SENTENCIA DEFINITIVA CAUSA CNT63591/2012/CA1 “PARENTE, FABIO MARTIN C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE-ACCION CIVIL”. JUZGADO Nº 52.-

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a 22/04/2015

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 Cañal dijo;**

Llegan los autos a esta Alzada, a propósito del recurso deducido contra la sentencia de primera instancia por la demandada a fs. 209/212, con réplica de la contraria a fs. 231/233vta. Asimismo, apeló la regulación de sus honorarios el perito médico a fs. 213.

 Así, la accionada GALENO ART S.A. se agravió por la fecha desde la cual se devengarán los intereses, la imputación de responsabilidad por aplicación del artículo 1074 del CC, y finalmente, por la valoración probatoria que el magistrado de la instancia anterior realizó sobre la pericia psicológica.

Previo a entrar en el análisis del recurso, haré una breve reseña de los hechos invocados por las partes.

El accionante ingresó a trabajar como operador de Mini móvil, realizando las tareas de camarógrafo para la empresa Televisión Federal S.A. (TELEFE S.A.), el día 12 de febrero de 2000. Manifestó que la última remuneración mensual fue de $ 25.000.

Luego, denunció que aproximadamente a las 20 hs. del 29 de octubre de 2010, sufrió un accidente realizando su tarea de camarógrafo, tras una jornada laboral de “casi 72 hs. consecutivas” cubriendo el Censo Nacional, y la muerte de Néstor Kirchner.

Describió que, “*al bajar de la parte trasera del móvil televisivo cargando sobre sus hombros rollos de cable de cámaras de más de 150 mts para movilizarnos en la vía pública –Plaza de Mayo- siente un tirón muy fuerte en la parte baja de su espalda que lo deja inmovilizado. Asustado solicita ayuda de uno de sus compañeros, quien le acerca una silla, debido a que no podía enderezar su espalda. Minutos más tarde, persistiendo el fuerte dolor, se comunica con su superior a efectos de que le envíen un relevo, atento que no podía continuar con sus labores. Finalmente es trasladado por un compañero hasta el Sanatorio Dupuytren donde queda internado. El médico tratante, indica que debe ser sometido a una intervención quirúrgica, atento que presenta una hernia de disco, programando la operación hacia el próximo día viernes 05/11/10”*. Expresó que en la operación, le colocaron en su columna seis clavos y un separador.

Asimismo, manifestó que su empleador realizó la denuncia a la ART, pero la misma rechazó el siniestro, la cual “omitió dar diagnóstico u otorgar tratamiento”, por lo que debió recurrir a su Obra Social.

También reclamó por enfermedades laborales –lumbalgia y hernia discal- al indicar que sus tareas implican cargar en sus brazos una cámara de aproximadamente 3 Kg., y transportar el cableado de 150 m, de alrededor de 5 Kg. Su labor, exige estar de pie durante horas cargando la cámara, desplazándose y corriendo si es necesario dada la rapidez de los acontecimientos, según la noticia que debía cubrir.

Remarcó que la mecánica descripta era constante en sus tareas desde que ingresó en el año 2000, y que ello provocó las enfermedades que padece, las cuales se manifestaron invalidantes tras el accidente sufrido el 29/10/2010, persistiendo aún luego de la operación.

Posteriormente, la parte recalcó *que “al ingresar en relación de dependencia debió sortear un exhaustivo examen médico preocupacional, donde la patronal constató la plena capacidad laborativa, la cual después de la continua actividad viciosa y del accidente sufrido, se ve notablemente reducida sus facultades laborales.”*

Así, reclamó que adolecía de una incapacidad física de 45% de la T.O., e incapacidad psíquica del 10% de la T.O., por lo que peticionó una indemnización de $ 2.274.937,57, comprensiva del daño físico, psíquico y moral.

Luego, expresó que la responsabilidad de la demandada se debe a que la misma no cumplió ninguna tarea de prevención, dado que “jamás realizó tareas de supervisión y análisis de las condiciones de trabajo”. Agregó que incumplió con las obligaciones a las que está comprometida según los artículos 4 y 31 de la LRT, y decretos reglamentarios, solicitando la reparación integral, en virtud de del derecho común. Solicitó la declaración de inconstitucionalidad de numerosas cláusulas de la Ley 24.557(entre ellos los artículos 21, 22, 46, y 39).

Finalmente, requirió los intereses moratorios desde el momento de producido el daño, y la actualización del monto de condena, debido a la depreciación monetaria, previa declaración de inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley 23.928, modificada por la Ley 25.561, con costas a cargo de la contraria.

Por su parte, la demandada GALENO ART S.A., en el conteste a fs. 60/98, reconoció el contrato de afiliación con la empleadora del actor TELEVISIÓN FEDERAL S. A., y que sus obligaciones y derechos deben ser interpretados en el marco de la Ley de Riesgos del Trabajo, y no en los términos de la ley civil –artículo 1074 CC-.

Argumentó que en el caso, según el contrato de afiliación que unió a las partes, la ART “no asume un deber específico de previsión ni de provisión de prestaciones destinadas al cumplimiento de las normas de higiene y seguridad”. Con lo cual, agregó, “no puede concluirse que la actividad de la ART o la eventual omisión de su deber de vigilancia o de seguridad sea causa adecuada o condición relevante del resultado dañoso….”

Además, en su negativa ritual de los hechos, negó el carácter profesional de las enfermedades que denunció la parte actora, y afirmó que se trataba de enfermedades inculpables como *“artrosis, enfermedad crónica degenerativa e inculpable”*, descartando la responsabilidad de indemnizar al trabajador.

Por último, impugnó en todos sus términos, la liquidación realizada por el accionante, y contestó los planteos de inconstitucionalidad, solicitando el rechazo del reclamo, con costas a la contraria.

 Por su parte, el juez de anterior grado a fs. 197/206, condenó a la demandada GALENO ART S.A. al pago de una indemnización al actor, y a cargar con las costas del proceso, en el marco del artículo 1074 del C.C., previa declaración de inconstitucionalidad del artículo 39 inciso 1 de la Ley 24557.

Ello, por entender que, la aseguradora incurrió en orfandad probatoria dado que, “*no acreditó haber realizado inspecciones al establecimiento de la empleadora del actor, ni haber constatado el debido cumplimiento de las normas de higiene y seguridad, las cuales se encontraban a su cargo. No acreditó haber efectuado un plan de mejoramiento, ni haber elevado las pertinentes denuncias a la S.R.T. respecto de algún incumplimiento que haya advertido*”.

Consideró que incumplió con lo previsto por los artículos 4, y 31 de la LRT, siendo que *“el deber primario de estas entidades creadas por la ley 24557 es de velar por el cumplimiento eficaz del deber de prevención y por la seguridad en el empleo, obligación que el legislador ha puesto en sus cabezas y por cuya asunción (además de la responsabilidad secundaria por las contingencias que se produzcan pese a todo) estas entidades perciben retribución económica.”*

Asimismo, consideró verificado, según la pericia médica, que el actor padece de una incapacidad física del 10% de la T.O., y psíquica del 20% de la T.O., y que la dolencia mantiene relación de causalidad con las omisiones imputadas a la aseguradora. También hizo lugar al reclamo del daño moral, no así al rubro “Gastos Médicos – medicamentos, gastos de traslado, viáticos”.

 Como base de cálculo, adoptó la suma de $ 21.739,89 – mes de abril de 2010-, como la mejor remuneración percibida en el año anterior a la ocurrencia del siniestro, según informe de AFIP.

 En relación a los intereses moratorios, indicó que deben computarse desde la consolidación del daño, que consideró ocurrido un año después de sucedido el accidente, cuando se podía considerar permanente la incapacidad, y aplicó la tasa nominal establecida por las Resoluciones números 2600, y 2601 (desde el 21 de mayo de 2014) de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

 Ante el mencionado fallo, la accionada ejerció su derecho recursivo e interpuso la presente apelación.

 En atención a un orden metodológico, analizaré en primer lugar el agravio referido a la valoración de la prueba pericial psicológica. Así, la apelante expresa que el a quo otorgó la indemnización por el daño psicológico considerando el total del porcentaje de incapacidad dictaminado, sin tener en cuenta “el carácter transitorio” del mismo, y que por tal, el actor podría revertirlo “con el paso del tiempo”.

