza además de la riqueza del control difuso de constitucionalidad, en

donde varias mentes realizan el análisis del ajuste de las normas a la Constitución Nacional, se convierte en un sistema abierto (leído exactamente desde la cibernética), en donde la entrada constante de energía le permite su lozanía, impidiendo que implusione.

En este sentido, dice la CSJN en la causa “Halabi”<sup>5</sup>, en el considerando N° 16 que “es innegable, entonces, que una inteligencia dinámica del texto constitucional, superadora de una concepción pétrea de sus directivas, conlleva la posibilidad de encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir”

En esta lógica, ha observado también el Tribunal<sup>6</sup> que la Constitución, “es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. **Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para los que fue dictada la Constitución**” (negrita me pertenece).

Pero esto no puede depender de vaivenes interpretativos ni políticos, sino de un pensamiento progresivo y colectivo, en el ajuste de la interpretación a la Constitución por la que se ha jurado. Solo en una contribución mutua, en donde se respeten las jerarquías normativas, en el marco propio del sistema de independencia judicial, se puede asegurar este aire fresco.

Sin ir más lejos, la suscripta, cuando fuera juez de primera instancia (JNT N° 74), dictó Sentencia N° 2252, en la causa “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.s/ despido”, de fecha 27 de abril del 2006 (a casi 12 años de la reforma constitucional del 24 de agosto de 1994), en una interpretación contraria a la dominante, casi de modo absoluto, en todo el espectro de las instancias judiciales, concluyendo que los tickets canasta tenían naturaleza remuneratoria. Sin embargo, tras la revocatoria de la Cámara (esta misma Sala III), sorpresivamente recibió la convalidación de la Corte Suprema<sup>7</sup>.

Esta práctica judicial, lejos de conllevar un desconocimiento del rol del Máximo Tribunal de la Nación, no implicó más que el ejercicio de la independencia judicial. Ello, en la sincera convicción intelectual, de que la ley violaba el paradigma constitucional vigente.

<sup>5</sup>CSJN, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. s/ ley 25.873, y DR 1563/04 s/amparo ley 16986”, H.270. XLII, Cons. N° 16.

<sup>6</sup> Ibidem 5

<sup>7</sup>JNT N° 74, SD N° 2252, “Pérez, Aníbal Raul c/ Disco S.A. s/ Despido”, de fecha 27 de abril del 2006.

CNAT, SALA III, SD N° 88171 “Pérez, Aníbal Raul C/ Disco S.A. S/ Despido.”, de fecha 10 de octubre de 2006.

CSJN, “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.S/Despido”, de fecha 1 de septiembre de 2009

CNAT, SALA IV, SD N° 94.383, “Perez Aníbal Raul C/ Disco S.A.S/ Despido”, de fecha 30 de octubre de 2009

Reitero, no se trató de un alzamiento contra la Corte, porque no era una figura posible, dado el modelo estructural de no vinculatoriedad de los fallos de la CSJN, así como de control difuso (ergo, oficioso) de constitucionalidad por todos los jueces de las diversas instancias<sup>8</sup>.

Como se anticipara, el nuestro no es por cierto ni un modelo de *common law*, ni tampoco uno mixto en sus diferentes variedades: (a) Corte Suprema (o tribunal equivalente) sin vinculatoriedad y Tribunal Constitucional vinculante, con control difuso antes de que se pronuncie, concentrado solo después de que lo ha hecho; b) Corte Suprema (o tribunal equivalente) sin vinculatoriedad, y Tribunal Constitucional vinculante con control concentrado; c) CSJN (o tribunal equivalente) sin vinculatoriedad en todos los temas, a excepción del tema constitucional; d) Lo mismo, agregando también el tema laboral como en Brasil con las *sumulas* vinculantes en material laboral. Reitero, el nuestro en cambio, es un modelo netamente continental, donde lo resuelto en un caso por la CSJN, es solo obligatorio para ese caso, siempre y cuando no sea un derecho de incidencia colectiva, y su efecto recaiga sobre otros sujetos, de todos modos representados en la causa.

Si observamos el fenómeno de la vinculatoriedad de menos a más, el maestro Sagüés nos ilustra, al señalar que por ejemplo en materia de Fallos Plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, la CSJN en autos “Gómez c/ García”, consideró que los planteos de inconstitucionalidad resultaban ajenos a la competencia del tribunal en pleno, convocado en virtud de la ley 18345. Así lo entendió, puesto que de admitirse tal tesis “por esa vía vendría a crear una interpretación general obligatoria de orden constitucional, ajena a las atribuciones naturales del referido tribunal”, y que **“como observa Fenochietto, ni siquiera tiene la propia Corte”**<sup>9</sup> (negrita me pertenece).

Justamente, y sin salvedad alguna por la materia de lo debatido, la suscripta ha considerado de inveterado como juez de primera instancia<sup>10</sup>, que el artículo 303 del CPCCN<sup>11</sup>, era una norma inconstitucional (criterio que admitía como factible Sagüés -aunque al parecer no compartía desde la práctica-, y que fue convalidado por la Ley 26.853 al derogar la norma), el que también sostengo en Cámara<sup>12</sup>.

<sup>8</sup>SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario”, Ed. Astrea, 4ª edición actualizada y ampliada, 2002, pág. 99. El autor remite a la obra de Vanossi, “Teoría Constitucional”, t. II, pág. 354.

<sup>9</sup>SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario”, Ed. Astrea, 4ª edición actualizada y ampliada, 2002, pág. 100  
CNAT, SALA III, octubre 9-968 “Jerez, Gabriel c/La Vascongada S.A.”; JA Reseña de Fallos - 19632-S, pág. 1018.

<sup>10</sup>JNT N° 74, SD N° 2441, “Balmaceda, Mario Héctor c/ Security Consultants Office SRL y otro s/ despido”, de fecha 12 de febrero del 2008.; SD N° 2709 “Weiss, María Florencia c/ The Media Edge S.A. s/ despido”, de fecha 5 de febrero del 2010, entre otros

<sup>11</sup>Artículo derogado por art. 12 de la Ley N° 26.853 B.O. 17/5/2013

<sup>12</sup>CNAT, SALA III, SD N° 93068, “Velasco, Rubén Teodoro C/ Compañía Industrial Cervecera S.A. S/ Despido”, de fecha 27 de abril de 2012; SD “ARMAS, PABLO MATIAS c/ MCV ARGENTINA S.R.L. Y OTRO s/DESPIDO”, del 29 de febrero de 2016, entre otras.

A tal fin, justamente, siempre consideré como un argumento central, que era una contradicción que tuvieran los jueces atribuciones de legislador, y que pudieran las Cámaras lo que no podía la propia CSJN<sup>13</sup>.

Reitero, ninguna norma del sistema prevé el efecto de cosa juzgada expansiva de los fallos de la Corte, para quien no fue parte del proceso, mientras que el efecto *erga omnes* sí estuvo previsto en la derogada reforma constitucional de 1949.

Tanto fue así, que en “Nación Argentina c/Luis E., Bemberg y otros”<sup>14</sup>, se afirmó que “las interpretaciones obligatorias de la Corte son las hechas después de haber entrado en vigencia la Constitución que así lo dispuso”, en clara referencia a la reforma indicada supra.

Señala entonces, en concreto Sagüés, que “antes y después de ese tramo (hasta 1949 y desde 1956 en adelante) los magistrados judiciales estarían en libertad de acción para seguir sus convicciones, con relación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”<sup>15</sup>.

A lo dicho debemos sumarle dos cosas. La una, el consabido principio general del derecho, de que “donde la ley no distingue, nosotros no debemos hacerlo” (convocado en la disidencia para la apertura del extraordinario en el caso “Davedere”<sup>16</sup>), la segunda, lo normado expresamente por el artículo 16, de la ley 48, en favor de nuestra postura.

El mismo reza que: “En los recursos que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón”

Es decir, si la CSJN, al dejar sin efecto un decisorio y remitirlo para que otra sala de la misma cámara dicte un pronunciamiento, desea que su postura sea seguida indeclinablemente, debe resolver sobre el fondo. Y si así y todo, le hubiese sido devuelto por no compartir su criterio el nuevo tribunal, deberá directamente ordenar su ejecución.

Aquí, el juez de la instancia inferior, no puede hacer otra cosa que asegurar que la causa llegue a primera instancia para llevar adelante la referida ejecución, ya ordenada por la CSJN, porque se encuentra definitivamente resuelta.

En hipótesis de este tipo, la Corte cierra los grifos, emitiendo un pronunciamiento sin pedir nueva decisión en función del criterio esbozado

---

<sup>13</sup> **COUTURE, Eduardo J.** “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Tomo I, “La Constitución y el Proceso Civil”, Ediciones Depalma, Bs. As. 1979).

<sup>14</sup> **CSJN** fallos 218-812

<sup>15</sup> *ib* 9

<sup>16</sup> **CSJN**, “Davedere, Ana M. c/Mediconex S.A. y otros S/ Despido”, del 29 de mayo de 2007. Fallo comentado: “Responsabilidad de socios y funcionarios”, Cañal, Diana, LA LEY 04/10/2007, 04/10/2007, 5 - LA LEY2007-E, 658 - DT2007 (noviembre), 1193

en otra causa. Como este puede ser disidente, resuelve de manera completa, y manda ejecutar.

Sin embargo, estos temas se han presentado muy confusos para la jurisprudencia de la propia Corte (no debemos olvidar el carácter adjetivo de la Ley 48<sup>17</sup>, que podría estar sujeto a revisión si se interpretase que viola el esquema sustantivo en materia de independencia judicial, emergente de la CN), la que se ha manifestado de manera “zigzagueante” (calificativo que, por lo claro, tomo de otros párrafos del referido libro de Sagüés), en uno y en otro sentido.

En favor de esta, mi postura, se manifestó la Corte en “Ferrocaril del Sud c/ Pedro II Draque y Cía”<sup>18</sup> y, en “Jorge Antonio”<sup>19</sup>. Puntualmente, en “Lopardo”<sup>20</sup>, considerando 7, sostuvo expresamente que se debe “(...) reconocer y hacer respetar el poder jurisdiccional que la misma Constitución ha otorgado a los tribunales inferiores, en tanto lo ejerzan razonablemente y dentro de las esfera de sus respectivas competencias, aunque sus decisiones en materias que le son propias no concuerden con precedentes de esta Corte”.

Ver, asimismo, el debate plenario de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata<sup>21</sup>, en particular el voto del Dr. Nogueira, quien reitera lo que ya expresara, relativo a que “la única vez que tuvo fundamento la obligatoriedad de la jurisprudencia fue establecida por el artículo 95 de la Constitución de 1949. Dicha norma disponía, al final, que “(...) Una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinarios y de casación, y para obtener la revisión de la jurisprudencia”. “Esta norma, sin embargo, nunca llegó a reglamentarse y, por lo demás, la Constitución fue derogada. Dado el estado de la cuestión, la “unidad de la jurisprudencia” que actualmente rige por delegación prohibida de ley y que no deriva expresa o implícitamente de la Constitución Nacional, o sea, de un órgano constitucional superior establecido por ella (Corte de Casación Nacional), carece de base normativa superior”.

Concluye que “ningún tribunal en nuestro país –incluida la Corte Suprema de la Nación– puede imponer la obligatoriedad de una interpretación de la ley dictada en un caso concreto. La pretendida

<sup>17</sup>Ibidem 8, págs. 470/473

<sup>18</sup>CSJN, Fallos 131-109, 131:105

<sup>19</sup>CSJN, Fallos 263-255

<sup>20</sup>CSJN, Fallos 304:1489

<sup>21</sup>CFALP, Fallo Plenario en autos “Claro, Abel Ángel c/ U.N.L.P. s/ revocación de acto administrativo”, en el que se ha convocado a Acuerdo Plenario a los fines del art. 297 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación respecto de la cuestión a decidir: “¿ A influjo del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “ROCHETEAU Jorge Eric y otros c/ Universidad Nacional de La Plata s/ impugnación de acto administrativo” del 8/5/12 debe dejarse sin efecto la doctrina plenaria sentada por esta Cámara en autos “Umek, Lidia María c/ Universidad Nacional de La Plata s/ impugnación de acto administrativo” del 15/03/11 (\*)?””. El Tribunal resolvió con los alcances del voto de la mayoría integrada por los doctores Reboledo, Pacilio, Vallefín y Compained y los del voto del doctor Schiffrin debe dejarse sin efecto la doctrina plenaria sentada por esta Cámara en autos “Umek, Lidia María c/ Universidad Nacional de La Plata s/ impugnación de acto administrativo” del 15/03/11. NOTA (\*): obra publicado en el sitio [www.pjn.gov.ar/Fueros Federales/Justicia Federal La Plata/Fallos Plenarios \(FP.11\). PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN En la ciudad de La Plata, a los 16 días del mes de abril del año dos mil trece. http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00002/00062009.Pdf](http://www.pjn.gov.ar/Fueros Federales/Justicia Federal La Plata/Fallos Plenarios (FP.11). PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN En la ciudad de La Plata, a los 16 días del mes de abril del año dos mil trece. http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00002/00062009.Pdf)

“obligación”, no es constitucional (Núñez, Ricardo C. “El origen de la ley y la garantía de legalidad”, Revista La ley 54, pg.305; Sartorio, José, “La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad. Revista La ley, 96, pág.799).”

He dejado para el final, el demoledor fallo de la CSJN, dictado in re “Nación Argentina c/ Luis E, Bermberg y otros”<sup>22</sup>, que destaca como se viera, que la regla de la vinculatoriedad no se encuentra vigente.

Este argumento, que hace a la racionalidad del sistema, es decir al derecho vigente en fondo y forma, es el que más me convence. Precisamente por aportar seguridad jurídica, que es el valor tanpreciado que ofrece un sistema continental, donde el juez se debe por entero al marco normativo siempre y cuando resulte conforme a la Constitución, impidiendo vaivenes interpretativos que, de existir, quedarán por fuera del derecho.

En este sentido, el derecho sustantivo de defensa en juicio (art.18 CN) se vería violentado por una norma de forma (o por la práctica en ese sentido), que previera la vinculatoriedad de los fallos *erga omnes*, abandonando el efecto *inter partes*, en razón de que el decisorio alcanzaría a quien no fue oído en el proceso.

Esto, sí puede suceder y es una consecuencia necesaria, en virtud de lo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional reformada, segundo párrafo, conocido como acciones colectivas o de clase (denominaciones sobre las que no existe un acuerdo cabal).

Precisamente con este último aporte argumental, viene entonces a sumarse en favor de nuestra postura, una distinción formulada por la propia CSJN en el ya convocado caso “Halabi”.

Sintéticamente, recordemos que se trata del amparo interpuesto por el profesor y abogado Ernesto Halabi, tachando como inconstitucional la ley 25873 y su decreto reglamentario 1563/04, en la consideración de que sus disposiciones vulneraban las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la CN, al autorizar la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet, sin que una ley determinara en qué casos y con qué justificativos podía hacerse.

Sin entrar en mayores detalles que no vienen al caso, sí es relevante para el presente, tener en consideración que uno de los ejes de la discusión fue que al confirmar la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal la declaración de inconstitucionalidad de las normas en crisis hecha por la primera instancia, concluyó que la legitimación del actor “no excluía la incidencia colectiva de la afectación a la luz del segundo párrafo del artículo 43 de la CN, por lo que la sentencia dictada en tales condiciones debía “aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio”.

---

<sup>22</sup>Ibidem 14

Con lo cual, al interponer su recurso extraordinario el Estado Nacional, cuestionando la inteligencia que cabe atribuir a la cláusula del artículo 43 de la CN, reabrió a nivel de la Corte el debate acerca de la posibilidad de que un decisorio tenga alcance *erga omnes*, excepcionalmente, si la naturaleza del derecho debatido tenía incidencia colectiva.

Memoremos lo que textualmente dice la Corte en el Considerando 10, al establecer el criterio general, en el mismo sentido de los lineamientos hasta aquí esbozados. A saber: “que la regla general en materia de legitimación, es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural (...)”

En el Considerando 11 nos dice “que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art.43 CN) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado (...) Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponda al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular”.

Más adelante, sintetiza que la CN “admite en el segundo párrafo del artículo 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.”

“En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea”. Aclara, que en esos casos “hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”.

“Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase, en el ámbito específico que es objeto de esta Litis”.

Todo lo dicho, refrenda la hipótesis de que ninguna norma del sistema habilita la inteligencia de que los fallos de la CSJN son vinculantes para quienes no fueron parte del proceso. Y, por cierto, no nos encontramos tampoco ante una acción de clase, con lo cual este Tribunal no se encuentra obligado a fallar, según mi voto, en sentido contrario de lo

que ha sido su interpretación habitual del tema, y sin que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Más Alto Tribunal permita dudar en torno de ese criterio.

Lo dicho, desde el aspecto normativo, me convence de la pertinencia de que el dictado de este nuevo pronunciamiento, debe realizarse con el debido respeto a la opinión del Alto Tribunal, que en este caso no comparto, y que por lo tanto impide un pronunciamiento “con arreglo” a la misma.

A tal fin, fundamento seguidamente la razón del desacuerdo, debida ab initio en el acuerdo con la opinión emitida por los jueces de la Sala VII.

Finalmente, considero pertinente recordar, que en causas de esta especie, cuando lo que se discute no es la suerte de todo lo declarado pertinente, sino solo de una porción (en la especie, las mejoras de la Ley de Riesgos), no es un argumento prudente afirmar que se adhiere al criterio de la Corte por celeridad procesal. Bien puede el requirente, recurrir a la ejecución parcial, siguiendo la causa su trámite. De manera que esto queda a criterio del justiciable, no de los jueces, obligados a respetar el derecho.

No lo es tampoco, porque nunca se sabe si no existe la posibilidad de que un criterio fijado por el Máximo Tribunal, no pueda ser luego modificado (el ya citado fallo “Pérez c/ Disco”, es una muestra). En todo caso, se contribuye a repensar el derecho y su debido ajuste al paradigma, hasta lograr su plena eficacia, precisamente lo que requieren los Tratados Humanos de Derechos Fundamentales con jerarquía constitucional, incorporados por la mentada reforma constitucional de 1994, en el artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna<sup>23</sup>.

Luego, porque mal puede el juzgador dejar a salvo un criterio y compartir lo que no comparte. Es una reflexión peligrosa, que se encuentra muy cerca del prevaricato.

Y finalmente, esto tampoco puede hacerse por una suerte de vinculatoriedad moral, porque en un modelo como el nuestro, el juez solo

---

<sup>23</sup> Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional ([http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=63](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=63))  
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre  
Declaración Universal de Derechos Humanos  
Ley 23054 – Convención Americana sobre Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica  
Ley 23313 – Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo  
Decreto-Ley 6286/56 – Convención para la Prevención y sanción del Delito de Genocidio  
Ley 17722 – Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial  
Ley 23179 – Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer  
Ley 23338 – Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles Inhumanos o Degradantes  
Ley 23849 – Convención sobre los Derechos del Niño  
Ley 24556 – Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas  
Ley 24584 – Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad  
Ley 26378 – Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

está obligado al respeto de la CN, por la que ha jurado. Y esto no implica falta de respeto alguno, sino ejercicio de la judicatura.

Convoco en este punto, una vez más al voto del Dr. Nogueira<sup>24</sup>, donde afirma que: “La dependencia de los jueces en el orden material, moral o funcional de los poderes públicos o de hecho, hace que desaparezca el poder de “decir el derecho”, arraigado a la tradición jurídica del sistema nacional. Me explico: en la perspectiva individual del “órgano-persona” se alcanzaría la disminución de ella cuando el juez permite que le aprese la telaraña de las jerarquías e influencias y abdique de su discernimiento y autonomía, o sea, de sus deberes inmanentes, que le lleva a quedar sojuzgado a “las sentencias por imperio” y a permitir la involución autoritaria enmarcada en los residuos del centralismo vertical de las estructuras político-administrativas absolutistas. Si ello aconteciera, patéticamente los jueces dejarían de ser jueces; serían sólo funcionarios obedientes a una jerarquía e influencia que suprime su conciencia moral e intelectual. Entiéndase, nada ni nadie puede obturar el libre ejercicio de su función judicial y sus atribuciones intrínsecas. A los jueces se les ha dado “(...) la atribución exclusiva de juzgar, no la de *legislar*, ni por vía de interpretación [...] Los jueces no pueden aumentar ni disminuir su jurisdicción y su competencia” (BIELSA, Rafael. *Los recursos judiciales y los actos de autoridad. Garantías constitucionales y su protección legal*. Rev. La Ley 94, pp. 840 y 842).”

La CSJN no ha dudado, históricamente en sus diversas integraciones, en que los efectos de los fallos son *inter partes*, en clara alusión al derecho de defensa en juicio y a su consecuencia necesaria, el acceso a la justicia, y su derivado final: la seguridad jurídica.

Digo así, porque seguridad jurídica, no es estrictamente conocer cuál es la regla interpretativa del tribunal, aún sin haber escuchado a la parte, sino la sujeción de los jueces al derecho vigente, y que en caso de considerar quien no fue parte de un proceso que un derecho de raigambre constitucional se ha visto conculcado, que esos mismos jueces resolverán en su caso, resultando posible que sea en un sentido diferente.

**VI.-** Establecido el decurso de la causa, destaco preliminarmente, que llega firme que el Sr. Fiorino sufrió un accidente *in itinere* el 27 de septiembre de 2012, y que mereció una indemnización en el marco del artículo 14 ap. 2) de la Ley 24.557, y decreto 1694/09, por padecer una incapacidad parcial y permanente del 10% de la T.O.

Ahora bien, es motivo de tratamiento si corresponde aplicar las mejoras reguladas en los artículos 17 inc. 6, concordante con el artículo 8, y el artículo 3 de la Ley 26773, sancionada el 24 de octubre de 2012, y cuya vigencia es posterior al suceso.

Este planteo nos acerca a una problemática que se renueva históricamente con las distintas reformas legislativas –como lo fue la reciente entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la

---

<sup>24</sup>Ibidem 21

Nación, a partir del 1º de agosto de 2015-, y en particular, las referidas a los ajustes indemnizatorios en el sistema de la Ley de Riesgos del Trabajo. Me refiero al alcance de la aplicación intertemporal de las normas.

Para esto, es vital advertir que nos encontramos ante un mundo complejo. En efecto, el derecho del trabajo en general y la justicia que lo aplica en particular, hijos de una vertiente ideológica universal que alumbrara el Constitucionalismo Social, y más tarde el de los Derechos Humanos Fundamentales, pasan por una de sus tantas crisis.

Esta, tiene de novedoso tanto el referido marco normativo, que es la expresión más coincidente hasta la fecha con la ideología que prohija al Derecho del Trabajo, cuanto un mercado que presenta un grado de volatilidad y de fragmentación, nunca visto antes. El primero expresado en titularidades del capital<sup>25</sup>, evanescentes e indescifrables, y el segundo en multitud de sujetos interpuestos y aún sucesivos, para quienes el trabajador presta su labor. Ambas características, intravinculadas.

Todo ello, dificultando las cadenas de responsabilidad, tanto para la identificación de los sujetos, cuanto para el cumplimiento de las obligaciones en sí mismas.

Justamente, estos dos factores de la modernidad: un derecho constitucional más favorable que nunca, y una complejidad negocial y financiera crecida exponencialmente, generan un grado de fricción enorme. Se tensaron los factores de tal modo, que se paraliza el engranaje, en principio, en favor del más poderoso de la ecuación en lo fáctico. He aquí la crisis.

Y es muy lógico. Dado que hoy se produce la paradoja de que bajo este nuevo paradigma constitucional, el derecho comercial ha perdido un lugar de supremacía jerárquica, siendo desplazado por otros: el derecho del trabajo y el derecho del consumidor.

Ambos, fueron colocados en el nivel del orden público, ya no como una cuestión meramente conceptual o aún fáctica (propia del Orden Público Económico<sup>26</sup>), sino de normativa constitucional. Cabe aclarar, que

<sup>25</sup> PIKETTY, Thomas; *“El capital en el siglo XXI”*; Ed. Fondo de Cultura Económica, 2015: “(...)El Juego de los más pobres (...) Sin embargo, es más que evidente que los sobresaltos de los precios y los salarios, de los ingresos y lo patrimonios, contribuyen a forjar las percepciones y las actitudes políticas, y que a cambio estas representaciones engendran instituciones, reglas y políticas que4 acaban por modelar los cambios económicos y sociales. Es posible, e incluso indispensable, tener un enfoque a la vez económico y político, salarial y social, patrimonial y cultural. Ya dejamos atrás los combates bipolares de los años 1917-1989. Lejos de estimular las investigaciones sobre el capital y las desigualdades, los enfrentamientos en torno al capitalismo y comunismo más bien contribuyeron a esterilizarlas, tanto entre los historiadores y los economistas como entre los filósofos. Es el momento de dejar eso atrás, incluyendo la forma que adoptó la investigación histórica, que a mi parecer todavía lleva la marca de esos enfrentamientos pasados. (...) Me parece que los investigadores en ciencias sociales de todas las disciplinas, los periodistas y los comentaristas de cualquier medio, los militantes sindicales y políticos de todas las tendencias, pero principalmente todos los ciudadanos, deberían interesarse seriamente por el dinero, su comportamiento, los hechos y las evoluciones que lo rodean. Quienes tienen mucho nunca se olvidan de defender sus intereses. Negarse a usar cifras rara vez favorece a los más pobres.”; Págs. 647-649.

<sup>26</sup> CSJN, ACORDADA 36/2009 del 09/09/2009: “(...) 1) Que esta Corte como Máximo Tribunal del Poder Judicial de la Nación y en ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales que el confieren los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, debe adoptar en los casos que llegan a su

en el caso del derecho del trabajo, era ya una conquista del Constitucionalismo Social, que ahora se termina de profundizar, prestándose en especial, atención a su eficacia.

Este nuevo orden normativo, no depende ya de lo que resulta *razonable* para un grupo, sino de la *racionalidad* misma del sistema<sup>27</sup>, en su máxima expresión: la Constitución Nacional (que refleja, ni más ni menos, lo que fue razonable para otro grupo de poder o aún el mismo, al tiempo de la constituyente<sup>28</sup>).

Merced a ello, es que hoy podemos ver que “en defensa del consumidor”, por dar un ejemplo cotidiano, quien aparece en la relación comercial suscribiendo un pagaré para acceder a una suma con la que abonará las cuotas del televisor, la deuda en el mercadito del barrio, etc., es quien será especialmente protegido por la justicia.

Así, al intentar el acreedor ejecutar la carta de pago, el juzgador inspirado por el artículo 42 de la CN, investigará la causa de esa deuda conforme los artículos 36 y 37 de la Ley 24.240 del 13 de octubre de 1993, modificada por la Ley 26.361, sancionada el 12 de marzo de 2008. Acto procesal, que puede llegar a fulminar con la nulidad al instrumento de crédito, cuando antes resultaba de ejecución inmediata<sup>29</sup>.

conocimiento y resolución, decisiones que tienen gravitación en el desenvolvimiento de las actividades económicas que se realizan en el país (...)

Nota publicada en el CIJ (Centro de Información Judicial -Agencia de Noticias del Poder Judicial)- “La Corte creó una unidad para analizar el impacto económico de sus sentencias: Mediante la acordada 36/09, firmada este miércoles, la Corte Suprema de Justicia de la Nación creó la Unidad de Análisis Económico, un organismo que analizará y proyectará el impacto económico o financiero de sus resoluciones.

La flamante unidad tendrá a su cargo la realización de estudios de índole económica necesarios para atender los requerimientos en la materia y la evaluación de los efectos que podrían producirse en las variables económicas, como consecuencia de las decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en expedientes en trámite ante el Máximo Tribunal.

