

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 61

CUIJ: 13-00847437-5/1((012174-10964701))

LA SEGUNDA ART SA EN J° 20018 NAVARRO JUAN ARMANDO C/LA SEGUNDA ART SA P/ACCIDENTE (20018) P/REC.EXT.DE INSCONSTIT-CASACIÓN

102870151

En Mendoza, a los catorce días del mes de mayo del año dos mil quince, reunida la Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia plenaria en la causa n° 109.647, caratulada: “LA SEGUNDA ART S.A. EN J° 20.018 “NAVARRO JUAN ARMANDO C/ LA SEGUNDA ART S.A. P/ ACCIDENTE” S/ INC. CAS”

A fs. 57, esta Suprema Corte convocó a Plenario (art. 149 C.P.C.) a los efectos de decidir si: “¿Es aplicable la Ley 26.773 a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produjo con anterioridad a la publicación de la norma en el Boletín Oficial? En su caso, qué supuestos.”

Conforme razones de orden metodológico, y sin perjuicio del sorteo dispuesto a fs. 60, los Sres. Ministros expondrán su voto por los fundamentos que hacen a la mayoría y a las minorías, respectivamente.

A LA CUESTION OBJETO DE LA CONVOCATORIA, POR LA MAYORÍA, EL DR. MARIO DANIEL ADARO, DIJO:

I.- Para una cabal comprensión de la problemática traída a debate corresponde, ante todo, precisar el texto de las disposiciones de la ley de marras con trascendencia para la resolución del presente:

1.- ARTICULO 3° “*Cuando el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador, el damnificado (trabajador víctima o sus derechohabientes) percibirá junto a las indemnizaciones dinerarias previstas en este régimen, una indemnización adicional de pago único en compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas allí previstas, equivalente al veinte por ciento (20%) de esa suma.-En caso de muerte o incapacidad total, esta indemnización adicional nunca será inferior a pesos setenta mil (\$ 70.000).”*

2.- ARTICULO 4° “*Los obligados por la ley 24.557 y sus modificatorias al pago de la reparación dineraria deberán, dentro de los quince (15) días de notificados de la muerte del trabajador, o de la homologación o determinación de la incapacidad laboral de la víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, notificar fehacientemente a los damnificados o a sus derechohabientes los importes que les corresponde percibir por aplicación de este régimen, precisando cada concepto en forma separada e indicando que se encuentran a su disposición para el cobro. - Los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. Los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables. - El principio de cobro de sumas de dinero o la iniciación de una acción judicial en uno u otro sistema implicará que se ha ejercido la opción con plenos efectos sobre el evento dañoso. - Las acciones judiciales con fundamento en otros sistemas de responsabilidad sólo podrán iniciarse una vez recibida la notificación fehaciente prevista en este artículo.- La prescripción se computará a partir del día siguiente a la fecha de recepción de esa notificación.- En los supuestos de acciones judiciales iniciadas por la vía del derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil.”*

3.- ARTÍCULO 8°: “*Los importes por incapacidad laboral permanente previstos en las normas que integran el régimen de reparación, se ajustarán de manera general semestralmente según la variación del índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), publicado por la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a cuyo efecto dictará la resolución pertinente fijando los nuevos valores y su lapso de vigencia.”*

4.- ARTÍCULO 17°, inciso 1°, en relación con los pagos en forma de renta periódica, prescribe: “*...quedan transformadas en prestaciones indemnizatorias dinerarias de pago único, con excepción de las prestaciones en ejecución.”*

5.- ARTÍCULO 17°, inciso 5°: “*Las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero y en especie de esta ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha.”*

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

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

7.- ARTÍCULO 17°, inciso 7° dispone que: “*Las disposiciones atinentes al importe y actualización de las prestaciones adicionales por Gran Invalidez entrarán en vigencia a partir de la publicación en el Boletín Oficial de la presente, con independencia de la fecha de determinación de esa condición.*”

II.- Estos dispositivos han dado lugar a numerosas sentencias de los Tribunales Inferiores, las que han incitado la presente convocatoria.

a.- Con escasos matices, la mayoría de las Cámaras del Trabajo mendocinas han seguido la sentencia dictada por el Dr. Sergio Simó en autos N° 4235 – “GODOY, D.M. c/MAPFRE ARGENTINA ART S.A. p/ ACCIDENTE” (fecha 12/11/2012), pronunciamiento efectuado antes del dictado de la reglamentación por Decreto 472/14.

El núcleo del decisorio se asienta en la interpretación de que el inciso 6° del artículo 17 es la excepción al inciso 5° de la misma cláusula, por lo que la aplicación (inmediata o retroactiva de la ley) resultaría por expresa disposición del dispositivo.

(i) En tal sentido, el inc. 6° resultaría aplicable a todas las contingencias laborales acaecidas con anterioridad a la publicación de la ley en el Boletín Oficial, regidas por la ley 24.557, el decreto 1278/00 y el decreto 1694/09. Ello así, por imperio de dicho inciso, decidió el ajuste, a la fecha de entrada en vigencia de la norma legal conforme el índice RIPTE desde el día 1-1-10, por sobre las prestaciones dinerarias de la ley por las cuales admitió la demanda

(ii) Las nuevas normas introducidas por la ley 26.773 serían las que se aplicarían luego de tal momento, conforme el inciso 5° del artículo 17 del mismo cuerpo legal. De este modo, las contingencias laborales cuya ‘primera manifestación invalidante’ sea posterior a dicha publicación, se encontrarían regidas por el art. 8 de la ley citada, y no por el art. 17 inc. 6°).

b.- Sin embargo, luego de la aparición de las Resoluciones de la Secretaría de Seguridad Social y Decreto reglamentario, la jurisprudencia ha modificado su criterio limitando la actualización a los pisos mínimos y a los pagos únicos del artículo 11, L.R.T.

En ningún caso, toman en consideración el momento en el cual ocurrió la Primera Manifestación Invalidante (véase, entre muchísimas otras, Cámara Tercera, sentencia de fecha 10 de octubre del 2014, autos N° 39.216, caratulados: “JOFRE NELSON ROLANDO c/ LA SEGUNDA ART S.A. p/ ENFERMEDAD ACCIDENTE”; Cámara Cuarta, sentencia de fecha 05 de setiembre del 2014 de la Sala Unipersonal del Dr. FERNANDO JAIME NICOLAU, en autos N° 16.428, caratulados “BRAVO, ANGEL BERNARDO C/ RESPONSABILIDAD PATRONAL A.R.T. S.A. P/ ACCIDENTE”; sentencia de fecha 17 de octubre del 2014, en autos N° 19.955 caratulados “ATENCIO GONZALEZ, PATRICIA C/ LA SEGUNDA ART S.A. P / ACCIDENTE”, Cámara Quinta, sentencia de fecha 17 de octubre del 2014, en autos N° 19.955 caratulados “ATENCIO GONZALEZ, PATRICIA C/ LA SEGUNDA ART S.A. P / ACCIDENTE”, Sexta Cámara, sentencia de fecha 13 de agosto del 2014, en autos N° 25.283, caratulados: “SAAVEDRA, JAVIER CALIXTO C/ LA CAJA A.R.T. S.A. P/ ACCIDENTE”) III.- Por otra parte, a lo largo de nuestro País se han dictado numerosos pronunciamientos sobre esta temática y respecto de normas análogas:

1. Ante todo, cabe revisar los pronunciamientos de la Corte Suprema

a.- En primer término, en el precedente “Escudero” (Fallos 314:481) revocó una decisión de esta Suprema Corte mendocina, por entender que proponía una: “...*exégesis irrazonable de la ley que la desvirtúa, con afectación del derecho de propiedad garantizado por la Constitución Nacional, en tanto implica la aplicación retroactiva de la ley nueva a situaciones jurídicas cuyas consecuencias se habían producido con anterioridad a ser dictada...*” (considerando 7°, Fallos 314:481, “Escudero”)

Asimismo, sostuvo:

(i) que no existía conflicto intertemporal que justificara la aplicación de la norma más favorable al trabajador (contenida en el artículo 9° L.C.T.);

(ii) que los hechos que produjeron la incapacidad laborativa del actor, acaecieron con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, así como su proceso de reagravación.

(iii) Que el fallo judicial es declarativo y no constitutivo.

(iv) Que “...*la compensación económica debe determinarse conforme a la ley vigente cuando ese derecho se concreta, lo que ocurre en el momento en que se integra el presupuesto fáctico previsto en la norma para obtener el resarcimiento, con independencia de la efectiva promoción del pleito, que persigue el reconocimiento de esta situación y sus efectos en el ámbito jurídico. Los actos procesales que se sucedan desde que el demandante adquirió el derecho en la plenitud de su contenido hasta arribar a la sentencia, la ejecución de ésta y la satisfacción de la condena, constituyen etapas en un procedimiento dirigido a obtener la expresión de un derecho existente, y el ulterior cobro de lo que ya era debido...*”

(v) Que: “...*cuando una ley ha optado por omitir toda referencia a su aplicación al juzgamiento de los hechos ocurridos bajo la vigencia de la ley anterior, aquéllos deben quedar sometidos a los preceptos legales imperantes en el momento en que se produjeron, ya que en esas condiciones, el nuevo ordenamiento no tiene efecto retroactivo, no se proyecta hacia atrás en el tiempo, ni altera el alcance jurídico de las consecuencias de los hechos y actos realizados en su momento bajo un determinado dispositivo legal (Fallos 299:132), pues de lo contrario podría afectar derechos adquiridos bajo el régimen anterior...*”

(vi) Es dable destacar que la legislación vigente en este tiempo carecía de una norma de derecho transitorio como la del artículo 17, inciso 5°, Ley 26.773.