 “Respecto al presente agravio cabe mencionar que la expresión de agravios debe consistir en una exposición jurídica que contenga el análisis serio, razonado y crítico de la sentencia que se recurre, que demuestre la errónea aplicación del derecho o la injusta valoración de la prueba producida (art. 116, segundo párrafo, de la ley 18.345).”

“Estos extremos no se ven satisfechos con las alegaciones contenidas en el “Tercer agravio: Valoración de la prueba pericial psicológica”, del recurso interpuesto por la accionada (ver fs. 211/vta.), ya que en el mismo no se indican en forma precisa y detallada los pretendidos errores y omisiones que se atribuyen al pronunciamiento anterior.”

No obstante el escollo formal, entiendo que el agravio merece algunas precisiones en respuesta a su tratamiento.

En efecto, el Juez de la anterior instancia consideró probada la existencia del daño psicológico, en el porcentaje aludido. Ello, en virtud del informe presentado por el perito médico, al que le otorgó pleno valor probatorio en consideración a los fundamentos científicos y técnicos del mismo (fs. 199, y fs. 204).

En primer lugar, cabe mencionar algunas de las consideraciones expuestas por la Sra. Perito Psicóloga en su dictamen (fs. 148/156).

Así, la profesional informó que “si bien el peritado identifica la problemática que lo aqueja se mantiene en una postura de poder superarlo, que es la pauta con la que se manejó a lo largo de su vida, sin embargo **cuando aparecer el límite físico de su afección lo invaden intensas ansiedades depresivas que hasta el momento no ha podido elaborar**” (la negrita me pertenece).

Agregó que, “Se hace necesario advertir que el accidente sufrido por el peritado y sus consecuencias patógenas habría actuado como factor traumático de tipo estresante de una intensidad tal que produjo efectos duraderos en su equilibrio psíquico. Se observa asimismo una sintomatología específicamente de origen traumático con estado de ánimo depresivo.”

Seguidamente, expresó que “se cumplen los criterios suficientes para clasificar los padecimientos del actor como un Trastorno por Stress Postraumático F 43. 1, debido a que el mismo ha estado expuesto a un acontecimiento traumático de gravedad que no ha remitido espontáneamente y que se ha agravado con un deterioro social y laboral.”

Por último, la experta manifestó que el tratamiento psicológico es para que le “permita elaborar al actor los sentimientos de pérdida y desvalimiento y poder restablecer una mejor calidad de vida. Asimismo como en todo desarrollo neurótico deberá estar dirigida a elaborar los conflictos emergentes de la situación traumática y de sus consecuencias.”

Prioritariamente, vale remarcar que, tal como lo manifestó la parte actora en su réplica de fs. 231/233, la accionada no impugnó oportunamente la pericia psicológica (ver fs. 158/160), de este modo, no posibilitó que la facultativa aclarara los términos aquí cuestionados.

Por mi parte, considero que el peritaje analizado, constituye un estudio serio y razonado del estado actual del actor, que se sustenta en exámenes clínicos y complementarios, y que se funda en sólidos argumentos científicos. Y la postura asumida por el accionado, sólo traduce una mera discrepancia con las conclusiones de la perito psicóloga, las que no han sido eficazmente rebatidas. Ello, ya que para que así hubiera sido, se habría requerido acercar algún elemento objetivo, o apoyatura científica, que permitiera determinar el error, o el inadecuado uso que la perito hizo de su conocimiento científico.

Puesto que, la mera invocación del carácter transitorio de la incapacidad, no es óbice para que el juez decida otorgar el máximo del porcentaje dictaminado. Máxime si se tiene en cuenta que prosperó la reparación integral del daño, sin que la clasificación de la ley de riesgos pueda ir en desmedro de la dolencia psicológica que, a la fecha, padece el actor.

 Asimismo, no existen evidencias en autos que indiquen, probabilísticamente, que el actor podría revertir el cuadro. De lo contrario, estaríamos extrapolando una generalización inválida, según el maestro Popper (Popper, Karl; “*La lógica de la investigación científica”*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003). Es decir, infiriendo más allá de lo inferible.

Por el contrario, tal informe deja entrever que el menoscabo en la salud emocional del actor fue en detrimento, lo que se vincula con su dolencia física provocada por el trabajo.

Asimismo, podemos mencionar breves reflexiones, sobre el daño psicológico que han elaborado los profesionales de la salud y la jurisprudencia. Medicamente, se entiende al daño psicológico como aquél que emerge como consecuencia de una situación traumática vivida por un sujeto, con motivo de un accidente de cualquier índole. Así, puede definirse a tal como “*toda perturbación, trastorno, enfermedad, síndrome o disfunción que, a consecuencia de un hecho traumático sobre la personalidad del individuo acarrea una disminución de la capacidad de goce, que afecta su relación con el otro, sus acciones, etc.*”. (PUHL, Stella M., SARMIENTO, Alfredo J., IZCURDIA, María A. y VARELA, Osvaldo H., "Daños a las personas en el discurso psicológico jurídico", páginas 55-69, "La psicología en el campo jurídico", Ed. E.C.U.A. -2005).

Por lo tanto, para la psicología “*existirá un daño psicológico en el ámbito jurídico, siempre que un sujeto presente un deterioro o disminución en las distintas esferas de su personalidad (volitiva, intelectual o afectiva) que produzcan una disminución de su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa*”. (“PUHL, Stella M., SARMIENTO, Alfredo J., IZCURDIA, María A. y VARELA, Osvaldo H., op. citado.).

Asimismo, se ha señalado que el daño psicológico *“"comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, sea como situación estable o bien accidental y transitoria que implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende su vida individual y de relación*"(Kemelmajer De Carlucci/Aída, "Breves reflexiones sobre la prueba del llamado daño psíquico. Experiencia jurisprudencial", Revista Derecho de Daños, Nº 4, Ed. Rubinzal- Culzoni.) .

Por ello, considero que no obstante las distintas derivaciones que pueda presentar el daño psicológico, debe destacarse que “*su existencia no puede quedar condicionada por la simple circunstancia de que produzca o no secuelas físicas o consecuencias económicas, sino que debe tenerse muy presente que el mismo queda en el inconsciente del individuo afectado y los mecanismos que éste puede desarrollar para internalizarlo son variados. Es decir, debe evaluarse la procedencia del daño psicológico, independientemente de la postura que se adopte frente a su autonomía, por más que la víctima no presente ninguna incapacidad física o detrimento económico en el orden laboral.”* (Sergio Damián Satta 7 de febrero de 2012, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)).

Tal es así, que en ese mismo orden de ideas, se ha expresado que la lesión psicológica puede ser distinguida de la incapacidad sobreviniente, atento a que la primera *"puede dejar incólumes las posibilidades laborales y el resto de los aspectos vitales de un ser humano, considerados en su proyección hacia un mundo exterior y sólo producir consecuencias disvaliosas en su vida interior"* (Càm. Nac. Civ., sala B, 16/11/1999, "P., B. D. c/ Zunino de Cardoner, Laura M. y otros", L.L. 2000-D-493).

Esta concepción de que la personalidad o psiquis del ser humano, al verse afectada por un evento traumático, merece una tutela propia y específica, y viene siendo recogida por la ciencia.

Por ello, y teniendo presente que nos encontramos frente a patologías que se generan en el interior de la psiquis del sujeto, formar la certidumbre sobre su efectiva existencia es bastante problemático; atento a la ausencia de manifestaciones más o menos constatables, como en el supuesto de una lesión física.

Es aquí entonces, donde reviste gran importancia la prueba pericial médica, puesto que los distintos estudios técnicos que practiquen los especialistas de la ciencia psicoanalítica, posibilitarán una determinación más concreta acerca de la existencia y extensión de las dolencias psíquicas alegadas por el afectado.

En consecuencia, si bien corresponde declarar desierto este aspecto del recurso interpuesto, considero que de todos modos no habría sido posible reducir el porcentaje de incapacidad establecido por un profesional, que es idóneo y capaz en la materia, por considerar dogmáticamente que la incapacidad psicológica es reversible.

 Luego, la ART se queja por la condena a pagar una indemnización que busca reparar integralmente al actor por el daño sufrido, imputándosele responsabilidad en virtud de lo regulado en el artículo 1074 del C.C.