Asimismo, podrán solicitar a reparticiones competentes en la materia los informes que se estimen necesarios para el cumplimiento de sus funciones, entre otras facultades.”  
<http://www.cij.gov.ar/nota-2271-La-Corte-creo-una-unidad-para-analizar-el-impacto-economico-de-sus-sentencias.html>

**DUARTE, David**, “Análisis económico del derecho y derechos sociales: la colonización de los Derechos Sociales a través de una ciencia sin conciencia”, Cap 2.9, Págs. 335/382, de la Obra “Estudios Críticos de Derecho del Trabajo-AAL”, Dir. Moisés Meik, Ed Legis Argentina, 2014. El autor, en un análisis crítico del AED, introduce que “el Análisis Económico del Derecho (“AED”) se instaló en el debate de la economía a partir de la década de 1960 con los trabajos de Ronald Coase y se expandió en varias universidades de Estados Unidos. Las ideas de Coase –en síntesis- se apoyan en dos postulados que como verdades reveladas sostienen por un lado que no puede ser indiferente al orden jurídico la búsqueda del óptimo económico, según permitan comportamientos más aproximados con ese óptimo. Por otro lado, **suponen que las instituciones jurídicas tienen un fundamento económico, que es el de abaratar los costos de transacción(...)**”, lo puesto de resalto me pertenece-

<sup>27</sup> **GUASTINI, Riccardo**, “Problemas de Interpretación”, ISONOMIA N° 7/ Octubre 1997, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/problemas-de-interpretacin-0/>

Del mismo autor: “Una teoría cognoscitiva de la Interpretación”, ISONOMIA N° 29/ Octubre 2008, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/una-teoria-cognoscitiva-de-la-interpretacion--0/>;

“El escepticismo ante las reglas replanteado”, ISONOMIA N° 11, 2012, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-escepticismo-ante-las-reglas-replanteado/>

<sup>28</sup> Ib. 2; **CAÑAL, Diana R.**, “Decisiones Judiciales. La relación entre normas de fondo y forma: Una mirada desde el Derecho del Trabajo”, Ed. ERREPAR, Octubre 2011.

<sup>29</sup> **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 30 Secretaría N° 59**, a cargo del Dr. Sebastián I. Sánchez Cannavó, en Expediente N° 7551/2016 YZA, MARCELO RODOLFO c/ HERRERA, LUCIO ATILIO s/EJECUTIVO; Expediente N° 8223/2016 BANCO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES c/ ARCE, ROMINA FERNANDAs/EJECUTIVO, Buenos Aires, 11 de mayo de 2016-MR.

Este proceder judicial, no hace más que poner las normas de forma o adjetivas, personificadas en el caso por el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, al servicio de la mayor jerarquía constitucional ya referida, del derecho del consumidor.

Ahora bien, aunque pudiera parecer una verdad de Perogrullo, cuando hablamos de un paradigma constitucional que lleva nada menos que veintidós años (reparemos en ello), ha tenido que insistirse en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (fecha de entrada en vigencia, el primero de agosto de 2015) en la supremacía constitucional, al declarar a la Carta Magna como fuente del derecho.

Así, el artículo primero nos dice lo siguiente:

**ARTICULO 1°.-Fuentes y aplicación.** *Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la **Constitución Nacional** y los **tratados de derechos humanos** en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho (la negrita me pertenece).*

Si esto fue necesario para los redactores de la reforma, a pesar de que podía interpretárselo como una puesta en riesgo de sus prestigios personales (en honor a la verdad, quien suscribe ha admirado y admira en particular, la sapiencia de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, dicho sin desmedro de otros), es evidente que se encontraron en la encerrona de que el nuevo paradigma constitucional, es muchas veces solo una proclamación, carente de la máxima efectividad<sup>30</sup>.

Se refuerza la idea en el artículo segundo:

**ARTICULO 2°.- Interpretación.** *“La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los **tratados sobre derechos humanos**, los principios y los valores jurídicos, **de modo coherente con todo el ordenamiento**” (la negrita me pertenece).*

Como vemos, aquí se repite la alusión al paradigma constitucional de los DDHHFF, al invocar a los tratados del artículo 75 inciso 22 de la CN, convocando a su vez las ideas de jerarquía y

---

**Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 16, Secretaría N° 32:** Expediente N° 28763 /2014 BANCO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES c/ GIMENEZ, CLAUDIA MARGARITA s/EJECUTIVO Buenos Aires, 10 de diciembre de 2014.MF Buenos Aires, 30 de junio de 2016. MR.

<sup>30</sup>**CAÑAL, Diana R.**, “Los paradigmas normativos e interpretativos: relojes que suelen atrasar”, 12º Jornadas de Los cambios de paradigma y sus efectos, su abordaje interdisciplinario, Revista Spes Nro. 34, Octubre 2012.

**CAÑAL, Diana R.**, “El fenómeno del desajuste entre los paradigmas normativos e interpretativos en el Derecho. El caso de los derechos humanos fundamentales en América Latina. La cuestión del trabajo y los problemas procesales”, Publicado en Libro “Temas de direito do trabalho, processo do trabalho e direito à saúde: abordagem à luz dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais”, Ed. Dois de Julho, Bahia, Brasil, 2015.

sistema<sup>31</sup>, cuando refiere a una interpretación coherente con “todo” el ordenamiento.

Es que sin un sistema jerárquico, no habría modo de destrabar hipótesis de duda<sup>32</sup>. De hecho, que siempre se trata de la tensión entre el derecho de uno y el de otro, por eso el “sistema” prevé una organización interna a través de los principios normativos que encierran un determinado contenido valorativo, el del paradigma constitucional de turno.

Siguiendo esta idea, vinculemos a su vez, lo previsto en los artículos 12 y 11, en ese exacto orden:

**ARTICULO 12.-Orden público.** *Fraude a la ley. “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.*

*El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.”*

Recordemos, que el orden público en la organización jerárquica, implica la instauración de un máximo nivel de relevancia. Como una meseta superior, en la que a su vez, habrá una jerarquía interna. De ahí, las prejudicialidades, en donde aunque se diese el choque de cuestiones derivadas de normas de orden público, las que pertenezcan al derecho común deben ceder, por ejemplo, ante el penal.

A su vez, el artículo once dice:

**ARTICULO 11.- Abuso de posición dominante.** *“Lo dispuesto en los artículos 9° y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante **en el mercado**, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”* (la negrita me pertenece).

En este punto, ya queda claro que el nuevo código está dando cuenta del fenómeno de la evanescencia y complejidad de las relaciones comerciales, al que aludíamos al comienzo. Aquello de los capitales *históricos y volátiles* de Thurow<sup>33</sup>, ha alcanzado hoy unos niveles de perfección, que es necesaria una norma cerrojo como la que prevé el código nuevo en el artículo 7 in fine.

<sup>31</sup> **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III**, S.I. N° 63.585 del 30.6.14 en autos “ACEVEDO, JUAN BARTOLOMÉ C/ ESTANCIA LA REPÚBLICA S.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE – ACCIÓN CIVIL”: Nótese, cómo en este decisorio, precisamente y antes de la entrada en vigencia del Código Nuevo, se aludía a la jerarquía, y al paradigma de los derechos humanos, como un sistema normativo, una “racionalidad”. Este argumento fue introducido en dicha sentencia, a fin de explicar con mayor claridad a quienes en medios gráficos, criticaban el concepto de la *jerarquía de valores*, mudada con el nuevo paradigma.

**Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III**, S.D. del 31/08/2016 en autos “SOSA, GLADYS ESTER C/FUNDACION CIENTÍFICA DE VICENTE LOPEZ Y OTRO S/ DESPIDO”: aquí se destaca el orden de prelación normativa entendido sistémicamente.

<sup>32</sup> **FAVOREAU, LOUIS**, *“Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del Derecho”*, Volumen 59, Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia”.

<sup>33</sup> **THUROW, LESTER C.**, “El futuro del capitalismo”, Editorial Vergara, Buenos Aires, 1996  
Ibidem 25; 26

Precisamente, esta norma es una de las claves que motivan estas líneas, al establecer que “las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución **con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo**” (la negrita me pertenece), lo que claramente obedece a la condición de orden público del derecho del consumidor.

Sin embargo, esto es visto con desagrado por algunos, como una subversión del orden legal por parte de los juzgadores, cuando es exactamente lo opuesto. Obsérvese que en los fallos comerciales a los que se hizo referencia, ni siquiera fue necesario el decreto de inconstitucionalidad alguna, tratándose de argumentaciones fundadas en el sistema normativo vigente, interpretado claro está, en el marco jerárquico previsto por la CN. De hecho, algunas de estas decisiones de la justicia comercial fueron convalidadas por la Cámara<sup>34</sup>. Sin embargo, no es igual la suerte de los trabajadores.

En efecto, en nuestra disciplina la resistencia es mayor, lo cual es bastante lógico. Ya no se trata de regulaciones propias del ámbito comercial, sino de una esfera que se independizó hace mucho del mismo. Pero que por la propia naturaleza de ambos, resultan interdependientes de manera necesaria.

El problema, es cómo se maneja esta vinculación. El mercado por su lado, está acostumbrado a ver al trabajo como una parte más de su engranaje, y a pensarlo a su merced. En cambio, le es mucho más sencillo aceptar aunque sea a regañadientes, regulaciones que mejoren la posición del consumidor, porque al fin y al cabo, sus operadores aún en la mayor jerarquía, **son** consumidores, a la vez que también empleadores.

En cuanto a los obligados a dirimir los conflictos, inconscientemente si se quiere, se asimilan a la posición de *consumidor no trabajador*, lo que explica la tendencia a resistir el cambio, aunque se trate del cumplimiento de normativa constitucional.

Esta nueva crisis, lo que pone en evidencia entonces es el problema ideológico, psicológico y solo finalmente jurídico, que le hace brindar muchas veces a los intérpretes de la normativa conclusiones contrarias a derecho, como es el caso de las reglas de aplicabilidad inmediata de las normas, previstas por el Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 7 .

Nótese, que si bien este artículo parece un calco del anterior, en sus dos últimos renglones supera toda duda interpretativa. Veamos, primero qué decía el antiguo artículo 3 del Código Civil:

**ARTICULO 3º:** *“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.*

---

<sup>34</sup>Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial SALA F: Expediente N° 36020/2014 EV “BARENBAUM, CLAUDIO MARCELO c/ AMONINI, LILYANN GRACIELA s/EJECUTIVO”. Buenos Aires, 12 de mayo de 2015.

*A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias.”*

Y ahora, el nuevo código dispone lo siguiente:

**ARTÍCULO 7°.- Eficacia temporal.** *“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.*

*La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.*

*Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, **con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo** “(negrita me pertenece).*

Contamos de tal suerte, con la versión tradicional de la irretroactividad como regla, salvo que expresamente se la prevea. Y, aún así, la retroactividad no será pertinente si afecta derechos amparados por garantías constitucionales

Para el final del artículo, una vez más, los redactores del nuevo código han evitado la habitual omisión del Principio de Progresividad incorporado constitucionalmente, en los incisos 19, 23 y 22 del artículo 75; en el P.I.D.E.S.C. -arts. 5.2 y 2.1-; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -art. 26-; y el Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana -art. 1º-, al señalar que las normas más favorables al consumidor provenientes de leyes supletorias, son aplicables a los contratos en curso de ejecución.

Es decir, que la reciente codificación, luego de expresar la vigencia “evidente” del nuevo paradigma constitucional, que también contiene entre sus pilares el principio *pro homine* - con carácter de súper normas-, estableció que este, debe orientar al intérprete.

Evidentemente, este cuerpo normativo no ha querido correr el riesgo de soluciones contrarias a la racionalidad del sistema, proclamando de manera expresa cuál es la recta interpretación.

Al decir de Kemelmajer de Carlucci: “(...)las fuentes dialogan: las leyes especiales, los microsistemas, no existen en el aislamiento, en el vacío, sin interrelación alguna; al contrario, sin perjuicio de sus reglas específicas, pueden acudir al CCyC como instrumento de integración al sistema. Piénsese, por ejemplo, en los principios de buena fe, de interdicción del abuso del derecho, del fraude a la ley y de la irrenunciabilidad anticipada y general de los derechos (arts. 8/13); todos se aplican a estatutos cerrados, como la Ley de Seguros, la Ley de Concursos, el Código de la Navegación, la Ley del Ambiente, etc. Esa función de cohesión es posible, ciertamente, por la incorporación expresa en el CCyC de los principios que emanan de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos. Claro está, esta “nueva

exégesis” se consolidará con el auxilio de la jurisprudencia que se forjará al interpretar y aplicar sus disposiciones” (...)<sup>35</sup>

Mientras tanto, para el caso del trabajador quien goza de una doble protección, por su condición de tal y como consumidor, no se le reconoce la primera, en muchísimas oportunidades.

Es más, no sería de extrañar que se tome la salvedad expresa del artículo séptimo del CCCN, como una negación de su aplicabilidad a los trabajadores, olvidando que su condición de sujeto protegido es anterior a la primera ley del consumidor, y ha sido redundantemente consagrada por los dos últimos paradigmas constitucionales. Esta analogía entre el sujeto trabajador y consumidor, fue motivo de análisis para la suscripta en el fallo “Persico”<sup>36</sup>, del año 2012.

Precisamente, un caso de equidistancias interpretativas, rayanas con lo esquizofrénico, tuvo cabida con el dictado de la ley 26.773. Así, en materia de competencia, llevó a muchos a declarar prontamente la incompetencia de la Justicia Nacional del Trabajo en virtud de la opción por el derecho común (art.4 y 17).

Para hacerlo, muchos operadores jurídicos aplicaron de modo inmediato la ley supletoria por su carácter adjetivo, en olvido no solo de que la forma no puede entrar en contradicción con el fondo<sup>37</sup> (art. 28 CN, en una de sus formulaciones), sino también de que era una regla violatoria del principio de progresividad en varios sentidos (aparta del juez especial, y de las pautas interpretativas propias, que hoy por hoy regula el artículo 1709 del Código Nuevo), y por lo tanto inconstitucional.

Pero en cambio, curiosamente, en relación con las mejoras previstas en la ley, como el RIPTE, la aplicación inmediata por el carácter adjetivo se esfumó, y junto con ella la regla del in dubio (art.9 LCT), y por supuesto, la progresividad. Esa misma que el Código Nuevo procura que no se olvide en el caso de los consumidores.

Cabe destacar que el dictado de la ley 26.773, tuvo lugar en vida del Código Civil anterior, dado que el nuevo Código Civil y Comercial entró en vigencia, como lo anticipara, el primero de agosto de 2015. Pero en uno y en otro caso, el paradigma constitucional era el mismo, justamente lo que el nuevo código vino a reforzar.

Para entender la mentada resistencia, es muy interesante poder analizar los hilos teóricos, que surcan las décadas y los siglos, y nos permiten advertir constantes en el pensamiento.

Recordemos que el 26 de Octubre de 1971, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, fijó doctrina en el Fallo Plenario N° 169, en autos “ALEGRE, CORNELIO c/ MANUFACTURA ALGODONERA

<sup>35</sup> **KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA**, Prólogo al *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires :Infojus, 2015.

<sup>36</sup> **CNAT, SALA III**: SD N° 93.315 “Persico, Rubén Gustavo C/Argentoil S.A. Y Otro s/Despido”, de fecha 23/11/2012.

<sup>37</sup> **GELLI, MARÍA ANGÉLICA**; “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”; Segunda Edición ampliada y actualizada, Ed. LA LEY

ARGENTINA s/ ACCIDENTE”, en los siguientes términos: “*En caso de haberse optado por la acción de derecho común a que se refiere el artículo 17 de la ley 9688, es aplicable el artículo 1113 del Código Civil, modificado por la ley 17711*”.

Si refrescamos, en la reforma de la Ley 17711 ingresa la teoría del riesgo creado de los jueces franceses<sup>38</sup>, lo que tornaba a la antigua opción por el derecho común de la ley de accidentes, mucho más favorable que antes para el trabajador, dado que no pesaba toda la carga de la prueba sobre sí.

Para entonces, la reforma que ingresara el artículo 14 bis al texto constitucional, introduciéndonos en el paradigma universal del Constitucionalismo Social, llevaba catorce años. Y, aunque parezca mentira, en este plenario de jueces especialistas en la materia, casi pierden los trabajadores la opción por el artículo 1113 segunda parte del Código Civil, modificado por la ley 17.711.

Recordemos, que seis, de quince, camaristas consideraron que el Código Civil al que hacía alusión el artículo 16 de la ley 9688 era el de 1869, por lo tanto, no era válido interpretar que la opción podía alcanzar la norma reformada (Se expidieron por la **afirmativa**, coincidente con la opinión del entonces Procurador Dr. Humberto A. Podetti, los doctores: Juan C. Goyena, Oreste Pettoruti, Justo López, Armando D. Machera, Mario E. Videla Morón, Manuel G. Míguez, Amadeo Allocati, Guillermo C. Valotta, Alfredo C. Córdoba; y por la **negativa** votaron los doctores: Juan B. Fleitas (h.), Marcos Seeber, Oscar F. Guidobono, Guillermo C. R. L. Eisler, Jorge A. F. Ratti, y Osvaldo F. Rebullida).

Si memoramos, difícilmente la doctrina triunfante en el plenario pudo haber sido otra, cuando el artículo 14 bis de la CN consagra los beneficios de la seguridad social, con carácter integral e irrenunciable. Sin embargo, por poco el resultado no fue adverso y, por ende, contrario a derecho.

De aquí en más, la tendencia contraria al derecho vigente se radicalizó. Así, diez años después, se dicta el Fallo Plenario N° 225, "PRESTIGIÁCOMO, LUIS C/HAROLDO PINELLI SA" del 19 de mayo de 1.981, según el cual "La ley 21034 no es aplicable a los accidentes anteriores a su vigencia, aun cuando la incapacidad de ellos derivada se haya consolidado con posterioridad".

Para entonces, vale recordar, se encontraba vigente el artículo 3 del CC, que tanto como el actual artículo 7 del CCCN, rezaba que “a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”.

Norma esta que es un festival para las lecturas ideologizadas, sin apego al derecho vigente. Enfermedad que se cura, si este último prevé pautas muy específicas y concretas a nivel de los principios jurídicos, sesgando la posibilidad del *per que me piace*.

<sup>38</sup>ORGAZ, ALFREDO ORGAZ, “*La Culpa: (Actos Ilícitos)*”; Ed. Lerner, Buenos Aires, 1.970.

Tengamos presente que para 1981, el grado de precisión brindada al intérprete desde los principios normativos, era muy superior al del año 1971. Ya no solo se disponía del artículo 14 bis de la CN, sino también del artículo 9 de la LCT, un gran principio normativo: ante la duda, el juez debe brindar la solución más favorable al trabajador.

Este es, precisamente, un principio universal (el *favor debilis*), muy claro del Constitucionalismo Social, que le permite al juez superar vaguedades, ambigüedades y hasta lagunas normativas: “debe” escoger la solución más favorable al trabajador.

Sin embargo, no fue esta la postura de la mayoría en el plenario, en donde se desató un debate sobre la causa fuente, y la inseguridad jurídica.

El dictamen del entonces Procurador General del Trabajo, Dr. Jorge G. Bermúdez, referenciaba una ausencia de norma específica, lo que ya evidencia que su análisis habría de prescindir del rol interpretativo del principio normativo del artículo 9 de la LCT.

Ahora bien, ante la ausencia de norma “específica”, el razonamiento no debía detenerse allí, puesto que para salvar el escollo interpretativo, correspondía utilizar el artículo 9 de la LCT, oficiando como norma “especial” de un nivel superior. Es decir, un principio normativo del área, encargado de orientar al intérprete.

Recordemos que para la doctrina y la jurisprudencia dictada en vigencia del anterior Código Civil, en conflictos interpretativos la ley especial desplazaba a la general.<sup>39</sup>

Sin embargo, es antigua la cosmovisión que entiende a los principios como de carácter discrecional. Error este que se funda en la aparente falta de consecuencia jurídica. Decimos “aparente”, porque no es así. Precisamente en razón de que estamos ante un **sistema** normativo, donde la sanción está ubicada en otra parte del mismo. Entre otras, el juicio político del juez.

Todo ello en razón de que, conforme a la noción de sistema, se trata de un todo en donde existe una organización interna y jerárquica que, además, se supone cerrada, dada la existencia de una norma de clausura (art.19 CN). Un sistema de esta especie, se retroalimenta, por eso no puede existir una conducta indicada como la debida, sin la consecuente sanción. Por ende, es obligatoria la aplicación de los principios.

De no admitirse esta conclusión, toda norma que no tenga la estructura cerrada del tipo penal, no sería más que una admonición, y en ese nivel estaría entonces la propia Constitución Nacional.

Esto es claramente un absurdo, que tal vez se vincule con la incorrecta extrapolación del debate Dworkin /Hart<sup>40</sup>. En el mismo, ante un

---

<sup>39</sup> “Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado”, Director BUERES, Alberto J.; Ed. Hammurabi SRL; pág. 559: análisis del artículo 963 CCCN

<sup>40</sup> REVISTA SPES Nº 36 : “DERECHOS HUMANOS”, 26/09/2014, pág. 57/65. También ver Sentencia “Acevedo”, lb 30.

*hard case* con ausencia de norma específica, según Hart el juez estaría obligado a ser discrecional, y para Dworkin correspondería aplicar los principios. Pero no está hablando de principios normativos, sino morales, y además el análisis se ubica en un modelo jurídico mayoritariamente de *common law*. Es decir, un sistema abierto plenamente a la interpretación jurisprudencial, con los consecuentes cambios de criterios vinculables a la política de turno<sup>41</sup>, como lo comencé a desarrollar en el apartado V con los fallos de la corte norteamericana.

Los principios normativos, por el contrario, no son disponibles sino obligatorios, y los hay en todos los niveles, como es el caso del de progresividad con la última reforma constitucional, o como norma especial laboral, en el del *in dubio pro operario*<sup>42</sup>.

Sin embargo, la mayoría de la Cámara lo ignoró en 1981, perdiéndose en otras disquisiciones. Porque es claro que el accidente opera como causa fuente, mas con él se abre un continuo de consecuencias. ¿Por qué motivo el accidente operará como un ancla que agote el derecho aplicable a ese momento?, o ¿por qué habrá de interpretarse lo contrario, tomando las secuelas del siniestro –incluido el proceso judicial- como parte de un continuo?

La segunda pregunta, tiene más motivos jurídicos para ser atendida.

En efecto; en primer lugar, porque es exactamente lo que decía el artículo 3 del Código Civil: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán **aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes**”. Con lo cual, la Ley 21034 no era la ley vigente al momento del accidente, pero la incapacidad que no se definió enteramente para entonces –o no se indemnizó-, es una de estas situaciones jurídicas existentes para el tiempo en que esta última entrara en vigor. En segundo lugar es, precisamente, porque un principio de la ley especial así lo dice. Y si recordamos, aquél Código Civil, tenía como principio que la ley especial, desplaza a la general. Con lo cual, era un principio general del derecho común, el que otorgaba preeminencia al principio especial laboral, conforme a la cita número 39.

Así lo vio el Dr. Zuanich, al establecer en su voto que la indemnización debía ser calculada al momento en que se consolidara la incapacidad de manera completa. Ello en atención a que la acción resarcitoria la generan el accidente y la incapacidad remanente que generalmente no coinciden en el tiempo, sin ambos elementos, el trabajador no puede perseguir el cobro del crédito indemnizatorio.

A su vez, el Dr. Guibourg brindó una respuesta al interrogante, resultando evidente que tampoco seguía el mandato normativo del 9 de la LCT (como había sucedido con Bermúdez), precisamente por el carácter del contraejemplo que utilizó para fustigar la postura de Zuanich. Se preguntó entonces, si una víctima podría quedar desprotegida, en caso de que fuera dada de alta luego de la derogación de una norma en particular,

---

<sup>41</sup> Para mayor información, Fallo “Acevedo”. Ibidem 30.

<sup>42</sup> Ver Ibidem 30, Fallo “Sosa”

que resultara ser más beneficiosa, lo que debería ser admitido de seguir la tesis expuesta por Zuanich.

Así, el camarista expresó textualmente: “La tesis expuesta por el doctor Zuanich constituye una doctrina sólida y coherente, pero estimo que su premisa (que la causa determinante del crédito sólo se perfecciona con la consolidación de la incapacidad) puede tener consecuencias jurídicas más amplias que una diferencia en los topes indemnizatorios. Supóngase, en efecto, que la ley 9688 fuese lisa y llanamente derogada, y que la protección del trabajador accidentado se canalizara exclusivamente a través de la Seguridad Social (obras sociales, jubilación por invalidez parcial u otros medios que no incluyeran indemnización por incapacidad definitiva). ¿Habría de admitirse que la víctima quedara desprotegida porque fue dada de alta luego de la derogación? La premisa mencionada llevaría a responder afirmativamente, ya que el derecho al resarcimiento no habría llegado a nacer.”

También mencionó que este tema tenía “un considerable trasfondo de equidad”, advirtiendo que “el notorio retroceso del salario mínimo vital respecto de los niveles reales de remuneración tiende a deprimir excesivamente los topes indemnizatorios que se calculan sobre su base”. Aunque concluyó que este es un problema de competencia legislativa, que establezca “una relación económica razonable entre incapacidad y resarcimiento tarifado”, y no que deba ser aceptada una pauta genérica sobre la vigencia intertemporal con ámbito de “consecuencias abiertas”

Cabe recordar en el punto, que la reforma de 1957 al introducir el artículo 14 bis a la CN, vuelca la regla de la equidad. Alude a condiciones dignas y equitativas de labor, las que en opinión del voto analizado, generan “consecuencias abiertas”.

Ya se vislumbraba en este voto la doble vertiente que habría de continuarse hasta nuestros días: por un lado, flagelar con la falta de objetividad a quien aplica la norma más favorable (por razones pretendidamente “emotivas”, “afectivas” o “ideológicas”<sup>43</sup>), y por el otro, afirmar que es una cuestión ajena al juez, que debe atender el legislador.