Por su parte, con su nueva integración, la Corte Federal ha convalidado la decisión recaída en “Escudero”, no sólo en autos “Lucca de Hoz”, si no también, en el caso “Aguilar”.

b.- En efecto, en autos: “Aguilar” (A. 624. XLII. “Aguilar, José Justo c/ Provincia ART s/accidente ley 9688”, de fecha 12 de Mayo de 2009), con voto expreso de todos los integrantes de la Corte Suprema (y disidencia exclusiva de la Dra. Carmen Argibay), se sostuvo que:

(i) “...*no merece reparo la conclusión del a quo acerca de que el decreto 1278/00 (B.O. 3/1/2001) no era aplicable al sub examine, pues aquéllos acaecieron con anterioridad al año en que entró en vigor aquella norma, cuyo art. 19, expresamente previó que las modificaciones introducidas entrarían “...en vigencia a partir del primer día del mes subsiguiente a su publicación en el Boletín Oficial (...) resulta inconducente examinar el planteo de inconstitucionalidad del art. 8° del decreto 410/01, que reglamentó el mencionado art. 19, en los siguientes términos: “Las modificaciones previstas en el Decreto que se reglamenta serán aplicables a todas las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir del 1° de marzo de 2001” (el resaltado no pertenece al texto original). -Efectivamente, aun cuando por hipótesis -en el supuesto de prosperar el planteo de inconstitucionalidad- pudiese ser superado el escollo que el apelante señala, en el sentido de que el texto transcripto acota indebidamente el ámbito de aplicación del decreto 1278/00 y no permite regir este caso por sus disposiciones, de todos modos, subsistirían las restantes razones expuestas por los jueces de la causa para arribar a la misma conclusión negativa, esto es, que si “...el siniestro acaeció el 11 de Julio de 1998,...mal podría aplicarse al mismo un diseño [el del decreto n° 1278/00] que se encuentra vigente recién a partir del año 2001” (fs. 168)...*”

c.- Por su parte, en “Lucca de Hoz” (Fallos 333:1433) la Corte también abordó lo relativo a la entrada en vigencia de las normas (v.gr. del decreto 1278/00), pronunciándose por la improcedencia del planteo de la actora en torno a la aplicación de un régimen dictado con posterioridad al siniestro. Textualmente, en dicha oportunidad, se sostuvo: “...*el planteo referido a la aplicación del decreto 1278/00, en cuanto incrementó el tope indemnizatorio y fijó un pago directo a los derechohabientes no es aplicable al presente caso ya que no estaba vigente al momento de ocurridos los hechos que dieron motivo al reclamo...*”

d.- Paradójicamente, en el pronunciamiento recaído en autos “Calderón” (C. 915. XLVI. “Calderón, Celia Marta el Asociart ART S.A. s/accidente, de fecha 29/04/2014) la Corte Federal, con uso contradictorio del precedente “Escudero” y una interpretación que soslayó completamente a las cláusulas normativas transitorias de los decretos aplicables, el Tribunal sostuvo que: “...*la recurrente, no plantea una aplicación retroactiva de la ley [con referencia al decreto 1278/00], sino que discute la situación jurídica dada en autos no tratada por el a quo, a pesar de su oportuna argumentación y que tiene por fundamento el reclamo de la reparación por incapacidad total definitiva, consolidada por los jueces al momento de ocurrir el accidente...*”

(i) La Sala I de este Tribunal se vio compelida a emitir pronunciamiento análogo, luego del reenvío decretado (S.C.J., S.I, 09/09/2014, autos N° 93.513, caratulados: “CALDERÓN CELIA MARTA EN J° 18.788 CALDERON CELIA MARTA C/ ASOCIART SA P/ AC-CIDENTE S/ CASACION.”), no sin antes admitir que la la Corte Federal no ha sido conteste en sus pronunciamientos.

2.- Por otra parte, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, alejándose de la postura que mantuvo en torno al Decreto 1694/09, se inclinó por la irretroactividad de la ley 26.773 en la causa “Martín” (expediente: “MARTIN PABLO DARIO C/ MAPFRE ART SA. - ORDINARIO - ACCIDENTE (LEY DE RIESGOS) - RECURSO DE CASACION E INCONSTITUCIONALIDAD”, 170607/37, 20/02/2014).

Este criterio ha sido recientemente ratificado en autos “Carranza, Héctor Oscar c/ Mapfre ART S.A. –Ordinario-Accidente (Ley de Riesgos) Recurso de Casación”, sentencia de fecha 18/11/2014 (publicado en El Dial Express, 06/02/2015)

3.- Por el contrario, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (*autos S., V. H. c. Mapfre Argentina A.R.T. S.A. s/ accidente de trabajo/ queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad* • 22/09/2014, LA LEY 03/11/2014, 12 P.M. • DT 2014 (diciembre), 3434) rechazó el recurso extraordinario que dedujo la Aseguradora condenada a abonar la reparación sistémica con la actualización del índice RIPTE.

4.- A su turno, las Salas de la C.N.A.T. N° I (18/10/2013, *autos "Medina, Marcelo Fabián c. MAPFRE Argentina ART"*; 24/09/2013, *autos "Viceconte, Julio César c. Liberty ART"* y 15/08/2013, *autos "Leoni, Ariel Damián c. Liberty ART SA"*), III (CNAT, Sala III, 12/07/2013, *autos "Blanco, Sebastián c. Horizonte s/accidente"* y 28/02/2014, *autos "Arroyo, Domingo Carlos c. MAPFRE ART"*), VI (CNAT, Sala VI, 13/11/2013, *autos "Zanarini, Rubén Osvaldo c. Mixcom SRL"* y 23/08/2013, *autos "Martínez, Pablo Roberto c. Consolidar ART"*), VII (CNAT, Sala VII, 28/02/2014, *autos "Venialgo González, Eber c. MAPFRE Argentina ART"* y 30/09/2013, *autos "Silva, Jorge A. c. Provincia ART"*), VIII (CNAT, Sala VIII, 19/02/2014, *autos "Gregorachuk, Diego Gustavo c. Coplama SA y Otro"*) y IX (CNAT, Sala IX, 11/04/2014, *autos "Gómez, José Maximiliano c. MAPFRE Argentina ART"* y 30/09/2013, *autos "Robelli, Gastón H. c. Asociart ART SA"*), entendieron que la variación del índice RIPTE debía ser utilizado como mecanismo de indexación de las previsiones de los arts. 14.2 y 15.2 de la Ley 24.557, incluyendo procesos en trámite.

5.- Por su parte, en una variante de la tendencia anterior, la Sala II (CNAT, Sala II, 11/11/2013, en *autos "Ronchi, Jorge Hugo c. Consolidar ART SA"* y "*Véliz, Mauricio Alejandro c. SMG ART SA"*) limitó dicha aplicación a los valores mínimos establecidos en el Decreto 1694/2009.

6.- Por el contrario, las Salas IV (CNAT, Sala IV, 29/11/2013, *autos "Rodríguez, Marcos Ezequiel c/Asistencia y Remolques"*) y X (CNAT, Sala X, 22/10/2013, *autos "Silveira, Roberto Carlos c. La Caja ART SA"* y 15/10/2013, *autos "Batet, Julio César c. QBE ART SA"*), rechazaron la aplicación de la Ley 26.773 a las contingencias cuya primera manifestación invalidante fuera anterior a la entrada en vigencia de dicho articulado.

7.- Oportunamente, el Dr. Eduardo Álvarez, en lo relativo al Artículo 4° de la Ley 26.773, se pronunció por la irretroactividad de la norma (*Dictamen pronunciado en expediente N° 53.199/2012-Sala V, "Virgilli, Darío Ernesto c/ Federación Patronal Seguros S.A. y otros s/ Accidente – Acción Civil"*). Sin embargo, al analizar la aplicación del artículo 8°, propugnó su aplicación a supuestos acaecidos con anterioridad a la primera manifestación invalidante (*autos: "DÍAZ CARLOS ALBERTO C/ PROVINCIA ART S.A. S/ ACCIDENTE-LEY ESPECIAL", EXPTE. NRO. 14.923/2012 – SALA I- Dictamen N° 58.996 del 18/11/13*).

IV.- A continuación, resumiré las posturas doctrinarias:

1.- Por una parte, se encuentran los que postulan la aplicación "inmediata" de la nueva ley laboral más beneficiosa, con fundamento en el principio de progresividad y la equidad y, en tal entendimiento, cuestionan la validez del artículo 17, inciso 5°, ley 26.773; o defienden la aplicación "inmediata" en función de las "consecuencias" las que alude el artículo 3° C.C., equiparando aquéllas a la falta de pago (*conf. Cornaglia, Ricardo J., "Aplicación inmediata de la ley laboral más beneficiosa", LA LEY 02/11/2011, 1 • LA LEY 2011-F, 841, entre muchos otros trabajos del mismo autor; SHICK, Horacio, "Aplicación de las mejoras indemnizatorias dispuestas por el decreto 1694/09 y la ley 26.773 no canceladas a la fecha de su entrada en vigencia", DT 2013 (agosto), 2052, entre otros ensayos de su propia autoría*)

2.- En otro sector se ubican los autores que entienden que la actualización del artículo 8° debe ser aplicada en forma inmediata, por expresa previsión del inciso 6°, del artículo 17, que resultaría ser una excepción al principio general establecido en el inciso 5° (*conf. BARREIRO, Diego A. - FORMARO, Juan J., "El ajuste por RIPTE establecido por la ley 26.773". Publicado en: DT, 2013 (agosto), 2016.; GABET, Alejandro, "La ley 26.773 permite ajustar -según el índice RIPTE- las prestaciones en dinero por incapacidad laboral permanente acaecidas con anterioridad a su entrada en vigencia", LLGran Cuyo 2013 (diciembre), 1161, entre otros*).

3.- También se han pronunciado quienes argumentan que la ley no puede ser aplicada a supuestos anteriores a su entrada en vigencia, puesto que así lo ha dispuesto el Legislador en el inciso 5° del artículo 17, la Ley 26.773 y las leyes no pueden ser aplicadas en forma retroactiva, si ellas mismas así no lo han dispuesto; y que la falta de pago no es una "consecuencia" de las previstas en el artículo 3 C.C. (*conf. RAMÍREZ, Luis E., "Riesgos del trabajo: ¿Es aplicable el decreto 1694/09 a contingencias anteriores a su entrada en vigencia?, DT 2011-junio, 1534 - LA LEY 28/07/2011, 3 - LA LEY 2011-D, 376; del mismo autor "Las prestaciones dinerarias de la LRT, después de la ley 26.773: un modelo para armar", Rev. De Derecho Laboral 2013-1, ley de riesgos del trabajo IV/ dirigido por Mario Eduardo Ackerman – 1ª ed. – Santa Fe- Rubinzal Culzoni, 2013, pág. 83 y ss.; ACKERMAN, Mario E., "El RIPTE y su ámbito temporal de aplicación", DT 2014 -julio-, 1927; OJEDA, Raúl Horacio, "La aplicación del RIPTE (Ley 26773) no es retroactiva", Revista de Derecho Laboral Actualidad, RC D 960/2014; GARCÍA VIOR, Andrea E., "Reglamentación de la Ley de Riesgos del Trabajo. Cuantificación actual de su resarcimiento", DT 2014-mayo, 1335; FOGLIA, Ricardo A., "La aplicación del índice RIPTE a contingencias ocurridas antes de la vigencia de la ley 26.773", DT 2013- noviembre, 3025, entre otros)*

V.- Anticipo que mi respuesta al presente Plenario, será negativa, dejando a salvo las retroactividades dispuestas expresamente por el Legislador en los incisos 1° (in fine) y 7°, del artículo 17.

En efecto, sostengo que el resto de los dispositivos de la ley 26.773 no son aplicables a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produjo con anterioridad a la publicación de la norma en el Boletín Oficial.

Pasaré a dar los fundamentos que sostienen mi decisión.

1.- Advierto que el artículo 3°, ley 26.773 introdujo una nueva prestación dineraria -equivalente al 20% de las indemnizaciones dinerarias-, por lo que, en virtud del inciso 5° del artículo 17, corresponde que sea aplicado en los casos de primeras manifestaciones invalidantes producidas con posterioridad a su publicación en el Boletín Oficial.

En tal sentido, y porque se trata de una nueva obligación, caben aquí las mismas conclusiones a las que arribó el Plenario "*Rey, José J. c. Viñedos y Bodegas Arizu S.A.*" (21/12/1971) de la Cámara Nacional en lo Civil, cuando sentó que el daño moral incorporado por la ley 17.711 no podía ser aplicado a los daños causados con anterioridad a su vigencia.