 Sostuvo que el artículo 1074 del C.C., es *“aplicable a los casos en los que pueda probarse la comisión de un delito civil; es decir que el daño haya acaecido como consecuencia de un accionar en sentido lato, “a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro” (conf. Art. 1072 C.C.)*”

Advirtió que en el caso, se le debería imputar la responsabilidad por un delito civil de “omisión impropia o comisión por omisión”. Agregó que el actor, no argumentó, ni probó, que la ART haya incurrido en un incumplimiento legal de los deberes de prevención, y que tal omisión provocó el daño en su salud.

Sugirió que, el magistrado de la anterior instancia forzó la conclusión de la existencia de un nexo causal adecuado entre las tareas y las patologías denunciadas, utilizando la teoría de la carga dinámica de la prueba, cuando era el trabajador quien debía acreditar los extremos invocados, sin lograrlo. Con lo cual, entiende que no debió imputársele responsabilidad civil.

Dicho lo cual, en primer lugar debo recalcar que la aseguradora, en su presentación inicial, específicamente en el punto XVI de fs. 97, se opuso a la producción de la prueba pericial técnica cuando luego, en el escrito recursivo, a fs.211, expresó *“cabe destacar que no se produjo en autos pericia técnica, medio probatorio que no fue solicitado por ninguna de las partes por cuanto no existió imputación alguna a ninguna de las partes en materia de prevención o cumplimiento de los deberes de seguridad e higiene del trabajo”.*

Tal afirmación resulta evidentemente paradojal. La accionada se opuso a la medida, y luego utiliza como argumento a su favor, que esta no se produjo, y que por ende, no se logró verificar cuáles eran las condiciones de seguridad e higiene en el lugar de trabajo.

Posteriormente, replica el uso de la carga dinámica de la prueba como método interpretativo utilizado por el magistrado, sin intentar rebatir lo afirmado a consecuencia del mismo, y en particular, nada expresa sobre la “orfandad” probatoria que hubo de su parte.

“En este sentido, la denominada “teoría de las cargas probatorias dinámicas”, propia de las nuevas y menos rígidas visiones del proceso judicial, es dable exigir que la prueba la aporte no sólo quien tenga la carga formal de hacerlo, sino -sobre todo- aquella parte para la cual la comprobación de un determinado hecho resulta más sencilla, fácil o accesible. En este caso particular, no cabe duda alguna que la demandada debió brindar los datos antes referidos (tipo de tareas que realizaba el actor, condiciones laborales y ambientales, etc).”

Así, la demandada debió estar presta a entregar toda la documentación, atinente a los informes médicos que debían realizarse periódicamente al trabajador. Recordemos que, este último, llevaba diez años laborando para el mismo empleador, así como también que a su vez se omitió elevar a la SRT los informessobre el comportamiento del empleador en el cuidado de la salud de sus dependientes, en especial del accionante, y en su caso, de realizar la correspondiente denuncia.

Por otra parte, observo que raudamente la parte negó el acaecimiento del accidente, sin dar cuenta de los motivos del rechazo, omitiendo su tratamiento. Y, respecto a las enfermedades que calificó de inculpables, realizó afirmaciones dogmáticas sin precisar por qué, en el caso concreto, debían ser tenidas como tales. Siendo que tampoco acompañó los estudios preocupacionales, que desvirtuaran los dichos del actor, quien afirmó estar en buen estado de salud, al tiempo del ingreso a la empresa televisiva.

Recordemos que en el escrito de inicio, el demandante describió que su actividad implicaba “maniobras de agacharse, hacer fuerza con cintura y brazos, alzar sus elementos de trabajo (cámaras televisivas, cableado, etc.)” de forma, “repetitivas, constantes y cronometradas”, sumándose que la misma se hacía en exteriores, “desde el mismo lugar de los hechos”.

Especificó que la cámara profesional, de unos 3 kgs aproximadamente, debía cargarla siempre sobre sus brazos, y luego sobre su hombro cuando tenía, atentamente que captar las imágenes. También requería la carga de un cableado de 150 mts, que pesaba alrededor de 5 kgs. Sumado a que debía estar parado y desplazarse con estas herramientas de trabajo, y hasta correr de ser necesario.

Resulta claro entonces, el riesgo al que el actor se encontraba expuesto en el cumplimiento de la tarea, tanto por el peso de los equipos con resultado negativo sobre su cuerpo, cuanto por los riesgos de una caída.

En efecto, la referida actividad supone un alto riesgo reconocido en diversos instrumentos dedicados a la prevención de la actividad en análisis, y que la propia superintendencia utiliza (<http://www.srt.gob.ar/index.php/servicios/biblioteca>).

Entre los cuales, encontramos la “Guía de Riesgos y Métodos Preventivos para Canales y Productoras de Televisión Abierta” (realizado por el SATSAID- Sindicato Argentino de Televisión -y la SRT, en el 2008), que recalca que la actividad del demandante es considerada altamente riesgosa, tanto por las posturas adoptadas y el riesgo osteomuscular, como por la exposición al ruido, e impacto de las condiciones termo -ambientales, entre otros, al ser desarrollada en exteriores –“Unidad 9: RIESGO EN EXTERIORES y Unidad 7: RIESGO OSTEOMUSCULAR”- motivo por el cual, el documento reseña que se deben *“extremar las medidas de seguridad”* (<http://www.satvcordoba.org.ar/files/higiene_descargas/1273083466_0_guia.pdf>).

 Asimismo, en la biblioteca virtual de la SRT, encontramos la “Guía para la prevención de riesgos laborales en el sector de la producción audiovisual”, y la ”Guía 1 de prevención de riesgos laborales para el sector audiovisual”. (<http://www.fapae.com/archivos/GUIA.pdf>;<http://www.periodistasrm.es/documentos/aparm.pdf>).

Vale destacar que las mencionadas publicaciones pertenecen a España, y que la primera de ellas forma parte del proyecto “Las condiciones de salud laboral en el sector de producción audiovisual”, solicitado por la Federación de Servicios (FES-UGT), la Federación de Asociaciones de Productores Audiovisuales Españoles (FAPAE) y la Federación de Comunicación y Transporte de CC. OO., financiado por la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales.

Por su parte, el segundo de los documentos citados fue realizado por la Asociación de Productores Audiovisuales de la Región de Murcia, subvencionado por la Secretaría de Audiovisual y Contenidos Digitales de la Región de Murcia, el Instituto de Seguridad y Salud Laboral (ISSI), y la Asociación de Productores Audiovisuales de la Región de Murcia (APARM).

En ambos instrumentos, se advierte que en el sector de la producción audiovisual existen riesgos relacionados con la propia actividad, y los que se originan en el propio puesto de trabajo, debido a que, como en el caso, algunos trabajadores son *itinerantes* – requiere desplazamiento-, y en otros casos existe polivalencia funcional –realizan diferentes funciones-, en consecuencia están sometidos a gran variedad de riesgos generales del entorno, y específicos por la tarea propiamente dicha.

 Vale poner de resalto que en los documentos reseñados, los cuales también ofrecen características del sector, advierten sobre la complejidad actual en la industria de la producción audiovisual. Ello, debido a la cantidad de sociedades que intervienen – fenómeno de la tercerización- y modalidades con las que opera este mercado. Lo que implica, “la creciente externalización de funciones por parte de los grandes operadores, con la consiguiente multiplicación de personas intervinientes en el producto audiovisual final, y **con escaso o nulo control sobre las condiciones de trabajo**” (la negrita me pertenece).

 Puntualmente, se destaca que “los sobreesfuerzos, golpes, caídas, son riesgos asociados a los cámaras”, y que, por la complejidad del área, los riesgos son clasificados en generales, y específicos.

Resaltan, que el mantenimiento de posturas forzadas durante el trabajo, provocan “en la mayoría de los casos”, lesiones musculoesqueléticas –espalda, región lumbar, deterioro de discos intervertebrales, cuello, tendones, manos y brazos- y “representan la primera causa de baja por enfermedad laboral” en la actividad.

 Especialmente, mencionan que los camarógrafos pueden adoptar variedad de posturas según que la cámara sea fija en tierra, fija en altura, móvil en tierra, móvil en moto, en helicóptero o submarina.