---

<sup>43</sup> **CNAT, SALA III**: SD de fecha 26/09/2011, AUTOS “SALOME, RICARDO ROQUE C/ KODERER, ANA LAURA Y OTROS S/ DESPIDO”. Cito al respecto: “(...) los codemandados realizan un contrapunto entre lo que, consideran, es la “verdad objetiva”, por un lado, y el “dogmatismo de la ideología”, de la cual estaría teñida, en su opinión, la sentencia de anterior grado. Así, manifiestan que cada etapa histórica tuvo gobiernos de distinta índole, cada uno con su propia ideología, la cual influyó en sus actos y en las decisiones judiciales, especialmente sobre las dictadas por el fuero del Trabajo. Agrega que la sentencia en crisis, fue “dictada durante un gobierno al que se califica insistentemente popular porque contienen sus decisiones notoria influencia de ese modo de pensar y su contenido dogmático como tienen todas las ideologías sin distinción”. Agregan que la sentencia también sufre del “escepticismo que evidencia la Juez de Grado, escepticismo que la hace dudar de las constancias probatorias obrantes en autos, tanto documentales como testimoniales”, y que la misma habría determinado una inconstitucionalidad de oficio recurriendo para ello a “decisiones no especializadas en derecho laboral, como la que cita de la Convención Internacional de los Derechos Humanos (CIDH)”. Esgrime que, en virtud de tal cita desacertada, habría incorporado intereses, y costas en beneficio del actor, imponiéndolas a la demandada. Tanto el dogmatismo de la ideología que la influye, como su escepticismo, sostienen, nublarían la verdad objetiva que surge de las pruebas ofrecidas. Más aun, sostienen que la juez de anterior grado estaría admitiendo una postura ideológica y dogmática al disponer: “El escenario expuesto entonces, nos obliga, en el marco del paradigma normativo/interpretativo de derechos humanos por

el que transitamos en el presente, a articular la realidad a la que nos enfrenta nuestro tiempo con la protección que merece el trabajador en cuanto 'señor del mercado... y no esclavo de este'. Desviándose, entonces, del principio de congruencia, la juez de anterior grado habría realizado un uso exagerado de *iura novit curia*. Mencionan que se habrían "retorcido las pruebas" a los fines de obtener una sentencia acorde con su ideología. La cuestión obedecería, explican, a su dogmatismo populista. Cabe referir, entonces, que en su parte plenamente específica (el uso erróneo de la prueba), por lo dicho con anterioridad, este agravio deviene abstracto. Ello, por cuanto, habiendo analizado las probanzas producidas, ya hemos referido de qué manera la acreditada prestación de tareas no veía desvirtuado su carácter laboral. Ahora bien, debe referirse, con respecto al resto de los comentarios, que la sentencia en crisis se encuentra apoyada plenamente en el derecho vigente, pero que recibe la habitual e injustificada crítica de ideológico cuando, en realidad, sería dogmático e ideológico no aplicar plenamente el mismo. Desde 1994, el paradigma aplicado en la sentencia es el vigente, el cual no hace más que profundizar el que se encontraba desde 1957, de Constitucionalismo Social. Los argumentos de los apelantes, en todo caso, podían tener la pretensión de enmarcarse en la constitución liberal o clásica de 1853, lo que ciertamente los deja fuera del derecho vigente. Aunque ni siquiera en este contexto puede vislumbrarse que las probanzas aportadas por los contrarios fueran del todo convincentes, debido a los graves defectos que ya se consignaron *ut supra* en cuanto al supuesto contrato de sublocación, y a lo referido en las pruebas testimoniales. Más aun, los comentarios de los codemandados son de suma gravedad, puesto que una cosa es oponerse, y otra muy diferente es pretender que el derecho vigente no es tal, azotando a los que sí lo tienen correctamente por vigente, tanto legisladores como jueces. Entonces, no solamente se observa que el bloque de constitucionalidad vigente incluye los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en el mismo nivel jerárquico que la Constitución Nacional, sino que distintos instrumentos a nivel local recuerdan esta jerarquía. Así, el art. 1 del Código Civil y Comercial enuncia: "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, **conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte**. A tal efecto, se tendrá en cuenta la **finalidad** de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho" (la negrita me pertenece). Sobre ello mismo, y la noción de coherencia e interrelación del sistema, vuelve el art. 2 del mismo cuerpo normativo, el cual establece: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta **sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos**, de modo **coherente** con todo el ordenamiento" (la negrita me pertenece, una vez más). Entonces, estas normas están dando cuenta, nuevamente, del paradigma obligatorio que debe ser aplicado en el caso, de su jerarquía y coherencia. Por otra parte, la existencia innegable de estas normas porta un deber positivo y otro negativo. El último tiene que ver con no realizar acciones que impidan o restrinjan el ejercicio de los derechos establecidos, mientras que el primero consiste en garantizar dichos derechos. Así, afirma Gialdino, que "La obligación de garantizar o de realizar los derechos humanos, contrariamente a la tratada en el punto anterior, de respetar, pone en cabeza de los Estados una conducta activa, un deber 'positivo', que asegure la 'existencia' en la 'realidad' del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Corte IDH, "Godínez Cruz", 176; OC- 11/90, 34; "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros", 151). Asumir obligaciones en materia de derechos humanos resulta, en este sentido, asumir la labor de "traducir en la realidad" esos derechos (Com/Niño, Obs. Gral. 6, 2, y7, 3), de asegurar su "realización práctica" (CD Mujer, art. 2º .a), de hacer "mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas" (Com/DESC, Obs. Gral. 5, 9)". "El Estado, en suma, no puede limitarse a "permanecer pasivo", y no hay razón para distinguir entre actos y omisiones (Corte EDH, "Sovtransavto Holding v. Ukraine", 25/7/2002, 96 y sus citas; "Airey v. Irlanda", 9/10/1979, 25), ni entre esfera pública y privada: "las obligaciones positivas deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita" (Corte IDH, "Huilca Tecse", 76, *infra* 5.1.6). Luego, cobran toda su potencialidad, en el presente contexto, los principios de efectividad (cap. 1, 5.1) y de progresividad dinámica (cap. 1, 7.1)". (GIALDINO, Rolando E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*; Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013). Es decir, el hecho de que el estado nacional haya suscripto diversos tratados internacionales y, mediante el procedimiento adecuado de reforma constitucional, les haya dado la jerarquía más alta, lo compromete a hacer plenamente efectivo su cumplimiento. De lo contrario, dicha jerarquía se volvería exclusivamente eufemística. Por ello, considero que es necesario recordar una vez más de qué manera está construida la misma y en qué se apoya. (...) Pero no puedo abandonar el punto, sin una reflexión final. Existe en la teoría general del Derecho un binomio, el de la Racionalidad y la Razonabilidad. Conforme al mismo el juez/operador al que se ataca en este agravio, la Señora Jueza de primera instancia en la especie, debe verificar cuál es el derecho vigente: lo que justamente llamamos racionalidad del sistema (organización jurídica dada por los principios normativos, en el marco del paradigma constitucional de turno), y luego aplicarlo de manera razonable. Es decir, adecuándolo al momento en que debe emplearlo, que refleja necesariamente una variación en relación con el momento de su creación (vgr. la calificación de persona como la unión de óvulo y espermatozoide en el Código de Vélez, resultaba irrazonable como criterio excluyente en las postrimerías de ese Código). La razonabilidad es la válvula de adaptación, pero nunca de transformación. Luego, lo que hoy constituye la racionalidad del sistema,

Nótese entonces, que en momento alguno se contempla en el voto del Dr. Guibourg, la consideración de que, aún cuando hubiese sido derogada la ley 9688, habría un punto fijo normativo: el artículo 9 de la LCT. Por el mismo, resultaría obligada la interpretación de la aplicación inmediata de toda norma adjetiva **más favorable**. En ese caso, no podría afectar al demandante una derogación que lo colocara en peor situación de aquella en la que se encontraba hasta ese momento.

En oposición a esta postura, y en la misma lógica del Dr. Zuanich, votó el Dr. Fernández Madrid, quien lúcidamente afirmó que “en el caso de incapacidad permanente, ésta es una consecuencia de una relación o situación jurídica existente (el accidente) en los términos del artículo 3 del Cód. Civil. De ahí que la medida del daño resarcible debe ser fijada aplicando la ley vigente en el momento en que se consolidó dicha incapacidad.”

Sin embargo, la saga de los argumentos “ideológicos” continuó triunfando. Así, reaparecen con el FALLO PLENARIO N° 277 - "VILLAMAYOR, JOSÉ DOMINGO C/LA FRANCO ARGENTINA SA. S/ACCIDENTE" – del 28 de febrero de 1.991, el que fijara la siguiente doctrina: "La reforma dispuesta por la ley 23643 al art. 8 de la ley 9688, no es aplicable a los infortunios laborales ocurridos con anterioridad a la fecha de su vigencia".

Contó el mismo con el dictamen del entonces y actual Fiscal General Dr. Eduardo Álvarez, quien consideró que una interpretación contraria, implicaría caer en la hipótesis de la vedada retroactividad. Con lo cual, intentaba blindar su argumento de que el orden público en sí mismo no importaba retroactividad, debiendo encontrarse específicamente establecida.

Por cierto, que esta conclusión entraría en abierta contradicción con la letra del artículo 3 del CC, en su primera parte. Recordemos una vez más: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. Sin embargo, se ajustaría a la segunda parte del artículo, que se abría a la interpretación de una manera muy peligrosa cuando decía: “No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en

---

o lo que es lo mismo, el derecho vigente, no es más que el fruto teórico de un dato fáctico: quienes ganan, generan un derecho positivo a su medida, y ésta está dada, por lo que ese grupo consideró razonable, que termina convirtiendo en racionalidad (GUASTINI, RICCARDO, “Escepticismo y cognitivismo en la teoría de la interpretación” *Doxa* (Alicante), s.d.). Digo con esto, que el derecho es ideología cristalizada, reglas de juego consolidadas, que mientras que no sean derogadas, resultan la racionalidad del sistema y, por lo tanto, obligatorias. El desacuerdo con el derecho vigente, válido por cierto, no habilita a los operadores del sistema (y mucho menos al juez, que jura defender la Constitución Nacional) a negarlo. De hacerlo, impondría SU ideología, por encima de su obligación. Y esto, nos lleva a los fallos de la CIDH. Recordemos que una norma del sistema (el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) dispone que los tratados de Derechos Humanos que especifica “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional” tengan jerarquía constitucional. Lo que, debe integrarse, en consecuencia, con el principio de Progresividad (CADH art. 26; PIDESC art. 2.1; PIDCP art 5; y Protocolo de San Salvador arts. 1 y 2) que a su vez implica atender la interpretación más favorable que haya recibido cualquiera de estas normas al tiempo de su interpretación. Esto es lo que hace, justamente, la juez de anterior grado al citar la sentencia de la CIDH. De manera que lo que sostiene el apelante sería ideológico en términos de *lege data*, lo cual es inadmisibles. Por el contrario, si fuera una propuesta de *lege ferenda*, sería válido.” (Sic).

contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

Como vemos, será el intérprete, en definitiva, quien diga si se ve afectada una garantía constitucional, o cuál sujeto dispone de una garantía jerárquicamente preeminente.

Respondiendo al galimatías que implicaba esta norma, el Dr. Álvarez dirá que: “Así planteada la cuestión, no cabe duda de que se trata de elucidar si la ley 23.643 tiene o no efecto retroactivo, porque no es válido a mi modo de ver, alegar la posibilidad de una aplicación inmediata en función del concepto de la "situación jurídica existente" a la que alude el Código Civil”. En función de ello, consideró ilícito el fraccionamiento temporal entre el hecho y sus consecuencias.

Todo lo cual, nos coloca ante la evidencia de un manejo discrecional del concepto de consecuencia, ciertamente ideológico, dado que si vamos a considerar que cuando una consecuencia de una situación jurídica previa (vgr. el accidente), es alcanzada por una ley nueva, esto sería una aplicación retroactiva, se terminaría anulando el concepto de consecuencia en sí mismo, perdiendo el artículo su sentido.

Ciertamente, destaco que no se hizo tampoco en Villamayor aplicación de la regla del artículo 9 de la LCT, a pesar del esfuerzo interpretativo que evidenciaba una duda.

Pero en este fallo plenario, nos vamos a encontrar con un votante, el Dr. Morando, que sí tiene presente el mandato del artículo 9 LCT, pero para desplazarlo, por considerar que su resultado constituye un sofisma, en línea de pensamiento idéntica a la de Guibourg en Prestigiácomo, cuando le saliera al cruce a Zuanich.

El mismo dice textualmente: “A mi juicio, este enfoque merece algunas objeciones. El art. 9° de la ley de contrato de trabajo establece el método para resolver conflictos derivados de la concurrencia de dos o más normas vigentes, igualmente aptas para regular una determinada institución de derecho del trabajo. Ordena la aplicación de la más favorable para el trabajador, aun cuando sea de un nivel jerárquico inferior. El art. 9° ley de contrato de trabajo no es una norma de derecho transitorio, función que cumple subsidiariamente, en derecho del trabajo, el art. 3° del Cód. Civil. Su invocación a ese efecto, implica la introducción de un elemento extrasistemático y conduce a otro sofisma: utilizar la pauta de elección de la norma aplicable entre dos o más vigentes y concurrentes, para sostener la vigencia de una norma. El razonamiento es el siguiente: si la ley A estuviera vigente sería más favorable que B; en los casos de concurrencia de leyes se debe preferir la más favorable; luego, la ley A está vigente. La vulnerabilidad de este argumento queda en evidencia si se pregunta a quienes lo sostienen si, en caso de que la ley 23.643 fuera menos favorable que el régimen que vino a sustituir, utilizarían el art. 9° de la ley de contrato de trabajo para negarle eficacia, en una situación idéntica.”

Empero, este razonamiento también tiene apariencia de sofisma, dado que olvida que el sistema normativo tiene una racionalidad imperativa, que prohíbe poner en peor posición al sujeto especialmente protegido: ley penal más benigna, in dubio pro operario etc. Lo cual, ya en el paradigma constitucional actual resulta menos discutible, cuando se da la hipótesis de un caso en plena secuela del proceso judicial, donde la efectividad del derecho no sería posible sin aplicación del principio de progresividad.

De todos modos, el Dr. Guibourg volverá, en “Villamayor”, sobre sus pasos de “Prestigiácomo”, retomando la idea de que en todo caso se está ante un problema legislativo. Refiere la existencia de un fuerte reclamo de equidad “en el cuerpo social cuando el legislador permite, con su inactividad durante largo tiempo, que la garantía legal se degrade por vía de la desvalorización de la moneda sin contrarrestar ésta con una adecuada movilidad de los parámetros de cálculo”.

Hace entonces su aparición en escena el argumento del pensamiento “fuertemente emotivo”, ese mismo que se ha empleado hoy en día, solo que bajo un paradigma constitucional diferente.

Su argumentación en la línea de la retroactividad, hizo referencia a dos tesis interpretativas que aceptaban la aplicación retroactiva de la norma. Una de ellas, más abarcativa, y la otra más estrecha. La tesis máxima se fundamentaba en la interpretación de “consecuencias” del art. 3, como aplicable a cualquier reclamo judicial pendiente de sentencia definitiva.

Sobre ello, refirió que la aplicabilidad de una norma legal dependía de la aparición del hecho determinante de la obligación. La segunda justificación de tal postura, residía en el “mayor valor” que cabía conferirle a la nueva normativa, en términos valorativos. Al respecto, se preguntó cómo podría estarse seguro de si la retroactividad era valiosa. Este argumento fue el esgrimido en “Prestigiácomo”, seguido luego en este plenario por el Dr. Morando.

El razonamiento, entonces, podía limitarse a las reformas favorables al trabajador, preservando los derechos adquiridos frente a modificaciones *in peius*, tal y como sucede en el sistema penal. En tal sentido, observó que la aplicación de un principio como “retroactividad de la ley penal más benigna” en el ámbito laboral, traería aparejada una serie interminable de consecuencias, hasta llegar al punto que “el propio respeto de la cosa juzgada podría volverse injustificado”.

Lo que por cierto, parece en sí mismo un *argumento emotivo* de fuerte impacto, que sin embargo implica pasar por alto aspectos que hacen a la congruencia, y omite evaluar circunstancias de la realidad en sí misma en la que queda inserta dicha traba, que habilitan modificaciones en beneficio de unos y otros (ley Martínez Raymonda en favor del deudor, y ley 23928, en beneficio del acreedor), así como modificaciones de los intereses, también en uno y otro sentido.

Luego, el Dr. Fernández Madrid, una vez más en minoría y a favor de la aplicación inmediata, a los argumentos sostenidos en

“Prestigiácomo”, agregó que “tratándose de leyes que cubren contingencias de la seguridad social, buscan remediar situaciones afligentes y su aplicación inmediata resulta de la necesidad que se intenta reglar, la ley lleva en sí la vocación de su aplicación a las situaciones en curso de resolución...lo que la ley indemniza son incapacidades no meros accidentes por lo que la ley aplicable no puede ser otra que la vigente al tiempo en que se determine la existencia de la causa que origina la reparación”. Para concluir, que “el juez determina la incapacidad y sus alcances y efectúa (determina) la liquidación respectiva, tratándose (...) de una circunstancia sobreviniente al accidente, que puede consolidarse bajo una ley distinta de la vigente al momento del infortunio (...)”

A su turno, el Dr. Capón Filas expresó, entre otros argumentos, que si la norma emite directivas para su aplicación opera el art. 3, por lo que, si un accidente de trabajo ocurrido en la vigencia de una ley anterior aún no obtuvo respuesta jurídica o la emitida continúa en discusión, es un supuesto de “consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, siendo la nueva ley de aplicación inmediata.

Nos preguntamos entonces, cuál sería el fundamento para admitir, por ejemplo, como consecuencia del contrato de alquiler los sucesivos pagos alcanzados por normas indexatorias, o la alícuota de la ART para estar más en tema (que va recibiendo incrementos, que se pretenden vedados en la indemnización del trabajador<sup>44</sup>), y no así las secuelas propias en la salud, con motivo de un accidente, como tampoco el incremento de la base de cálculo de la indemnización.

Más aún, si recordamos que la segunda parte del artículo 3 del CCN, rezaba “A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”. Recordemos, que estamos ante la consecuencia de un contrato, y nada menos que de trabajo, en plena vigencia del artículo 14 bis.

No obstante, se observa una interpretación discriminatoria según la materia, para fenómenos secuenciales de la misma especie, donde una norma posterior por ejemplo, prevea indemnización.<sup>45</sup>

En efecto, reflejemos la seguidilla: I) el contrato de alquiler, celebrado en el punto A, habilitaría de todos modos incrementos en el futuro B; II) lo mismo sucedería con el contrato de seguro, y los incrementos de las alícuotas; III) el accidente acontecido en tiempos de la ley A, no puede recibir los beneficios en el incremento indemnizatorio vigentes en el tiempo B.

Todo esto resultaba y resulta, contrario a derecho. Como se verá más adelante, cuando el análisis haya abarcado hasta la Constitución vigente en nuestros días, tenemos una sumatoria de normas que forman

---

<sup>44</sup> **CNAT**, Sala III, S D del 30/11/2016 en autos “MASULLO, ARIEL OSCAR /PROVINCIA ART S.A. S/ACCIDENTE-ACCIÓN ESPECIAL”, entre otras.

<sup>45</sup> O bien, obsérvese lo que sucede en materia de intereses. En este punto se devela la lógica crematística habitual en los deudores: si se trata de mejoras para el trabajador, el siniestro opera como un anclaje, dejando secuelas del mismo en un pasado, en el que no estaba vigente la reforma. En cambio, si se trata de intereses, se iza el barrilete, para que el viento lo lleve lo más adelante posible, en un futuro en donde se termine pagando menos. Francamente, macchiavélico.

un *crescendo* normativo, lo que implica la imperatividad de resolver de la manera más favorable para el trabajador. Es decir, que el marco de objetividad, a medida que pasó el tiempo se fue consolidando cada vez más.

De este modo se sale del falaz argumento de la “falacia”, porque no es que la ley del tiempo A que no se encuentra vigente sería más favorable que la del tiempo B, y por eso se torna vigente de conformidad con el artículo 9 de la LCT (lo que implicaría que ignoramos lo que significa que una norma se encuentre vigente), sino que en todos estos casos lo que se discute, es si la ley del tiempo B, que está “vigente” y es la más favorable, debe aplicarse para resolver una “consecuencia” del accidente acaecido con anterioridad a su vigencia.

La pregunta sería entonces, ¿cuál fue en todos los plenarios de referencia, la norma del tiempo B (el de las consecuencias), que se encontraba vigente?. Y aquí, sí nos detenemos, la ley 21034 que se declaró en “Prestigiácomo” no aplicable a los accidentes anteriores a su vigencia (1981) no contenía ninguna norma de derecho transitorio especial, lo que nos devolvería a las reglas del Código Civil (art.3), que refieren la inexistencia de retroactividad si la norma específica nada dice.

Sin embargo, el razonamiento no podía terminar aquí, puesto que el artículo 9 de la LCT, sí lo establecía, tal y como lo viera Zuanich, de modo que hay norma específica. Recordemos que se trata de un principio normativo, precisamente de carácter interpretativo, que abarca todas las normas de jerarquía inferior de la especialidad.

Asimismo, tengamos presente, que esta “retroactividad”, no solo no viola principios constitucionales, sino que los asegura (art.14 bis), tal y como reclama, una vez más, el propio art.3 del Código Civil.

Luego, en “Villamayor” (1991), estamos en la misma situación, al declararse inaplicable la reforma prevista por la ley 23643 del artículo 8 de la ley 9688, a los accidentes anteriores a su vigencia.

Así, resulta curioso que en la misma posición estamos hoy a pesar de contar con el agregado del artículo 75 inciso 22, de la reforma constitucional de 1994.

A esta altura del relato, si volvemos al principio, nos debe quedar mucho más claro el uso “interesado” (“emotivo”) que se hizo del derecho desde “Prestigiácomo” hasta nuestros días, donde la solución contraria al trabajador se instala, a pesar de que el derecho ordene lo contrario, y cada vez más.

Paradójicamente, muy atrás en el tiempo, en en el FP “Alegre”<sup>46</sup> (1971) al que ya hiciera referencia, encontramos las palabras

<sup>46</sup> Fallo Plenario N° 169, en autos “ALEGRE, CORNELIO c/ MANUFACTURA ALGODONERA ARGENTINA s/ ACCIDENTE”, 26/10/1971, **Publicado:** JA 12-1971-438, Citar ABELEDO PERROT N°: 2/15437

del dictamen del Dr. Humberto Podetti, que provocan la reflexión en este punto. Nos dijo entonces:

*“Es evidente que con la reforma del art. 1113 Ver Texto se ha ampliado notablemente los supuestos de responsabilidad objetiva, con lo que la excepción al sistema del Código Civil representado por la ley 9688 Ver Texto no tiene ya los alcances que se le reconoció en relación con el texto de aquél, anterior a la sanción de la ley 17711 Ver Texto. Sin embargo, dentro de supuestos como los del art. 1113 Ver Texto , donde hay posibilidades excusatorias de parte del dueño de la cosa que al menos teóricamente son más amplias que la estrictez consagrada en el art. 4 Ver Texto ley 9688; o la atenuación patrimonial del deudor (art. 1069 Ver Texto párr. 2º, añadido por la ley 17711 Ver Texto ), dejan aún margen de actuación al sistema de la Ley de Accidentes del Trabajo (véase Centeno, "Los accidentes del trabajo frente al nuevo art. 1113 Ver Texto del Código Civil", DT 1970-600/601: Fernández Madrid, "El art. 113 Ver Texto del Código Civil y la ley de accidentes del trabajo" cit. ps. 399/400). Hay, entonces, situaciones en las que se justifica la opción por uno u otro sistema resarcitorio, según que las circunstancias fácticas permitan prever un resultado más conveniente.”*

*“Al sancionarse la ley 9688 Ver Texto por los motivos ampliamente expuestos en la doctrina, y a los que ya hice sucinta referencia (ver supra ap. 1), se pretendió establecer un régimen indemnizatorio que diera mayores seguridades para la reparación de los daños del trabajo. Pero la circunstancia, ulterior, de que en importante medida la legislación civil sobre daños haya evolucionado hacia la responsabilidad objetiva, en ventaja de las víctimas de aquéllos, no puede llevar a la conclusión de que la opción de demandar la reparación de un accidente del trabajo o enfermedad profesional según el derecho común, se limite a lo dispuesto en el art. 1109 Ver Texto CCiv. y no alcance al art. 1113 Ver Texto de éste. Resultaría así que, póngase por ejemplo, el peatón que sufre un accidente automovilístico estaría en mejores condiciones que el trabajador víctima de un infortunio laboral.”*

*“En orden a la interpretación de las leyes, ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, por encima de lo que ellas parece decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país; en esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas cuando al interpretación razonable y sistemática así lo requiere (Fallos 263:227 Ver Texto) (3). No deben interpretarse las leyes conforme a la desnuda literalidad de sus vocablos, ni según rígidas pautas gramaticales, sino computando su significado jurídico profundo (Fallos 265:242 Ver Texto ) (4); y al efecto ha de tenerse en cuenta el contexto general de aquéllas y lo fines que las informan (Fallos 264:152 Ver Texto ; 265:256 Ver Texto [5])”*

*“Conforme esas pautas jurisprudenciales, considero que cuando el art. 17 Ver Texto ley 9688 autoriza a optar por la acción que pudiere corresponder según el derecho común, es allí donde se halla la esencia del mandato legislativo. La mención que sigue ("por causa o negligencia del patrón"), se explica en función del estado que la legislación vigente en el año 1915 de sanción de dicha ley, conforme también su interpretación jurisprudencial y doctrinaria entonces prevalecientes. Al variar dicha legislación, como resalta el nuevo texto del art. 1113 Ver Texto CCiv. y la derogación del art. 1133 Ver Texto , debe considerarse válida la norma que prevé la opción, aun cuando referida a lo que se rige en la actualidad. Es*

*así que la finalidad de la ley queda satisfecha, armonizada con los preceptos respectivos que contemporáneamente rigen en materia de responsabilidad por daños. En ese orden de ideas, sostiene Fernández Madrid que para que la remisión del art. 17 Ver Texto "tenga sentido actual debe comprender tanto las hipótesis de culpa sujeta a prueba del art. 1109 Ver Texto , como las de culpa presunta del art. 1113 Ver Texto (el dolo no es materia de controversia). Y debería arribarse a la misma solución aun cuando se entendiera que la responsabilidad por el riesgo de la cosa no es una hipótesis de culpa, pues no es posible acudir a un sistema sin vigencia para establecer los derechos a la indemnización civil de los accidentados en la industria (ámbito que debe ser especialmente protegido). De lo contrario se pondría a dicho sector en una situación eventualmente desfavorable con relación al resto de los habitantes del país" ("Los accidentes del trabajo frente al nuevo art. 1113 Ver Texto del Código Civil" cit., p. 399). Aun cuando ahora, con la reforma sancionada por la ley 18913 Ver Texto (6), el campo de aplicación de la ley 9688 Ver Texto se ha ampliado, excediendo a los que se desempeñaban en las industrias que contemplaba el art. 2 Ver Texto de aquélla, la observación sigue siendo válida, en cuanto al sector trabajadores dependientes, a los que como tales no cabe desconocerles expectativas de derechos inferiores a las de como simples sujetos de la legislación civil."*

*"Considero del caso concluir señalando que, si se admite el principio de la norma y de la condición más favorables en la aplicación del derecho del trabajo (conf. García, Alonso, "Derecho del trabajo", t. 1, 1960, Barcelona, p. 252 y ss.; como Krotoschin, "Tratado" cit. t. 1, n. 16, p. 67), surgiría como una incongruencia que por aplicación del art. 17 Ver Texto (cit.) se desconociera la posibilidad de ampararse las víctimas de un infortunio laboral o sus derechohabientes en hipótesis de la ley civil que ofrezcan mayores beneficios que la ley especial". (Sic)*

En conclusión, no se le escapaba a Podetti, aún antes de la vigencia de la LCT, que el sistema normativo como tal, reclamaba una lectura en el marco de todo el espectro normativo, obviamente inclusivo de la constitución -para entonces en el paradigma del Constitucionalismo Social, artículo 14 bis-, así como hoy lo sostiene Kemelmajer.

Asimismo no puedo dejar de resaltar lo sucedido recientemente en la Cámara Civil y Comercial de la ciudad de Trelew, Provincia de Chubut, con motivo de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial.

Justamente, para impedir su aplicación inmediata a las causas en curso, el 15 de abril de 2015, se reunió en pleno y de oficio, pronunciando la doctrina del Acuerdo N° 194<sup>47</sup>, en los siguientes términos: *"Una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los códigos Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó"*.

Es decir, los jueces de Trelew echaron el ancla para quedarse en el marco del artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación, para

<sup>47</sup> <http://www.saij.gob.ar/plenario-sobre-nuevo-codigo-civil-comercial-interpretacion-previsto-art-7-ley-26994-nv11117-2015-04-15/123456789-0abc-711-11ti-lpsedadevon>

toda tramitación posterior de las causas. La pregunta, es si esto es posible.

Sobre el tema, sintetiza Kemelmajer<sup>48</sup> que “el acuerdo de la Cámara de Trelew, implica, en contra de lo dispuesto por el art. 7 que: (i) el Código Civil y Comercial no se aplique a los expedientes que se encuentran en las instancias superiores al momento de la entrada en vigencia de este nuevo Código, postergando su aplicación inmediata sin bases legales; (ii) consagrar la regla de la aplicación diferida del Código Civil después de su derogación si el expediente se encuentra en una instancia ulterior”.

Para concluir que esta solución es errónea, Kemelmajer afirma algo que venimos sosteniendo hace tiempo: que estamos ante una norma adjetiva o de forma, de aplicación inmediata.

Ante la afirmación de que de seguirse su opinión, se viola el derecho de defensa, refiere puntualmente que el mismo “juega poco y nada. Las llamadas normas de transición o de derecho transitorio no son de derecho material; son una especie de tercera norma de carácter formal a intercalar entre las de dos momentos diferentes. A través de esa norma formal, el juez aplica la ley que corresponde, aunque nadie se lo solicite, pues se trata de una cuestión de derecho (*iura novit curia*), todo lo cual no impide que invite a las partes, si lo estima conveniente, a argumentar sobre cuál es la ley aplicable, si se trata de una cuestión dudosa”<sup>49</sup>.