Este criterio fue ponderado positivamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "*Edelberg*" (Fallos: 291:390) y posteriormente seguido por los siguientes fallos Plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, "*Prestigiácomo*" (LA LEY 1981-C); "*Villamayor*" (LA LEY 1991-B, 441 • DT 1991-A, 710 • DJ 1991-1, 862).

Como puede apreciarse, la problemática aquí discutida, y que tiene en el centro de la escena a la persona humana que ha sido víctima de un daño, tiene larga data y ha sido resuelta, en cada plenario convocado al efecto, del modo antedicho: sin aplicación de la nueva ley a los hechos generadores de responsabilidad, ya fuera civil o laboral.

Más adelante analizaré la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia, la que es conteste con este criterio.

2.- En lo tocante al artículo 4°, resultan trasladables los mismos argumentos –lustrosamente expuestos en los Plenarios ya citados-, puesto que la cláusula introduce un requisito –antes, inexistente: la obligación de optar entre el régimen tarifado o el Civil.

En consecuencia, el “hecho constitutivo” de la nueva obligación (primera manifestación invalidante) generará una nueva “situación jurídica” en la cual, la opción por uno u otro régimen comportará la renuncia del otro.

En tal sentido, verifico que, de seguirse la tesis doctrinaria y jurisprudencial que entiende que la “falta de pago” es una “consecuencia” de las mentadas en el artículo 3° del Código Civil y, en tal entendimiento, propugna la aplicación “inmediata” de la Ley 26.773, ocasiona un grave perjuicio a todos los trabajadores que percibieran sus acreencias luego de la entrada en vigor de la ley 26.773, puesto que la aplicación “inmediata” de la norma a sus supuestos les impediría el acceso al ámbito de responsabilidad civil (pues se entendería que ya “optaron”).

Sin lugar a dudas, este no ha sido el espíritu de la norma y prueba que de lo que se trata es de una aplicación netamente “retroactiva” de la ley, y no “inmediata”, como un sector pretende.

A mayor abundamiento, insistir en la aplicación retroactiva de la ley, cuando su aplicación es fuertemente resistida por los operadores jurídicos, particularmente, por quienes proclaman la vigencia “inmediata” del RIPTE (*conf. SCHICK, Horacio, “Reforma a la ley de riesgos del trabajo. Un viraje regresivo en materia de daños laborales”, Sup. Esp. Nueva Ley de Riesgos del Trabajo 2012 (noviembre), 22; GIALDINO, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT 2014 (enero), 8, del mismo autor “Opción excluyente de la ley 26.773 y principios de progresividad y de opción preferencial”, LA LEY LXXVIII- 28, 1 - DT 2014 (marzo), 729 - IMP 2014-5, 203; entre otros autores*) merece un debate más intenso.

De tal forma, esta “opción excluyente” correrá idéntica suerte que los incisos anteriormente analizados, puesto que en todos ellos es de plena aplicación lo dispuesto por el inciso 5° del artículo 17.

3.- Ahora bien, en el inciso 5° del artículo 17, Ley 26.773 radica la principal temática en torno al presente Plenario.

Abordaré su análisis con distintos métodos de interpretación, a fin de aproximarme a su verdadero sentido y alcance, intentando develarlo de forma coherente con todo el ordenamiento y la legislación constitucional e internacional.

a.- En primer lugar, incumbe el análisis gramatical del texto en cuestión, pues: “*Las sentencias que pronuncien los tribunales y jueces letrados se fundarán en el texto expreso de la ley, y a falta de ésta, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.*” (*conf. Art. 149° C. Mendoza*)

Las bondades de la interpretación gramatical también han sido destacadas por la Sala I de este Tribunal, quien ha manifestado que: “*...No debemos olvidar que el régimen de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969, C. Viena DT) se atiene al “principio de la primacía del texto...”* (L.S 443-163)

Por su parte, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) se inscribe en esta misma postura (*arg. art. 2°*), rezando que: “*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*”.

Así las cosas, resulta del texto normativo que: - las disposiciones “atinentes” a las prestaciones en dinero y en especie de la ley 26.773, tendrán vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial.

En consecuencia, sólo una vez publicada en el Boletín Oficial (26 de octubre del 2012) las disposiciones “atinentes” a las prestaciones en dinero y en especie de la ley 26.773 pueden ser aplicables a los supuestos allí detallados, según el texto legal.

En su oportunidad, la norma no clarificó qué debía entenderse por “*disposiciones atinentes a las prestaciones (...) de esta ley*”. Fue recién el decreto reglamentario 472/14 (B.O. 11/04/2014), el que en su artículo 8° especificó a qué institutos cabía la referencia. Ello así, la actualización conforme el índice RIPTE sólo correspondería para los supuestos del artículo 11.4 (“*adicionales de pago único*”) y para los pisos mínimos de las indemnizaciones tarifadas, según dicha reglamentación.

En tal cometido, tanto las resoluciones 34/13, 3/12 y 22/14, como el Decreto Reglamentario 472/14 han sido contestes en regular sólo los pisos mínimos establecidos por el decreto 1694/09 y los montos de las prestaciones dinerarias de pago fijo (*art. 11*), así como la reparación adicional del artículo 3° y las disposiciones atinentes al artículo 4°.

- El artículo hace expresa alusión a la “primera manifestación invalidante” –en adelante, 1ª MF- como hito para delimitar la aplicación de la nueva ley.

Así, de la dura letra resulta que: luego de su publicación en el Boletín Oficial, se aplicará a las nuevas contingencias que resulten de nuevas primeras manifestaciones invalidantes.

Conforme o no con el articulado, así se encuentra redactado y la cláusula no efectúa ningún distingo ni ninguna referencia ni al accidente, ni a la definitividad, ni a la falta de pago.

En tal sentido, el Legislador ha efectuado una elección clara que no puede soslayarse al tiempo de realizar la interpretación del inciso en cuestión, salvo el supuesto en el que se considere que dicha legislación ha sido violatoria de cualquier derecho constitucional, y por tanto, merecedora de la tacha de inconstitucionalidad en el caso concreto.

- De consuno con lo expuesto, del texto de la norma surge su irretroactividad.

b.- Por otra parte, del análisis finalista resulta:

(i) Que el Legislador ha buscado mejorar la condición económica de los créditos por riesgos de trabajo, pero no ha elegido la fórmula utilizada por el dictamen de minoría, que transcribía la letra del artículo 3° del Código Civil.

Esto se desprende del mensaje de elevación al Poder Ejecutivo, de fecha 19 de septiembre de 2012 (Orden del día 1041, impreso el 25 de septiembre de 2012, Dirección General de Publicaciones, Sesiones Ordinarias, Congreso Nacional, Cámara de Senadores).

En tal sentido, verifico que no fue intención legislativa la de aplicar la ley a los supuestos ya producidos, aunque impagos.

- Por el contrario, cuando el legislador ha querido disponer en el sentido apuntado, así lo ha hecho expresamente, de forma tal de despejar toda duda.

Así acaeció con la ley N° 20.695 (B.O.: 13/08/74), que motivó el pronunciamiento de la Corte Federal en el precedente “Camusso” (Fallos 294:434), ya que, mediante dicha normativa, se autorizó expresamente –léase: por imperio Legislativo- la actualización monetaria a los procesos en trámite.

En efecto, dicha norma dispuso, en su art. 1°, que los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo, demandados judicialmente, serían actualizados teniendo en cuenta la depreciación monetaria que operase desde que cada suma fuera debida, y hasta el momento de su efectivo pago.

Asimismo, de conformidad con la parte final de la citada norma, la actualización debía ser efectuada por los jueces (de oficio o a petición de parte), sobre la base de los índices Oficiales de incremento del costo de la vida.

Finalmente, por manda del art. 2°, sus previsiones serían aplicables incluso a los juicios en trámite al momento de entrar aquélla en vigencia, comprendiendo el proceso de ejecución de sentencia y cualquiera fuera la etapa en que esos juicios se encontrasen.

En consecuencia, tres son -por lo menos- las diferencias entre las leyes 20.695 y 26.773:

• En la ley 20.695 la retroactividad fue dispuesta por la ley (arg. art. 3° C.C.); mientras que en la ley 26.773 la irretroactividad es la regla. Lo que es más, en la ley 26.773 no existe mención alguna de su aplicación retroactiva a los juicios en trámite, a diferencia de la N° 20.695.

• En la primera de las mencionadas, la actualización debía ser efectuada por los jueces; mientras que en la actual, ello debe ocurrir de la mano de la Secretaría de Seguridad Social.

• En el régimen instaurado por la ley 20.695, quien debía probar la afectación a sus derechos constitucionales era el obligado al pago. A él incumbía la demostración de la irrazonabilidad de la medida. En el régimen actual, dicha carga recae sobre el trabajador.

-Ello así, no existiendo expresa disposición normativa tendiente a dar aplicación retroactiva a la normativa –por el contrario, se impone la conclusión inversa- no cuadra realizar una interpretación finalista diferente a la aquí expuesta, y menos aún, trasladar los fundamentos del precedente “Camusso” a la normativa vigente.

(ii) En segundo término no considero que el principio de progresividad justifique la aplicación retroactiva de la ley. Antes bien, importará que el Estado Argentino no podrá emitir leyes regresivas a la 26.773 y, en su caso, servirá de parámetro para analizar la validez constitucional de esta última, pero quienes argumentan que es el fundamento de la aplicación de la nueva ley a todos los casos hoy en trámite o impagos, comenten los siguientes yerros.

- En primer término, inconsistencias lógico-jurídicas y económicas que se derivan en la afectación de otros derechos de igual rango y en la anulación de la seguridad jurídica.

• En efecto, ante todo, encierra una grave contradicción lógica, pues no da explicación plausible de por qué se considera que el artículo 8° debe ser aplicado en virtud del principio de progresividad a los siniestros acontecidos con anterioridad a la publicación de la norma en el Boletín Oficial, pero a renglón seguido se niega la aplicación inmediata del artículo 4° y su complementario Artículo 17.2, de la misma Ley, aduciendo su carácter regresivo.

Es decir, según sus defensores, la ley 26.773 resultaría progresiva y regresiva al mismo tiempo, contradicción lógica insuperable (no puede predicarse de A que es B y, simultáneamente, de A que no es B).

• Para salvar este escollo, se comete un nuevo yerro de gravedad institucional: sostener la inconstitucionalidad en abstracto de la cláusula que les resulta inconveniente (vgr. artículo 17, inc. 5, norma transitoria), atribución que no es propia de los poderes judiciales de sistema difuso, como el argentino.

• Lo que es más, en tal cometido, se disgrega el sistema según la particular conveniencia de cada uno, proponiendo el criterio de atomización para evaluar la benevolencia de la normativa, armando un régimen “a la carta”.

En efecto, se afirma sin hesitación que el artículo 8° debe ser aplicado de forma “inmediata” –en su particular concepción de lo que entienden del artículo 3° del C.C.- pero a renglón seguido se niega la misma aplicación “inmediata” del artículo 4° (opción excluyente).