 Para el caso de autos, con la cámara fija o móvil en tierra, informan que “este grupo profesional realiza su trabajo de pie de manera continua, la consecuencia del mantenimiento de esta postura a lo largo de la jornada, a veces con prolongación de las horas de trabajo, son los característicos de las posturas estáticas, dolor de espalda, várices, dolor de cervicales, etc.”

Asimismo, explican que la cámara, como el instrumento de trabajo, es transportada de manera constante, y generalmente, se la lleva colgada del hombro, y en otras oportunidades, tiene su agarre para tomar con la mano. Sumado a que, en general, estos profesionales deben transportar otros elementos como el trípode (dependiendo del tipo de cámara), complementos de la cámara – por ejemplo cables de alimentación-, equipo de sonido –como micrófonos, auriculares etc -, y maleta de iluminación.

Explican que el cambio de cámaras analógicas por las digitales, implicó una importante reducción de su peso. En relación al trípode, expresó que su uso beneficia la salud del operador puesto que reduce la fatiga y evita movimientos innecesarios. Que tienen patas extensibles, y se pueden adaptar a la altura del operador de cámara, pudiéndoseles añadir ruedas para que se deslice con la cámara, evitar la carga y facilitar su transporte, aunque aclara que esto no evita la incomodidad de mantenerse de pie. Recomienda, para facilitar el transporte de estos accesorios, una maleta que tenga ruedas o una mochila, la que resulta más aconsejable al permitir que el peso sea repartido entre los hombros.

 A su vez, si “la cámara no está sostenida sobre un trípode sino que el trabajador la soporta en su hombro, está realizando torsiones del tronco, giros repetidos de la cadera, movimientos bruscos con el cuello, flexiones de las piernas etc.”, ocasionando secuelas como “molestias, dolores, y finalmente lesiones”.

 Sintetizan que “el transporte de cargas daña las estructuras musculares y óseas, y si no se adoptan medidas oportunas se convierten en irreversibles”. Y que “los efectos sobre la salud son: fatiga, problemas musculares como calambres, contracturas y roturas de fibras, esguinces, artrosis, artritis, hernias discales, fracturas óseas, trastornos vasomotores, etc.”

 También alertan, que este tipo de profesionales realizan “movimientos repetitivos”, que define como “ciclos de trabajos muy repetidos que dan lugar a movimientos rápidos con tiempos insuficientes de descanso entre un movimiento y otro”.

 Esta mecánica de trabajo provoca “problemas musculoesqueléticos de los miembros superiores, el síndrome del túnel carpiano, la tendinitis, la tenosinovitis (inflamación de un tendón que puede llegar a impedir el movimiento)”.

 En síntesis, esta mecánica de trabajo implica “mantenimiento de posturas y de peso, esfuerzos por levantamiento, y transporte de carga”, que provocan distintas lesiones musculares y óseas.

 Luego, describen las recomendaciones frente a los distintos problemas que implica esta mecánica de trabajo. Para el mantenimiento de posturas forzadas “adoptadas y mantenidas” durante el trabajo, recomienda: “cambiar la posición de los pies, utilizar zapatos cómodos (sin tacón y con la punta ancha), usar plantillas que amortigüen el contacto del pie con el suelo, repartir el peso de la carga, alternar la postura, realizar ejercicios de relajación muscular, que se recubra el suelo de madera o de corcho en las zonas donde haya trabajadores durante mucho tiempo en posición de pie”.

 Posteriormente, para prevenir las secuelas de los esfuerzos por levantamiento de carga y mantenimiento de peso indican “utilizar en la medida de lo posible herramientas de sostenimiento de carga, como trípodes u otros medios mecánicos, adoptar posturas correctas tanto en el levantamiento como en el mantenimiento de cargas (hacer esfuerzo con las piernas y mantener la espalda recta), realizar ejercicios que permitan recuperar el tono y el descanso muscular, respetar la norma que regula el peso máximo permitido, observando su singularidad para mujeres y menores, procurar no manejar cargas pesadas de forma individual, realizar periódicamente reconocimientos médicos, la formación es un buen instrumento para establecer buenos hábitos ”.

 Finalmente, para contrarrestar el efecto dañino de los movimientos repetitivos, recomiendan “evitar repetir el mismo movimiento durante más del 50 por ciento de la duración del ciclo de trabajo, evitar las tareas repetitivas programando ciclos de trabajo superiores a 30 segundos, evitar esfuerzos cuando se aplica una fuerza manual en movimientos de presa, rotación y extensión, mantener la mano alineada con el antebrazo, la espalda recta y los hombros en posición de reposo, mantener la distancia de alcance de los materiales considerando las características del trabajador, establecer pausas periódicas que permitan relajar los músculos”.

 A su vez, resulta relevante, que identifican como otro riesgo las caídas en el mismo o distinto nivel. Recordemos que en el caso fue en distinto nivel, “al bajar de la parte trasera del móvil televisivo, cargando sobre sus hombros rollos de cable, de cámara…”

Para evitar estos accidentes, también aconsejan utilizar calzado con suela antideslizante, evitar la presencia de cables en el suelo, utilizar un arnés que sostenga o frene el cuerpo del trabajador en operaciones con riesgo de caída, y que dicho elemento de protección debe estar homologado como equipo de protección individual.

Las investigaciones realizadas, a su vez, alertan que a estos peligros se les adicionan; desde el trabajador, posibles factores predisponentes –patología lumbar, sobrepeso, ausencia de actividad física etc.-; y desde la situación del empleo, “cuando el trabajador está en equilibrio inestable, cuando hay posibilidad de desplazamiento, cuando la carga está colocada de tal modo que debe sostenerse o manipularse a distancia del tronco o con torsión o inclinación del mismo, cuando el espacio del que se dispone es insuficiente, cuando el suelo es irregular resbaladizo o con desniveles, la temperatura, la humedad o la circulación del aire son inadecuadas, la iluminación no es suficiente, etc…u otros factores como el estrés laboral por la sobrecarga de tareas ”.

En este sentido, desarrollan las actividades preventivas, que debe realizar el empleador, y en su caso la aseguradora de riesgos. En primer lugar debe evitar los riesgos, y si esto no resulta posible en su totalidad, deberá hacer una evaluación de los riesgos que clasifica en tres etapas: 1. Identificar los elementos o tareas peligrosas, los factores que puedan causar tensión, observando el lugar de trabajo, 2. Los trabajadores que se encuentran expuestos a ellas, y 3. Concluir qué acciones de control y reducción hay que realizar.

Es así que aplicando este análisis al caso concreto, advierto que en primer lugar, la actividad que desarrollaba el actor es considerada como altamente riesgosa, por la cantidad de factores que entran en juego y que deben tenerse en cuenta. Dado que existen en este ámbito, riesgos concretos con medidas preventivas determinadas, como fueron desarrolladas ut supra.

Sin embargo, no existen en la causa pruebas que puedan demostrar que la ART, en cumplimiento de la ley de riesgos, le indicara a la empleadora las medidas de seguridad que debía adoptar, con identificación de los riesgos, previo al accidente del actor, ni que verificara su cumplimiento, y que en su defecto, efectuara la denuncia correspondiente a la autoridad de contralor.

En este sentido, la ART debió proveer de cursos de capacitación al actor para la realización de las tareas que le generaron el accidente. Es decir, cursos de cómo cargar la cámara, trasladar los rollos de cable para movilizarse en la vía pública, bajar y subir del camión, ejercitar su cuerpo para sobrellevar las extensas horas que tuvo que mantenerse en pie, etc. lo que permitiría achicar las posibilidades de que el mismo sufriera un accidente, y a su vez, debió procurar morigerar las consecuencias que esa actividad generaba paulatinamente en la salud de Parente, como asimismo proveer medidas de seguridad, tema sobre el que volveré. Todo lo dicho, sumado a los referidos auxilios mecánicos, y a la provisión de protecciones directamente sobre el cuerpo (ver en los considerandos previos, y de la web <http://www.periodistasrm.es/documentos/aparm.pdf>, las imágenes números 37 al 58 de las páginas 30 a 33, y 44).

 “Es que el deber de seguridad, proporcionado por la aseguradora, es de cumplimiento ineludible, y de carácter “in vigilando” (art. 386 del CPCCN).”