Luego, nos parece esclarecedora la distinción que en torno a la noción de consumo jurídico evoca la jurista, en posición opuesta a la esgrimida otrora por el Dr. Morando en Villamayor. La misma nos dice que “La noción de consumo que subyace en el art. 7 fue tomada por Borda de la obra de Roubier, quien distingue entre leyes que gobiernan la constitución y la extinción de una situación jurídica, y leyes que gobiernan el contenido y las consecuencias. Cada fase se rige por la ley vigente al momento de esa etapa; el consumo o el agotamiento debe analizarse según cada una de esas etapas, en concreto, para cada tipo de situaciones, siendo imposible una formulación en abstracto, para todo tipo de cuestiones (...) El hecho de que se haya dictado una sentencia que no se encuentra firme no tiene influencia sobre cuál es la ley aplicable”.

Lo esclarecedor, es ver dos especies distintas, derivadas de un mismo hecho: por un lado, la de las normas que regulan nacimiento y muerte de la situación jurídica (constitución y extinción, respectivamente), y normas que regulan contenido y consecuencias. Luego, en cada etapa habrá una ley que rija, con su respectivo consumo y agotamiento.

<sup>48</sup> **KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída**; “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”, LA LEY, 22/04/2015, 1

Ver sucesivamente a este artículo de la destacada jurista los artículos : **RIVERA**, Julio César, “Aplicación del nuevo código civil y comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el congreso)”, LA LEY 04/05/2015, 04/05/2015, 1; y **KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA**, “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, Ed., LA LEY, 02/06/2015, 1.

<sup>49</sup> **KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA**, “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, Ed., LA LEY, 02/06/2015, 1.

Y he aquí, la joya de la corona, y que explica que se pretenda ocultar lo objetivo con el ropaje de lo emotivo, cuando no es así, justamente desde el mismo lugar que se critica: el matiz político, de los intereses en juego.

Evoca Kemelmajer las palabras del español Federico de Castro, al decir que la cuestión de la aplicación de la ley en el tiempo "tiene un evidente matiz político: unos proclaman la necesidad de no detener el progreso y otros protestan y se defienden contra el trastorno de las innovaciones"<sup>50</sup>. Refiere la autora, que "la evidencia indiscutida de este aserto es el gran debate que tuvieron dos maestros de nuestro derecho civil: Guillermo Borda y Joaquín Llambías. El primero quería abrir los casos de aplicación inmediata de la ley 17711; el segundo, declarado contradictor de la reforma de 1968, hizo todo lo posible por diferir su aplicación".

Con lo cual, de nuevo el subconsciente hizo su obra, finalizamos con lo que comenzamos. ¿Recuerdan? En el año 1971, casi se pierde la votación en el FP "Alegre", que habría instaurado el absurdo de que, al ejercer la opción por el derecho común, los trabajadores no pudieran disfrutar del beneficio de la teoría del riesgo.

Teoría que, en cambio, los jueces civiles franceses mucho tiempo antes, habían creado pretorianamente para resolver el caso de las viudas de los trabajadores que murieron al estallar las calderas de las galerías Lafayette<sup>51</sup>.

Esos jueces hicieron un adecuado uso del *iura novit curia*, de la actuación oficiosa del juez, y de los márgenes de la congruencia. Y con ello, llevaron al derecho hacia un nuevo nivel, el que no puede ser desconocido justamente hoy, en plena vigencia del paradigma constitucional de los DDHHFF.

He de señalar que estas últimas palabras, fueron inspiradas por quien me introdujo en la teoría del riesgo en el Derecho del Trabajo, el mencionado Dr. Humberto Podetti, cuya fundamentación en "Alegre", dudo mucho hoy se atrevieran a tildar de ideológica.

Ahora bien, en un círculo nada virtuoso, llegamos al 2016 bailando en la misma baldosa, diez y veinte años después, de los sucesivos plenarios. Todo esto fue silenciado por el voto mayoritario, para reproducirse en nuestros días, en un marco normativo aún más protectorio.

Se explica ahora, en el esquema de las mejoras indexatorias que devienen en una mejor reparación de la ley 26773, que para evitar su aplicación a hechos anteriores a su vigencia, pero que aún no han obtenido sentencia (clara consecuencia del siniestro), se retomen los argumentos de "Prestigiácomo" y "Villamayor". Los cuales, recalco, no solo son contrarios al derecho vigente en su paradigma – constitucionalismo social-, sino además ajenos al actual, y que para

---

<sup>50</sup>Ib. 20

<sup>51</sup>Ib 12

hacerlo, se pretenda objetividad al desplazar el derecho vigente. En suma, un mero desplazamiento del argumento: una falacia.

Máxime, en nuestros días donde la norma adjetiva es decir, el artículo 963 del CCCN (ver asimismo artículo 1709 del CCCN) precisa los alcances del art 31 de la CN, al establecer una prelación normativa que nos dice: *“Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) **normas indisponibles de la ley especial y de este Código**; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.”* ( *lo puesto de resalto me pertenece*)

Por qué decimos esto, porque entendemos que el artículo 9 de la LCT es una **norma indisponible** de la ley especial, y aún si no se compartiese este argumento el código se ha encargado muy bien de mostrar que, son indisponibles las disposiciones que surgen sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos. De lo cual se deriva que, no está en manos del juez decidir arbitrariamente la no aplicación del principio de progresividad.

Asimismo, es importante destacar que en el marco de la nueva ley lo primero que discutimos, no fueron los beneficios sino, qué casualidad, si el trabajador podía reclamar por el derecho común en la justicia del trabajo. ¿No se parece al Plenario “Alegre”? Recordemos, se resolvió afirmativamente, porque era la aplicación inmediata de la norma adjetiva.

Nuevamente, lo expresado en el fallo “Acevedo”<sup>52</sup>, del registro de esta sala, cobra relevancia.

Ello, toda vez que el Fiscal General, Dr. Álvarez -quien también lo era al momento del Fallo Plenario “Villamayor”- sostuvo en defensa de la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 26.773, que dicha disposición legislativa, *“puede producir cierto asombro pero no implica, a mi modo de ver, una vulneración a garantía constitucional alguna(...)”* porque *“la versación de la Justicia Nacional en lo Civil no podría ser cuestionada dogmáticamente sobre la base de preferencias afectivas (...) es bueno que admitamos que los equívocos de los legisladores o la perplejidad que nos depara alguna de sus ocurrencias no siempre redundan en normas inconstitucionales, y la función jurisdiccional no está pensada para reemplazar nuestros criterios por los del Poder Legislativo, que es soberano, aunque nos parezcan más decantados y profundos y muchas veces esa sensación subjetiva tenga carácter de verdad”*.

He aquí los dos muertos vivos: *la inexistencia de objetividad, y el deber de abstenerse por ser una cuestión eminentemente legislativa.*

En abierta contradicción con esta postura, desde “Alegre” claro está, pasando por “Prestigiácomo” y “Villamayor”, a nivel de sistema jurídico, se fueron reforzando los principios normativos en niveles constitucionales, generales y especiales, respectivamente (todo reafirmado por el Código Civil y Comercial de la Nación como fue tratado *ut supra*), obligando a reconocer, en una interpretación de buena fe, que

---

<sup>52</sup> Ibidem 4

cuando se elige la norma más beneficiosa para el trabajador, no se hace ni más ni menos que aplicar el derecho vigente.

Ello, precisamente cuando se escoge la opción interpretativa que otrora emanaba solo del artículo 14 bis de la CN, luego de él y del artículo 9 de la LCT, y hoy de estos dos y del Principio de Progresividad (artículo 75 incisos 19, 23 y 22 –P.I.D.E.S.C. (arts. 5.2 y 2.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26), y el Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana (art. 1º)- de la C.N.), en donde estas normas operan como capas de protección que se fueron sumando. Lo que aleja de toda posible tacha de emotividad y nos acerca a la **objetividad**.

A su vez, el decreto de inconstitucionalidad y aún de oficio en ejercicio del *iura novit curia*, sí implica la intervención del juzgador en el caso en concreto (al menos en un modelo continental como el nuestro), precisamente como la máxima expresión de dicho principio, en un obligatorio ejercicio de control de constitucionalidad en un modelo difuso.

Reitero que para comprender la interpretación de las normas no se puede obviar el análisis sistémico, en donde los principios normativos, generales y especiales, de fondo y de forma, del paradigma vigente, son el “GPS” que ordenan la jerarquía interna de valores que resuelve el caso concreto, y siempre en el plano jurídico, no subjetivo.

Es por ello que en “Acevedo” debí fundamentar en estos términos, invocando conceptos de teoría general que avalan la decisión en los términos diseñados por el derecho vigente.

Por esto, además de lo apuntado en el Acápite V, señalé *“qué es un principio. Entenderé por tal a una norma jurídica, integrada por la conducta descrita (antecedente), y su consecuencia jurídica (consecuente), pudiendo encontrarse ambas ubicadas en diferentes partes del sistema jurídico, básicamente de tipo continental. De ello se deriva que estamos ante un sistema cerrado, en el que rige la regla de clausura (art. 19 CN)”*.

*“Esto, es muy importante, porque convierte a los principios en normas jurídicas y, en consecuencia, obligatorios”*.

*“Luego, en un sistema de esta especie, tenemos normas de tres tipos si se quiere. Sustantivas o de fondo, adjetivas o de forma (cuya caracterización fue el eje de la confrontación intelectual entre el dictamen de la Fiscalía General y el primer voto en la sentencia “Virgili” citada precedentemente), y una suerte de “super normas”, que hasta donde alcanzo a visualizar hoy, serían de carácter adjetivo. Ni más, ni menos, que los principios”*.

*“Porque cuando el intérprete “anda como perdido”, en la enramada del derecho, lo que lo orienta es subir de nivel, y buscar qué pauta, qué indicación, le brindan los principios”*.

*“Así, si dudamos entre un derecho constitucional y otro, en pos de verificar su jerarquía, la propia organización interna de la Constitución Nacional, en el marco del paradigma de los DDHHFF, le indicará a través de un principio (pro homine), qué camino debe seguir. De allí que esta Corte pudo decir en “Vizzoti”, que el trabajador era “el señor de todos los*

mercados”, lo que claramente implica privilegiar el artículo 14 bis por sobre el 17 de la Constitución Nacional. Porque es inexacto, lo reitero, que los valores constitucionales están todos en un mismo nivel, lo que solo podía decirse de un periodo de “legalismo constitucional” (esta Sala III, in re: “A.A.M. c/ Espumas del Plata SRL s/ medida cautelar”, S.I. Nº 62.493 del 31.07.12, y en sentido contrario, nota al fallo mencionado: “Reintegro de la Obra Social al ex empleado que padece HIV, por Emiliano A. Gabet, pub. en Revista Derecho Del Trabajo, Nº 11, noviembre de 2012, pag. 3043), donde se sostuviera que “el derecho a la salud tiene el mismo rango constitucional que el resto de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional”.

“Ciertamente, esta jerarquía es muy distinta de la que podría pensarse en un constitucionalismo clásico (Favoreau, Louis, “Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del Derecho” Volumen 59, Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia)”.

“Y si esta duda se le perfila al juez en un nivel inferior al constitucional, (en nuestro caso, el de la normativa laboral), deberá encontrar en principio la solución en los principios de la disciplina, que de tal suerte resultan, jerárquicamente superiores, y si no encuentra la salida, subirá a la Constitución”.

“De modo que los principios tienen la dura tarea de orientar al intérprete ante la duda. Pero no de manera disponible, sino obligatoria. Porque son ni más ni menos que normas “jurídicas”, con la previsión (en alguna parte del sistema que, recordemos, se presume cerrado) de consecuencias para quienes no los apliquen. Entre otras, la máxima posible, el juicio político, dado que el juez está obligado a aplicar las normas con arreglo a la Constitución Nacional, así como a declarar la inconstitucionalidad de oficio de aquéllas contrarias a la misma, dado el control difuso de constitucionalidad que rige a este sistema continental”.

“Características todas estas, que nos alejan de la interpretación que del carácter de los principios hicieran Dworkin y Hart, más cercanas a un sistema de common law”.

“De manera que si un principio es una norma jerárquicamente superior, porque es la herramienta que brinda el derecho para resolver el enigma interpretativo, cuanto más si se trata de un principio que se encuentra en la cúspide del sistema mismo. En nuestro caso, los tratados con jerarquía constitucional, que nos introdujeron de lleno en el paradigma de los derechos humanos fundamentales”.

“Esto demuestra la centralidad de lo adjetivo, al tiempo de efectivizar o no los derechos. Estos pueden verse negados cuando el juez laboral, al interpretar el paradigma de los DDHHFF lo hace desde el derecho clásico, o cuando, como sucede en la ley 26773, directamente se desplaza al trabajador hacia un proceso civil con sus propias normas y principios. En ambos casos, se produce un resultado peyorativo, que atenta contra derechos fundamentales”.

“Esto significa que el aspecto adjetivo, incluyendo en este punto eminentemente al procedimiento judicial, puede resultar determinante para la realización de los derechos (efectividad, aspecto remarcadamente buscado por el nuevo paradigma), o para su negación”

“El punto que no logro poner en duda, porque me genera certezas, es aquel en que se afirma que así decidimos, “sobre la base de

*preferencias afectivas”. Cuando desplazar del juez natural, y más aún, impedir fallar bajo los principios propios de la materia laboral, no es ni más ni menos que incumplir con el derecho.”*

*“Pero hay también otra idea que resuena, a la que ya me he referido a fs50, cuando el autor al cual me refiero dice: “El derecho a la salud tiene el mismo rango constitucional que el resto de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional. Su invocación no puede afectar el ejercicio de los demás (propiedad, libertad de contratación, etc), debiendo ser interpretados y aplicados en armonía con el resto de los derechos y garantías afectados. Debe imperar la aplicación “razonable” de los derechos, y la invocación de los Tratados Internacionales no justifica ni valida soluciones derivadas de una interpretación forzada del derecho vigente” (todas las negritas y cursivas me pertenecen). “*

*“Donde se hace alusión a una “armonía”, que por cierto, solo puede ser traducida en “jerarquía”, la que precisamente la propia CN y con ella los tratados internacionales que la integran, establece.”*

*“Luego, se llama interpretación “forzada”, al respeto de esa jerarquía, que curiosamente el autor de referencia niega.”*

*“Por el contrario, negar los rangos que el derecho vigente establece, y pretender que todo está en un mismo nivel, que el intérprete de turno manejará a su antojo, conformando una subjetiva “razonabilidad”, sí que parece una “preferencia afectiva”.”*

*“Y, finalmente, también observo la idea sostenida por parte de la doctrina y de quienes han sabido ser jueces, titulares de cátedra, doctrinarios, y lo más llamativo de todo, cultores algunos de ellos del positivismo jurídico (escuela que centra su análisis en el derecho vigente y el esquema de validez), tanto de que los principios normativos no son derecho (ver lo afirmado en sentido contrario en esta misma sentencia a fs 50), cuanto que el principio de progresividad es un invento interpretativo, obviamente, en el sentido de las “preferencias afectivas”.*

*“Este mismo grupo pretende también, que el bloque de convencionalidad no integra la racionalidad del sistema, es decir, el derecho vigente (...)”*

*“ (...)Muchas veces, cuando se tacha de ideológico el respeto por el derecho, lo que se oculta es que se pretende vaciarlo desde una interpretación ideología, que desde la cátedra y la doctrina, sostiene un discurso contrario con lo mismo que enseña(...)”<sup>53</sup>*

**VII.-** Y ahora sí, aquel hilo argumental regresa en plenitud con el fallo de la CSJ, en los autos “Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente – ley especial”, de fecha 7 de junio de 2016, que resolvió no aplicar los beneficios de la ley 26773, para las causas en curso.

Efectivamente, es la propia CSJN, la que termina recogiendo estos viejos argumentos, y lo hace cuando finalmente muchos de los jueces de la Cámara del Trabajo superaban la crisis sembrada por la interpretación del *status quo*, en torno a las reglas de intertemporalidad (art. 3 del Código Viejo y 7 del Nuevo), y comenzaba a hacer efectivo el paradigma constitucional de los derechos humanos fundamentales.

<sup>53</sup> Ver las cuatro ideas fuerza desarrolladas en el fallo “Acevedo”

Esta misma Corte que diera cátedra sobre el apego al paradigma de los Derechos Humanos Fundamentales<sup>54</sup>, en “Espósito” objeta la decisión de la Sala VI de la CNAT (coincidente con las de muchas otras salas), que propició el reajuste del monto de condena según las modificaciones de la Ley 26.773, a un accidente ocurrido con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que aún no gozaba de la debida indemnización.

Consideró, que aún cuando se trataba del examen de cuestiones de derecho común, en principio, no susceptibles de revisión por la vía prevista por el artículo 14 de la Ley 48, hacía la excepción toda vez que “la sentencia apelada se apoya en meras consideraciones dogmáticas e incurre en un inequívoco apartamiento de las normas legales aplicables al caso juzgado (...)”

Seguidamente, realizó un *racconto* desde la sanción de la Ley 24557 en 1995, describiendo el tipo de prestaciones dinerarias que el sistema otorgaba para reparar los infortunios y enfermedades laborales, pasando por las modificaciones del Decreto de Necesidad y Urgencia 1278/00, el Decreto Reglamentario 410/01 y el Decreto 1694/09.

Resaltó que en dichos decretos se había estipulado que los beneficios se aplicarían a las contingencias previstas por la ley de riesgos, cuya primera manifestación invalidante se produjera a partir de la fecha de su entrada en vigencia.

Luego, arribó a la reforma de la Ley 26773 de octubre de 2012. Sostuvo que de su artículo 17.5, se desprende que estos nuevos importes “actualizados” sólo rigen para la reparación de contingencias cuya primera manifestación invalidante, haya ocurrido con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esta ley.

Así, afirmó que “(...) el texto del art. 17.5, al establecer que ‘las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero entrarían en vigencia a partir de la publicación de la ley en el Boletín Oficial, no dejó margen alguno para otra interpretación (...) la precisa regla que emana de este último precepto legal no puede dejarse de lado (...) mediante la dogmática invocación de supuestas razones de justicia y equidad (...)”

Para así decidir invocó el criterio de la Corte en el fallo “Lucca de Hoz”<sup>55</sup>, al que consideró de aristas similares al caso, a diferencia de los supuestos fácticos en los resonantes casos “Calderón”<sup>56</sup>, “Camusso”<sup>57</sup>; y “Arcuri Rojas”<sup>58</sup>.

Refirió que en “Lucca de Hoz”, la Corte remitiéndose a los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, descartó el agravio de la parte actora que requería la prestación adicional, incorporada al régimen de reparación por el decreto 1278/00, toda vez que

<sup>54</sup> Ibidem 1, 2 y 3

<sup>55</sup> Fallos: 333:1433, **causa “Lucca de Hoz, Mirta Liliana c/ Taddei, Eduardo Carlos y otro s/ accidente - acción civil”, L 515 XLIII, del 17 de agosto de 2010.**

<sup>56</sup> CSJN “Calderón, Celia Marta c/ Asociart ART S.A. s/ accidente”, sentencia del 29 de abril de 2014.

<sup>57</sup> Fallos: 294:434

<sup>58</sup> Fallos: 332:2454

dicho decreto "no estaba vigente al momento de ocurridos los hechos que dieron motivo al reclamo", y que *"el fallo judicial que impone el pago de una indemnización por un infortunio laboral solo declara la existencia del derecho que lo funda, que es anterior a ese pronunciamiento; por ello la compensación económica debe determinarse conforme a la ley vigente cuando ese derecho se concreta, lo que ocurre en el momento en que se integra el presupuesto fáctico previsto en la norma para obtener el resarcimiento, con independencia de la efectiva promoción del pleito que persigue el reconocimiento de esa situación y de sus efectos en el ámbito jurídico (Fallos : 314: 481; 315 :885); sostener lo contrario conllevaría la aplicación retroactiva de la ley nueva a situaciones jurídicas cuyas consecuencias se habían producido con anterioridad a ser sancionada (Fallos: ~14:481; 321:45)".*

Destacó, que la Procuración General en "Lucca de Hoz" había dado cuenta de una serie de fallos en los cuales se constataba "la postura que invariablemente había adoptado el Tribunal", descartando la aplicación retroactiva del Decreto 1278/00.

Luego, sostuvo que en el fallo "Calderón", si bien el accidente que daba origen al reclamo ocurrió con anterioridad al dictado del DNU 1278/00, la declaración del carácter definitivo de las consecuencias dañosas, fue en vigencia del mentado decreto.

Entonces, diferenció que el carácter definitivo podía concretarse inmediatamente de producido el infortunio -como lo fue el accidente fatal que originó la causa "Lucca de Hoz"-, o bien con posterioridad, en vigencia de la nueva ley -como en el caso "Calderón"-.

Además, resaltó que en el fallo "Calderón", existieron cuestionamientos al art. 19 del decreto 1278/00, que establecía la fecha en la que este decreto entraría en vigencia, toda vez que no había fijado "una pauta suficientemente clara" acerca de la aplicación temporal de las disposiciones que incrementaban las prestaciones indemnizatorias de la ley de riesgos. Ello, habría dado lugar a planteos en los casos en los cuales, la incapacidad definitiva se había declarado en vigencia de la nueva ley, por lo que su aplicación no debía entenderse como retroactiva.

Al respecto, destacó que la Corte, en aquel fallo, había puesto *de resalto que esos planteos* "debían examinarse desde una perspectiva que tuviera en cuenta que el decreto de necesidad y urgencia en cuestión, según sus propios considerandos, perseguía fines "perentorios e impostergables", y procuraba dar respuesta a la necesidad de mejorar el régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo "de inmediato" (cfr. punto 111 del dictamen de la señora Procuradora Fiscal al que la Corte se remitió)."

Así también, resaltó que en "Camusso" pudo aplicarse el entonces nuevo decreto -DNU 1274/00- porque se cuestionaba *"la invalidez constitucional del art. 8 del decreto 410/01 que reglamentó el art. 19 del decreto 1278/00 procurando establecer qué contingencias quedarían regidas por dichas modificaciones. El planteo de inconstitucionalidad se basaba en que ante el silencio del citado art. 19 correspondía aplicar las reglas del art. 3 del código civil -vigente a esa*

*fecha- y dichas reglas no podían ser desvirtuadas mediante un decreto reglamentario (cfr. causa CSJ 624/2006 (42-A) /CS1 "Aguilar, José Justo c/ Provincia ART-s/accidente ley 9688", sentencia del 12 de mayo de 2009)."*

Concluyó que a diferencia del artículo 19 del DNU 1274/00, el artículo 17 inc. 6 de la ley 26.773 estableció pautas precisas para determinar a qué accidentes o enfermedades laborales correspondería aplicarles las nuevas disposiciones legales en materia de prestaciones dinerarias, por lo tanto, se excluye *"la posibilidad de acudir a las reglas generales de la legislación civil sobre aplicación temporal de las leyes."*

En el mismo sentido, afirmó que *"tampoco es posible justificar tal apartamiento acudiendo a la doctrina de los precedentes Arcuri Rojas y Camusso (...) pues las circunstancias del sub examine difieren notablemente de las tratadas en aquellos casos."*

En el supuesto de *"Arcuri Rojas"*, entendió que allí se invocaba un derecho de naturaleza previsional, en una *"situación de total desamparo"*, que no se verificaba en *"Espósito"*.

Al respecto señaló que: *"el derecho a una pensión que la actora reclamaba con motiva de la muerte de su esposo; y para reconocer ese derecho, que no encontraba sustento en la ley de jubilaciones y pensiones vigente a la fecha del deceso, la Corte, siguiendo un criterio que ya había adoptado ante situaciones similares (Fallos: 308:116 y 883; 312:2250), tuvo en cuenta un texto legal posterior más favorable a fin de evitar que la viuda quedara en una situación de total desamparo. Fue dentro de ese muy específico contexto que el Tribunal sostuvo que hubiera sido vano el esfuerzo del legislador para cumplir con la obligación impuesta por los tratados de derechos humanos de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales si por vía interpretativa se sustraía de esa evolución a quien hubiera quedado absolutamente desamparada en caso de aplicarse la legislación anterior que establecía un menor grado de protección (Fallos: 332:2454, considerandos 12 a 15)."*

Agregó que, *"esa situación de total desamparo no se verifica en el caso de autos. Por el contrario, es un dato no controvertido que las disposiciones de la Ley de Riesgos del Trabajo vigentes al momento del infortunio contemplaban el pago de una prestación dineraria destinada a reparar el daño ocasionado por la incapacidad laboral que el hecho provocó. Prestación a la que, incluso, la cámara le adicionó intereses desde la fecha del accidente en el entendimiento de que, de acuerdo con el "principio general de las obligaciones civiles", los perjuicios sufridos por el actor por no tener a su disposición el capital desde ese momento podían compensarse mediante la imposición de tal tipo de accesorios."*

Por último, se refirió al fallo *"Camusso"*. Descartó su doctrina como pauta interpretativa en *"Espósito"*, ya que: *"(...) allí estaba en juego la aplicación de la ley 20.695, dictada en julio de 1974, que dispuso que los créditos laborales demandados judicialmente serían actualizados mediante los índices oficiales de incremento del costo de vida. A diferencia de la ley 26.773, la ley 20.695 establecía que su normativa sería aplicable"*

*"incluso a los juicios actualmente en trámite, comprendiendo el proceso de ejecución de sentencia y cualquiera sea la etapa en que se encuentre". Y agregó que, en definitiva, la Corte en "Camusso" resolvió que "la actualización con arreglo a la ley 20.695 de un crédito cuyo importe había sido establecido mediante una sentencia firme, pero estaba pendiente de pago, no implicaba una alteración sustancial de la cosa juzgada que menoscabara las garantías constitucionales de propiedad y de la defensa en juicio."*

Ahora bien, en "Espósito", la Procuración General de la Nación prohió una solución diferente a la adoptada por la Corte.

En efecto, la representante del Ministerio Público ante la Corte opinó que debía desestimarse la queja toda vez que la Sala VI *"realizó una interpretación razonable de la ley 26.773, y esgrimió fundamentos suficientes y acordes al principio protectorio (art. 14 bis de la Constitución Nacional), al de progresividad (art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y al de aplicación de la norma más favorable (art. 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 9 de la ley 20.744), sin que la mera discrepancia del recurrente pueda configurar un supuesto de arbitrariedad."*

Al dictaminar, la Procuradora General no consideró violentados los Principios de Congruencia, ni de Irretroactividad de la ley, al aplicar el índice RIPTE al monto de condena.

En el primer caso, entendió que las normas –Decreto 1694/09 y Ley 26773- *"estaban vigentes al momento del pronunciamiento de la primera instancia y, por lo tanto, estimó aplicable el principio iura novit curia."*

Remarcó que la Corte Suprema, tiene señalado que *"el principio de congruencia impone a los jueces y tribunales decidir de conformidad con los hechos y pretensiones deducidas. Tal limitación sin embargo, infranqueable en el terreno fáctico (congruencia objetiva), no rige en el plano jurídico donde la fundamentación en derecho o la calificación jurídica efectuada por los litigantes no resulta vinculante para el juez a quien, en todos los casos, le corresponde 'decir el derecho' (iuris dictio o jurisdicción) de conformidad con la atribución iura curia novit" (en M. 778., 1. XLVIII, "Monteagudo Barro, Roberto José Constantino c/ Banco Central de la República Argentina s/ reincorporación", del 28 de octubre de 2014)."*

Luego, refiriéndose al Principio de Irretroactividad, se remitió al dictamen de fecha 02/06/15 en autos CSJ 19/2014 (50-F)/CSI *"Figuroa, Héctor F. cl MAPFRE Argentina S.A. si accidente"*, donde fue señalado que: *"el decreto 1694/2009 entró en vigencia el 6 de noviembre de 2009 y la ley 26.773 el 26 de octubre de 2012, previo al dictado de la sentencia de primera instancia, el 31 de julio de 2013. En consecuencia, estimo que la aseguradora no ha dado cumplimiento con las prestaciones del sistema y, en definitiva, no ha consumado la relación jurídica de cobertura de las prestaciones de la ley 24.557 con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen legal. En esas condiciones, entiendo que no se trata de la*

*aplicación retroactiva de las normas, sino de la extensión de los efectos de esas disposiciones a una relación jurídica existente cuyas consecuencias no han cesado. En ese orden de ideas, el artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación -Ley 26.994- establece que las leyes se aplican, a partir de su entrada en vigencia, a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”.*

Posteriormente, en respaldo a su opinión, *también citó la doctrina de los fallos “Calderón” y “Lucca de Hoz”, aunque con alcances diferentes a los que hizo referencia la Corte.*

En el caso “Calderón”, manifestó la Procuradora que: *“la Corte confirmó la aplicación del decreto 1278/2000 a un accidente laboral ocurrido con anterioridad a su entrada en vigencia. Remitiendo al dictamen de esta Procuración, concluyó que”... si el objeto del reclamo nunca pudo ser exigido antes de la declaración del carácter definitivo de la incapacidad laboral permanente, resultaba razonable que se aplique la norma vigente al momento que es exigible dicho crédito para su cobro” (S.C. C. 915, L. XLVI “Calderón, Celia Marta cl Asociart AR.T. S.A s/accidente”, del 29 de abril de 2014)”.*

*Asimismo, expresó que: “esta Procuración en autos S.C. L. 115, L. XLVII “Lucca de Hoz, Mirta Liliana cl Taddei, Eduardo Carlos y otro si accidente - acción civil”, del 24 de mayo de 2013, sostuvo la aplicación inmediata del decreto 1694/09 a una relación jurídica existente, a pesar de que el infortunio había sucedido antes de su entrada en vigencia. Para ello, tuvo especialmente en cuenta la finalidad protectora de las normas que regulan la seguridad social, que se vincula con el principio de progresividad y el de la norma más favorable”.*

Resulta evidente que en el fallo “Espósito”, que el dictamen fiscal auspicia en su interpretación, la eficacia del paradigma vigente de los Derechos Humanos Fundamentales.