Cabe recordar que dicho criterio (ATOMIZACIÓN) ha sido descartado por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, desde antaño (conf. DEVEALI, Mario L., “La pluralidad de las fuentes y el principio del régimen más favorable”, DT 1962-65, citado por MAZA, Miguel Ángel, “Ley de Contrato de trabajo comentada y concordada” – Coordinada por Ojeda, Raúl Horacio- 2ª ed.- Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2011, p. 59/60), y por tal motivo, el artículo 9° de la L.C.T. adoptó el sistema de conglobamiento por instituciones, dado que aquél transgrede totalmente la regla de la aplicación integral de la ley vigente, que impide a los jueces construir un ordenamiento con los aspectos que se estimen más convenientes de diversas leyes (C.S.J.N. Fallos 319:1514).

• En contra de esta tendencia, resultan señeras las enseñanzas del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, expuestas en la causa “Soria” (330:1550), en torno a que: “...El juicio de calificación no puede afectar los derechos del debido proceso, cambiando por vía pretoriana la pretensión que ya ha contestado la demandada, ni tampoco utilizar reglas pertenecientes a distintos ámbitos desarticulando la lógica de la ley (...) Finalmente, que: “...no es admisible la acumulación (...) en distintos aspectos y según convenga en el caso. El derecho vigente no permite esa vía y la misma tampoco es razonable al fracturar todo esquema de previsibilidad...”

• Lo que es más, la pretendida aplicación inmediata de la ley 26.773, puede generar mayores perjuicios a los trabajadores con procesos en trámite, dado que se ha comprobado que la aplicación del régimen anterior, aunada al cómputo de intereses moratorios desde que la prestación “es debida” (conf. Resolución 414/99), puede generar montos indemnizatorios más beneficiosos para los trabajadores que los que se obtienen con la aplicación del índice RIPTE del período correspondiente.

• Es decir, en abstracto, no puede predicarse que la aplicación a contingencias anteriores de ley 26.773 conduzca a una situación más beneficiosa para el trabajador.

• En tal sentido, y al sólo efecto informativo, puede citarse el muy reciente (08/04/15) pronunciamiento de la Sala Unipersonal de la Primera Cámara del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial de esta Provincia (conformada por la Dra. MARIA DEL CARMEN NENCIOLINI), en autos N° 49.541, caratulados: “JOFRE RAUL DARIO C/ PREVENCION ART S.A. P/ ENF. ACCIDENTE”, donde se concluyó que la aplicación del índice RIPTE en el supuesto llevado a análisis arrojaba la suma de \$ \$192.638,52 al mes de Abril/15 (conf. Resolución SSTN N° 6/15); mientras que con el monto establecido conforme la normativa anterior y los intereses moratorios devengados (65,05%) se arribaba a la suma de \$289.948,03.

- Por otra parte, y aun cuando se hiciera caso omiso de estos importantes escollos lógico-jurídicos que disgregan el sistema y violan la seguridad jurídica de todos los argentinos, olvidan que de esta forma también lesionan el principio de legalidad, íntimamente vinculado con el debido proceso adjetivo (arts. 18 y 19 C.N.) y el debido proceso legal (art. 18 C.N.), garantías constitucionales que exigen que toda condena sobre derechos de igual raigambre se funde en la previa existencia de ley emanada del Congreso (conf. GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada/ María Angélica Gelli – 3ra ed. – Buenos Aires – La Ley – 2005, pág. 248 y ss.).

Dicho principio de legalidad, así como el de irretroactividad de la ley, se encuentra previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 9°, que reza: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable...”

A garantizar estos principios se ha comprometido expresamente el Estado Argentino.

• La propia Corte Interamericana ha insistido en que estos dos principios son fundantes de un Estado de Derecho y que deben presidir la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias. (Cfr. Caso “Fermín Ramírez”, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C No. 126, párr. 90; Caso “Lori Berenson Mejía”, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119; Caso “De la Cruz Flores”, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, Serie C No. 115, párr. 80; Caso “García Asto y Ramírez Rojas”, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, Serie C N° 137, párr. 187, entre muchos otros)

A su vez, afirmó que: “...es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de

un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor...

De lo contrario, vaticinó: “...los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva...” (C.I.D.H., Caso “Baena Ricardo y otros Vs. Panamá”, Sentencia de fecha 02 de febrero de 2001, Serie C 72, párr. 106)

- En virtud de la mentada irretroactividad, dicha Corte se consideró incompetente para entender en el Caso “Curtis Francis Doebbler” (Sent. de fecha 27 de noviembre de 2013, Serie C, N° 275, párr. 19), toda vez que los hechos denunciados acaecieron con anterioridad a que el Estado involucrado (Perú) depositara el documento de ratificación de la Convención aplicable en el conflicto.

- Añadido que, el propio Tratado de Viena sobre aplicación de los contratos ha previsto expresamente la irretroactividad de los mismos (arg. art. 28), siendo contestes con este principio todos los Tratados internacionales incorporados a nuestra Carta Magna, los que parten de la ratificación como hito para la ulterior aplicación de su normativa (a modo ejemplificativo, véase arg. art. 74, Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 26.2 y 27, Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 48.2 y 49, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 8.2 y 9 del Protocolo Facultativo del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. XIII de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, entre muchas otras).

- No se me escapa que los propios tratados de la O.I.T. también contienen el principio de la irretroactividad, postulando su aplicación sólo para lo futuro, a partir de la ratificación (entre muchísimos otros, véase artículos 14 y 15, C87; arts. 7 y 8 C 98; arts. 10 y 11 C 151).

- A mayor abundamiento, no puede perderse de vista que una limitación (garantista) que tiene el Estado, a la hora de reglar los derechos de las personas bajo su égida, es que al limitar la libertad imponiéndoles “un hacer” o un “no hacer”, lo debe instrumentar mediante ley.

En nuestro Derecho, importa que dicha norma debe ser elaborada por el Congreso de la Nación antes del acaecimiento del hecho (arg. arts. 1, 18, 19 y 75.12 C.N.), puesto que es un principio arquitectónico de la República la división de poderes, la que comporta la exclusividad de competencias en determinadas áreas. El Poder Judicial, por su parte, sólo posee el control de constitucionalidad, pero no puede arrogarse atribuciones legislativas (conf. MODON, Mario A. R., “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Dirigido por Daniel A. Sabsay y coordinado por Pablo L. Manili, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2009).

- Desde otro costal, tampoco explica la doctrina criticada cómo funcionaría el principio de progresividad en contra de otros derechos constitucionales que gozan de idéntica jerarquía, tales como el de propiedad (art. 17 C.N.) y el de defensa en juicio de la contraria (art. 18 C.N.), siendo que estos últimos también se ubican en la Carta Magna.

- En efecto, quienes sostienen el principio de progresividad en la aplicación de las nuevas leyes, sin límite alguno -aún en contra de los propios términos legales-, no hacen más que negar el derecho de propiedad y de defensa en juicio de la contraparte, lo que no es otra cosa que negar a la propia Constitución.

Por el contrario, una adecuada hermenéutica, requiere que se parta de la base de la unidad del derecho, especialmente del Constitucional, de forma tal de “no dejar nada fuera, y de maximizar la potencialidad de todas las normas que consagran derechos” (TOLLER, Fernando M., “Interpretación Constitucional” / Coordinador Eduardo Ferrer Mac- Gregor, Tomo II, Ed. Porrúa, México, 2005).

En sentido concordante, la Sala I de este Tribunal –por mayoría- ha sostenido que: “...En la Constitución Nacional no existen derechos absolutos (Fallos 304:319 y 1293; 312:318), todo derecho debe ser compatibilizado con los demás derechos enunciados en la Constitución (Fallos 311:1439; 254:58), con los derechos de la comunidad (Fallos 253:134) y con los derechos que aquélla establece (Fallos 304:1525). -La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la C.N.), establece en su artículo XXVIII, que “los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático...” (L.S 443-163 y en los autos N° 107.685, caratulados: “Gobierno de la Provincia de Mendoza en J.86.744/34.379 Escobar Ana Ruth y ots. C/Dirección del Servicio Penitenciario y Gobierno de Mendoza p/Acción de Amparo s/Inc. Cas.” sentencia del 22/11/2013.)

- Dicha finalidad bien puede lograrse, en este ámbito, analizando la constitucionalidad del régimen vigente al momento de la Primera Manifestación Invalidante, en cada caso concreto, cuando llegue el tiempo de la sentencia definitiva de la causa, en ejercicio del control difuso que es propio de nuestro Poder Judicial, tal y como lo tengo dicho reiteradamente desde mis pronunciamientos en autos “Coria” (LS 441-241) y “Bizzotto” (443-214), sobre los que volveré más adelante.

- Asimismo, con esta corriente, se pierde de vista que el principio de progresividad está dirigido al órgano LEGISLATIVO y a la Administración -en cuanto implementa políticas públicas-, de modo tal de restringir el espectro de posibilidades de las mismas en pos de una mejora continua del goce de los derechos humanos, pero siempre sujeto a las posibilidades económicas de cada Estado.

- Así lo tiene dicho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General N° 3, donde ha sentado que una vez alcanzado un determinado nivel de protección se ve restringida la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad, lo cual no sólo es aplicable respecto a la actividad del Legislador sino también respecto a la actuación de la Administración en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia de derechos económicos sociales y culturales al igual que cualquier rama de los poderes públicos con competencias en la materia. (Conf. Observación general 3 de 1990, Comité de derechos económicos, sociales y culturales).

- En idéntico sentido se han pronunciado la mayoría de las Cortes iberoamericanas (v.gr. Costa Rica, España, Panamá, Colombia) sosteniendo que el principio de progresividad y su correlativo de no regresividad están dirigidos al poder Legislativo y a la Administración (conf. PEÑA CHACÓN, Mario, “Principio de prohibición de regresividad ambiental en la jurisprudencia comparada iberoamericana”, PNUD, 2013).

- En doctrina, siguen esta posición Maza y Ackerman. (conf. MAZA, Miguel Ángel, “Una nueva reforma en materia de riesgos del trabajo. Dos puntos inicialmente conflictivos”, Sup. Esp. Nueva Ley de Riesgos del Trabajo 2012, noviembre; y ACKERMAN, Mario E., “El llamado principio de progresividad y la jurisprudencia de la CSJN”, Revista de Derecho Laboral 2014-1: el Derecho del trabajo en la Constitución Nacional I/ dirigido por Mario Eduardo Ackerman – 1ª ed.- Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2014, p. 107 y ss.)

- Añado que, cuando se pretende fundar la aplicación “inmediata” en el principio de progresividad, ignorando la decisión del poder legislativo, se están desconociendo las posibilidades económicas de cada Estado.

Las excepciones al mentado principio no pueden ser obviadas, puesto que se encuentran incorporadas en las mismas normas internacionales que han receptado dicho principio y tienen que ver con una visión “macro” de la economía de cada país.