Por lo que afirmo que el conflicto aquí, como en tantas otras causas, resulta conceptual, al quedar atrapadas las ART en la lógica de la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado, pretendiéndose a las mismas exentas de responsabilidad en relación con los siniestros acaecidos, cuando se pretende que la obligación es devolver al trabajador sano, cuando lo es proveer y asegurar que se provean, las medidas de seguridad.

“Puesto que la provisión de medidas de seguridad, el aporte de elementos mecánicos, que sirvan como auxilio en las labores de esfuerzo, así como la indicación de los factores generadores de riesgo en sí mismo, de comportamientos a seguir, y la verificación del cumplimiento con ambas cosas, es el resultado que debe asegurar una ART, y en caso de reticencia de la empleadora, este resultado se transmuta en el de denunciar a la Superintendencia. Nunca en dar por concluida su labor con un diagnóstico, y la indicación de qué corresponde hacer. Hechos estos que, por cierto, no se dan en la especie siquiera, como surge de los datos relevados (conf. Sentencia de la Suscripta, Nº 1476, del 25/6/2001, in re "Duarte Rodríguez, Lorenzo c/ Magire SRL y otro" del registro del Juzgado Nº 74; ver también SD N° 92687 del 24/8/2011, en autos “Alarcón, Fernando Julián c/ Mapfre Argentina ART S.A.”, del registro de esta Sala, en su nueva integración).”

“Luego, bajo esta lógica, mal podría la ART verificar si la empleadora había cumplido o no con sus recomendaciones y eventualmente denunciar a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, cuando ella misma no habría satisfecho su obligación principal (art. 31, primera parte de la ley 24557).”

Por lo cual, la ART no logró acreditar en autos que haya cumplido acabadamente con su cometido, y por ende, que no tenga responsabilidad alguna con el accidente del actor.

Esta lógica, es coincidente con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decidir la causa "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ GulfOil Argentina SA y otro s/ recurso de hecho" (T 205, XLIV, del 31.3.09), sostuvo que "no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral…". Este argumento, es reiterado por el Alto Tribunal, en autos “Naval, Patricia Elizabeth por sí y en representación de sus hijos menores Rocío Elizabeth Noemí San Martín Naval y Marco Alejandro Isaías San Martín Naval c/ Odipa SRL y otros” (N. 409.XLII; sentencia del 24/5/2011), en donde se modifica el antiguo criterio de la Sala en su anterior composición.

“El decreto 170/96 (BO 26.2.96), reglamentario de la ley 24557, impone a las aseguradoras de riesgos del trabajo brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores afiliados, en lo atinente a la determinación de la existencia de riesgos, y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores en el o los establecimientos del ámbito del contrato (art. 18).”

“Vale decir, que era obligación de la aseguradora detectar los posibles riesgos que presentaba cada puesto de trabajo, y cada una de las operaciones que debía realizar el trabajador. No puede soslayarse que dicho decreto, también impone a las aseguradoras de riesgos del trabajo la obligación de realizar actividades permanentes de prevención de riesgos, y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo, y que para cumplir con sus obligaciones deben contar con personal especializado en higiene y seguridad o medicina del trabajo, de modo que asegure la atención en materia de prevención de riesgos de sus afiliados (arts. 19 y 20).”

“En función de ello, es mayor el nivel de control que se espera de una ART, ya que no sólo los empleadores están obligados a adoptar medidas para prevenir los infortunios laborales, sino que aquella también es sujeto pasivo de esta carga.”

“El deber de seguridad, excede el marco tradicional del contrato de seguro por accidente de trabajo, por lo tanto la empleadora y la aseguradora, están obligadas a implementar todas las medidas preventivas de los riesgos, que la naturaleza de la actividad exija aplicar, para procurar la indemnidad de las personas que bajo dependencia de la primera trabajan.”

“Si bien no se pretende que la ART pueda evitar todo accidente, lo que es materialmente imposible, se trata de exigirle un comportamiento diligente en relación con sus obligaciones legales, es decir, actuar para procurar que los accidentes y las enfermedades no se produzcan. En concreto, se sanciona la inobservancia de la obligación general de conducirse con prudencia, cuidado y diligencia para evitar daños al trabajador, conforme la regla general establecida en el artículo 1109 del Código Civil.”

Conforme lo expuesto precedentemente,la ART debía verificar las condiciones de seguridad adecuadas y no lo hizo, consecuentemente, advierto en la especie la existencia de un nexo causal adecuado entre la responsabilidad de la aseguradora y el daño sufrido por el reclamante (conf. art. 1074 y concs. del Código Civil).

“Por lo tanto, tal como se sostuviera en la causa “Rivero, Mónica Elvira c/ Tecno Técnica SRL s/ accidente acción civil”, la Sala VIII de esta Cámara, en el voto del Dr. Billoch, “reputo que la conducta omisiva de la aseguradora, que implica negligencia en su obrar, trajo como consecuencia, en los términos del artículo 901 del Código Civil, el accidente de marras y torna aplicable la doctrina llamada teoría de la causalidad adecuada, que deviene como complemento de lo normado en los arts. 902 a 906 del Código Civil”.

“En este marco, adhiero a la jurisprudencia que sostiene que “la ART está obligada al control de cumplimiento de las leyes de higiene y seguridad y a brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores; tiene a su cargo la obligación legal de supervisar las condiciones del caso (conf. Ferreirós, Errepar Nº 212 de abril de 2002). A ello, debe añadirse, que la inconstitucionalidad decretada en el caso, del art. 39 de la ley 24557, la conduce al ámbito de la responsabilidad civil y no la releva de la obligación de garantía; por lo que debe extendérsele la condena” (conf. CNAT, Sala VII sentencia del 25.3.04 en autos “Moyano, Miguel c/ Interacción SRT SA y otros s/ accidente”, sentencia del 18.3.02, “Rial, José c/ DeckerIndelqui SA y otro s/ accidente”).”

“A su vez, la Sala II ha dicho, al confirmar la sentencia referida supra, que firmara como Juez de primera instancia (sentencia Nº 1476 del 25.6.01, del registro del Juzgado Nº 74), que “los incumplimientos de las ART de las obligaciones impuestas por la ley 24557 constituyen una conducta encuadrable en los términos del art. 512 del Código Civil, ya que se trata de una omisión de diligencias tendientes a prevenir la configuración de daños a los trabajadores” (conf. Sentencia Nº 90169 del 6.3.02, en autos “Duarte Rodríguez, Lorenzo c/ Magire SRL y otro”).”

“También la Sala IX ha dicho que “la preceptiva sobre riesgos laborales introduce una suerte de delegación del control del acatamiento a las disposiciones sobre higiene y seguridad en cabeza de las aseguradoras, generando así una ampliación de los sujetos responsables, de modo tal que deja de ser el empleador el único sujeto de imputación aunque, es claro, con alcances e intensidades diferenciadas, siendo aquella función “cuasi estatal” la que, en caso de omitirse o de cumplirse deficientemente, puede generar responsabilidad, más allá de cual sea, en concreto, el vínculo o nexo de causalidad necesario para efectivizarla” (conf. sentencia Nº 9302 del 30.11.01, en autos “Delgado, Daniel c/ Ledesma SA y otro s/ accidente”). La misma Sala ha dicho que “si a pesar de la concertación de los Planes de Mejoramiento, la aseguradora no efectuó las medidas preventivas necesarias, pude afirmarse válidamente que incurrió en una conducta culposa (arts. 512 y concs. del Código Civil), rigiendo de este modo lo dispuesto por el art. 1074 del mismo cuerpo legal, ya que las omisiones indicadas ocasionaron un perjuicio” (sentencia Nº 11.000, del 30.10.03, en autos “Domato, Mario c/ Witchel SA y otro s/ accidente”).”

“En igual sentido, “Los compromisos concretos que deben asumir estos sujetos deben interpretarse ampliamente en función del objetivo de prevenir adecuadamente los riesgos de trabajo. La ineficacia de las acciones destinadas a prevenirlos, incluidos los controles que debe efectuar la ART, constituye un incumplimiento que contribuye en la cadena causal a generar un daño en la salud de los trabajadores” (conf. CNAT, Sala VI, sentencia Nº 55125 del 7.8.02, en autos “Gutiérrez, Rosenda c/ Todoli Hnos. SRL y otro s/ accidente”).”