En efecto, resalta uno de los argumentos de la minoría en “Prestigiácomo” y “Villamayor”, por los que se pretendía la aplicación de las nuevas normas al tiempo del cálculo de la indemnización, porque resultaban más favorables a la hora de reparar el daño, encontrándose habilitados para así decidir, en los artículos 14 bis de la CN, y el 9 de la LCT. Recordemos nuevamente que, en aquel momento histórico (1981 y 1971, respectivamente), el paradigma normativo era de Constitucionalismo Social.

A estas normas, y en consonancia con la racionalidad actual (reforma constitucional de 1994), la Procuradora General agrega al entramado normativo de “Espósito”, el Principio de Progresividad de los derechos, contenidos en los diversos tratados internacionales que fueron reseñados, como reaseguro a una finalidad más protectora. En el mismo sentido de lo que venimos sosteniendo.

Asimismo, la representante del Ministerio Público Fiscal, resalta la idea de “consumo jurídico” que tratáramos en las palabras de Kemelmajer.

En sintonía con lo desarrollado aquí, en el punto VI, la PGN destaca que la norma vigente debe ser la vigente al tiempo en que, el objeto del reclamo se torna exigible, en un crédito para su cobro. Sostuvo que allí podemos dar por consumada la relación jurídica de cobertura, de las prestaciones dinerarias de la ley de riesgos, hasta que esto no suceda, subsiste una relación jurídica cuyas consecuencias no han cesado.

La Corte, en cambio, enfoca su atención en el momento en que se declara definitiva la incapacidad, y afirma que la ley aplicable será la vigente en el momento del hecho, si es fatal como en el caso “Lucca de Hoz”, y en caso de una incapacidad parcial, cuando se la declare definitiva –aunque no especifica cuándo se la debe entender como definitiva-.

Con lo cual, según este razonamiento, en casos de muerte, la indemnización queda anclada en una norma que “seguramente” será menos beneficiosa que al momento de su ejecución.

Digo “seguramente” por lo expresado en el análisis del Fallo Plenario “Villamayor” –votos de los Dres Guibourg y Morando-, y porque se supone que el legislador, en cumplimiento del 75 inciso 22 y 23, deberá sancionar leyes que aseguren el goce progresivo –no regresivo-, de los derechos. En el caso, que las indemnizaciones por daños a la salud logren, cada vez más, “recomponer la integridad patrimonial, psíquica y moral del trabajador abarcando a la persona humana en su plenitud”.

Lo que debió ser resaltado por la Corte, al hacer referencia al fallo “Arcuri Rojas”. Pues, resulta curioso que hayan considerado inaplicables las pautas interpretativas que subyacen del conocido fallo, que al resolver, recurre al expreso fundamento del principio de progresividad.

En efecto, el eje central en ese caso, fue el de evitar que la viuda quedara en una situación de total desamparo, disponiendo entonces aplicar un texto legal posterior más favorable. A tal fin, la Corte sostuvo el argumento del actual paradigma de derechos humanos fundamentales, y allí reconoció que el Estado -en sus diversas funciones – debe “cumplir con la obligación impuesta por los tratados de derechos humanos de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, si por vía interpretativa se sustraía de esa evolución a quien hubiera quedado absolutamente desamparada en caso de aplicarse la legislación anterior que establecía un menor grado de protección (Fallos: 332:2454, considerandos 12 a 15)”

Sin embargo, acto seguido sostiene que, el “total desamparo”, no se daba en el presente caso. Justamente, este punto es muy interesante. Puesto que la Corte brinda en “Arcuri Rojas” el fundamento normativo, del que se aparta en Espósito, aunque pretendidamente también por razones objetivas.

Pero esa pauta de objetividad se pierde en este precedente, donde sin justificación se afirma como regla normativa, lo que fue un mero criterio interpretativo – “total desamparo”- (loable por cierto), pero que no emanaba de la norma, como lo entiende la Corte en “Espósito”.

Y en cualquier caso, el principio de la aplicación de la norma que propiciara la solución más favorable para el más vulnerable<sup>59</sup>, (pauta objetiva provista por el sistema, art. 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), imponía la solución contraria a la adoptada, y concordante con lo resuelto en el fallo “Arcuri Rojas”, como también en “Calderón” y “Camusso”, que la corte descarta. O bien, en los célebres fallos “Aquino”, y “Arostegui”.

Al efecto destaco los considerandos 13 y 14, además de los ya reseñados, en “Arcuri Rojas”, en el que la Corte sostuvo: *“Que sobre la base de la finalidad protectora de las disposiciones que regulan la seguridad social, esos fallos aplicaron la norma más favorable, exégesis que concuerda con el propósito del legislador de promover la progresividad de los derechos sociales, según ha sido preceptuado, más tarde, en el art. 75, inciso 23, de la Constitución Nacional y en diversos tratados de derechos humanos reconocidos con jerarquía constitucional en las disposiciones del inciso 22 del artículo mencionado. (...)Que es el reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de esos derechos el que ha desterrado definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos en la materia (arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y considerando 101 del voto del Dr. Maqueda en Fallos: 328:1602).”*

La excepción posible, no es la de brindar la protección normativa solo en situaciones de total desamparo, sino “hasta el máximo de los recursos de que disponga” el Estado. Aspecto no analizado en el decisorio, y que es del mismo tipo del esgrimido en su momento para justificar los topes indemnizatorios<sup>60</sup>, hasta terminar limitándolos a un 30% en “Vizotti”.

También, debo destacar como otra curiosidad del fallo “Espósito”, la consideración de la doctrina de “Lucca de Hoz”, en la que apoya su decisorio la Corte.

Recordemos que esa causa, fue objeto de dos pronunciamientos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, y otros dos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el primer caso en que llega a la Corte, es por la queja que incoara la parte actora contra la sentencia de la Sala IV<sup>61</sup>, de fecha 20 de septiembre de 2006. Motivó el extraordinario –en lo que nos atañe-, el rechazo de la Sala IV de la inconstitucionalidad del monto resarcitorio previsto en la LRT. Y sumado a ello, que el tribunal entendió, que al no encontrarse reclamada la reparación integral en los términos del Código Civil, la judicatura no se encontraba habilitada para modificar el quantum indemnizatorio, según lo pretendía la esposa de la víctima.

<sup>59</sup> **Corte Suprema de Justicia, Acordada 5/2009**, en la que se adhiere a las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”, afirmado “el compromiso con un modelo de justicia integrador, abierto a todos los sectores de la sociedad y especialmente sensible con aquellos más desfavorecidos o vulnerables (Declaración de Brasilia, Puntos 13 y 13)” (Sic Acordada 5/2009).

<sup>60</sup> Ver, entre otros, “Mastroiani, Ricardo Alfredo c/ Establecimiento Modelo Terrabusi Sociedad Anónima de Industria y Comercio s/ART. 245 LCT.”; 27/05/1999, CSJN; M. 341. XXXIII. RHE.

<sup>61</sup> **CNAT, Sala IV**, 20/09/2006, “Lucca de Hoz, Mirtha L. c. Taddei, Eduardo C. y otro”

Esto, motivó la presentación del recurso extraordinario por la actora, y que fuera concedido en este punto.

La Corte, con fecha 17 de agosto de 2010, dicta la primera sentencia en la que “comparte y hace suyos por razón de brevedad “los fundamentos de la Procuración.

En esta oportunidad, en el dictamen<sup>62</sup> se rechazó la aplicación del Decreto 1278/00 porque, de sostener lo contrario, conllevaría a “la aplicación retroactiva de la ley nueva a situaciones jurídicas cuyas consecuencias se habían producido con anterioridad a ser sancionada.” Aunque admitió que la indemnización no lograba reparar en forma adecuada a la viuda, y opinó que debía calcularse nuevamente el quantum según la doctrina emanada de los fallos “Aquino” y “Arostegui”.

Así fue que, en el reenvío de la causa a la Cámara Nacional de Apelaciones para dictar un nuevo pronunciamiento, la Sala VII<sup>63</sup> se pronunció con fecha 3 de diciembre de 2010.

La misma, al recalcular el monto de condena, por inconstitucionalidad del artículo 15.2 de la Ley 24.557, consideró la actualización dispuesta en el Decreto 1694/09 (B.O. 06-11-09), que había modificado el DNU 1274/00.

Al respecto la Sala VII dijo que toda vez que el Decreto 1694/09 tuvo como finalidad “mejorar las prestaciones dinerarias en concepto de incapacidad laboral permanente y muerte, actualizando las compensaciones dinerarias adicionales de pago único, eliminando los topes indemnizatorios para todos los casos y estableciendo pisos por debajo de los cuales no se reconocerá válidamente el monto indemnizatorio (...)”

No soslayó la Sala VII que el decreto en cuestión era posterior a la fecha del deceso del causante (ocurrido el 25 de julio de 1999), y a su vez del DNU 1274/00, al cual modificó, pero admitió que no obraba de impedimento para su aplicación en esa causa. Ello lo sostuvo en el marco de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Arcuri Rojas”, y afirmó que “(...) la posibilidad de aplicar la nueva legislación a casos regidos por regímenes anteriores ha sido admitida por esta Corte en Fallos: 308:116 y 883; 310:995; 312:2250 y 316:2054, precedentes en los que se extendió la aplicación de una norma posterior a los casos en que la muerte del causante se había producido con anterioridad a su vigencia” (...)

Esta vez, el segundo pronunciamiento de Cámara fue recurrido por la demandada, quien lo tildó de arbitrario, toda vez que aplicó retroactivamente el Decreto 1694/09, entre otros argumentos.

---

<sup>62</sup> PGN, 10/11/2008, “Lucca de Hoz, Mirtha L. c. Taddei, Eduardo C. y otro s. Accidente-Acción Civil”, L. 515 XLIII

<sup>63</sup> CNAT, Sala VII, SD N° 43032, del 3/12/2010, “Lucca de Hoz, Mirtha L. c. Taddei, Eduardo C. y otro s. Accidente-Acción Civil”

En un nuevo dictamen de la PGN en la causa “Lucca de Hoz”, de fecha 24 de marzo de 2013<sup>64</sup>, lejos de admitir el cuestionamiento de la aseguradora, consideró pertinente lo resuelto por la Cámara, y expresó:

*“la sentencia recurrida tiene adecuado sustento en las consideraciones de hecho y de derecho, como en la valoración efectuada de la prueba acompañada, por lo que no resulta descalificable en los términos de la excepcional doctrina de la arbitrariedad. Por otra parte, entiendo que el a quo no ha desoído el mandato dado por el Máximo Tribunal tendiente a resolver sobre la insuficiencia de la reparación y la inconstitucionalidad del arto 15 de la ley 24.557. En ese sentido, la instancia anterior ha concluido que el resarcimiento previsto en dicha disposición legal no resulta razonable ni satisface el derecho a una reparación adecuada (cfr. fs. 862). Lo expuesto sigue los lineamientos dados por V.E., sobre la base del dictamen emitido por el Ministerio Público, fundado en los casos Arostegui, Aquino y Díaz (Fallos 331:570, 327:3753, 329:473). A ese respecto, es dable destacar que de los fallos citados se desprende que el derecho a un resarcimiento equitativo encuentra fundamento en el principio general alterum non laedere, de raigambre constitucional y de aplicación a todo el sistema jurídico argentino. En dicha inteligencia, ha sostenido V.E. que la reglamentación que hace el Código Civil, en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (Fallos 308:1118 y 327:3753).”*

En esta oportunidad, la Corte declaró, el 24 de junio de 2014, inadmisibile el recurso extraordinario por el art. 280 del CPCCN, por lo que desestimó la queja y señaló su concordancia con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal”. Es decir, también hizo suyo el argumento antedicho.

Entonces, resulta evidente que en “Espósito”, la Corte hace referencia al pronunciamiento del 17 de agosto de 2010, y la Procuración General, al fallo de la Corte de fecha 24 de junio de 2014, en particular al dictamen del 24 de marzo de 2013, seguido por el Supremo.

Sin embargo, de aquel dictamen al cual adhirió en sus argumentos la Corte, solo destaca que la Procuradora General había descartado la aplicación retroactiva del Decreto 1274/00, sin advertir que al mismo tiempo abrió la puerta para modificar el monto de condena al advertir la irrazonable suma a la que se arribaba con el cálculo del artículo 15 inc. 2. Y que indicó que se debía modificar el monto según “Aquino” y “Arostegui”.

Tampoco mencionó que en el segundo pronunciamiento –en el que también coincidió con lo dictaminado-, se admitió la aplicación retroactiva del Decreto 1694/09, priorizando la razonabilidad del quantum indemnizatorio en procura de *principio general alterum non laedere, de raigambre constitucional y de aplicación a todo el sistema jurídico argentino*.

Y que al considerar como doctrina aplicable la de los fallos “Aquino” y “Arostegui”, incorporaba como pauta interpretativa el mentado Derecho de Progresividad.

---

<sup>64</sup> PGN, 23/03/2014, “Lucca De Hoz Mirta Liliana c. Taddei Eduardo Carlos Y Otro Si Accidente - Acción Civil”, S.e. L. W 115; L. XLVII

Contrariamente, la Corte en “Espósito” sostiene que el artículo 17 inc 5 no puede ser dejado de lado “mediante la dogmática invocación de supuestas razones de justicia y equidad.”

Pretendiendo, a su vez, que el desfasaje indemnizatorio entre la aplicación del decreto 1274/00 y la ley 26773, se soluciona con la aplicación de los intereses impuestos por la Sala VII de la Cámara de Apelaciones del Trabajo en el fallo, cuando, técnicamente, debe entenderse que el coeficiente RIPTE, y los intereses responden a finalidades distintas como lo vengo sosteniendo.

Al respecto afirmó que: “(...)es un dato no controvertido que las disposiciones de la Ley de Riesgos del Trabajo vigentes al momento del infortunio contemplaban el pago de una prestación dineraria destinada a reparar el daño ocasionado por la incapacidad laboral que el hecho provocó. Prestación a la que, incluso, la cámara le adicionó intereses desde la fecha del accidente en el entendimiento de que, de acuerdo con el "principio general de las obligaciones civiles", los perjuicios sufridos por el actor por no tener a su disposición el capital desde ese momento podían compensarse mediante la imposición de tal tipo de accesorios.

Contrariamente a lo afirmado por el Tribunal Superior, que con “la actualización prevista por el RIPTE, lo que intenta es subsanar de alguna manera la depreciación que sufre el salario del trabajador, a los fines de que la indemnización sea representativa de la capacidad de ganancia perdida con motivo del daño, y la pérdida de valor de lo condenado en sí mismo hasta el momento de recaer decisión final. Es decir, busca comparar a través de sus índices, de qué modo se depreció el salario del trabajador desde el momento que sufrió el siniestro, hasta la fecha en que obtendrá una sentencia.”

“Mientras que por otro lado, los intereses tienen como finalidad el resarcimiento que se debe dar al acreedor por el daño producido, como consecuencia del retraso culpable del deudor, en el cumplimiento de la obligación.”

“De ello, se desprende que la causa y la finalidad que persiguen ambos institutos (intereses y actualización mediante el índice RIPTE), es completamente diferente, con independencia de que la depreciación monetaria que se procura corregir con la actualización, sea una variable para elevar los intereses (justamente, lo que sucede hoy en día, cuando cada visita al mercado lo demuestra).”

“Por lo tanto, ambas figuras no constituyen una sinonimia una de la otra, sino que por el contrario, se complementan, ya que cada una de ellas, contempla una situación diferente.”

“En consecuencia, considero que al disponerse la aplicación del RIPTE y luego aplicarse la tasa de interés dispuesta por el acta 2601 de esta CNAT, no se configura una doble actualización del crédito.”

“Por dichas razones, considero que morigerar la tasa de interés, no resulta adecuado, y constituye un grave perjuicio para el trabajador, quien tuvo que iniciar un proceso judicial, y esperar el dictado de una sentencia, para poder percibir su crédito. Crédito que destaco, por su carácter alimentario, debe ser protegido.”

Finalmente, destaco otro aspecto llamativo de “Espósito”. Lo que tiene que ver con lo apuntado por la Corte sobre el fallo “Camusso”.

Certeramente, esta jurisprudencia que data del 21 de mayo de 1976, -contemporáneo al fallo plenario “Alegre” de 1971 al que ya hicimos referencia-, dice mucho más que lo señalado, en abierta consonancia interpretativa con el entonces vigente constitucionalismo social, y hasta el actual paradigma de los derechos humanos fundamentales.

Por ello, es altamente enriquecedor conocer las pautas interpretativas allí alcanzadas por la Corte, que gozan de evidente razonabilidad en nuestros días, dentro del marco de la racionalidad normativa vigente.

En efecto, en dicho fallo se decidió que *“la actualización con arreglo a la ley 20.695 de un crédito cuyo importe había sido establecido mediante una sentencia firme, pero estaba pendiente de pago, no implicaba una alteración sustancial de la cosa juzgada que menoscabara las garantías constitucionales de propiedad y de la defensa en juicio.”*

Entre sus argumentos sostuvo que, la actualización del crédito reconocido en una sentencia al momento del pago no implica un riesgo para la seguridad jurídica puesto que *“No existe una modificación sustancial en cuanto al monto del crédito reconocido en la sentencia: la ley establece tan solo la forma en que aquél debe ser calculado hasta el momento del efectivo pago y adecua de una manera más realista la incidencia de la mora del deudor en el cumplimiento de su obligación. No son válidas las disposiciones legales que, sin desconocer la naturaleza de una decisión judicial, sólo actualizan el monto de condena. Lejos de menoscabar la autoridad de la cosa juzgada la salvaguardan, porque salvaguardan su justicia, sin la cual el más íntimo sentido de dicha autoridad, que es su sentido moral, no es concebible.”*

Prosigue: *“Que lo que la cosa juzgada busca fijar definitivamente, no es tanto el texto formal del fallo cuanto la solución real prevista por el juez a través de éste, es decir –en el caso- el resarcimiento íntegro del crédito del acreedor y su inmutabilidad a través de todo el proceso judicial”.*

Asimismo, se sostiene en “Camusso” que *“si la demandada hubiera cumplido debidamente sus obligaciones al tiempo del fallecimiento del empleado, no se habría visto compelida al pago de la indemnización actualizada. En estas condiciones, dependiendo la actualización de la propia conducta discrecional del deudor, resulta inaceptable cualquier planteo de inconstitucionalidad (...) En este momento de proceso inflacionario, es legítimo concluir que el Congreso de la Nación pudo razonablemente disponer la inmediata aplicación de la Ley 20.695 a las causas pendientes, aún en proceso de ejecución de sentencia, a fin de mantener la justa equivalencia de las prestaciones.*

Por lo demás, quiero señalar algunos tramos del dictamen del PGN en “Camusso”. Sostuvo en 1976 que: “(...) *no debe perderse de vista que, en primer lugar, las disposiciones de la ley 20695 vienen a privar al deudor moroso de un beneficio producto de su incumplimiento, cual es el de desobligarse transfiriendo un valor económicamente muy inferior al que hubo de entregar en caso de haber satisfecho en término su obligación. (...) En segundo lugar, si la actualización impuesta (...) altera numérica o nominalmente el monto de condenas firmes, en nada modifica, en cambio, la sustancia jurídica de lo decidido en esos pronunciamientos (...) Por último, es de señalar que el desmedro patrimonial que para el deudor deriva de aquella alteración no reviste, en términos económicos, entidad tal que permita entender configurada lesión esencial a su derecho de propiedad, pues el aumento de la cantidad nominal no hace la deuda más onerosa que en su origen, y, además, la falta de oportuno pago por el empleador habrá permitido a éste no retirar de su giro las sumas que desde un principio adeudaba, las cuales, por tanto, ha podido mantener en su patrimonio con la posibilidad de actualizarlas a través del desarrollo de su actividad empresaria”.*

Insisto, al respecto la Corte nada dice. A *contrario sensu*, consideró que aplicar los beneficios indemnizatorios de la Ley 26773, a fin de actualizar la base salarial de las indemnizaciones, por accidentes laborales y enfermedades profesionales, al tiempo de su percepción efectiva, implica, reitero, “la dogmática invocación de supuestas razones de justicia y equidad”, que en todo caso será compensada con los intereses impuestos.

He aquí el hilo teórico que se renueva cíclicamente, el de las mayorías en los plenarios “Prestigiácomo” y “Villamayor”, el de la opinión del Fiscal General en el dictamen del fallo “Acevedo”, y el criterio de la Corte en “Espósito”. Por el mismo, se pretende que la aplicación del derecho vigente, con debida razonabilidad, obedece a meras “preferencias afectivas, ideológicas”, o meras “afirmaciones dogmáticas”.

**VIII.** – Es en razón de todo lo expresado, que considero aplicable a la indemnización del Sr. Fiorino, los beneficios regulados por la Ley 26773.

Tal decisión la he sostenido desde los albores de la reforma en los siguientes términos<sup>65</sup>:

*“Cabe destacar, que el art. 17 de la ley 26.773 establece en su inciso 6) que “Las prestaciones en dinero por incapacidad permanente, previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, y su actualización mediante el decreto 1694/09, se ajustarán a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley conforme al índice RIPTÉ (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), publicado por la Secretaría de Seguridad Social, desde el 1° de enero del año 2010”.*

*“Ahora bien, la ley 26.773, rige plenamente desde el octavo día de su publicación. Es decir, que está vigente desde el 4 de noviembre de 2012, en virtud de no contar con norma alguna de aplicación inmediata. Lo*

<sup>65</sup> **CNAT, SALA III**, SI N° 93.642 en autos “BLANCO, SEBASTIAN NICOLAS C/ HORIZONTE CIA. ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES SA S/ ACCIDENTE-LEY ESPECIAL”, de fecha 12/7/13.

**CNAT, SALA III**, SI en autos “MORA, JUAN CLAUDIO /PROVINCIA ART S.A. S/ACCIDENTE- ACCIÓN CIVIL”, de fecha 09/11/2016, entre otras.

que de todos modos no obstaculiza a que algunas normas de tipo adjetivo contenidas en la ley, sí resulten inmediatamente aplicables, aún por hechos anteriores”.

“En relación con la aplicación inmediata de la mencionada ley, más allá de lo dispuesto en el citado art. 17.6, debo decir que esta norma recoge lo que viene siendo una inveterada prédica del Dr. Capón Filas (ver, por ejemplo, “Abal Leonardo Andrés c/ Taller La Industrial S.R.L. s/ despido”, sala VI, sentencia definitiva n° 58490, del 22 de diciembre de 2005; o “Wolk Ana María c/ Novedades Editoriales S.R.L. y otro s/ despido”, sala VI, sentencia definitiva n° 57041, del 30 de marzo de 2004) y de la suscripta (“Larotonda, Sergio Bruno c/ Del Campo Materiales SRL y otros s/ despido”, sentencia n° 1881, del 22 de octubre de 2003; “Paz, María Isabel c/ Met AFJP S.A. s/ despido”, sentencia n° 2422, del 30 de octubre de 2007; o “Gutiérrez, Edgardo David c/ Labora S.A. s/ despido”, sentencia n° 2454, del 18 de marzo de 2008, entre muchas otras, todas del juzgado 74, en mi labor como juez de primera instancia; o “Santucho, Sergio del Valle c/ Castagnola, Pablo Daniel s/ despido”, Sentencia n° 93533, del 22 de mayo de 2013; “Leguizamón Ricardo Hernán c/ R. Carpaccio S.R.L. s/ despido”, sentencia n° 93.570, del 31 de marzo de 2013, entre muchas otras, todas del registro de esta sala). Ambos, hemos declarado la imperiosa necesidad de actualizar los créditos salariales. Luego, mal podría no ser recogida por mí la reforma y no hacerme, así, eco de la justicia que implica actualizar, de alguna manera, el crédito del trabajador”.

“En el mismo sentido, se ha decidido en autos “Mendoza, Jorge Luis c/ Bruno, Gerardo Reynaldo y otro s/ accidente – acción civil”, Sentencia Interlocutoria n° 13790, del 25 de abril de 2013, sala IX, donde se afirmó: “Toda vez que las normas procedimentales son de aplicación inmediata, podría suceder que una cuestión quede regida por las disposiciones de la ley 24.557 (por ejemplo en lo relativo al resarcimiento pretendido) y en sus aspectos procedimentales por la ley 26.773 en tanto la acción haya sido iniciada con posterioridad a su entrada en vigencia”.

“Así lo entendieron también la Cámara de Trabajo de Córdoba, Sala X, el 21 de diciembre de 2012, in re “Martín, Pablo Darío c/ Mapfre ART S.A. s/ accidente”, expediente N° 170607/37, en relación al RIPTE y la indemnización adicional de pago único (art. 3, in fine, ley 26.773). Este decisorio remite a lo fallado por la sala VII de Mendoza, in re “Godoy, Diego Maximiliano c/ Mapfre Argentina”, del 12 de noviembre de 2012, por citar solo algunos ejemplos”.

“Otro tanto, hizo la Sala VII, de la Cámara cordobesa in re “Ludueña, Prudencia Beatriz, c/ Asociarte ART S.A., el 15/3/13”, y la misma sala el 15/4/13, in re “Granero, Francisco José c/ Consolidar ART S.A.”, así como la Sala III, de igual jurisdicción, in re “Torres, Manuel Rodolfo c/ La Segunda ART S.A.”, del 4/3/13”.