Estoy haciendo expresa referencia al artículo 2°.1 PIDESC que tiene previsto: “*Cada uno de los Estados Partes (...) se compromete a adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que disponga...*”

• Así las cosas, sin un profundo estudio económico, no puede sostenerse válidamente que Estado Argentino está en condiciones de disponer la aplicación de las leyes a todos los supuestos anteriores a la entrada en vigor de las mismas, sin que el sistema colapse.

• Menos aún, olvidando que –por lo menos- le incumbe al órgano democrático de gobierno (vgr. el Congreso de la Nación) la determinación de qué normas pueden y cuáles no aplicarse a partir de su publicación a todos los casos existentes en el mundo jurídico, en virtud de la división de poderes (arg. art. 1° C.N.) y de la oportunidad y conveniencia de cada decisión política.

• Y, con menor razón, en una particular interpretación del principio de aplicación inmediata de las leyes, contenido en un artículo ajeno al Derecho del Trabajo (el 3° del Código Civil), supletorio y opuesto al 17.5, ley 26.773, que sí resulta específico de nuestro ámbito.

(iii) En tercer término, desde el punto de vista de los fines que deben resultar señeros del ámbito de Riesgos del Trabajo, advierto que debe darse prioridad a la prevención y al restablecimiento de la salud del trabajador, en lugar de poner todo el esfuerzo argumentativo en la indemnización monetaria, dado que: “...*Indemnizar no borra el daño del mundo; simplemente cambia el dinero de bolsillo...*” (conf. Fernando Pantaleón, citado en autos: “Biondo, María Angélica s. Recursos de inconstitucionalidad y casación en: Biondo, María Angélica y otros vs. Tennerini, Osvaldo Domingo y otros s. Indemnización por muerte” /// Suprema Corte de Justicia, Sala II, Mendoza, 27-10-2014; RC J 8420/14)

Por el contrario, se está relegando el derecho a la salud (consagrado entre otras normas en los artículos 25, Declaración Universal de Derechos Humanos; XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 45, Carta de la Organización de los Estados Americanos; 10, Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador”; 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 42 y 75, inc. 22 C.N.), reconociendo la posibilidad de generar trabajadores siniestrados a cambio de dinero, sin que se aplique esfuerzo alguno por disminuir la siniestralidad ni los daños efectivamente causados a la integridad psicofísica.

• En tal sentido, entiendo necesario memorar que, de conformidad con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Observación General N° 14 (Fuente: N° 1 a N° 19: HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I); N° 20: E/C.12/GC/20; N° 21: E/C.12/GC/21), el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos, entre los que se incluyen las condiciones sanitarias adecuadas y las condiciones de trabajo seguras y sanas, en un medio ambiente sano (párrafo 4; en el mismo sentido, ver párrafo 11), por lo que se debe hacer hincapié en las medidas preventivas y “reducir al mínimo, en la medida en que ello sea razonablemente viable, las causas de los peligros para la salud resultantes del medio ambiente laboral” (párrafo 15).

Así las cosas, nuestro país se encuentra obligado internacionalmente a adoptar medidas necesarias para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología y porque los terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud (párrafo 35).

• Es de resaltar que, para el Comité, los juristas tienen un papel importante en la tutela del derecho a la salud, pues: “*Los Estados Partes deben alentar a los magistrados y a los demás jurisconsultos a que, en el desempeño de sus funciones, presten mayor atención a la violación al derecho a la salud*” (párrafo 61).

Asimismo, que: “... *el derecho a la salud física y mental implica también el derecho a tener acceso a los servicios médicos y sociales -incluidos los aparatos ortopédicos- y a beneficiarse de dichos servicios, para que las personas con discapacidad puedan ser autónomas, evitar otras discapacidades y promover su integración social. De manera análoga, esas personas deben tener a su disposición servicios de rehabilitación a fin de que logren “alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía y movilidad”. Todos los servicios mencionados deben prestarse de forma que las personas de que se trate puedan conservar el pleno respeto de sus derechos y de su dignidad...*” (Conf. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 5, “Personas con Discapacidad”. Naciones Unidas, Documento E/1995/22 (1994), párr. 34).

• Lo que es más, la Corte Interamericana en sentencia contra nuestra República (C.I.D.H., CASO FURLAN Y FAMILIARES VS. ARGENTINA, SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) ha establecido varias pautas que no pueden seguirse olvidando en este ámbito tan sensible para la población entera:

❖ las medidas de reparación no se centran exclusivamente en medidas de rehabilitación de tipo médico, sino que deben incluir aquéllas que ayuden a la persona con discapacidad a afrontar las barreras o limitaciones impuestas, con el fin de que dicha persona pueda “...*lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida...*”, todo ello, de conformidad con la interpretación que el Tribunal efectúa del Artículo 26 de la C.D.P.D.

❖ Todo tratamiento a personas con discapacidad debe estar dirigido “al mejor interés del paciente”, debe tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad, así como a mejorar su calidad de vida (Cfr. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 109.).

❖ El derecho a la rehabilitación (previsto por los artículos 23 y 25 de la CDPD) implica la posibilidad de gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad, así como la obligación de adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud.

❖ La rehabilitación debe ser brindada en forma temprana y oportuna, para lograr un resultado idóneo, debe ser continua y abarcar más allá de la etapa de mayor complejidad inicial, con especial consideración del tipo de discapacidad que la persona tiene y ser coordinado por un equipo multidisciplinario que atienda todos los aspectos de la persona como una integralidad.

❖ Los tratamientos respectivos deberán prestarse, en la medida de lo posible, en los centros más cercanos a los lugares de residencia de las personas y por todo el tiempo que sea necesario.

- Insisto, toda vez que se incrementen las posibilidades de mejora de la salud del trabajador siniestrado, conforme el avance científico y tecnológico, las prestaciones sistémicas, en especie, deberán otorgarse a todos los interesados, sin limitación temporal alguna.

Ello así, el eje de la materia no puede ser exclusivamente la cuantía monetaria de la indemnización dineraria sustitutiva. Por el contrario: “*Las reparaciones no se agotan con la indemnización de los daños materiales e inmateriales (supra pár. 72 a 76 y 80 a 89), a ellas se agregan las otras formas de reparación (...) f) Tratamiento médico y psicológico...*” (C.I.D.H., “Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala (Reparaciones), 2004)

-Por todo, y dado que el Estado argentino ha legislado en la materia sobre las necesidades de las prestaciones de salud, la prevención y rehabilitación (v.gr. Ley 24.557 y complementarias) los magistrados deberían centrar su atención en el cabal cumplimiento de las obligaciones de prevención (arg. art. 1 L.R.T.) y de todas las previstas en el artículo 20 y cc. de la L.R.T. por parte de las Aseguradoras, de forma tal de verificar si se realizó el mayor esfuerzo posible en aras a la mejora oportuna de la salud del trabajador.

El principio de inmediación jugará un rol determinante, sin dudas, pero también lo serán los informes médicos que el Magistrado requiera, aun en forma complementaria a los requeridos por las partes (arg. arts. 69 y 19 C.P.L.).

También deberán apelar a las medidas precautorias que pudieran corresponder para garantizar la oportuna rehabilitación de los trabajadores.

En este sendero se han enrolado numerosos tribunales de nuestro país a partir del pronunciamiento de la Corte Federal en autos “Camacho Acosta” (Fallos 320:1633).

En definitiva, si no modificamos el eje de la discusión y centramos la actividad judicial en la salud del trabajador, sólo estaremos asistiendo –como simples espectadores- a la vil consagración de una “suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones” (parafraseando a la Corte Suprema en autos “Aquino”, Fallos 327:3677).

-De consuno con lo hasta aquí expuesto, resulta sumamente más valioso colocar el acento en la prevención y en las prestaciones en especie (art. Art. 20 L.R.T.), en lugar de incrementar la cuantía monetaria en contra de las posibilidades económicas del sistema, puesto que el colapso del mismo sólo repercutirá en contra de los mismos trabajadores a quienes se pretende tutelar.

c.- Por otra parte, y desde el punto de vista de una interpretación sistemática, advierto que:

(i) Con la nueva legislación, no hay dudas de que el derecho del trabajador nace y produce efectos desde el momento del acaecimiento del evento dañoso, o primera manifestación invalidante.

-Así, se observa del artículo 2º, 3er párrafo, que ha previsto que: “*El derecho a la reparación dineraria se computará, más allá del momento en que se determine su procedencia y alcance, desde que acaeció el evento dañoso o se determinó la relación causal adecuada de la enfermedad profesional*”.

En tal sentido, este precepto es coherente con el artículo 17 inciso 5º que postula su vigencia para los nuevos supuestos.

Evidentemente, este punto refiere a la mora debitoris, por lo que seguramente se deberá revisar la tésis del artículo 47 Ley 24.557 (esbozada a partir de autos “La Caja en Jº Oyola”, LS 312-206), en torno a los intereses.

Por lo demás, es la “primera manifestación invalidante” (art. 17 inc. 5º in fine) el factum a indagar para decidir cuándo nace el derecho del trabajador en este régimen, lo que se condice con el artículo 2º de la ley 26.773 que ha dispuesto la producción de efectos desde aquél hito.

De lo contrario se correría el riesgo de la doble actualización monetaria, toda vez que se permitiría el ajuste al momento de la sentencia a contingencias anteriores a la entrada en vigor de la norma (conforme la criticada interpretación del inciso 6º, artículo 17) y coetáneamente la imposición de intereses moratorios desde la primera manifestación invalidante (conforme el artículo 2º del mismo régimen).

-Por otra parte, cabe recordar que, en aras a la prescripción liberatoria, el artículo 4º de la ley 26.773 la ha ubicado en el momento en el cual el trabajador recibe la comunicación que tiene prevista la misma.

Es decir: hasta dicho tiempo, no nacerá la acción y, por consiguiente, no comenzará a prescribir la misma, pero sin embargo queda claro que el derecho se reconoce desde que aconteció el daño, de conformidad con el artículo 2º, 3er párrafo.

-Por el contrario, en la redacción anterior, intereses y prescripción se derivaban del artículo 47, ley 24.557 y estaban a la determinación de la definitividad de la patología, con lo cual, se producía un grandísimo abismo entre la ocurrencia del hecho dañoso, el establecimiento del carácter definitivo del daño (art. 9) y la mora debitoris (res. 414/99 S.R.T.).

-La nueva formulación debería resultar disuasiva del incumplimiento y de las dilaciones en el pago, toda vez que mientras más demora se produzca en el trámite de determinación de la dolencia –y ulterior pago- más intereses devengará el siniestro a favor de la reconstitución del crédito del trabajador.

-Por lo demás, y de esta forma, la legislación de riesgos del trabajo se inscribe en la doctrina civilista, que tiene dicho -desde antaño- que los intereses moratorios corren a partir del daño, pues es éste el que genera la responsabilidad (véase por ejemplo LS 325-091, con voto preopinante de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, entre muchos otros precedentes de la Sala I de este Tribunal).

-Tal criterio ha sido especialmente tenido en consideración por los legisladores al tiempo de la sanción de la ley 26.773, conforme se observa de la redacción del párrafo en estudio en este acápite (conf. fs. 9, último párrafo, Mensaje de elevación, Honorable Cámara de Senadores, Sesión Ordinaria, Orden del Día 1041, de fecha 19/09/12).