“En mi opinión, encuentro que la aseguradora también es responsable, dentro y fuera del marco de la Ley de Riesgos de Trabajo. Ello, en razón de que el hecho de recurrir al sistema de dicha ley, no es una opción ante la emergencia para el trabajador, quien luego podrá cuestionar el régimen.”

“Ahora bien, como fuera analizado “ut supra”, la ART tampoco cumplió, en el marco de la ley de riesgos del trabajo, con sus obligaciones, de modo que es pertinente responsabilizarla también por ello (arts. 3, 4 y concs. de la LRT). Esto mismo, lo he sostenido en la sentencia Nº 92.818 del 30.9.11, en autos “Da Rosa, Ricardo Daniel c/ MAPFRE Argentina ART SA y otro s/ Accidente-Acción Civil”, del registro de esta Sala).”

En consecuencia, auspicio confirmar este aspecto de la sentencia en cuanto condena a la ART, a pagar por la reparación integral reclamada con fundamento en el derecho común.

Creo preciso remarcar como corolario de lo expuesto, que las aseguradoras de riesgos por lo general, y en este caso en particular, que no es la excepción, pretenden utilizar las normas procesales en una condición de paridad con los trabajadores, haciendo caso omiso al papel que le fue asignado en materia de seguridad e higiene.

Estas entidades deben asumir, que su actuación es mucho más compleja que la de una compañía de seguro que repara un daño. Son agentes creados para asesorar técnicamente a los empleadores en materia de seguridad e higiene, y para proveer seguridad a los trabajadores, lo que va de la mano con el control, aunque sean renuentes a esta obligación. Esto es así, puesto que están obligadas a denunciar a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo todo incumplimiento reiterado.

Esta denuncia que la aseguradora debe realizar en caso de incumplimiento, es una sanción de la que dispone la ART para orientar la conducta de los empleadores hacia el logro de una eficaz prevención en materia de salud. De lo contrario, cabría preguntarse de qué otra manera sus afiliados cumplirían con los planes de mejoramiento, o tendrían en cuenta las observaciones que la misma les realiza en ocasión de las visitas periódicas.

De lo contrario, si bien el sistema jurídico vigente enmarcado en el paradigma de los derechos humanos pone el acento en el cuidado de la salud de los trabajadores, incentivando la tarea de prevención, en los hechos el mensaje es no cumpla, o hágalo de manera deficitaria.

Así, resulta inadmisible el comportamiento procesal de la aseguradora articulando principios con la única finalidad de evadir su responsabilidad, y lo que no puede ser leído más que como un incumplimiento de sus deberes legales.

 Las ART, deben entender, que su rol es de gran trascendencia social, pudiendo mejorar realmente las condiciones en los lugares de trabajo, evitando los altos índices de siniestralidad de los que padece nuestro país.

En el mismo sentido, no puedo dejar de introducir, aunque meramente con carácter enunciativo, y en un obiter dicta, un tema que alborea en la doctrina nacional y en la jurisprudencia internacional, y que las aseguradoras deben tener en cuenta para evitar posibles futuras sanciones: el daño social colectivo.

Ello, en razón de que, como lo anticipara, no es la irregularidad en el deber de prevención, sin respeto por la ley, un caso aislado, sino una conducta habitual, en la que incurren muchas aseguradoras (dicho esto más allá del caso y las personas, como una reflexión sobre el tema). Las que lisa y llanamente afirman no tener obligaciones a su cargo, en la convicción de que las mismas, son solo para los empleadores.

Considero entonces prudente, hacerles conocer para el futuro el estado del tema.

“Como lo vengo expresando en la jurisprudencia de esta sala, - y aún siendo Juez de la primera instancia-, no debemos olvidar que hoy por hoy y desde el año 1994, el paradigma normativo vigente como anticipé (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 en la jerarquía de valores constitucionales ha de ser el obligado control de convencionalidad (ver CSJN, in re “Rodriguez Pereyra, Jorge Luis y otro c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, 27/11/12).”

Puntualmente, en “Alvarez, Maximiliano y otro c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, A. 1023, XLIII, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho 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 a 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).”

“Tal es así, que puede verse cómo, en estos tiempos, están siendo revalorizados derechos tales como al medio ambiente sano, al reconocimiento de la identidad de los pueblos originarios, de las mujeres y niños, el de los consumidores, y destacando la defensa de la integridad psicofísica del trabajador.”

“En este sentido, en los autos “PERSICO, RUBÉN GUSTAVO c/ARGENTOIL S.A. Y OTRO s/DESPIDO” –Expediente Nro. 6220/2009, SD 93.315 de fecha 23/11/12-, realicé un análisis comparativo en la defensa de los derechos de un sujeto como trabajador y consumidor. Allí, referí que el paradigma normativo les otorga el reconocimiento de “sujetos de preferente tutela”, pues la existencia de desigualdad negociadora es lo que amerita protección para una de las partes.”

“Pues, basta con cambiar la numeración de las normas en lo que se hace referencia al consumidor, por las aplicables al trabajador, para arribar a idénticos principios generales: de los artículos 14 bis, y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, resultado de la reforma constitucional de 1957 y 1994.”

“Por ello, tanto la Ley de Defensa del Consumidor, Nº 24.240 -según modificación Ley N° 26.361, y la Ley de Contrato de Trabajo Nº 20.744, son leyes de orden público (art. 65 LDC, Y art. 7 de la LCT), los derechos son irrenunciables (art 37 LDC, y art. 12 LCT), y en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor y al trabajador (art 9 y 11 de la LCT). Esto demuestra cómo el paradigma atraviesa las distintas caras del mismo prisma.”

“Tanto es así, que la jurisprudencia brasileña está condenando por daño moral colectivo en materia de daño ambiental, salud, fraude en licitaciones públicas, y en reclamos individuales de trabajo, en virtud del artículo 6, inciso VI, de la Ley 8.078/90 “Código de Defesa do Consumidor”, la que se sustenta en el artículo 5 , X, de la Constitución Federal de Brasil.”

“Específicamente en materia laboral, tiene dicho esta justicia, que si una comunidad de empleados que se sujeta a cláusulas antijurídicas, derivadas del propio poder de dirección del empleador (en el caso se reclamó el intervalo de descanso en la jornada laboral, horas extras, y que la empresa utilizaba mano de obra no calificada para la realización de servicios que exigían entrenamiento y habilitación específica de los trabajadores), participa de un mismo sufrimiento social y moral. Así, utilizar el poder que traspasa los límites de legalidad, alcanzando a un conjunto de personas unidas por la misma circunstancia fáctico-jurídica, reclama protección legal de efectividad. Así, hizo el Ministerio Público de Trabajo reclamando daño moral, considerando que la ofensa se desbordó hacia una dimensión moral de una colectividad. En ese diapasón, la jurisprudencia del trabajo viene reconociendo la existencia de un daño moral colectivo en las relaciones de trabajo. (PROCESSO TRT/SP Nº0001741-36.2011.5.02.0446– 10ª TURMA – RECURSO ORDINARIO; RECORRENTE: GB TERMINAIS BRASIL LTDA; RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO; ORIGEM: 06ª Vara do Trabalho de Santos).”

“En el mismo fallo, este Tribunal sudamericano dijo, que “en relación al quantum indemnizatorio, este debe cumplir la triple función de la sanción: carácter pedagógico de la pena, la necesidad de la justa reparación del daño, y el potencial económico del demandado. Mediante el principio de razonabilidad, y de proporcionalidad, analizando la gravedad de la ofensa, y el capital social del recurrente (se confirmó en la alzada la indemnización fijada por el tribunal de origen de R$ 100,000 por considerar que no era excesiva y atendía a la triple función de la condena.)”.

“Vale mencionar que al referirse al “colectivo”, hace referencia al patrimonio valorativo de una cierta comunidad, mayor o menor, y a la defensa de “derechos individuales homogéneos cuyos titulares son personas determinadas que titularizan derechos divisibles, pero de origen común” (PROCESSO Nº TST-RR-155485-67.2003.5.15.0091 Recurso de Revista n° TST-RR-155485-67.2003.5.15.0091, em que é Recorrente ITAÚ UNIBANCO S.A. e são Recorridos MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO e SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS E FINANCIÁRIOS DE BAURU E REGIÃO ; ASSISTENTE LITISCONSORCIAL; PROCESSO TRT/SP Nº0001741-36.2011.5.02.0446– 10ª TURMA, FL. 12; Carlos Alberto BittarFilho, Artículo "Puede la colectividad sufrir un daño moral?”, Repertório IOB " Jurisprudência, vol. 3, 15/96, pág. 271).”