“En estos precedentes, se manejó el argumento capital de que, resolver de otro modo, implicaría violar lo normado por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, así como el 2.1 del PIDESC (a lo que personalmente agregaría toda la normativa nacional e internacional sobre discriminación), en la inteligencia de que se generaría una discriminación

*entre los propios trabajadores, quedando en mejor situación quienes se accidenten luego de la entrada en vigencia de la ley que los anteriores”.*

*“En el mismo sentido, se expidió la Justicia Nacional, a través del Juzgado Nacional del Trabajo N° 58, Sentencia 5.393 del 24/2/13, in re “Camargo, Roberto Adrián c/Mapfre Argentina ART SA y otro s/accidente, acción civil”, y S. D. N° 93.565 del 31.05.13, in re “Pisera, Juan Manuel c/ Euterma SA y otro s/ despido del registro de esta Sala III”.*

*“Súmase como argumento justificativo de la aplicabilidad inmediata por el carácter adjetivo, que se trata de mejoras en la situación del trabajador, por imperio del artículo 9 de la LCT y del principio de progresividad”.*

*“Al respecto, Ricardo J. Cornaglia, afirma que la clave de la cuestión consiste en la conjunción de dos principios que tienen raigambre constitucional: el de indemnidad (art. 19 de la Constitución Nacional) y el de razonabilidad (artículo 28 de la CN), al punto que reconocido el primero como un derecho fundamental, no puede la ley so pretexto de hacerlo operativo, terminar negándolo o provocar un resarcimiento reducido, mezquino o irrazonable (PDLSS, T.2008-19-pág. 1643)”.*

*“Por otro lado tampoco debemos olvidar que hoy por hoy y desde 1994, el paradigma normativo vigente (o la racionalidad del sistema, que es lo mismo), no es otro que el de los derechos humanos fundamentales. Con lo cual, si se albergasen dudas (porque de hecho, no todos los jueces han concluido del mismo modo), lo que habrá de zanjar la disputa interpretativa ha de ser el obligado control de convencionalidad (ver CSJN, in re “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otro c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, del 27/11/12)”.*

*“Puntualmente, este Tribunal nos ha dicho en “Álvarez, Maximiliano y otro c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, A. 1023, XLIII, que “el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art.2,1), sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Cardozo, Fallos 329:2265, 2272/2273, y Madorrán, cit. p 2004). Y esta pauta se impone aún con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (Madorrán, cit. p. 2004). Ya en el precedente Berçaitz, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, “concordante con la doctrina universal”; el “principio de favorabilidad” (Fallos: 289:430, 437; asimismo; Fallos: 293:26,27)”.*

*“En efecto, el artículo 19.8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” de 1988, dispone que el Consejo Interamericano Económico y Social, el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Comisión Internacional de Derechos Humanos “en ejercicio de las funciones que se les confieren en el presente artículo tendrán en cuenta la naturaleza*

*progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo”.*

*“En razón de que, con fecha 7 de junio de 2016, la Corte Suprema se expidió en el caso “Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/Accidente-Ley Especial”, sobre la no aplicación retroactiva de la ley 26.773 para un accidente in itinere, y en razón de la argumentación, de tipo general que fórmula, encuentro necesario expedirme en razón de su vínculo con el sub lite.”*

*“Consecuentemente, he de manifestar que en modo alguno comparto su criterio, y sí el de la Procuradora Fiscal subrogante. Ello, en la inteligencia de que los fundamentos de la Corte no respetan la racionalidad del paradigma normativo vigente.”*

*“Digo así, en función de las razones técnicas que surgen de la presente causa, y en especial desarrolladas en mi voto de la sentencia de esta sala III en “Acevedo, Juan Bartolomé C/ Estancia La República S.A. y Otro S/ Accidente – Acción Civil” (S. I. N° 63.585 causa N° 42.128/2013, registrada el 30 de junio de 2014). Al mismo he de remitirme, tanto en razón de la no vinculatoriedad de los fallos de la Corte Suprema en lo que a efectos erga omnes se refiere (amen de exceder el Supremo Tribunal el marco del principio de congruencia), y en cuanto al engranaje de principios y de normas de inferior jerarquías que avalaron lo decidido.”*

*“Así como también, hago propios los argumentos, de la sala IX en autos, “F.R.J. C/ A. ART S/ ACCIDENTE LEY ESPECIAL”, DEL 21.06.16, votos de los Dres. Pompa y Balestrini.”*

**IX.-** Ahora bien, específicamente, entre los beneficios de la Ley 26.773, se encuentra la aplicación del coeficiente de actualización RIPTE –artículo 17 inc. 6- y el pago adicional indemnizatorio del 20% -artículo 3-.

Sobre el punto, el Superior Tribunal, en el fallo “Espósito”, aún cuando propició la aplicación de la Ley 24557 y el Decreto 1278/00, por ser la normativa vigente al momento del accidente -26 de marzo de 2009-, en obiter dicta, expresó su juicio sobre la interpretación de los de los artículos 8, 17 inc. 6, y 3 de la Ley 26773.

Así, manifestó que “(...) el art. 8° estableció, para el futuro, que “[l]os importes por incapacidad laboral permanente previstos en las normas que integran el régimen de reparación se ajustarán de manera general semestralmente según la variación del índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables) publicado por la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a cuyo efecto dictará la resolución pertinente fijando los nuevos valores y su lapso de vigencia”. Además, el art. 17.6 de la ley complementó tal disposición estableciendo que “[l]as prestaciones en dinero por incapacidad permanente previstas en la ley 24.557 Y sus modificatorias, y su actualización mediante el decreto 1694/09, se ajustarán a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley conforme al índice RIPTE...desde el 1° enero del año 2010”. Y el decreto reglamentario 472/14 explicitó que el ajuste previsto en los arts. 8° y 17.6 se refería a los importes de las prestaciones adicionales de suma fija que habían sido incorporadas al régimen por el decreto 1278/00, y de los pisos mínimos

establecidos por el decreto 1694/09 y por el art. 3° de la propia ley reglamentada.”

Sintetizó que “(...) *la simple lectura de los textos normativos reseñados (...) basta para advertir que del juego armónico de los arts. 8° y 17.6 de la ley 26.773 claramente se desprende que la intención del legislador no fue otra que la de: (1) aplicar sobre los importes fijados afines de 2009 por el decreto 1694 un reajuste, según la evolución que tuvo el índice RIPTE entre enero de 2010 y la fecha de entrada en vigencia de la ley, que los dejara "actualizados" a esta última fecha; y (2) ordenar, a partir de allí, un reajuste cada seis (...)* En síntesis, la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los "importes" a los que aludían los arts. 1°, 3° y 4° del decreto 1694/09 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicaran a las contingencias futuras; más precisamente, a los accidentes que ocurrieran y a las enfermedades que se manifestaran con posterioridad a la publicación del nuevo régimen legal.”

Entonces, a juzgar por la interpretación de la Corte en “Espósito”, el RIPTE, es el coeficiente utilizado, únicamente, para actualizar las sumas fijas y los pisos mínimos, y no el salario que opera como base de cálculo de la indemnización, establecido en el artículo 14 de la Ley 24557.

Tal apreciación, me lleva a repasar los motivos que obligaron a modificar el Decreto 1278/00, con un claro objetivo indexatorio. Resalto que en el dictamen de la Procuración General, del mentado caso “Espósito”, se destacó la importancia de la finalidad prevista en el Decreto 1694/09<sup>66</sup>

En efecto, rememoro que el Decreto 1694/09 suprimió la política de topes indemnizatorios fijada en el Decreto 1278/00, el cual disponía en relación a la fórmula del art. 14 de la Ley 24557, que: “Esta suma en ningún caso será superior a la cantidad que resulte de multiplicar PESOS CIENTO OCHENTA MIL (\$ 180.000) por el porcentaje de incapacidad”.

En su lugar, incorporó el régimen de “pisos” indemnizatorios, en estos términos: Art. 2° —Suprímense los topes previstos en el artículo 14, inciso 2, apartados a) y b), y en el artículo 15, inciso 2, último párrafo, respectivamente, de la Ley N° 24.557 y sus modificaciones. Art. 3° — Establécese que la indemnización que corresponda por aplicación del artículo 14, inciso 2, apartados a) y b), de la Ley N° 24.557 y sus modificaciones, nunca será inferior al monto que resulte de multiplicar PESOS CIENTO OCHENTA MIL (\$ 180.000.-) por el porcentaje de incapacidad.”

---

<sup>66</sup> DPG, en los autos “Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente – ley especial”, de fecha 7 de junio de 2016, Apartado III : “(...) resulta relevante resaltar en apoyo a la solución propuesta que los considerandos del decreto 1694/2009 establecen que la modificación introducida por el decreto 1278/2000 a la ley 24.557 "no fue suficiente para otorgar a ese cuerpo legal un estándar equitativo, jurídico, constitucional y operativamente sostenible" y que " ... resulta pertinente mejorar las prestaciones dinerarias en concepto de incapacidad laboral permanente". De igual modo, se fijó entre los objetivos de la ley 26.773 la cobertura de los daños derivados de los riesgos del trabajo con criterios de suficiencia, accesibilidad y automaticidad de las prestaciones dinerarias y en especie (art. 1, ley citada).” (Sic)

Así, para entender el alcance de la decisión, debe recordarse que el Decreto 1694/09, en sus CONSIDERANDOS expresó: “Que a partir de su puesta en marcha, el citado sistema de prevención y reparación de la siniestralidad laboral evidenció su imperfección estructural como instrumento de protección social, lo que originó el estudio de distintas alternativas de superación. Que en función de ello, mediante el Decreto N° 1278 del 28 de diciembre de 2000 se modificaron algunas previsiones de la ley mencionada, destacándose, entre otras, (...) la mejora de las prestaciones dinerarias (...) Que sin embargo, dicha modificación parcial no fue suficiente para otorgar a ese cuerpo legal un estándar equitativo, jurídico, constitucional y operativamente sostenible.”

Asimismo, sostuvo que por una finalidad de “justicia social” -y en relación rememoró los fallos “Castillo” y “Aquino” de la CSJN como pronunciamientos de *lege ferenda*- “resulta pertinente mejorar las prestaciones dinerarias en concepto de incapacidad laboral permanente y muerte, actualizando las compensaciones dinerarias adicionales de pago único, eliminando los topes indemnizatorios para todos los casos y estableciendo pisos por debajo de los cuales no se reconocerá válidamente el monto indemnizatorio; de acuerdo a las previsiones del artículo 11, inciso 3, de la Ley N° 24.557 y sus modificaciones.”

Traigo a cuento lo explicitado, ya que en ello se reconoce que el sistema de protección de la Ley 24557 adolece de “imperfección estructural como instrumento de protección social”, y que la modificación del Decreto 1278/00 “no fue suficiente para otorgar a ese cuerpo legal un estándar equitativo, jurídico, constitucional y operativamente sostenible”.

No obstante, a la vuelta de tuerca que intentó el Decreto 1694/09 al sistema de riesgos, se le pretendió dar una vuelta más con la modificación de la Ley 26773 –con desaciertos en materia de competencia en la acción común-, incorporando las mejoras indemnizatorias.

Esto es, ingresó el coeficiente RIPTE para actualizar el salario del trabajador -que será la base de cálculo del monto de condena-, y el adicional por daños no reparados por las fórmulas de la ley de riesgos del trabajo, con la finalidad de acercarse a la reparación integral en un sistema tarifado, en cumplimiento de los designios constitucionales.

Sin ánimo de reiteraciones inconducentes, pues el armado normativo ya fue suficientemente tratado, es necesario hacer una reseña sobre la hermenéutica de los artículos 8 y 17.6 de la Ley 26.773.

Para ello, citaré integralmente el artículo 17.6 de la Ley 26773, pues la segunda parte del mismo resulta esclarecedora a estos fines:

“Las prestaciones en dinero por incapacidad permanente, previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, y su actualización mediante el decreto 1694/09, se ajustarán a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley conforme al índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), publicado por la Secretaría de Seguridad Social, desde el 1° de enero del año 2010.

La actualización general prevista en el artículo 8° de esta ley se efectuará en los mismos plazos que la dispuesta para el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) por el artículo 32 de la ley 24.241, modificado por su similar 26.417.”

Obsérvese que en el mismo artículo, en párrafos separados, se trata por un lado sobre las “prestaciones en dinero por incapacidad permanente”, que deberán ser reajustadas según RIPTTE está haciendo referencia al caso concreto; y por otra parte, se refiere a “la actualización general” a la que se refiere el artículo 8.

En efecto, la incorporación del coeficiente RIPTTE tiene como objetivo actualizar la base salarial de la indemnización, que se encuentra desfasada doblemente: por el IBM regulado en el artículo 12 de la Ley 24557 que estima un promedio de los doce salarios anteriores a las contingencias, y el efecto inflacionario de la realidad económica. Esto promueve la efectividad en el caso concreto.

Mientras que el segundo párrafo del artículo 17.6 que remite al artículo 8, establece un sistema general y automático de reajuste de las sumas fijas –adicionales de pago único-, y de los pisos “irrenunciables”, que el sistema considera como punto de partida cuantitativo, “mínimo”, a la hora de indemnizar un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Obsérvese que la estructura sintáctica de la norma permite reflexionar en estos términos, y desestimo que el legislador incurriera en redundancia al establecer lo mismo en dos artículos distintos.

Además, la modificación normativa, necesariamente debe ser acompañada por la evolución interpretativa, en el marco del paradigma vigente.

Es en este sentido que, discrepo con el criterio desarrollado en el fallo “Espósito”, por concluir que dicha interpretación sobre el modo de aplicar las mejoras dispuestas en el artículo 17.6 y el artículo 8, resulta regresiva, si tenemos en cuenta los propios pronunciamientos de la CSJN en “Aquino”, “Vizzoti”, o “Arcuri Rojas”, entre otros.

En consecuencia, considero que debe aplicarse el índice de ajuste salarial, RIPTTE **-Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables** - fijado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, según lo establece el primer párrafo del art. 17.6, lo que posteriormente será comparado con los mínimos obligatorios establecidos por el Decreto 1694/09, ajustados semestralmente por las resoluciones previstas en el artículo 8 y segundo párrafo del artículo 17.6.

**X.-** Asimismo, la CSJN manifestó en atención a la prestación adicional del artículo 3 de la Ley 26773, que : “interesa destacar que el art. 3° de esta última ley dispuso que, cuando se tratara de un verdadero infortunio o enfermedad laboral, y no de un accidente *“in itinere”*, el trabajador damnificado o sus derechohabientes percibirían, además de las prestaciones dinerarias antes mencionadas, una indemnización adicional - en compensación de cualquier otro daño no reparado por las tarifas- equivalente al 20% del monto de ellas y que, en caso de muerte o incapacidad total, nunca debía ser inferior a \$ 70.000.”

Como lo anticipamos en materia del cálculo del coeficiente RIPTTE, la Corte consideró que el accidente *“in itinere”* no es un “verdadero” infortunio o enfermedad laboral.

Esta clasificación me remite, no solo al texto del artículo 3 de la Ley 26773, sino también, y prioritariamente, al artículo 6 de la Ley 24557, que define las contingencias cubiertas por la Ley de Riesgos.

En efecto, este dispone que las contingencias son: los accidentes de trabajo, y las enfermedades profesionales. A su vez, en su inc.1. define el accidente de trabajo, de este modo: “*Se considera accidente de trabajo a todo acontecimiento súbito y violento **ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo(...)***” (la negrita me pertenece)

Por lo tanto, en esta primera aproximación podemos afirmar que se trata de una relación de género a especie, donde el género es el accidente de trabajo, y dentro de este dos especies: el que ocurre en el lugar de trabajo, o bien, en el trayecto del domicilio del trabajador hasta el lugar de trabajo o, viceversa.

No observo que la ley realice la distinción que efectúa el supremo tribunal en “Espósito”, por lo tanto, considero que el juzgador no se encuentra habilitado a distinguir donde la ley no lo hace.

Veamos. El artículo 3 de la Ley 26.773 regula: “Cuando el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador (...)”

En primer lugar, considero que en su texto no se encuentra negado expresamente el beneficio para tales accidentes, es más, la expresión utilizada “mientras se encuentre a disposición”, permite interpretar que abarca el *in itinere*. Lo que podríamos discutir es sobre la técnica legislativa, pero no la incorporación del instituto.

En efecto, en caso de duda debe resolverse a favor de la interpretación más favorable que nos habilita el art. 9 de la LCT, y el Principio de Progresividad, ya esgrimidos.

Por otra parte, su análisis debe hacerse concordantemente con el artículo 6.1 de la Ley 24557, analizado *ut supra*, toda vez que las contingencias cubiertas son las que se definen en dicha norma, y el *in itinere* pertenece a la categoría que debe ser reparada.

Finalmente, he sostenido que negarle virtualidad al beneficio en los accidentes *in itinere*, legitimaría un acto de discriminación negativa respecto de los trabajadores que sufrieron un daño a la salud, en razón una de las especies de accidente laboral según el artículo 6.1 de la Ley 24557, provocando de tal forma, una disparidad de trato.

“Como lo expresa Gialdino, “la disparidad de trato puede provenir de un “propósito”, “intención”, “finalidad” u “objeto” del acto o práctica...para censurar una discriminación no se requiere poner en evidencia intención alguna en ese sentido. Lo que cuenta es el “resultado” o el “efecto”. Aunque la intención del legislador no haya sido discriminar, sostuvo el COM/DH en `Simunek y otros v. República Checa`, una ley puede violar el art. 26, PIDCP, si sus efectos son `discriminatorios` (comunicación 516/1992, 19/7/1995, S 11.7.)” <Gialdino, Rolando E; “Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, pág. 159>.”

“Pues bien, antes que nada, no debemos olvidar que hoy por hoy y desde 1994, el paradigma normativo vigente (o la racionalidad del sistema, que es lo mismo), no es otro que el de los derechos humanos fundamentales. Con lo cual, si se albergasen dudas (porque de hecho, no todos los jueces han concluido del mismo modo), lo que habrá de zanjar la

*disputa interpretativa ha de ser el obligado control de convencionalidad (ver CSJN, in re “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otro c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, del 27/11/12).”*

*“Puntualmente, este Tribunal nos ha dicho en “Álvarez, Maximiliano y otro c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, A. 1023, XLIII, que “el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art.2,1), sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Cardozo, Fallos 329:2265, 2272/2273, y Madorrán, cit. p 2004). Y esta pauta se impone aún con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (Madorrán, cit. p. 2004). Ya en el precedente Berçaitz, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, “concordante con la doctrina universal”; el “principio de favorabilidad” (Fallos: 289:430, 437; asimismo; Fallos: 293:26,27).”*

*“En efecto, el artículo 19.8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” de 1988, dispone que el Consejo Interamericano Económico y Social, el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Comisión Internacional de Derechos Humanos “en ejercicio de las funciones que se les confieren en el presente artículo tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo” (el subrayado me pertenece).”*

En tales condiciones, merece la tacha de inconstitucionalidad oficiosa, porque resulta impensable que por tratarse de un accidente *in itinere* se vea privado de la indemnización adicional, puesto que el trabajador accidentado en el trayecto de ida o vuelta a su trabajo, como accidente de trabajo que es, merece estar en un pie de igualdad con el resto de los accidentados en el lugar de trabajo o mientras se encuentren a disposición del trabajador. Resolver en contrario, implicaría violar el principio de igualdad que tiene raigambre constitucional (art. 16 CN) y que como lo expresé precedentemente, es un hito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por tales razones, y las ya expresadas en relación a la aplicación inmediata de la ley, es que resuelvo aplicar el artículo 3 de la Ley 26773, y en consecuencia, elevar el quantum en un 20%.

**XI.-** Arribado el momento de la liquidación, preliminarmente obtengo el índice de ajuste RIPTE, del siguiente modo: a) Último índice RIPTE, fijado y publicado por el M.T.S.S. a enero de 2017 = 2.405,87; b) Índice RIPTE al momento del accidente -27/09/2012- = 751,84; c) Índice de ajuste: 2.405,87/ 751,84= 3,19.

Entonces, el capital nominal del art. 14 inc. 2 apartado a), de la Ley 24.557, ajustado por índice RIPTE de la Ley 26.773, asciende a la

suma de PESOS QUINIENTOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO con 19/100 -\$500.994,19 ( $53 \times \$ 15.500 \times 10\% \times -65/34 - \times 3,19$  coeficiente RIPTE)-.

Esta fórmula, tal como fuera manifestado en los autos “Godoy Diego Maximiliano C. Mapre Argentina P/ Accidente” (Expte. Nro. 4.235), dictado por la Cámara Séptima del Trabajo de Mendoza el 12 de noviembre de 2012 “...es la correcta de ajustar las prestaciones dinerarias de la ley, tal como se “actualizaban” los créditos laborales con anterioridad a la Ley de Convertibilidad 23.928 y no tal como lo propician algunos operadores jurídicos, esto es, sumando uno por uno los índices RIPTE de cada mes. Ello así, porque los que proponen tal sistema de cálculo no advierten lo siguiente: a) El RIPTE así calculado parte del mes Julio 1.994 (ver página web M.T.S.S. b) El índice porcentual correspondiente al mes inferior lo es con relación al mes superior, luego, si se suman en forma directa los porcentajes de cada uno de los índices, se está produciendo un incremento indebido del índice por el efecto de “arrastre” que este sistema provoca, toda vez que, de esta forma, se suma un porcentaje al porcentual acumulado del mes anterior desde Julio 1.994 hasta el mes en que se efectúa el cálculo. c) Existe una suerte de pseudo “anatosismo” porcentual dado que se van sumando índices RIPTE con el porcentual acumulado del mes anterior. d) La forma correcta de realizar el ajuste al que se refiere la norma legal en estudio, entiendo, es la practicada en ese decisorio, tal como normal y habitualmente, se efectuaba para “actualizar” los créditos durante los tiempos anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 23.928 y sus respectivas prórrogas hasta la actualidad...”.

Ahora bien, dicho monto debe ser comparado con el mínimo impuesto por el Decreto 1694/09, ajustado por la última resolución vigente al momento de la presente sentencia, según artículo 8 y 17.5 de la Ley 26773.

Así, el actual artículo 2 de la Resolución N° 387/2016 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, dispone que “para el período comprendido entre el 01/09/2016 y el 28/02/2017 inclusive, la indemnización que corresponda por aplicación del artículo 14, inciso 2, apartados a) y b), de la Ley N° 24.557 y sus modificatorias, no podrá ser inferior al monto que resulte de multiplicar PESOS UN MILLÓN NOVENTA MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO (\$1.090.945) por el porcentaje de incapacidad.” (Sic)

En el caso, el actor adolece de 10% de incapacidad laboral parcial y permanente, lo que aplicando a la resolución, se traduce en PESOS CIENTO NUEVE MIL NOVENTA Y CUATRO con 5/100 [ $\$ 109.094,5 (\$ 1.090.945 \times 10\%)$ ]

De lo expuesto, surge que el mínimo indisponible, según resolución vigente al momento de la cuantificación del daño, es inferior al capital nominal ajustado por índice RIPTE, motivo por el cual, la suma conforme a derecho es PESOS QUINIENTOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO con 19/100 -\$500.994,19-

A su vez, a dicho monto debe adicionársele el 20% conforme art. 3 de la ley 26.773- ( $\$ 500.994,19/5 = \$ 100.198,84$ ), siendo la suma final de PESOS SEISCIENTOS UN MIL CIENTO NOVENTA Y TRES CON 03/100 - $\$ 601.193,03 (\$ 500.994,19 + \$ 100.198,84)$ -

En consecuencia, la indemnización ascenderá a la suma de PESOS SEISCIENTOS UN MIL CIENTO NOVENTA Y TRES CON 03/100 -\$ 601.193,03- (RIPTE + 20% art. 3 Ley 26773). Dicho monto deberá ser depositado en autos, dentro del quinto día de haber quedado firme la liquidación del artículo 132 de la L.O.

Asimismo, al momento de efectuar la liquidación, se calcularán intereses hasta una fecha provisoria en la cual haya podido consentir el giro, que en caso de ser posterior a la que resulte, se reintegrará al demandado lo depositado de más.

**XII.-** Finalmente, si bien no se me escapa que llegan firmes los intereses fijados por el fallo de la Sala VII –en atención a que no fue materia de pronunciamiento de la CSJN- correspondientes a la tasa de interés establecida por Acta N° 2601 de la CNAT, devengados desde la fecha del accidente (27/09/2012) y hasta su efectivo pago, vale aclarar que dicha acta fue reemplazada por la actual Acta N° 2630/16 en un posterior acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

Vale decir que, si bien no comparto dicha tasa, sino que entiendo que debería emplearse la tasa establecida por el Banco Nación del 47% anual (para préstamos personales libre destino, con un plazo máximo de devolución de 36 meses), voto por aplicar el Acta 2630/17 dado que no se cuestionó la tasa de interés y resulta ser la mejor sobre la que hay consenso.

En consecuencia, corresponde determinar que la tasa de interés sea la fijada por el Acta 2.601 de la CNAT del 21/05/2014 (correspondiente a la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses), hasta el 27/04/2016, y a partir de allí, se aplique el Acta N° 2.630/16, con el alcance del 36% anual.

**XIII.-** Por otro lado, corresponde manifestar que la parte actora solicitó el reajuste del monto de condena hasta su efectivo pago, según la depreciación monetaria existente, lo que cabe aclarar, prosperaría aún de oficio, en coincidencia interpretativa con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en la causa “Camusso”, de 1976.

En efecto, la viabilidad de la actualización del crédito, puede inferirse del actual texto del art. 772 del CCCN, que por los motivos ya analizados, resulta aplicable en el caso, el cual en su primera parte dispone que *“si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda...”*

En efecto, lo expresado en los considerandos sobre intereses y actualización lo hice en el marco del anterior Código Civil, lo que reafirmo, más aún, en la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, y sus incorporaciones consistentes con el paradigma normativo vigente (ver “Título Preliminar”), y que por tratarse de una norma adjetiva resulta de aplicación inmediata.

En efecto, ya con el anterior código, sostuve en relación a los conceptos de interés y actualización monetaria en los autos “Sánchez, Javier Armando c. Cristem S.A. s/ Juicio Sumario” (Causa N° 28.048/2011/CA1), registrada el 01/12/2014, que:

“Los mismos constituyen un fenómeno de la actualidad de orden económico que se impone, tiene efectos sobre estos, los atraviesa, e inevitablemente entrecruza el análisis de estos institutos”.

“Así, por la complejidad del tratamiento y para que los afectados por el resultado de esta sentencia no se pierdan en el análisis, haré breves enunciados previos que se desarrollarán en los posteriores considerandos”.

“En este sentido, entiendo prioritario y elemental, aún cuando pareciera no existir la necesidad del distingo por su obviedad, precisar, desde el inicio que ambos institutos responden a necesidades diversas. Puesto que, el interés responde a un efecto sancionatorio por la falta de pago tempestivo de las sumas adeudadas, y la actualización pretende mantener el valor adquisitivo del capital que por el transcurso del tiempo resultó afectado por la depreciación monetaria”.

“Luego, en estos momentos no se puede soslayar el tratamiento de la inflación como un hecho de la realidad que trasciende la traba, y que por sus niveles, permanencia, y efectos, resulta ser el eje del debate económico social –basta con observar los distintos medios de comunicación-, instalándose como un hecho público y notorio”.

“Entre sus efectos, provoca que los intereses aplicados en una tasa que no atiende esta realidad, no cumplan con su función sancionatoria y admonitoria, por resultar irrisorios, y consecuentemente, no satisfagan la función esperada por el derecho. Y en concreto, debemos reflexionar, que esta situación habilita la aplicación de la nueva tasa de interés (Acta 2601 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo), en todos los casos”.

“A su vez, se amplía el marco del decisorio, dado que, si la inflación es la base de la anterior reflexión, la actualización debe correr la misma suerte, a fin de mantener ajustado el monto de condena. Viniendo a sumarse a los argumentos que la suscripta, en el tema, viene manifestando desde la década del noventa, siendo juez de la primera instancia, como expresaré en detalle”.

“Estas reflexiones tendrán sustento en la realidad, que se impone leída desde el marco teórico jurídico del paradigma vigente de los Derechos Humanos Fundamentales. El mismo mantiene el reflector apuntando a la efectividad del derecho, y a la mentada seguridad jurídica para TODOS LOS HABITANTES”.

“Dado que, de otro modo, desde la justicia se terminaría incentivando el incumplimiento del pago de un crédito alimentario en tiempo y forma, fomentando la especulación financiera de un sector”.

“En consecuencia, anticipo que lo aquí justificado y decidido será aplicado en todos los casos, haya o no pedido de parte, y en cualquier etapa del proceso”.

“Con lo cual, ingresarán en el debate, necesariamente, en el marco de la teoría general del derecho, y sea o no ajustado exclusivamente al caso: el alcance de principios generales del proceso como el de congruencia, el extra petita, la reformatio in pejus, y el iura novit curia”.

“Este último, que es la visión de la racionalidad del sistema “todo”, es el que va a demostrar que no puede haber ni incongruencia, ni extra petita, ni reformatio in pejus, cuando el ajuste del crédito por vía de intereses y actualización, es una consecuencia necesaria de la inflación, que constituye un hecho de público y notorio”.

“En tal sentido, y entrando de lleno en el análisis, corresponde determinar en primer lugar, qué se entiende por interés, y qué función cumple. En el punto, considero que la aplicación de intereses es necesaria para reparar la falta de pago en tiempo oportuno en la que incurriera la parte demandada, la cual, la gran mayoría de las veces, se encuentra en mejores condiciones materiales. Mientras que, como reconocen los principios fundamentales del derecho laboral, el trabajador está a la espera del cobro

de una suma de dinero con características alimentarias, en condiciones de hiposuficiencia”.