Por consiguiente, sólo puede entenderse que el derecho a la reparación se computará a partir de la producción de los nuevos daños, producidos luego de la entrada en vigor de la ley 26.773, de conformidad con el artículo 2º, párrafo 3º.

(ii) A su vez, en el supuesto de concurrencia entre Aseguradoras (arg. artículo 47), el ente que recibió las cotizaciones en la oportunidad del artículo 2º, párrafo 3º, ley 26.773 será el obligado al pago de las reparaciones (en dinero y en especie), pero también, quien cargará con los riesgos de la falta de prevención y deberá asumir los costos que su desidia irroguen.

(iii) Asimismo, y con independencia de los derechos de legalidad, defensa en juicio y propiedad de las Aseguradoras, la irretroactividad de la ley 26.773 también es el principio que mejor compatibiliza los derechos de los trabajadores con los de los demandados, cuando éstos resulten ser personas físicas.

Piénsese en la lesión a los derechos –no ya constitucionales- sino “humanos” de todos los mismos en la tésis de la aplicación “inmediata” de las leyes en los supuestos de accidentes de trabajo de empleados de casas particulares, producidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 26.844 (BO. 12/04/13), y del decreto reglamentario 467/14 y Resolución General 3700/14, que incorporaron a dichos dependientes –efectivamente- en el régimen de la ley 26.773.

En el entendimiento de la aplicación “inmediata” y progresiva de la nueva ley 26.844, en consonancia con la 26.773, ¿se condenará en forma personal, al empleador de casas particulares, que no tenía posibilidad de poseer cobertura de ley 26.773, antes de que ello fuera obligatorio y que por tal motivo carece de A.R.T. que lo sustituya en sus responsabilidades para con su trabajador?

Nótese que el artículo 2º, inciso 2, punto b) de la ley 24.557 ya incluía al personal doméstico en el ámbito de protección de los riesgos de trabajo, pero no existía la reglamentación que posibilitaba la cobertura correspondiente, por lo que válidamente se podría argumentar en el sentido apuntado, si se compartiera dicha tesis.

En efecto, se llegaría así a una finalidad no buscada por la ley: que todos los empleadores de casas particulares serían responsables personalmente por los daños sufridos por sus dependientes, con el alcance de la ley 26.773, aún antes de la entrada en vigor de la ley 26.844.

¿Se argumentará también aquí respecto a la aplicación inmediata de la nueva ley laboral más beneficiosa? ¿No se reconocerá la existencia de una lesión al derecho de propiedad, defensa en juicio, y principalmente, a la seguridad jurídica que nos implica a todos? ¿Qué sucederá cuando el demandado resulte ser otro sujeto de especial tutela constitucional, como la mujer o los discapacitados?

Lo que es más, para argumentar en el sentido criticado, se debería estar dispuesto a extender los argumentos de la aplicación “inmediata” a todos los supuestos de nuevas leyes, civiles, comerciales, laborales, tributarias, etc., etc., etc., con lo que se anularía el Derecho mismo.

Lo expuesto, llevado al extremo, demuestra la inconveniencia de esta tesitura, lo que justifica mi apartamiento.

d.- Ahora bien, todo lo dicho me obliga a realizar un análisis de la doctrina que postula que el artículo 3º del Código Civil –y su espejo, el artículo 7 del Código Unificado- es la respuesta a todos los interrogantes propios de este Plenario.

Sin embargo, la misma parte de una premisa errada: considera que la “inmediatez” es un simple concepto temporal (“dictada la ley, debe ser aplicada ahora”), cuando el “principio de aplicación inmediata” se vincula, en primer lugar, con conceptos jurídicos y es el correlato de la irretroactividad.

Esta disquisición no puede ser obviada porque de lo contrario la retroactividad resultaría ser la regla, principio completamente opuesto al legislado.

En tal sentido, seguiré las enseñanzas del Dr. Luis Moisset de Espanés (“La irretroactividad de la ley y el nuevo Art. 3 Código Civil-Derecho Transitorio” U.N. Córdoba, 1976).

El autor glosado afirma:

-Que al artículo 3º C.C. sólo cabe recurrir cuando la norma en análisis no contiene una disposición de derecho transitorio (conf. ib., fs. 39), supuesto precisamente contrario al de la ley 26.773.

- Que, de conformidad con dicho precepto de derecho común, la irretroactividad es casi “absoluta”, mientras que sólo puede encontrar excepciones en aquéllas hipótesis en que el legislador, expresamente, así lo haya dispuesto.

Tampoco es el caso de la ley 26.773, como ya advirtiera.

-Que la aplicación “inmediata” lo es siempre luego de la entrada en vigencia de una norma y para el futuro, puesto que esta regla es la única forma de compatibilizar dicho principio con la irretroactividad.

-Que hay que comprender debidamente la distinción entre “situación jurídica” y “consecuencias de la situación jurídica”.

Seguidamente, explica que una “situación jurídica” pasa por distintas fases que son producidas por hechos a los que la ley asigna virtualidad para “crear”, “modificar” o “extinguir” la situación jurídica. Dichas fases se rigen por el principio de irretroactividad, conforme el segundo párrafo del artículo 3º C.C.

-Que, en la particular interpretación de Roubier, la mayoría de los momentos o fases se “agotan” con el hecho que los produjo.

Por consiguiente: “...pretender juzgar la creación, modificación o extinción de una relación jurídica con arreglo a las nuevas leyes, es darles un efecto retroactivo, prohibido categóricamente...” (MOISSET DE ESPANÉS, op.cit. textual fs. 17/18)

-Que la obligación de resarcir, es una “relación jurídica” que se establece entre víctima y victimario, en virtud de disposición legal, cuando se reúnen los recaudos de hecho, aunque se le apliquen los mismos conceptos que a la “situación jurídica”.

-Que un presupuesto básico para su nacimiento es el daño (material o moral). Por consiguiente, éste no es una consecuencia de la reparación. Es la CAUSA constitutiva de esa relación.

-Que, en tal momento, nace la vinculación con determinado contenido que ya no podrá ser variado sin una ley expresamente retroactiva.

Que: “...si la situación se constituyó válidamente bajo el imperio de la ley antigua (...), no podrá volverse sobre el punto, aunque la ley nueva lo regule de manera distinta...” (ib. pág. 23)

Por consiguiente, el momento de la constitución no puede ser alterado por la aplicación de una nueva ley en otro momento o fase. El contenido y alcance de la obligación queda ahí pétreamente establecido. Podrá modificarse la situación jurídica y/o extinguirse, pero nunca modificando aquélla, puesto que se incurriría en retroactividad.

Textualmente: “...una vez formada la relación, el cambio de leyes no puede afectar su “constitución”, salvo que el legislador, de manera expresa, confiera efecto retroactivo a la nueva ley...” (ibídem)

-Que, por otra parte, el incumplimiento no es una “consecuencia” de la relación jurídica sino un “hecho modificador” de la situación jurídica que crea, por ejemplo, la “situación jurídica” de mora.

-Que, en lo tocante a “consecuencias o efectos”, las correspondientes a la obligación de resarcir son, entre otras, la producción de intereses.

En tal sentido, a partir de la situación jurídica de mora, si se dictara una nueva ley sobre tasas de intereses moratorios, ésta alcanzaría a los devengados con posterioridad a su vigencia, pero no a los anteriores, en virtud de la armoniosa coordinación entre los principios de irretroactividad y aplicación inmediata.

-En conclusión, el “hecho constitutivo” de la situación jurídica aquí analizada no puede ser modificado (ni en su contenido, ni en su alcance) por las nuevas leyes. Menos aún, alterando la forma de extinción, puesto que de esta forma, indirectamente, se afectaría a aquél, sin una ley que expresamente lo haya dispuesto así.

Me explico: si la situación jurídica entre A.R.T. y trabajador se formuló con un contenido determinado (prestaciones dinerarias y en especie de la ley 24.557) pero se exige que la misma se extinga conforme el contenido de la ley 26.773, pues el pago se efectúa en este tiempo, se está alterando el hecho constitutivo del vínculo y se está produciendo la retroactividad de la ley –prohibida- en contra de los derechos constitucionales del contrario, sea o no una Aseguradora.

e.- Sin embargo, y no obstante los enormes esfuerzos civilistas para interpretar esta norma (reeditados con motivo de la sanción de la ley 26.994), lo cierto es que la ley N° 26.773 contiene una expresa norma de derecho transitorio, que es la aquí analizada, y que difiere de la fórmula del artículo 3º Código Civil, que era la propugnada por el Dictamen de la Minoría, en el Senado del Congreso de la Nación (conforme Anexo al Orden del día N° 1041, de fecha 26 de diciembre de 2012), pero que no fue el texto finalmente sancionado.

Ello así, existiendo un régimen autónomo -en el ámbito del Trabajo-, el traslado de normativa civilista al ámbito del Derecho del Trabajo merecería, al menos, una profunda reflexión, toda vez que este último siempre ha tendido a apartarse de aquél, en aras del principio protectorio del artículo 14 bis C.N. y a la independencia de la materia.

- Por todo, me inclino por omitir trasladar el artículo 3° C.C. al análisis de la pregunta formulada en autos.

f.- Mención aparte merece el análisis del concepto de “definitividad”, utilizado por la Corte Federal en los autos “Calderón”, ya citados.

(i) En primer término, puesto que ya no resulta favorable al trabajador (arg. art. 14 bis C.N.) ubicar el nacimiento del derecho en el momento del nacimiento de la acción, toda vez que es sumamente más valioso para los trabajadores la ya analizada cláusula 2°, párrafo 3°, ley 26.773: el crédito devengará intereses y consecuencias para el deudor desde el acaecimiento del siniestro.

Nótese que este nuevo ordenamiento se aparta expresamente del tal término (en el ya analizado artículo 2.3), previendo que el derecho nace en el momento en que se ocasiona el daño a la salud del trabajador, y no cuando este se consolida o cristaliza. El propio artículo en comentario señala: “...*más allá del momento en que se determine su procedencia y alcance...*”

(ii) Ello así, existiendo una nueva formulación del contenido y alcance de la relación jurídica por parte de la ley 26.773, lo resuelto en “Calderón” no resulta vinculante.

(iii) A idéntica conclusión cabe arribar por existir pronunciamientos contrarios dentro de la propia Corte Federal.

Máxime, cuando ella misma, en reiteradas oportunidades, sostuvo que es impropio de su competencia formular interpretaciones de normas de carácter común (a partir del caso “Benítez”, Fallos 332:2815) y cuando ha querido modificar su doctrina, así lo ha efectuado expresamente y no por remisión al dictamen de Procuración (casos “Aquino” Fallos: 327:3753; “Benítez”, Fallos 332:2815; “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino si daños y perjuicios”, de fecha 27/11/12, entre muchos otros).