“Asimismo, Mauro Schiavi, Juez de Trabajo de la Segunda Región de Brasil, manifestó que de este daño puede ser titular “una colectividad o grupo o categoría, pues, no es más que una sumatoria de intereses individuales, estén o no determinados, o deriven de una relación jurídica base o de simples presupuestos fácticos”.

“Agrega que – en referencia a lo manifestado- “el daño moral colectivo tiene como objetivo, principalmente, prevenir el brote de daños morales individuales, facilitar el acceso a la justicia, a un orden jurídico justo, garantizar la protección de la moral colectiva y la propia sociedad.”

“Rematando con que esta interpretación, deviene de la regla hermenéutica de que, “la constitución no contiene palabras inútiles y, tratándose de derechos fundamentales, la constitución debe ser interpretada a la luz del principio de máxima eficiencia” (Processo AIRR - 30900-80.2011.5.13.0005, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 12/04/2013; Processo RR - 2786-72.2010.5.12.0045, Relator Ministro Alberto LuizBresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 12/04/2013).”

“Es que no puede pretenderse que, si bien nuestro sistema no es de Common Law, sino Continental, los jueces seamos ciegos ante la evidencia de que, una misma empresa o empresario, introduce sistemáticamente un mismo factor de riesgo en la comunidad (intoxicaciones por determinadas sustancias, prácticas laborales peligrosas, etc.), o incurre con la misma frecuencia en conductas reñidas con el derecho al tiempo de la contratación, y que las aseguradoras de riesgos evaden cumplir con su tarea de prevención a la cual están obligadas (artículo 4, y 31 LRT).”

“Obviamente, esto solo podemos conocerlo a través de los casos y del curso del tiempo, que nos muestra inductivamente, cómo nunca se reconoce que los jueces hemos señalado en el caso en concreto la irregularidad.”

“De allí, que encuentro conveniente comenzar a abrir la brecha en pos de la condena por el daño social.”

Finalmente, la demandada cuestionó la fecha a partir de la cual deberán correr los intereses moratorios.

 La accionada sostiene que debe ser “la fecha de la sentencia o en su defecto la fecha de la pericia médica”, en aplicación de las Resoluciones de la SRT 104/98, y 414/99, y artículos 13 a 20 de la Ley 24.557.

Por su parte, el magistrado de anterior grado, entiende que la consolidación del daño es al momento en que la incapacidad se puede considerar permanente, lo que sucedería a partir de un año desde que sucedió el hecho, es decir, que en el caso correrán desde el 29/10/2011.

Vale aclarar prioritariamente, que si bien la suscripta sostiene que la consolidación del daño, es en la fecha del accidente, aquí me encuentro impedida de aplicar este criterio porque se encuentra consentida la fecha de consolidación, y en este punto, la modificación sí excedería el marco de la traba, incurriendo en una reformatio in pejus, lo que no sucede en la consideración de la tasa de interés, ni con la actualización, como lo manifestaré oportunamente.

Dicho esto, “al respecto es preciso recordar la Resolución 414/99, dictada por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, publicada en el Boletín Oficial el 22 de Noviembre de 1999, que determinó los criterios para el curso de los intereses en los supuestos de mora en el pago de las prestaciones dinerarias.”

“Así, la disposición reza: “Establécese que la mora en el cumplimiento de la obligación de otorgar las prestaciones dinerarias contempladas en la ley 24.557 se producirá de pleno derecho transcurridos treinta (30) días corridos de la fecha en que la prestación debió ser abonada o el capital depositado, y por el mero transcurso del plazo indicado” (ib).”

“En mi criterio, la Resolución 414/99 es claramente inconstitucional, pues la Superintendencia de Riesgos del Trabajo se arrogó funciones legislativas, contrariando al artículo 75 de la Constitución Nacional (ib), y excediendo el marco del art. 28 de la misma.”

“Esta disposición, acarrea un grave perjuicio a los damnificados, atento a que se les niegan los intereses compensatorios, que se devengaron desde el hecho y el momento de declararse la incapacidad definitiva permanente, cuando entre ambas fechas transcurre un lapso prolongado (art. 622, 1078, primer párrafo y 1109 del Código Civil; ibídem).”

“Así, esta Sala, cuando otra era su integración, ha señalado -en un criterio que comparto- que: “Toda vez que la incapacidad laboral temporaria del actor pasó a ser permanente el día de la consolidación jurídica del daño, cabe entender que en ese momento nació su derecho a percibir la indemnización que prevé el artículo 14, punto 2, inciso a) de la ley 24.557. Por ello, el trabajador tiene derecho a percibir intereses, pues durante el tiempo transcurrido entre el nacimiento del derecho y el momento en que éste es reconocido administrativa o judicialmente se devengan intereses compensatorios (no moratorios) que deben ser soportados por el deudor. Una interpretación contraria implicaría beneficiar a la deudora a costa del acreedor, quien necesariamente debe seguir el procedimiento previsto en la ley citada para lograr el reconocimiento del derecho que invoca como fundamento de su pretensión” (SD 84780, del 30/04/03, in re “Romano, Oscar c/ Liberty ART SA s/ diferencias de salarios”, del registro de esta Sala).”

“También ha dicho la jurisprudencia, que: “El actor tiene derecho a percibir intereses desde el momento de la consolidación jurídica del daño hasta la fecha en que la accionada ponga a su disposición el capital debido, pues durante el tiempo transcurrido entre el nacimiento del derecho y el momento en que éste es reconocido administrativa o judicialmente, se devengan intereses compensatorios (no moratorios) que deben ser soportados por el deudor. Una interpretación contraria implicaría beneficiar a la deudora a costa del acreedor (el trabajador)” (SD 84.799, del 6/07/06, del 3/04/03, in re “Arellano, Julio c/ Curtarsa Curtiembre Argentina SA”, del registro de esta Sala).”

Por todo ello, entiendo que la resolución 414/99 SRT, que establece intereses diferentes a los previstos en el Código Civil, norma de rango superior, es inconstitucional. Ello, en la convicción de que una de las funciones primordiales del juzgador es, precisamente, resolver con ajuste a la Constitución Nacional. Dado que, si en la aplicación al caso concreto una norma resulta lesiva a sus principios, en sencillamente su obligación declararla inconstitucional.

No obstante en el caso, tal como mencioné, llegando firme la fecha de consolidación del daño, confirmo lo resuelto por la primera instancia que considera como fecha a partir de la cual se devengarán los intereses el día 29/10/2011.

En lo que se refiere a la tasa de interés aplicable, el magistrado de anterior grado expresó, que “deberá aplicarse desde la fecha indicada el interés que resulte de la tasa nominal anual para préstamos personales libres de destino del Banco Nación, para un plazo de 49 a 60 meses, desde que cada suma fuere debida y hasta su efectivo pago (en todo de acuerdo con las Resoluciones de la Exma. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Números 2600 y 2601, esta última desde el 21 de mayo de 2014) la negrita me pertenece).

Tal decisión merece ser revisada por la suscripta, pues, aun cuando no fue apelada la fecha desde la cual debe ser la aplicada la nueva acta, la misma merece ser modificada.

Dicha decisión a los fines de su justificación, remite al análisis de los conceptos de interés y actualización monetaria. Así, corresponde mencionar que en los autos “Sánchez, Javier Armando c. Cristem S.A. s/ Juicio Sumario” (Causa Nº 28.048/2011/CA1), registrada el 01/12/2014, sostuve que “en virtud de que 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 y 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 cambió 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”.