“Cabe enfatizar, que precisamente el juez está obligado a resolver conforme los principios de racionalidad, (apego al paradigma normativo), y de razonabilidad (en el marco de la realidad). Asimismo, debe ser previsible, todo lo cual hace a la seguridad jurídica (motivo por el cual memoro mi postura sobre el tema, sostenida desde hace muchos años, y no abandonada al llegar a la Cámara)”.

“Por estas razones, el juzgador no puede desconocer los datos de público y notorio (cuestiones del orden de la naturaleza, o sociales y/o económicas, de macro impacto), porque en este caso, al ignorar la realidad (razonabilidad), negaría la racionalidad. Como anticipara, este es el caso de la inflación”.

“Es así que a fin de acreditar los efectos de la misma, para una mayor claridad, realicé un gráfico con distintos índices. De tal suerte, consideré los datos aportados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) –según: Página web INDEC-; el “índice Congreso” (IPC Congreso, el que surge de un promedio simple entre los cálculos de consultoras privadas); el índice de las Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE); y el índice que elabora la Cámara Argentina de la Construcción (CAC, compuesto por el Costo de Construcción, de la mano de obra y de los materiales) –según [www.camarco.org.ar](http://www.camarco.org.ar) y [www.cifrasonline.com.ar/cifras/index.php/content/view/full/76/offset/cac-](http://www.cifrasonline.com.ar/cifras/index.php/content/view/full/76/offset/cac-)”.

“Asimismo, cabe aclarar que se realizaron cálculos cuatrimestrales para cada uno de dichos índices, sumando el porcentaje de la variación mensual. A su vez, el índice RIPTE no se calculó en el segundo cuatrimestre del año 2014, dado que la última publicación del mismo por parte del Ministerio de Trabajo, fue realizada hasta junio 2014”.

“De lo investigado se observa, que el índice RIPTE en el 1º cuatrimestre del año 2012, alcanzó un incremento del 12,70%, mientras el Instituto Nacional de Estadística y Censos, denunció que la suma ascendió a 3,30% (superando el primero 3,85 veces). Por otro lado, en el 2º cuatrimestre del año 2012, el índice CAC aumentó un 12,30%, en cambio el INDEC denunció que la inflación para ese período fue del 3,20% (siendo el índice que elabora la Cámara Argentina de la Construcción 3,84 veces superior). Por último, el IPC Congreso para el 1º cuatrimestre del año 2014 indicó que la inflación aumentó un 14,99%, mientras que el Instituto Nacional de Estadística y Censos publicó que fue de 11,50%”.

“También corresponde precisar, que en el gráfico existen descensos del porcentaje de variación de la inflación, por ejemplo el índice RIPTE en el 1º cuatrimestre del año 2012 fue de 12,70%, y en el 2º cuatrimestre del mismo año, fue de 8%, sin embargo de modo alguno significa que no hubo inflación, sino que el porcentaje decreció en una medida que confirma el efecto reseñado supra”.

“En general, a través de los gráficos de las fojas subsiguientes, al mostrar los análisis en comparación, puede observarse la tendencia de las variaciones, es decir, la manera en que éstas se fueron sucediendo, una en comparación con la anterior, en tanto el nivel de variación de los precios mostrará una tendencia hacia arriba más o menos marcada”.

“Dicha variación, también puede advertirse en el cuadro que antecede, aplicando ese porcentaje de variación a un precio hipotético, cuyo valor inicial era \$ 100. La tasa de cambio del precio siempre exhibe una tendencia hacia arriba, lo cual indica una suba de los precios en todos los periodos computados. Entonces, lo que se observa es cómo el precio de este “producto” fue elevándose progresivamente, hasta alcanzar cierto valor total para el segundo cuatrimestre de 2014 (con excepción del índice RIPTE). Por ello, el precio total al que se arriba tras la aplicación de los diferentes índices, constituye un valor total de pago, y no un porcentaje de variación, como en el gráfico anterior”.

“Con lo cual, cabe concluir, que aun cuando los porcentuales según los índices reseñados, varían entre sí (sin entrar a evaluar la veracidad de uno u otro en sí mismo), lo que aquí interesa es que todos, en

mayor o menor medida, con concuerdan en que existe la inflación. Obsérvese que tomando únicamente el registro oficial (INDEC), nos encontramos por sobre el nivel cero, en una medida relevante a nivel de consumo diario, para el bolsillo de un trabajador”.

“Así se desprende, de todos los datos recogidos, la evidencia de la inflación que se vive, la cual el juez no puede desconocer a la hora de utilizar las herramientas necesarias para preservar el crédito del trabajador. Máxime, cuando los juzgadores mismos ven la afectación del salario con la simple operación de hacer las compras, realidad de la que nadie escapa”.

	° Cuatri. 2011	° Cuatri. 2011	° Cuatri. 2011	° Cuatri. 2012	° Cuatri. 2012	° Cuatri. 2012	° Cuatri. 2013	° Cuatri. 2013	° Cuatri. 2013	° Cuatri. 2014	° Cuatri. 2014
ndec	103,00	106,09	109,06	112,66	116,26	120,45	124,06	128,03	133,16	148,47	156,49
PC Congreso	106,49	113,40	121,02	130,73	139,89	150,61	160,95	174,09	191,31	219,98	241,10
IPTE	111,70	124,77	134,88	152,00	164,16	176,81	192,54	207,75	219,80	253,65	
AC	106,70	113,85	120,11	127,72	145,64	151,51	161,87	181,78	195,52	230,32	252,51

“Dicha variación, también puede advertirse en el cuadro que antecede, aplicando ese porcentaje de variación a un precio hipotético, cuyo valor inicial era \$ 100. La tasa de cambio del precio siempre exhibe una tendencia hacia arriba, lo cual indica una suba de los precios en todos los periodos computados. Entonces, lo que se observa es cómo el precio de este “producto” fue elevándose progresivamente, hasta alcanzar cierto valor total para el segundo cuatrimestre de 2014 (con excepción del índice RIPTE). Por ello, el precio total al que se arriba tras la aplicación de los diferentes índices, constituye un valor total de pago, y no un porcentaje de variación, como en el gráfico anterior”.

“Con lo cual, cabe concluir, que aún cuando los porcentuales según los índices reseñados, varían entre sí (sin entrar a evaluar la veracidad de uno u otro en sí mismo), lo que aquí interesa es que todos, en mayor o menor medida, con concuerdan en que existe la inflación. Obsérvese que tomando únicamente el registro oficial (INDEC), nos encontramos por sobre el nivel cero, en una medida relevante a nivel de consumo diario, para el bolsillo de un trabajador”.

“Así se desprende, de todos los datos recogidos, la evidencia de la inflación que se vive, la cual el juez no puede desconocer a la hora de utilizar las herramientas necesarias para preservar el crédito del trabajador. Máxime, cuando los juzgadores mismos ven la afectación del salario con la simple operación de hacer las compras, realidad de la que nadie escapa”.

“Por todo lo dicho, entiendo que el fenómeno de la inflación debe ser tenido como un hecho de público y notorio por la suscripta, para que la resolución pueda entenderse ajustada a derecho”.

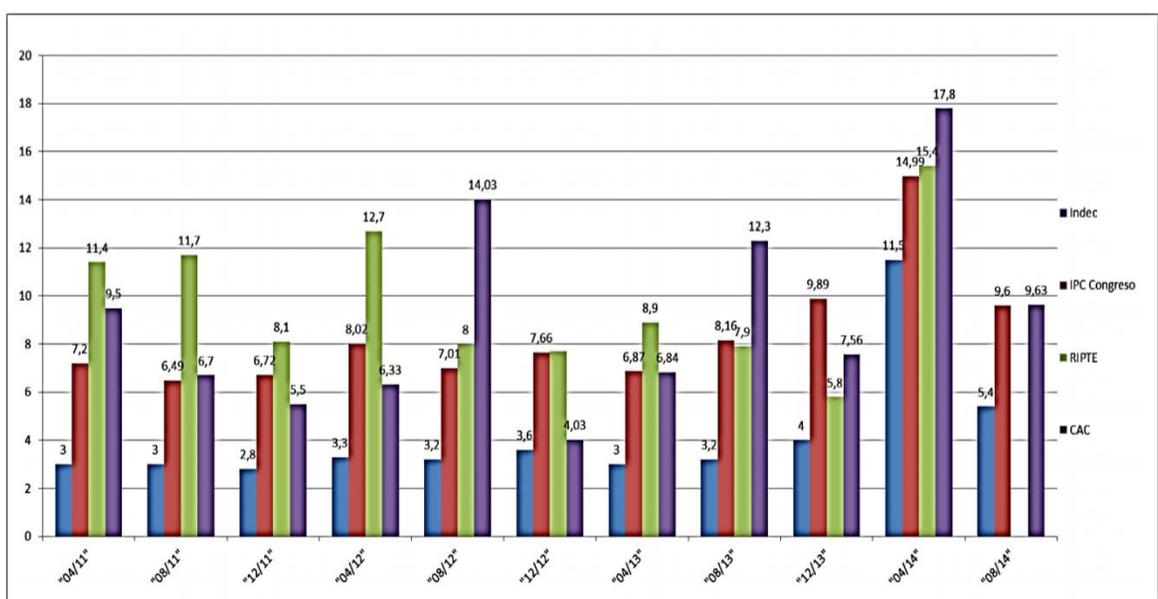
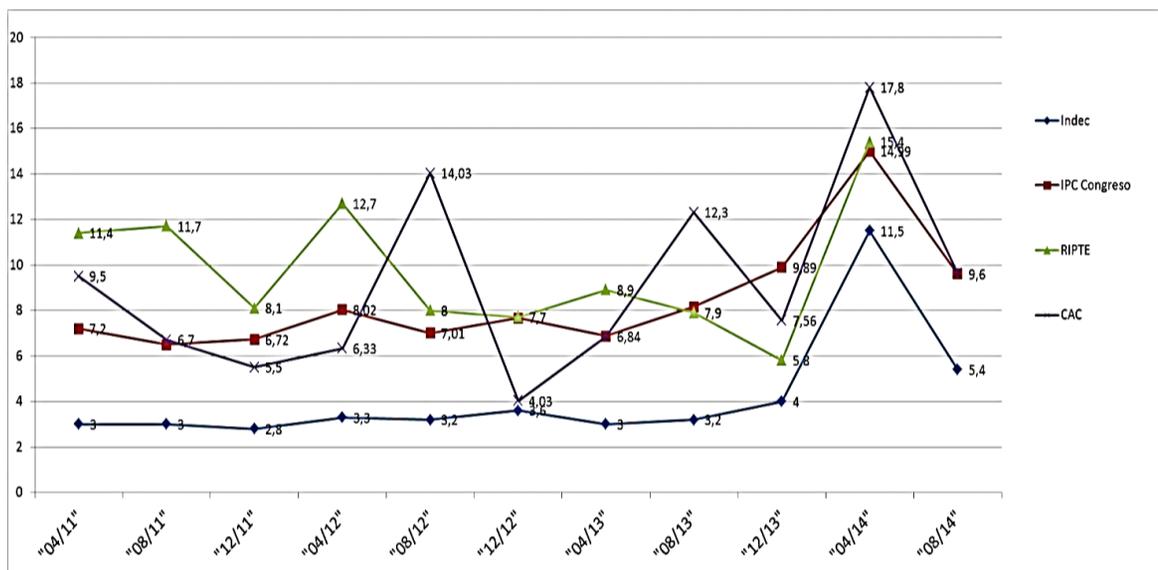
“Obsérvese, que la CSJN misma, ha entendido que la depreciación monetaria debe ser entendida como un hecho público y notorio: *“Las variaciones del valor de la moneda, lo que por otro lado es público y notorio y se refleja con asiduidad en los valores de las cosas, son valores venales que sufren, desde hace largo lapso, fuertes alteraciones. De ello resulta el grave deterioro en la remuneración real recibida por los señores jueces ya que el envilecimiento del signo monetario disminuye notablemente el poder adquisitivo de una cantidad; de aquí pues que para compensar el mayor valor de las cosas sea necesario recibir una mayor retribución (A.*

302. XXII; "Almeida Hansen, Jorge A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ amparo", 28-03-1990, T. 313, P. 344).

"A su vez, el tribunal superior ha manifestado que, si un acontecimiento es de público y notorio conocimiento "los jueces no deben sustraerse porque integra la verdad jurídica objetiva" (C. 2002. XXXII.; Chubut, Provincia del c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/ sumario.07-12-2001T. 324, P. 4199); "ya que sus sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario, pues la subsistencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio y su desaparición importa la del poder de juzgar" (P. 679. XLVIII; REX04-09-2012)".

"Actualmente, la Sala III de la Cámara de Apelación Penal de Santa Fe, también trabajó el concepto, y en un caso sobre la fuga del imputado y su repercusión en los medios, expresó que: "Cuando un hecho es público y notorio no necesita de pruebas" (<http://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2012/07/30/sucesos/SUCE-02.html>)".

"Y si bien es cierto lo que expresa esta última jurisprudencia, creo necesario exhibir las planillas invocadas precedentemente, de manera de sumar a pesar de no ser necesario por lo evidente del hecho, una prueba directa. Veamos".



“A la expresividad de estos gráficos, sobre la notoria variación en los precios, también fue destacada en un trabajo publicado por el Dr. Pascual Antonio Finelli, Secretario Académico del Colegio de Abogados de La Matanza, titulado “Irrazonabilidad de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, sentada en los autos “Abraham”, por la que declarara la inconstitucionalidad de la ley 14.399, y mantuvo la aplicación de la tasa pasiva a los créditos laborales” (<http://www.calm.org.ar/default.asp?p=nuevo>)”.

“En el mencionado trabajo de investigación, del cual recomendamos su lectura, realizó una serie de comparaciones numéricas en las cuales, la tasa pasiva era muy inferior al fenómeno inflacionario. Consideró distintas variables, a modo de ejemplo, la variación –ascendente- de los salarios de los propios jueces del tribunal superior de la provincia, desde el 01/03/2012 hasta el 01/09/2014”.

“Como conclusión, sostuvo que “la decisión de la SCJBA se aparta llana y concretamente de toda pauta que tenga por fin, resarcir y restituir al trabajador y, eventualmente, a sus derechohabientes, del daño que sufrió como consecuencia del incumplimiento del empleador... **lo único que fomenta es... el incumplimiento y la especulación financiera por parte de los deudores**” (destacado, me pertenece)”.

“Los dichos del Dr. Finelli, si bien refieren a un criterio judicial diverso, cual el de la SCBA, enrolada en la tasa pasiva –situación mucho más gravosa que la de la justicia nacional-, también resultan de utilidad para justificar aquí, no sólo la modificación del índice de interés a aplicar, sino también su uso en todos los casos. Ello, so pena de discriminación, dado lo público y notorio del desfasaje económico, que deja al salario, y en su consecuencia a las indemnizaciones, fuera del poder adquisitivo del trabajador que, para más, en la mayoría de los casos, ha perdido su trabajo y/o se encuentra discapacitado”.

“Definitivamente, en un análisis lógicamente vinculado, entre inflación e intereses, resulta necesario que por efecto de la primera, al llegar a cierto nivel detectable en lo cotidiano, se retoquen los segundos, y que modificando estos últimos, también deba incluirse la primera”.

“Por tales circunstancias, es que la jurisprudencia, adaptándose a la realidad, ha ido contemplando e introduciendo, el concepto de diferentes tasas de interés, puesto que el retardo injustificado e imputable al deudor en el incumplimiento de las obligaciones, las desajusta por el efecto inflacionario, si no se lo repara”.

“En este mismo sentido, es trascendente a estos efectos, la mencionada Acta nº 2601, mediante la cual esta misma cámara, el 21 de mayo del corriente año, entendió necesario elevar la tasa de interés, como reconocimiento de la inflación por la que se atraviesa, y que tal realidad debió ser atendida por los jueces que la componen”.

“Precisamente, y haciendo un poco de historia, a fin de entender profundamente la situación, vale mostrar que los vaivenes de la inflación históricamente tuvieron implicancia en las decisiones del órgano. Cabe recordar que en 1991, cuando se adoptó la convertibilidad y se eliminó la indexación hasta entonces vigente, esta Cámara, dictó la Resolución Nº 6/91, del 10/4/91, cuyo artículo 6º establecía: “*Sin perjuicio de la tasa aplicable hasta el 31 de marzo de 1991 sobre créditos indexados, a partir del 1º de abril de 1991 se aplicará la tasa de interés que resulte del promedio mensual de la tasa activa aplicada por el Banco de la Nación Argentina para operaciones corrientes de descuento de documentos comerciales, según el cálculo que será difundido por la Prosecretaría*”.

*General de la Cámara. Para las fracciones del período mensual que se halle en curso, se aplicará el promedio del mes anterior".*

"Luego, a partir del dictamen de la Corte Suprema de Justicia en el fallo "López, Antonio Manuel c/Explotación Pesquera de la Patagonia S.A.", esta Cámara adaptó el anterior criterio y sustituyó la tasa activa por la pasiva (Acta 2.100 del 24/6/92)".

"Pero a partir del fallo "Banco Sudameris c/Belcam S.A. y otro", también dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 17/5/94, se acordó, mediante acta 2.155 del 9/6/94, dejar sin efecto el punto 6º de la Resolución 6/91, así como su modificación por acta 2.106; y se dispusieron tasas de interés fijas para períodos sucesivos, la última de las cuales era del 12% anual".

"Dicho compromiso, "del que no quedó constancia escrita porque carecía de obligatoriedad jurídica, rigió en gran medida las decisiones de esta Cámara en ese entonces" (según texto Acta CNAT N° 2.357)".

"En atención a ello, en la actualidad, se decidió que resultaba necesario tomar explícitamente una nueva posición, que exteriorizase el criterio que la Cámara adoptaba, a fin de hacer frente a las nuevas circunstancias".

"Así, se acordó mediante el acta 2.357, que, "sin perjuicio de la tasa aplicable hasta el 31 de diciembre de 2001, a partir del 1º de enero de 2002 se aplicaría la tasa de interés que resulte del promedio mensual de la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos".

"Dicha tasa, como manifestó ésta Cámara, resultaba "la más apropiada para su aplicación a los créditos judiciales, ya que equivalía, al menos aproximadamente, al costo que el acreedor impago debería afrontar para obtener, en el momento del vencimiento de la obligación, el monto que el deudor moroso hubiese retenido, a la vez que ponía en cabeza del deudor la responsabilidad por el resarcimiento de aquel costo, sea este real o equivalente en términos de postergación de consumos o privaciones en que el acreedor hubiese debido incurrir para hacer frente a la falta de pago oportuno de su crédito".

"Ahora bien, esta situación ya cambió hace mucho tiempo, y después de un período de contención de la inflación, hemos sufrido varios impactos rebotando en la actualidad, en términos que pueden calificarse de "altos", según la mayoría de los criterios académicos que se puedan considerar, pero sobre todo según el sentido común, de quien cotidianamente adquiere insumos para el hogar".

"En consecuencia, las condiciones tenidas en cuenta al momento de dictar dicha acta, ya no son las mismas".

"Esta circunstancia, de notorio y público conocimiento, como se anticipara, llevó a que el 21-05-2014, esta Cámara acordase el acta Nro. 2.601, la cual dispone "la aplicación de una tasa de interés nominal anual para préstamos personales libres, destino del Banco Nación, para un plazo de 49 a 60 meses".

"Si bien se convino que dicha acta "comience a regir desde que cada suma es debida, respecto de las causas que se encuentran sin sentencia", resulta evidente en el estado de la realidad, que entiendo que para los juicios que están en cualquier estado del proceso, inclusive los que se encuentran en etapa de ejecución, también debe ser aplicable. Ello, en un nuevo análisis del tema, realizado en su momento en los autos "González

Florentino Oscar C/ FGC Construcciones SRL y Otros S/ Accidente – Acción Civil” S.D. N° 94.068 del 30/06/2014, arribo al precedente criterio ante la mutación de la realidad”.

“Ello, ya que la normativa, como fuera mencionado en su momento por la Cámara, al dictar el acta 2.357, tiene como finalidad compensar *“la postergación de consumos o privaciones en que el acreedor hubiese debido incurrir para hacer frente a la falta de pago oportuno de su crédito”*”.

“En efecto, *“el problema no está en los intereses, sino en la desvalorización de la moneda, lo que implica la variación de la regla con que se mide la reparación. La cuestión de los intereses es un mero accesorio, tendiente a reparar lo que no se puede resguardar de otro modo, porque el legislador prefiere no asumir los datos de la realidad. Lo que está en juego no es pues, en definitiva la necesidad de una doctrina legal única, sino, sobre todo, una necesidad de una doctrina legal que asuma la realidad del deterioro monetario”*- (Punte, Roberto Antonio , comentario a fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B ~ 2011-11-29 ~ Pereyra Sergio Horacio c. Hospital Cosme Argerich y otros s/daños y perjuicios - La Ley 17/04/2012, 4, La Ley 2012-B, 581)”.

“Finalmente, cabe rememorar que, la lógica del hecho público y notorio de la inflación, se encuentra en la base de una decisión de esta misma Cámara, cuando se encontraba vigente ley 24.283 (B.O. 21.12.93), conocida como la Ley Martínez Raymonda. Pero en este caso, para reducir el crédito de la parte actora. Así, ante el pedido de las empleadoras de que en plena etapa de ejecución, se hiciera una adecuación indemnizatoria, en base a lo que cobraría al tiempo de la liquidación un trabajador de la misma categoría, antigüedad y condiciones, comparándolo con el resultado que se arrojaba en favor del que había tenido sentencia favorable, la Cámara propició tal solicitud. Así, se comenzó a abrir a prueba en etapa de ejecución, para que los demandados no terminasen pagando sumas exorbitantes”.

“Entonces, cabe reiterar que no se incurre ni en aparente discrecionalidad ni en arbitrariedad manifiesta al modificar la tasa de interés, sino que la obligación de un juzgador, consiste en el respeto al derecho todo, de conformidad con sus reglas jerárquicas. Hoy en día, regidas en particular por los principios normativos del paradigma de los Derechos Humanos Fundamentales (derecho vigente, aunque pueda no compartirse, ver la salvedad formulada en la columna de opinión titulada *“Criticar la Constitución”*, Diario La Ley, 19/11/2014, con lo que no concuerdo, si de verdad nos queremos alejar de un mero emotivismo, realizando por el contrario una aplicación racional de las normas, ver en el punto *“El conflictivismo en los Derechos Fundamentales”*, Juan Cianciardo, Buenos Aires, 2006, [www.austral.edu.ar](http://www.austral.edu.ar). Ver asimismo, *“Principios de derecho y discrecionalidad judicial”*; Guastini, Riccardo, <file:///C:/Users/27124124226/Downloads/DialnetPrincipiosDeDerechoYDiscrecionalidadJudicial-174776.pdf>”.

“Nada de lo cual puede ni *“debe”* hacer el juzgador por fuera del imperativo marco de la realidad, es decir, la racionalidad en un par con la razonabilidad, en un juicio de proporcionalidad (ver entre otros *“Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”*, Robert Alexy, Revista española de derecho constitucional, ISSN, 0211-5743, Año n° 31, N° 91, 2011, pág. 11-29; *“Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del neoconstitucionalismo”*, Massimo Cuono, Università di Sassari, EUNOMÍA. N° 3, Septiembre 2012-febrero 2013, pp 44-60, ISSN 2253-6655)”.

“Como se advertirá más abajo, la racionalidad al momento de decidir implica emplear el marco normativo de un modo integral, es decir, respetando la prelación de derechos constitucionales y convencionales que

indica el referido paradigma, haciendo que dichos derechos gocen de una **efectividad** plena, no solo al momento de dictar, sino también de ejecutar la sentencia. Este es el aspecto central del paradigma de los DDHFF, y es allí cuando se observa, si logra reflejar en los hechos aquello que se alega en la teoría”.

“Asimismo, sùmese como argumento justificativo de la aplicabilidad inmediata e indiscriminada por el carácter adjetivo de lo dispuesto, y porque se trata de mejoras en la situación del trabajador, por imperio del artículo 9 de la LCT y del principio de progresividad”.

“Como consecuencia de todo lo dicho, y teniendo en cuenta los efectos de la referida inflación, el incumplimiento de una obligación, tiene que ser castigado más duramente. Ello, puesto que de otro modo, se transformaría en un negocio, afectándose directamente el derecho de propiedad del trabajador, que recalco, se encuentra en una situación más desventajosa”.

“Propicio de tal suerte, emplear en todos los casos, la tasa de interés nominal anual para préstamos personales libres destino del Banco Nación, para un plazo de 49 a 60 meses (conf. Acta de ésta Cámara Nro. 2.601, del 21-05-2014), desde la exigibilidad del crédito, hasta su efectivo pago”.

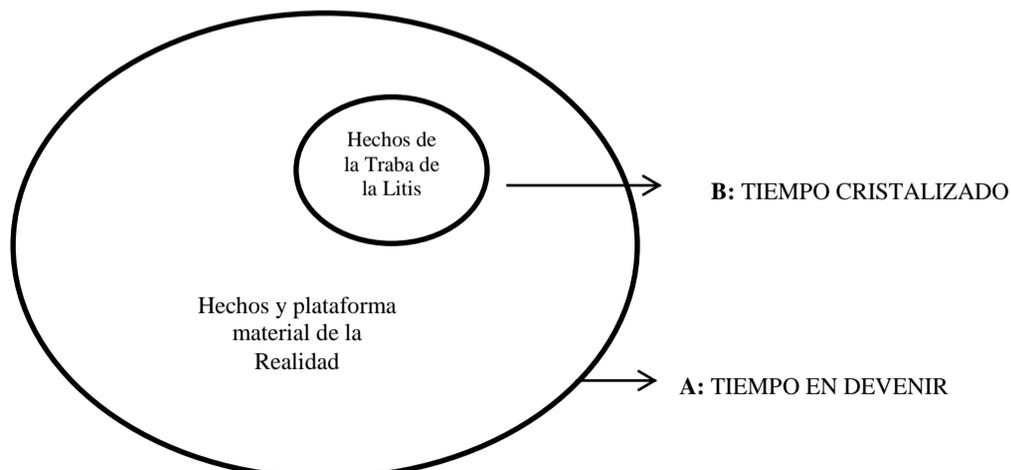
“En atención a todo lo manifestado, entiendo que la aplicación de la tasa de interés dispuesta por el acta mencionada, para todos los casos a resolver, no afectaría los efectos de la cosa juzgada ni dejaría en estado de indefensión al deudor, sino que simplemente adecuaría las consecuencias del pronunciamiento al contexto actual”.

“Por lo que, esta decisión, como lo adelanté en la introducción del tema, me pone en la situación de abordar, desde una visión estructural, algunos principios generales del derecho que podrían entenderse comprendidos: el de congruencia, el extra petita, la reformatio in pejus, y el iura novit curia”.

“Así, considero que lo resuelto no importa la violación del principio de congruencia. Lo entiendo de este modo, puesto que las decisiones del sentenciante no pueden hacer oídos sordos a la realidad en la cual se enmarca el proceso en su conjunto, y la traba de la litis en particular. En base al Principio de la Realidad no puede el juez ceder nunca ante una pretendida seguridad jurídica, que arrojará a un resultado final técnicamente “injusto”, puesto que inclusive dicha seguridad, para subsistir, debe funcionar en el contexto de los hechos: en la realidad misma”.

“Por lo tanto, si los hechos de la traba de la litis se vieron afectados por los hechos y plataforma material de la realidad general, como se observara anteriormente por la gran inflación, el juez debe tenerlos en cuenta a la hora de fallar, y de dictar resoluciones aún posteriores a la sentencia misma, sin poder pretender “pensar el caso”, bajo un *status quo* económico- social idéntico, cuando ya no existe”.

“Grafiquemos la idea”:



“Aquí vemos claramente, cómo los hechos del caso, están subsumidos en una realidad mayor, que funcionará como el soporte de toda reflexión. En la misma, el derecho supone ciertas constantes entre las que también está la variabilidad”.