4.- Ahora bien, y ya en torno al inciso 6° del artículo 17, entiendo que el mismo sólo fue una disposición tendiente a fijar un punto de inicio para la adopción del índice RIPTE. Una orden directa para que Organismo delegado (v.gr. Secretaría de Seguridad Social) procediera a actualizar los valores de los montos fijos y los pisos mínimos considerando el índice devengado entre el decreto 1694/09 y la entrada en vigor de la ley 26.773.

De ningún modo considero que es la excepción a la regla contenida en el inciso 5°. Por el contrario, quienes postulan esta tesis tornan a la retroactividad como una regla, puesto que resultarían alcanzados todas las obligaciones impagas, incluyendo las judicializadas. Precisamente, es lo que ha acontecido en la jurisprudencia mendocina a partir del fallo “Godoy” y genera una aplicación completamente retroactiva de todo el ordenamiento, en contraposición con el inciso 5° que, sin dudas, es la regla.

Asimismo, en el ámbito Civil, la irretroactividad es la regla (art. 3 C.C.), salvo disposición del legislador en contrario.

En nuestro ámbito, ni ha sido dispuesta en contrario la retroactividad, ni se ha otorgado atribución a los Jueces para fallar en tal sentido (arg. art. 8°).

De esta forma, se ha delegado esta obligación en la Secretaría de Seguridad Social de la Nación, por lo que la Justicia no puede asumir una atribución que no le es propia.

- En conclusión, entiendo que todas las disposiciones novedosas que incorpora este régimen -salvo las excepciones expresas que analizaré ut infra- resultan de aplicación para las primeras manifestaciones invalidantes que se produzcan luego de la publicación de la ley 26.773 en el Boletín Oficial, conforme lo normado en el inciso 5° del artículo 17.

6.- Mención aparte merece dejar a salvo mi postura -complementaria a la recalca al analizar el derecho a la salud- en torno a que, si por las vicisitudes que pudieran acontecer, la reparación en dinero resultara insuficiente, así lo declararé, en ejercicio del control de convencionalidad y de constitucionalidad que me competen, tal y como ya lo tengo dicho en mi voto -en disidencia- pronunciado en autos “Coria” (LS 441-241) y “Bizzotto” (443-214).

Resulta indispensable memorar el contenido de los mismos, a continuación:

-si bien la ley aplicable al caso concreto se corresponde con la vigente al tiempo de la Primera Manifestación Invalidante, ningún Tribunal puede efectuar una aplicación automática de la ley de riesgos del trabajo.

-De tal forma, corresponde efectuar el control de convencionalidad y constitucionalidad sobre la normativa referida, en cada caso concreto.

En tal sendero, cabe tener presente que el ejercicio del iura novit curia no comporta un agravio constitucional (v. doctrina de Fallos: 323:2456; 324:2946; 326:3050, 334:120).

- Las pautas para la obtención de una reparación tarifada adecuada a Derecho deben ser las siguientes:

(a) La tarifa no es inconstitucional per se. La fórmula matemática -basada en el salario, la edad y la incapacidad del trabajador- debe, en principio, ser respetada.

(b) El monto que arroje debe cubrir -al menos- la pérdida de capacidad de ganancia (lucro cesante), en forma íntegra (conf. “Ascuá”, Fallos 333:1361), intentando lograr, en el caso concreto, la justicia social (conf. Bercaitz, Fallos 289:430), y en la búsqueda de una reparación justa, equitativa y digna.

(c) Los dispositivos de la LRT que se opongan a esto último, son inconstitucionales por no respetar los imperativos constitucionales, lo cual debe ser motivo de análisis por el juzgador y de declaración expresa (CSJN, 23/03/2010, “Berti, Alfredo Jesús c/Asociación Civil Club Atlético Boca Juniors s/Accidente Ley 9688”, B.1780, XLI, en adelante “Berti”, considerandos 8° y 9°, y autos “Guerrero”).

(d) En la gran mayoría de los supuestos, el reproche recaerá sobre el artículo 12 (ingreso base) de la L.R.T., dado que genera una fuerte inequidad: el trabajador siniestrado con motivo o en ocasión del trabajo resulta resarcido con una base salarial desactualizada y sin incluir los rubros no remunerativos.

Nótese que gran parte de la doctrina crítica que dicho artículo (12 L.R.T.) continúe aún vigente (véase SCHICK, Horacio; “Aplicación de las mejoras indemnizatorias dispuestas por el decreto 1694/09 y la ley 26.773 no canceladas a la fecha de su entrada en vigencia”, DT 2013 (agosto), 2052; RAMÍREZ, Luis E., “Aspectos salientes de la reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo”, Sup. Esp. Nueva Ley de Riesgos del Trabajo 2012-noviembre, 62; ETALA, Juan José; MAZA, Miguel Ángel; FOGLIA, Ricardo A., “Modificaciones a la ley de riesgos del trabajo”, LA LEY 27/02/2013, 6, GILETTA, Ricardo Agustín, “Sobre lo que parece que podría querer decir la ley 26.773”, Rev. de Derecho Laboral 2013-1: ley de riesgos del trabajo IV / dirigido por Mario Eduardo Ackerman – 1ª ed. – Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2013, pág. 35 y ss.; entre otros).

7.- Finalmente, resta el análisis de los incisos 1 y 7 del artículo 17, ley 26.773 he anticipado que sí procede la aplicación retroactiva, pero por expreso mandato legislativo.

Las razones de mérito y conveniencia estimadas por el Congreso no pueden ser objeto de censura, salvo inconstitucionalidad debidamente acreditada, en caso concreto.

a.- En tal sentido, considero que el primero de los mencionados dispositivos ha establecido la retroactividad pero ha dejado a salvo las prestaciones que se encuentren “en ejecución”, esto es, con principio de cumplimiento, mediante la forma de renta periódica, de conformidad con el precedente “Milone” (Fallos 327:4607) de la Corte Federal

Añado que, toda vez que el dinero correspondiente a la prestación dineraria debía ser depositado por la A.R.T. -in totum- ante una compañía de seguros de retiro (arg. arts. 14.2, 15.2, 19 cc. y ss. L.R.T.), el mismo egresaba del patrimonio de aquella en idéntico momento en el que saldrá a partir de la ley 26.773.

(i) Ahora bien, si la retroactividad -legislativamente instaurada- resultara lesiva de un derecho constitucional (a modo ejemplificativo, de la compañía de seguros de retiro), sería la parte afectada quien debería acreditarlo de modo tal de obtener la invalidez del precepto, en el caso concreto, pero la temática excede el ámbito de esta convocatoria.

b.- Idénticas conclusiones caben respecto del inciso 7°, en torno a las prestaciones de pago mensual por gran invalidez, para lo cual la ley ha efectuado la salvedad expresamente, cuando ha sostenido: "...con independencia de la fecha de determinación de esa condición..."

(i) Esta última mención, que no se encuentra presente en el inciso 5° ni en el 6° del mismo artículo, demuestra que sólo en el supuesto de los incisos 1 y 7 puede hablarse de una aplicación retroactiva de la ley, pero por expresa orden del Poder Legislativo.

VII.- Por todo lo expuesto, concluyo que la ley 26.773 **no** es aplicable a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produjo con anterioridad a la publicación de la norma en el Boletín Oficial, con la excepción de lo dispuesto en los incisos 1° y 7° del artículo 17 del mismo cuerpo legal.

ASÍ VOTO.

A LA CUESTION OBJETO DE LA CONVOCATORIA, EL DR. HERMAN A. SALVINI, DIJO:

En principio, y en términos generales, comparto la conclusión a la que arriba en su voto el Dr. Mario D. Adaro. Ello, desde que las leyes no son retroactivas si ellas mismas así no lo disponen (arg. artículo 3° C.C.) ni obligatorias sino después de su publicación en el Boletín Oficial (arg. artículo 2° C.C.), con la excepción de los incisos 1 y 7 del artículo 17, que expresamente ha dispuesto dicha aplicación.

Es decir, cuando la ley ha querido ser retroactiva, así lo ha dispuesto expresamente.

Ahora bien, se afirma tal premisa, sin perjuicio de que adherí al voto del Dr. Carlos Bohm en los precedentes registrados en LS 454-141; 452-011 y 452-017, pues la preliminar interpretación esbozada en los mismos obedeció a la ambigua redacción normativa del artículo 17, inciso 6°, ley 26.773.

Sin embargo, en un reexamen de la cuestión, efectuado a la luz de las disposiciones expresas de la normativa reglamentaria, pronunciada a posteriori, queda claro que la ley referida no se pronunció por la actualización de las contingencias anteriores a su publicación en el Boletín Oficial.

En efecto, tanto el decreto reglamentario N° 472/14 (B.O. 11/04/2014) como las resoluciones de la Secretaría de Seguridad Social de la Nación (34/13, 3/12 y 22/14) han establecido valores para los pisos mínimos de las manifestaciones invalidantes que acontezcan en períodos POSTERIORES al día 26 de octubre de 2012 (fecha de publicación de la ley 26.773 en el Boletín Oficial).

La fórmula –en términos generales- se reitera en todas las disposiciones antedichas, por lo que sólo a modo ejemplificativo baste transcribir el primer párrafo del articulado de la Resolución 34/13 (primera en aparecer): "*ARTICULO 1° — Establécese que para el período comprendido entre el 26/10/2012 y el 28/02/2013 inclusive, las compensaciones dinerarias adicionales de pago único (...) ARTICULO 2° — Establécese que para el período comprendido entre el 01/03/2013 y el 31/08/2013 inclusive, las compensaciones dinerarias adicionales de pago único, previstas en el artículo 11, inciso 4, apartados a), b) y c), de la Ley N° 24.557 y sus modificatorias, se elevan a (...) ARTICULO 3° — Establécese que para el período comprendido entre el 01/09/2013 y el 28/02/2014 inclusive, las compensaciones dinerarias adicionales de pago único, previstas en el artículo 11, inciso 4, apartados a), b) y c), de la Ley N° 24.557 y sus modificatorias, se elevan a (...) ARTICULO 4° — Establécese que la indemnización que corresponda por aplicación del artículo 14, inciso 2, apartados a) y b), de la Ley N° 24.557 y sus modificatorias, no podrá ser inferior a lo siguiente: a) Para el período comprendido entre el 26/10/2012 y el 28/02/2013 inclusive, al monto que resulte de multiplicar PESOS TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS TREINTA (\$ 369.630) por el porcentaje de incapacidad. b) Para el período comprendido entre el 01/03/2013 y el 31/08/2013 inclusive, al monto que resulte de multiplicar PESOS CUATROCIENTOS DIECIESEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES (\$ 416.943) por el porcentaje de incapacidad. c) Para el período comprendido entre el 01/09/2013 y el 28/02/2014 inclusive, al monto que resulte de multiplicar PESOS CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE (\$ 476.649) por el porcentaje de incapacidad...*"

Es decir, en ningún momento, el órgano delegado (Secretaría de Seguridad Social de la Nación), conforme dicho artículo 8°, procedió a determinar el índice RIPTE para las contingencias producidas en períodos anteriores.