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | 1º Cuatri. 2011 | 2º Cuatri. 2011 | 3º Cuatri. 2011 | 1º Cuatri. 2012 | 2º Cuatri.2012 | 3º Cuatri.2012 | 1º Cuatri. 2013 | 2º Cuatri. 2013 | 3º Cuatri. 2013 | 1º Cuatri. 2014 | 2º Cuatri. 2014 |
| Indec | $103,00 | $106,09 | $109,06 | $112,66 | $116,26 | $120,45 | $124,06 | $128,03 | $133,16 | $148,47 | $156,49 |
| IPC Congreso | $106,49 | $113,40 | $121,02 | $130,73 | $139,89 | $150,61 | $160,95 | $174,09 | $191,31 | $219,98 | $241,10 |
| RIPTE | $111,70 | $124,77 | $134,88 | $152,00 | $164,16 | $176,81 | $192,54 | $207,75 | $219,80 | $253,65 |  |
| CAC | $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 Educa- ción 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 rememorar 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 6° establecía: "*Sin perjuicio de la tasa aplicable hasta el 31 de marzo de 1991 sobre créditos indexados, a partir del 1° 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 1° 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 se encuentren 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. Nº 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 de3 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. 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 nº 31, Nº 91, 2011, pág. 11-29; “Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del neoconstitucionalismo”, Massimo Cuono, Università di Sassari, EUNOMÍA. Nº 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 DDHHFF, y es allí cuando se observa, si logra reflejar en los hechos aquello que se alega en la teoría”.

“Asimismo, súmese 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 arrojara 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”:

Hechos y plataforma material de la Realidad

**B:** TIEMPO CRISTALIZADO

**A:** TIEMPO EN DEVENIR

“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. nº 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 juezgador (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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº134, 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 “Vizotti”.

“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 nº 1881, del 22 de octubre de 2003; “Paz, María Isabel c/ Met AFJP S.A. s/ despido”, sentencia nº 2422, del 30 de octubre de 2007; o “Gutiérrez, Edgardo David c/ Labora S.A. s/ despido”, sentencia nº 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 nº 93533, del 22 de mayo de 2013; “Leguizamón Ricardo Hernán c/ R. Carpaccio S.R.L. s/ despido”, sentencia nº 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 desoír 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 4º 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 elIa (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 contraria 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 aplicaci6n 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, parágrafo 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, parágrafo 202); "Gomes Lund y otros ('Guerrilha do Raguaia') vs. Brasil" (del 24 de noviembre parágrafo 176) y "Cabrera y Montiel noviembre de 2010, parágrafo 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 ‘Fontevecchia 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 respectiva 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, titulo 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 declaraci6n 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 consecuencia, aplicando lo reseñado precedentemente a autos, propicio emplear 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 (29/10/2011), hasta su efectivo pago.

Asimismo, sugiero devengar actualización monetaria sobre los créditos que proceden, empleando el índice RIPTE del mes en que se apruebe la liquidación. En caso de que no se encontrara publicado dicho índice, o que éste fuera inferior al índice que elabora la Cámara Argentina de la Construcción, se empleará este último a los fines de realizar el cálculo.

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.

 Por todo lo expuesto hasta aquí, corresponde confirmar la sentencia de la primera instancia, en todo lo que fuera materia de agravios, con la modificación de la tasa de interés, correspondiendo la aplicación del Acta 2601 a todo el período, desde la fecha de exigibilidad del crédito (29/10/2011) hasta el efectivo pago.

Asimismo, atento a la forma de resolver, propicio imponer las costas de alzada, a la demandada vencida en lo sustancial (art. 68 CPCCN).

En cuanto a la apelación de la perito médica por la regulación de honorarios, teniendo en cuenta el mérito y extensión de los trabajos realizados en la instancia anterior, entiendo que los honorarios regulados resultan reducidos, por lo que deben elevarse, al 8% (ocho por ciento), calculados sobre el monto de condena, con más los intereses, y el impuesto al valor agregado, en caso de corresponder (art. 38 y 40 de la ley 18.345; art. 3 del decreto ley 16638/576, 7, 8, 9, 19, 37, 37 y conc. de la ley 21.839 –reformada por la ley 24.432- y demás normas arancelarias vigentes).

En cuanto a esta alzada, propongo regular los honorarios del letrados intervinientes de los profesionales firmantes de fs. 209/212 y fs. 231/233, en 25% (veinte cinco por ciento) y 30% (treinta por ciento) respectivamente, de lo que -en definitiva- les corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior, con más el impuesto al valor agregado, en caso de corresponder (arts. 6, 7, 8, 9, 14, 17, 19, 22, 37, 39 y concs. de la ley 21.839, art. 38 de la ley 18.345 y demás leyes arancelarias vigentes).

Respecto de la adición del Impuesto al Valor Agregado a los honorarios, esta Sala ha decidido en la sentencia N° 65.569 del 27.9.93, en autos “Quiroga, Rodolfo c/ Autolatina Argentina S.A. s/ accidente-ley 9688”, que el impuesto al valor agregado es indirecto y por lo tanto grava el consumo y no la ganancia, por lo que debe calcularse su porcentaje que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Compañía General de Combustibles S.A. s/ recurso de apelación” (C.181 XXIV del 16 de junio de 1993) sosteniendo “que no admitir que el importe del impuesto al valor agregado integre las costas del juicio -adicionárselo a los honorarios regulados- implicaría desnaturalizar la aplicación del referido tributo, pues la gabela incidiría directamente sobre la renta del profesional, en oposición al modo como el legislador concibió el funcionamiento del impuesto”.

En definitiva y por lo que antecede, auspicio: I.- Confirmar la sentencia en lo principal que decide y ha sido materia de agravios. II.- Aplicar la *tasa de interés nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación, para un plazo de 49 a 60 meses*, según Acta 2601, desde el 29/10/2011 hasta su efectivo pago, más actualización III.-Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida. IV.- Regular los honorarios de la perito médico en un 8% (ocho por ciento), calculados sobre el monto de condena, más los intereses, con más el impuesto al valor agregado, en caso de corresponder. V.- Regular los honorarios de los presentantes de fs. 209/212, y fs. 231/233, en 25% (veinte cinco por ciento) y 30% (treinta por ciento) respectivamente, para cada uno de ellos, de lo que les corresponda por su actuación en la anterior instancia. VI.- 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.

**El Dr. Víctor A. Pesino dijo:**

Por análogos fundamentos adhiero al voto de mi colega, con excepción de la propuesta relativa a la actualización de los créditos.

Esta cámara, a partir del Acta Nº 2357 y Resolución Nº 8/02, adoptó la tasa activa para préstamos del Banco de la Nación Argentina, como medio para mitigar los efectos negativos del transcurso del tiempo sobre el monto de los créditos a percibir por el trabajador.

En un sistema nominalista, en el que no es posible la repotenciación de las deudas dinerarias en base a índices de precios, es necesario que la alícuota contenga un ingrediente que mitigue la incidencia dañosa de la inflación, aspecto que debe considerarse adecuadamente cubierto a través de la tasa indicada la que, por lo demás, resulta superior a los índices de costo de vida existentes en el país”.

**El Dr. Néstor M. Rodríguez Brunengo dijo:**

En lo que es motivo de disidencia, adhiero al voto del Dr. Pesino.

Tengo dicho, en relación a la actualización de los créditos, 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 nominal anual para préstamos personales libres destino del Banco Nación, para un plazo de 49 a 60, como medio para mitigar los efectos negativos del transcurso del tiempo sobre el monto de los créditos a percibir por el trabajador, tal como lo adoptó esta Cámara, a partir del Acta Nº 2601.”

Por ello, **el Tribunal RESUELVE:** I.- Confirmar la sentencia en lo principal que decide y ha sido materia de agravios. II.- Aplicar la *tasa de interés nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación, para un plazo de 49 a 60 meses*, según Acta 2601, desde el 29/10/2011 hasta su efectivo pago. III.-Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida. IV.- Regular los honorarios de la perito médico en un 8% (ocho por ciento), calculados sobre el monto de condena, más los intereses, con más el impuesto al valor agregado, en caso de corresponder. V.- Regular los honorarios de los presentantes de fs. 209/212, y fs. 231/233, en 25% (veinte cinco por ciento) y 30% (treinta por ciento) respectivamente, para cada uno de ellos, de lo que les corresponda por su actuación en la anterior instancia. VI.- 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.

Néstor M. Rodríguez Brunengo Víctor A. Pesino Diana R. Cañal

 Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

 Ante mí: Stella Maris Nieva

10 Prosecretaria Letrada