“Esto le permite crear institutos universales. Por dar un ejemplo, las rebeldías. Cuando alguien no se presenta a estar a derecho, existe la suposición de que no desea ser hallado, y en consecuencia, se considera ficcionalmente, que los hechos, sucedieron como el demandante los afirmó”.

“¿Podría entonces tenerse por cierto cualquier dato de la demanda? No, si se trata de algo que va contra la regularidad de la naturaleza (por ejemplo que trabajó 24 hs. seguidas todos los días, durante un año), o de algo que por ser público y notorio el juez no pueda desconocer. Así, aparecen factores mudables y otros constantes, a lo que la justicia no puede ser ciega”.

“Al dictarse la sentencia, se “cristaliza” un pasado (**B. TIEMPO CRISTALIZADO**). Ese tiempo ya no transcurre. Pero la realidad durante la que se desarrolla el proceso, sigue deviniendo, resultando vulnerable a vaivenes de todo tipo (**A. TIEMPO EN DEVENIR**)”.

“Con lo cual, la realidad socio-económica y la naturaleza misma, son factores mudables, que el juez siempre debe tener en cuenta, porque la variación en si misma, “es” una constante”.

“Cabe reflexionar, que un tsunami, o un terremoto por ejemplo, que afectasen gravemente la economía, podrían eventualmente justificar una corrección de las condenas “en favor de los empleadores”, que de otro modo no pudieran seguir adelante”.

“De modo que a su vez, en una base macro (reflejada en el gráfico mediante el círculo más amplio), que contiene a los hechos de la traba, (aspecto micro, el que aparece en el dibujo como la esfera más pequeña), puede haber variaciones naturales o sociales, que impongan al juez advertir cómo lo macro incide en lo micro, en calidad de hecho público y notorio, durante TODO el proceso”.

“¿Cuál es la medida de esa variación que justificaría la intervención del juez, aun sin pedido de parte, y en cualquier etapa del proceso? Pues bien, para ello no hay pautas objetivas preestablecidas (lo que no implica que no las pueda haber en el futuro), de modo que se impone un análisis como el precedente, demostrativo en el tema que nos convoca, de la afectación general del salario, y su marcada pérdida de poder adquisitivo. Será este, además, un juicio de proporcionalidad o de razonabilidad (*Juan Cianciardo. 2009. "El Principio de Proporcionalidad: sus dimensiones y límites" Disponible en: [http://works.bepress.com/juan\\_cianciardo/](http://works.bepress.com/juan_cianciardo/)*)”.

“Justamente, recordemos en este punto a los romanos, quienes le dieron basamento al derecho desde el **sentido común**”.

“En este orden de ideas, la racionalidad del sistema recoge esta versión. El art. 277 del CPCCN expresa que “*el Tribunal, no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras*”.

*cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia”.*

“Dicho articulado, como expone el Dr. Enrique Néstor Arias Gibert *“faculta a los tribunales de alzada la consideración de hechos posteriores a la sentencia definitiva, dentro de los cuales se encuentra el tratamiento de los intereses, materia que puede y debe ser analizada por el tribunal de alzada, sobre todo teniendo en cuenta la motivación del acta CNAT 2.601”.*

*“Ello en modo alguno implica afectar el principio de congruencia pues la determinación de los intereses constituye materia aplicable de oficio, aun en caso de falta de petición expresa por lo normado en el ámbito general de las obligaciones por los artículos 519, 508 y 511 del Código Civil y, en el ámbito de los hechos ilícitos por la norma del artículo 1.069 del Código Civil, por lo que la falta de petición específica del tipo de interés en la demanda, a fortiori, no importa incongruencia en el tratamiento por los tribunales”.* *“Tampoco afecta la cosa juzgada pues el hecho sobreviniente no está comprendido en ella como lo recepta expresamente el artículo 277 CPCCN”* (Sala V- Expte. n° CNT 43.382/2010/CA1- *“Mendel Marta Graciela C/ HSBC La Buenos Aires Seguros SA Dra. Cristina Elizabeth Rohr S/ Diferencias De Salarios”*, del 19-9-2014, en minoría”).

“Además, tampoco se podría sostener que se incurre en una *reformatio in pejus*. Ello, porque entre la jerarquía de valores (afectación de la seguridad jurídica, o la afectación social, como es el caso de un hecho de público y notorio), el *in pejus*, tiene que ceder para mantener constante el valor indemnizatorio”.

“Finalmente, es necesario, según los supuestos fácticos y jurídicos del caso, que deba ser tenido en cuenta el principio *iura novit curia*, receptado por los arts. 34 inc. 4º, y 163 inc.6º del C.P.C.C., que impone al juez la obligación de aplicar el marco completo del derecho vigente, adecuándolo al caso particular, y teniendo en vista los principios generales que rigen el paradigma de los Derechos Humanos Fundamentales”.

“Ello nos lleva indeclinablemente a recordar, cuál es la función del juzgador. Y esta es, sustentar la primacía de la ley fundamental de la Nación con todas sus garantías materiales. Entre ellas, el derecho de defensa en juicio, que implica tanto el acceso a la justicia para el que reclama (lo que incluye también la realización efectiva de las sentencias), cuanto la plenitud de defensa para el que contesta”.

“No debiendo incurrirse en la consabida confusión por vía interpretativa, en donde al tiempo de atender cuestiones de tipo adjetivo (entre muchas otras, y en lo que aquí interesa, medidas cautelares, extensiones de condena en etapa de ejecución, carácter, oportunidad y medida de los intereses, etc.), las normas sustantivas que sirvieron de necesario basamento a la sentencia enmarcadas en el nuevo paradigma, son frustradas al tiempo de efectivizar el decisorio. Este efecto retrógrado se logra leyendo lo adjetivo desde la jerarquía de valores de dos paradigmas más atrás: el del derecho clásico. Esto lleva a la nociva consecuencia, en relación con el tema en debate, de que solo se defienda un patrimonio: el deudor, y no el del acreedor, sujeto especialmente protegido”.

“De modo que no es conforme a derecho que uno sea el paradigma vigente, en un nivel cuasi exclusivamente teórico, y otro el de su interpretación cuando de la bajada práctica hacia la realidad se trate (*“Los Paradigmas normativos e interpretativos: relojes que suelen atrasar”*, Revista Spes Nro: 34, octubre 2012)”.

“La identificación correcta del derecho vigente por parte del juzgador (ver *“El Digesto Jurídico Argentino y el Derecho del Trabajo”*, El

Digesto Jurídico Argentino Suplemento Especial, Editorial Erreius, pág. 45), brinda la garantía de que aunque uno u otro, funden equivocadamente el derecho, y aún de modo insuficiente, sea el juez el encargado de corregirlo mediante su obligación de ejercer el *iura novit curia*. Ello, sin desvirtuar el soporte fáctico sobre el cual las partes han desplegado sus argumentos, y ofrecido prueba. Precisamente, ese soporte fáctico, también supone una realidad de base que, como ya manifesté, sigue transcurriendo durante el proceso judicial, que no *debe* ser ignorada en beneficio de todas las partes del proceso”.

“Asimismo, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el Juez está facultado a aplicar el derecho que regula la situación fáctica que, denunciada por las partes, deviene acreditada en la causa. Ello, con prescindencia de las afirmaciones o argumentaciones de orden legal, formuladas por los litigantes, e independientemente del encuadre jurídico que ellos asignen a sus relaciones (CSJN G. 619-XXII, en autos “Gaspar, Rodolfo y otros c/ SEGBA SA”, sentencia N° 92.515 del 19.4.11, en autos “Castro Sebastián Marcelo c/ La Segunda ART SA s/ accidente-acción civil”, del registro de esta Sala). Criterio que también he sostenido como Juez de primera instancia (conf. sentencia definitiva N° 2.834, del 9/12/10, en autos “Monteagudo Barro, Norberto Constantino c/ Banco Central de la República Argentina s/ reincorporación”, del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 74”).

“En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, también ha dicho que, “sostener, como fundamento del rechazo, un erróneo encuadramiento legal del reclamo (...), importa soslayar que los jueces tienen no sólo la facultad, sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes” (fallos: 324:2946 y sentencia del 2 de Marzo de 2011, S.C. G N°134, L. XIV, in re “Guerrero Estela Mónica, por sí y por sus hijos menores c/ Insegna, Rubén s/ muerte por accidente de trabajo”).

“En el punto, debo recordar que la finalidad del derecho del trabajo, consiste en procurar el respeto por la dignidad del hombre que trabaja, que facilite el ejercicio de su actividad (art. 14 bis C.N.)”.

“Por todo ello, entiendo que la tasa de interés, mal podría castigar útilmente la mora, desalentando su perpetuación, si con el tipo interés que se emplee, por efecto de la inflación, se evapora su relevancia. Por ello, se hace forzoso aplicar la nueva tasa de interés en toda oportunidad, tanto en etapa de conocimiento cuanto en etapa de ejecución, ya que si, como se mencionó en el caso de la Ley 24.283, se ha verificado la hipótesis de que, ya existiendo cosa juzgada, se alterara el crédito del trabajador en su perjuicio, tanto más podrá hacerse este proceso en su favor, en el marco del paradigma vigente de los Derechos Humanos Fundamentales, donde éste constituye un sujeto de preferente tutela, “Señor de todos los mercados”, conforme “Vizzoti”.

“Ahora sí, y en virtud de lo referido precedentemente, no cabe duda de que la suscripta considera procedente la actualización del capital también en todos los casos”.

“Cabe tener presente, que este criterio de la actualización, lo vengo sosteniendo hace tiempo junto al Dr. Capón Filas en el sentido de que ambos, hemos declarado la imperiosa necesidad de actualizar los créditos salariales. (Ver, por ejemplo, (“Larotonda, Sergio Bruno c/ Del Campo Materiales SRL y otros s/ despido”, sentencia n° 1881, del 22 de octubre de 2003; “Paz, María Isabel c/ Met AFJP S.A. s/ despido”, sentencia n° 2422, del 30 de octubre de 2007; o “Gutiérrez, Edgardo David c/ Labora S.A. s/ despido”, sentencia n° 2454, del 18 de marzo de 2008, entre muchas

otras, todas del juzgado 74, en mi labor como juez de primera instancia; o "Santucho, Sergio del Valle c/ Castagnola, Pablo Daniel s/ despido", Sentencia n° 93533, del 22 de mayo de 2013; "Leguizamón Ricardo Hernán c/ R. Carpaccio S.R.L. s/ despido", sentencia n° 93.570, del 31 de marzo de 2013, entre muchas otras, todas del registro de esta sala".

"Por ello, apoyando esta tesitura, se ha sostenido que *"derogada la Ley 23.928, en lo vinculado con la paridad cambiaria y generado un aumento del costo de la vida, según parámetros que serán utilizados entre otros aspectos para el pago de las obligaciones de los deudores del sistema financiero, aparece como irrazonable que el trabajador, sujeto constitucionalmente protegido, se encuentre desguarnecido frente al envilecimiento del dinero por una mera prohibición legal, que a todas luces aparece como irrazonable y violatoria del derecho de propiedad y de justamente garantizar lo que pretendía la ley de convertibilidad y sus decretos reglamentarios: "mantener incólume el contenido de la pretensión"* (Cámara del Trabajo de Córdoba, Sala X, sentencia del 22 de marzo de 2002, in re "Rodríguez, Pedro E. c/ Carlos A. Meana y otro s/ demanda").

"De hecho, que el art. 276 de la L.C.T., aun cuando se encuentra derogado tácitamente por la Ley 23.928, muestra la lógica en el legislador sobre la necesidad de actualizar los montos laborales, puesto determina que "los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo, serán actualizados, cuando resulten afectados por la depreciación monetaria, teniendo en cuenta la variación que experimente el índice de los precios al consumidor en la Capital Federal, desde la fecha en que debieron haberse abonado hasta el momento del efectivo pago. Dicha actualización será aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa de aplicación de oficio o a petición de parte incluso en los casos de concurso del deudor, así como también, después de la declaración de quiebra".

"Asimismo, y como ha quedado claro con la aplicación del RIPTE según dispone la ley 26.773, el propio legislador hoy ha decidido así".

"Otro tanto, ha hecho al establecer en la Ley 26.844, sobre el "Régimen Especial del Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares" (pub en B.O. el 12/4/13), la forma en que se actualizarán los salarios y cuál será la tasa aplicable. En efecto, en su artículo 70 dispone que "los créditos demandados provenientes de las relaciones laborales reguladas por la presente ley, en caso de prosperar las acciones intentadas, deberán mantener su valor conforme lo establezca el Tribunal competente, desde que cada suma es debida y hasta la fecha de su efectiva y total cancelación".

"Y agrego, también ha contemplado la realidad inflacionaria la CNAT con la modificación del Acta Nro. 2.601, del 21-05-2014, de la C.N.A.T. según la cual se elevó la tasa de interés aplicable, como extensamente ha sido reseñado ut supra".

"Con lo cual, el círculo se cierra en donde empezamos. Claramente, tanto los legisladores, como los jueces realizaron las tres modificaciones (Ley 26.773, Ley 26.844, y Acta Nro. 2.601), reconociendo implícitamente a la inflación como un hecho de público y notorio. Esto es, un dato de la realidad que no pudieron desoir en lo macro, y que la suscripta no desoirá en el análisis micro de cada una de las sentencias que deba dictar".

"Para así resolver, corresponde declarar, según el caso, aún de oficio, la inconstitucionalidad del artículo 4° de la ley 25561".

"Precisamente, por imperio de la misma realidad que he tenido en cuenta para resolver el fondo de la cuestión, es que declaro la

inconstitucionalidad de marras e impongo el índice de actualización que se indicará”.

“Con respecto a las inconstitucionalidades de oficio, he sostenido inveteradamente (aún como juez de primera instancia), que el decreto de inconstitucionalidad de oficio, no es una facultad, sino un deber de los jueces. Precisamente, en un reciente pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho “que cabe recordar que con arreglo al texto del artículo 100 (actual 116 de la Constitución Nacional), tal como fue sancionado por la Convención Constituyente ad hoc de 1860 -recogiendo a su vez el texto de 1853, tributario del propuesto por Alberdi en el artículo 97 de su proyecto constitucional-, corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión, entre otras, de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación (con la reserva hecha en el art. 75 inc. 12) y por los tratados con las naciones extranjeras”.

“Que en este marco constitucional, la ley 27 estableció en 1862 que uno de los objetos de la justicia nacional es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella (art. 3). Al año siguiente, el Congreso dictó la ley 48, que prevé que: ‘Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido’(artículo 21).”

“Que con estas bases normativas, la doctrina atinente al deber de los jueces de efectuar el examen comparativo de las leyes con la Constitución Nacional fue aplicada por esta Corte desde sus primeros pronunciamientos cuando -contando entre sus miembros con un convencional constituyente de 1853, el Doctor José Benjamín Gorostiaga-delineó sus facultades para aplicar las leyes y reglamentos tales como son, con tal que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución (Fallos: 23:37).”

“Que en esta senda se expidió el Tribunal en 1888 respecto de la facultad de los magistrados de examinar la compatibilidad entre las normas inferiores y la Constitución Nacional con una fórmula que resulta hoy ya clásica en su jurisprudencia: es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”. Tal atribución -concluyó la Corte- "es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario" (Fallos: 33:162).”

“Como es bien sabido, un año antes, en el caso ‘Sojo’, esta Corte ya había citado la autoridad del célebre precedente ‘Marbury vs. Madison’ para establecer que ‘una ley del congreso repugnante a la Constitución no es ley’ y para afirmar que ‘cuando la Constitución y una ley del Congreso están en conflicto, la Constitución debe regir el caso a que ambas se refieren’ (Fallos: 32:120). Tal atribución encontró fundamento en un principio fundacional del orden constitucional argentino que consiste en

reconocer la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31), pues como expresaba Sánchez Viamonte 'no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer término la Constitución Nacional' (Juicio de amparo, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVII, pág. 197, citado en Fallos: 321:3620)."

"Que el requisito de que ese control fuera efectuado a petición de parte resulta un aditamento pretoriano que estableció formalmente este Tribunal en 1941 en el caso 'Ganadera Los Lagos' (Fallos: 190: 142). Tal requerimiento se fundó en la advertencia de que el control de constitucionalidad sin pedido de parte implicaría que los jueces pueden fiscalizar por propia iniciativa los actos legislativos o los decretos de la administración, y que tal actividad afectaría el equilibrio de poderes. Sin embargo, frente a este argumento, se afirmó posteriormente que si se acepta la atribución judicial de control constitucional, carece de consistencia sostener que el avance sobre los dos poderes democráticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte y si cuando no la hay (Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio; Y 327:3117, considerando 4°)."

"Agregó el Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad de oficio tampoco 'se opone a la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni (...) puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese, debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso" (Fallos:327:3117, considerando 4° citado)."

"Que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente 'Mazzeo' (Fallos: 330:3248), esta Corte enfatizó que 'la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)' que importa 'una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el Ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos' (considerando 20)."

"Se advirtió también en "Mazzeo" que la CIDH "ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". Concluyó que "En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21)."

"Que en diversas ocasiones posteriores la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente 'Almonacid'. En efecto, en el caso 'Trabajadores Cesados del Congreso' precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las

normas internas y la Convención Americana [‘Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú’, del 24 de noviembre de 2006, párrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde, expresado en similares términos, en los casos "Ibsen Cardenas e Ibsen Pefia vs. Bolivia" (del 1° de septiembre de 2010, párrafo 202); "Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Raguaia’) vs. Brasil" (del 24 de noviembre párrafo 176) y "Cabrera y Montiel noviembre de 2010, párrafo 225).

“Recientemente, el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad ex officio, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ del 29 de noviembre de 2011).”

“La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.”

“Que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar ‘en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes’ (confr. casos ‘Ibsen Cardenas e Ibsen Pefia’ y ‘Gómez Lund y otros’, citados).”

“Desde esta perspectiva, el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación.”

“En este sentido se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento factico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera.”

“Como puede apreciarse, el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control” (R. 401. XLIII. Autos “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra e Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, del 27.11.12).

En virtud de lo expuesto, cabe remitir copia de la sentencia a la Organización Internacional del Trabajo para que la tenga en cuenta respecto de los Derechos Fundamentales del Trabajo y al Ministerio de Trabajo para que la considere al momento de elaborar la Memoria Anual del cumplimiento de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, lo que oportunamente se pondrá en conocimiento por intermedio de la Secretaría de Primera Instancia.

**XIV.-** Finalmente, las costas serán soportadas por la parte demandada (art. 68 del CPCCN). Propicio regular los honorarios de los representantes de la parte actora y los de la demandada, por la totalidad de los trabajos realizados en esta Alzada, en el 35 % (treinta y cinco por ciento) para cada uno de ellos, de lo que les corresponda por su actuación en la anterior instancia.

En definitiva y por lo que antecede, auspicio: I.- Modificar el fallo de la primera instancia, y elevar el monto de condena a la suma de PESOS SEISCIENTOS UN MIL CIENTO NOVENTA Y TRES CON 03/100 -\$ 601.193,03-, con más actualización. II.- Imponer las costas a la demandada vencida. III.- Regular los honorarios de los representantes de la parte actora y los de la demandada, por la totalidad de los trabajos realizados en esta Alzada, en el 35 % (treinta y cinco por ciento) para cada uno de ellos, de lo que les corresponda por su actuación en la anterior instancia. IV.- Remitir copia de la sentencia a la Organización Internacional del Trabajo, a los fines que se establecen en los considerandos.V.- Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 26856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Nº 15/2013.

En caso de tratarse de responsables inscriptos, deberá adicionarse a las sumas fijadas en concepto de honorarios de los profesionales actuantes en autos el impuesto al valor agregado, que estará a cargo de quien deba retribuir la labor profesional.

**El Doctor Víctor A. Pesino dijo:**

**I.-** Vienen estos autos a consideración del Tribunal en virtud del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que revocó la resolución dictada por la Sala VII de esta Excma. Cámara de Apelaciones del Trabajo, en lo atinente a la aplicación de la Ley 26773 al fijar los montos resarcitorios por incapacidades laborales, y ordenó modificarla de acuerdo a los alcances del pronunciamiento que el Supremo Tribunal en la causa CNT 18036/2011/1/RH1 “Espósito, Dardo Luis c/Provincia ART S.A. s/accidente- ley especial”, del 7 de junio de 2016.

**II.-** Sobre el punto debo manifestar que vengo sosteniendo la aplicación de la doctrina del fallo “Espósito”, en disidencia del voto de mi distinguida colega.

En efecto, recientemente me pronuncié en el fallo “Torbisco Benito, Rosalina C/Mapfre Argentina Art S.A. S/Accidente-Ley Especial”,

de fecha 23.02.2017, del registro de esta Sala III –entre otros-, en el cual expresé:

“ (...) debo manifestar en relación a la aplicación del RIPTE que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver, con fecha 7 de junio del corriente año, la causa “Espósito, Dardo Luis c/Provincia ART S.A. s/Accidente - ley especial”, interpretando las disposiciones de la L.R.T., declaró (considerando 8º) que “...del juego armónico de los arts. 8º y 17.6 de la ley 26.773 claramente se desprende que la intención del legislador no fue otra que la de: (1) aplicar sobre los importes fijados a fines de 2009 por el decreto 1694 un reajuste, según la evolución que tuvo el índice RIPTE entre enero de 2010 y la fecha de entrada en vigencia de la ley, que los dejara “actualizados” a esta última fecha; y (2) ordenar, a partir de allí, un reajuste cada seis meses de esos importes de acuerdo con la variación del mismo índice. Y que del art. 17.5 también se desprende claramente que estos nuevos importes “actualizados” solo rigen para la reparación de contingencias cuya primera manifestación invalidante haya ocurrido con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del capítulo de la ley referente a las prestaciones dinerarias del régimen de reparación.”

“En síntesis, la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los “importes” a los que aludían los arts. 1º, 3º y 4º del decreto 1694/2009 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicaran a las contingencias futuras; más precisamente, a los accidentes que ocurrieran y a las enfermedades que se manifestaran con posterioridad a la publicación del nuevo régimen legal. El texto del art. 17.5, al establecer que “las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero” entrarían en vigencia a partir de la publicación de la ley en el Boletín Oficial, no dejó margen alguno para otra interpretación.”

Por dichas razones, es que a mi entender, corresponde comparar el monto que surge de la aplicación de la fórmula prevista por el art. 14 inc. 2 a) con el piso mínimo que establece el Decreto 1694/09, vigente al momento del infortunio, tal como lo realizara el Sentenciante de anterior instancia.

Por ello, atento que la prestación que se desprende de la aplicación lisa y llana de la norma, se advierte superior al piso mínimo -\$ 18.000 (\$ 180.000 x 10%)- que establece el mencionado decreto, corresponde mantener el monto dispuesto en el fallo de anterior grado -\$ 157.057,46-.

En función de dicho criterio, corresponde desestimar la pretensión de aplicar al índice RIPTE al cálculo de las prestaciones dinerarias del artículo 14 de la ley 24.557, por contingencias ocurridas antes de la entrada en vigencia de la ley 26.773 (B.O. 26 de octubre de 2012), como es el caso de autos, en el cual el accidente de trabajo que tuvo lugar el 27 de septiembre de 2012.

**III.-** Asimismo, el razonamiento diseñado en el punto I alcanza al rechazo del adicional regulado en el artículo 3 de la Ley 26773, puesto que, no obstante el impedimento de la aplicación retroactiva de la ley, en el caso se trata de un accidente *in itinere*, supuesto que entiendo excluido del artículo de referencia, al igual que lo entendió la Corte.

**IV.-** Por otra parte, disiento con mi colega preopinante sobre lo resuelto con relación a la actualización del crédito.

Así, difiero con la indexación, toda vez que la pérdida de valor adquisitivo del crédito, y las consecuencias dañosas originadas en el desfasaje por la situación económica de conocimiento público y notorio, ha sido suficientemente morigerada por la tasa de interés que adoptó esta Cámara, a partir del Acta N° 2601, y hoy con lo dispuesto por la CNAT en Acta N° 2630/16.

En efecto, la aplicación de la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación, para un plazo de 49 a 60 meses, adoptada por el acta, es un medio para mitigar los efectos negativos del transcurso del tiempo sobre el monto de los créditos a percibir por el trabajador.

En consecuencia, propicio confirmar el fallo de la instancia anterior, sin que opere la modificación del monto de condena, por efecto de la actualización.

**V.-** Finalmente, no puedo soslayar que si bien la tasa de interés fijada por la Sala VII llega firme, al tiempo del dictado del presente pronunciamiento, el Acta N° 2601/14 fue reemplazada por la actual Acta N° 2630/16, en un posterior acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

En consecuencia, corresponde determinar que la tasa de interés sea la fijada por el Acta 2.601 de la CNAT del 21/05/2014 (correspondiente a la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses), hasta el 27/04/2016, y a partir de allí, se aplique el Acta N° 2.630/16, a fin de evitar futuras aclaratorias.

**VI.** Propongo imponer las costas de la Alzada por el orden causado y, sobre la regulación de honorarios, adhiero al voto que me antecede.

**VII.-** Finalmente, debo señalar que no comparto la sugerencia de remitir copia de la sentencia a la OIT, ni al Ministerio de Trabajo.

**La Doctora Beatriz I. Fontana dijo:**

En lo que ha sido materia de disidencia adelanto que voy a adherir al voto del Dr. Víctor A. Pesino.

Con relación a la aplicación al caso de la Ley 26.773, según el criterio que he venido sosteniendo en casos análogos dicha ley debía regir en el caso, conforme lo que consideré una aplicación acorde con el art. 3° del C.Civil de V.Sarsfield y art. 7 C.Civ. y Comercial de la Nación, interpretados a la luz de la doctrina de la Corte Suprema en el precedente "Camusso" (Fallos 294: 434) en el que el Alto Tribunal consideró que la actualización de los créditos laborales conforme Ley 20.695 era de aplicación inmediata incluso a los juicios con sentencia firme y en etapa de ejecución, ello en virtud de que el crédito no se había satisfecho, y por lo tanto consideró aplicable la doctrina del art. 3° del Código Civil primera parte, "ya que tan solo se alteran los efectos de aquella relación nacida

bajo el imperio de la ley antigua, a partir del momento de la entrada en vigencia del nuevo texto legal”.

Sin embargo, la Corte Suprema, en su integración de principios de junio de 2016 ha decidido que las normas de la Ley 26.773 no son aplicables respecto de infortunios que hayan tenido lugar con anterioridad a la promulgación de la misma (confr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Recurso de Hecho deducido por la demandada en la causa Espósito, Dardo Luis c/Provincia ART S.A. s/accidente – ley especial”, del 7 de junio de 2016).

Siendo ello así, por razones de economía procesal y a fin de evitar un dispendio jurisdiccional, adhiero como lo anticipé al voto del Dr. Pesino.

En lo que hace a la tasa de interés aplicable al caso, sin perjuicio de la opinión que sostengo respecto de la vigencia temporal del Acta CNAT N° 2601, por razones de celeridad y economía procesal adhiero también en este aspecto a la propuesta del segundo voto.

En todo lo demás adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Víctor Pesino.

Por ello, **el Tribunal RESUELVE**: I.- Confirmar el fallo de primera instancia en todo lo que fuera materia de recurso y agravios. II.- Aplicar la tasa de interés fijada por el Acta 2.601 de la CNAT del 21/05/2014 (correspondiente a la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses), hasta el 27/04/2016, y a partir de allí, se aplique el Acta N° 2.630/16. III.- Imponer las costas de la Alzada por el orden causado; IV.- Regular los honorarios de los representantes de la parte actora y los de la demandada, por la totalidad de los trabajos realizados en esta Alzada, en el 35 % (treinta y cinco por ciento) para cada uno de ellos, de lo que les corresponda por su actuación en la anterior instancia. En caso de tratarse de responsables inscriptos, deberá adicionarse a las sumas fijadas en concepto de honorarios de los profesionales actuantes en autos el impuesto al valor agregado, que estará a cargo de quien deba retribuir la labor profesional; IV.- Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 26.856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013.

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

Beatriz I. Fontana  
Juez de Cámara

Víctor A. Pesino  
Juez de Cámara

Diana R. Cañal  
Juez de Cámara

Ante mí: Silvia Susana Santos