En idéntico sentido se ha pronunciado el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba (en adelante, STJ), en su Sala Laboral, en fecha 20 de febrero del año 2014, sosteniendo que la única cláusula de vigencia del nuevo ordenamiento es el inciso 5° del artículo 17, mientras que el subsiguiente (vgr. inciso 6°) sólo es: "...una norma de transición que regula el mecanismo de ajuste hasta el nacimiento de la ley pero para que se aplique desde esa fecha..." Y que: "...la referencia que se efectúa en el mentado inc. 6, a las prestaciones de la LRT y sus modificatorias, incluidas las del decreto N° 1694/09, no indica que el ajuste alcance a "contingencias anteriores", aun cuando éstas no hayan sido canceladas..." (Conf. cita textual de autos: "MARTIN PABLO DARIO C/ MAPFRE ART SA. - ORDINARIO - ACCIDENTE (LEY DE RIESGOS) - RECURSO DE CASACION E INCONSTITUCIONALIDAD" 170607/37)

Así las cosas, no corresponde excepcionar lo dispuesto en el inciso 5° con lo normado por el inciso 6° del artículo 17.

Finalmente, cabe realizar una última reflexión en cuanto a la posición que mantuvo esta Sala II a partir de autos "Garis" (LS 424-244) en torno a la aplicación del decreto n° 1694/09, pues éste fue el único intento para superar las deficiencias que acarrea el sistema de la ley 24.557, en un contexto económico diametralmente opuesto al de su antecesor decreto 1278/00 y con la importante desidia del P.E.N. en el cumplimiento de la misión legislativa de actualizar los valores de las prestaciones (expresamente impuesto en el inciso 3° del artículo 11, Ley 24.557).

Por el contrario, la ley N° 26.773 es una modificación legislativa de la ley 24.557 (léase: de igual raigambre), que crea nuevos derechos e impone diversas obligaciones –inclusive, al Estado Nacional- y que tiene prevista una entrada en vigor expresa, que no debe ser desoída, so riesgo de afectar el principio de legalidad y la seguridad jurídica de todos.

Por todo lo expuesto, concluyo que la ley 26.773 **no** es aplicable a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produjo con anterioridad a la publicación de la norma en el Boletín Oficial, con la excepción de lo dispuesto en los incisos 1° y 7° del artículo 17 del mismo cuerpo legal.

ASÍ VOTO.

A LA CUESTION OBJETO DE LA CONVOCATORIA, LA DRA. SILVINA MIQUEL, DIJO:

Que adhiero a la respuesta dada al interrogante que convoca al plenario por los Dres. Adaro y Salvini. Coincido particularmente con quienes me precedieron en el voto en cuanto a que, ni la literalidad del art. 17 inc. 5 de la ley 26773, ni su interpretación finalista, contextual o consecuencialista, habilitan a pronunciar una conclusión en sentido diverso. A mayor abundamiento sopeso que cuanto el legislador quiso establecer la retroactividad así lo dispuso, como ocurre con los supuestos previstos en los incs. 1 y 7 de dicha ley, para las hipótesis allí previstas. La opción por la que me inclino, finalmente, se compadece con la regla que sienta el artículo 2 del Código Civil y con la prohibición de aplicación legal retroactiva, si esa implementación no ha sido dispuesta, expresamente, por el legislador (art. 3 C.C.).

ASÍ VOTO.

A LA CUESTION OBJETO DE LA CONVOCATORIA, EL DR. PEDRO LLORENTE, DIJO:

Que, en el mismo sentido, adhiero a la conclusión a la que arriba en su voto el Dr. Mario D. Adaro. Ello, desde que las leyes no son retroactivas si ellas mismas así no lo disponen (art. 3° C.C.) y no son obligatorias sino después de su publicación en el Boletín Oficial (arg. artículo 2° C.C.). En el caso de la ley 26773 se ha establecido el plazo de vigencia en el inc. 5 "a partir de la primera manifestación invalidante" con la excepción de los incisos 1 y 7 del artículo 17, que expresamente han dispuesto su retroactividad.

Por lo demás, también comparto la aclaración efectuada por el Dr. Hermán A. Salvini, en torno a la aplicación del decreto n° 1694/09, a partir del precedente "Garis" (LS 424-244).

Por todo lo expuesto, concluyo que la ley 26.773 **no** resulta aplicable a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produjo con anterioridad a la publicación de la norma en el Boletín Oficial, con la excepción de lo dispuesto en los incisos 1° y 7° del artículo 17 del mismo cuerpo legal.

ASÍ VOTO.

A LA CUESTION OBJETO DE LA CONVOCATORIA, POR LA MINORÍA, EL DR. JORGE H. NANCLARES, DIJO:

1- Dado el presente plenario cabe realizar algunas consideraciones previas a dar respuesta al interrogante planteado: La vigencia temporal de las leyes laborales, en especial las de accidentes y riesgos del trabajo.

Aclaro, antes que nada, que la complejidad de la temática exige la necesidad de hacer un voto, claro, conciso y práctico que despeje dudas y sirva como herramienta útil para poner luz a esta temática altamente conflictiva.

Esta problemática, también llamada derecho transitorio, se reitera con la aparición de la Ley 26773 y así lo señalaba, en octubre del año 2013, el Dr. Cornaglia diciendo que: "*La reforma de la Ley 24557 por la Ley 26773, desafía a la doctrina y pondrá en aprietos a la jurisprudencia*" (La Ley 26.773 y la naturaleza contractual objetiva por riesgo de la acción de reparación integral de daños. Doctrina Laboral y Previsional-Errepar n° 338, pág. 1033 y ss.).

Y ello se confirma al insistir el legislador con una fórmula altamente cuestionada por inconstitucional (art. 3 C.Civil) como es la de disponer que las modificaciones al sistema de la Ley de Riesgo del Trabajo se producen desde la publicación en el Boletín Oficial y cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha; prueba de ello son las últimas modificaciones significativas introducidas al sistema por el Decreto 1694/09 (art.16) y el actual Régimen de Ordenamiento Ley 26773 (art. 17), que con algunas variantes repite tal esquema sobre la vigencia.

Así lo ha entendido la jurisprudencia que ha producido la desactivación de la mencionada fórmula, declarando la inconstitucionalidad en todo el país. Ello es así, porque ante la existencia de un defecto legal, el mismo debe ser subsanado con un claro criterio jurisprudencial, que evite la reiteración de etapas ya superadas.

Esa desinteligencia del legislador ha llevado, por un lado, a recepcionar en forma sesgada la experiencia jurisprudencial, con todo el perjuicio y la litigiosidad que ello acarrea.

Toda vez que los Jueces se han enfrentado a la ardua tarea de enderezar el rumbo marcado por una deficiente técnica legislativa, mediante el control de constitucionalidad y convencionalidad y la aplicación lógicas y racionales.

Y por el otro, la falta de la aplicación inmediata de la legislación social a las situaciones en curso, que no es aplicación retroactiva como algunos han interpretado al punto de abusar del principio de la irretroactividad de las leyes; al aceptar como válida la defensa de las Aseguradoras y empleadores, que han visto en ese principio la justificación del uso abusivo de su derecho de defensa y de propiedad (art. 1071 del C.C., art. 63 y concordantes de LCT) .

En efecto, la aplicación inmediata de la Ley o la irretroactividad de la misma, son tópicos que han generado gran confusión al dejarse de lado que la reparación que acoge el Juzgador es la consecuencia pendiente -por no estar consumada- del hecho dañoso.

El hecho provocador del daño precede- lógicamente- a la determinación de la enfermedad, su gravedad o fallecimiento.

La reparación se establece en miras a la contingencia y no en el hecho dañoso, generador de la misma, por ello el sistema de reparación se encarga de la discapacidad, su grado; la rehabilitación de manera de mitigar las consecuencias y favorecer la posibilidad para el trabajador con discapacidad de reincorporarse al mundo del trabajo (arts. 16, 20 y 26 ap.7 de la ley 24557 , decreto.334/96 art.11, resolución SRT 1240/2010, SRT resol.2/96, art.3 inc.d), art.2 de la ley 26773, Conv.17, art.10 OIT, entre otros), sin perjuicio también del deber de prevención. (Conv. OIT 155 y 157; art. 4 LRT, decreto 410/2001 entre otros).

En definitiva, "... la seguridad social mira la contingencia y la contingencia es el daño y no el hecho, y el daño es idéntico en un trabajador amputado con anterioridad o con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26773..." (Martinez Jorge c/ Consolidart ART p/cobro de pesos- Cam. de Apelac. del Trabajo de Santa Fe- n°199/2012)

Es decir, que una situación de salud aún no consolidada y por ende no exigible aun, se verá afectada por la nueva norma, como así también cuando estando definida no ha sido reparada, por ser ambas consecuencias jurídicas pendientes.

Ello es así por cuanto el bien jurídico protegido no es el patrimonio del asegurado ni de su aseguradora, sino la integridad psicofísica del trabajador.

Cabe rescatar lo que elocuentemente dice el Dr. Cornaglia cuando señala "...Una indemnización pendiente de satisfacer, es sólo una virtualidad. Una promesa legal, no un derecho agotado..."(Aplicación inmediata de la ley laboral más beneficiosa. La Ley año LXXV, n° 209- noviembre de 2011, pág. 1/8).

Estas consideraciones son fruto de la tarea de interpretación doctrinaria y control de constitucionalidad y convencionalidad que los Jueces vienen realizando y sobre todo apoyados por la Corte Nacional que a partir del año 2004 en causas como Aquino, Castillo, Milone, Itzcovich, Souto, Arostegui, Arcuri, Ascuá, Aveiro, entre muchos otros, revaloró los principios enunciados en casos Bercaitz (1974), Camusso (1976), Gómez Vélez (1976), Ramírez (1976), Dagata (1977), ALem (1984), Dellutri (1984), entre otros, al poner énfasis en el principio pro homine, la justicia social, in dubio pro operario, progresividad de los derechos, aplicación de la norma que mejor protección otorgue a la persona del trabajador y más aún cuando se encuentra en situación de vulnerabilidad al verse afectado en su integridad psicofísica como consecuencia de un trabajo que no respeta su dignidad e indemnidad.

Memorando esos casos emblemáticos podemos rescatar estas pautas de vigencia atemporal:

-“El objetivo preeminente de la Constitución es lograr el bienestar general, es decir, la justicia en su más alta expresión, la justicia social. Tiene categoría constitucional el principio: *in dubio pro justitia socialis*, con arreglo al cual las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes, de tal manera, consiguen o tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a la excelsa dignidad” (Bercaitz-fallos 289:430, C.N. art. 75 inc. 19)

“La justicia es una virtud al servicio de la verdad sustancial...” principio que con referencia a los sectores sociales más necesitados tempranamente aplicó el tribunal- cuando integraban los conspicuos constituyentes del 53- con este enunciado admirable en su sencillez: tratándose de personas desvalidas, es la equidad y aun de justicia apartarse del rigor del Derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes o del descuido de su defensor” (Bercaitz-fallos 289:430; 5:459).

-“Con arreglo a lo dispuesto en el art. 3° del Código Civil, no implica retroactividad la inmediata aplicación de una norma la ley 20.695, derogada por la 21.297 a una relación jurídica existente, si al entrar en vigor aquélla no se había satisfecho el crédito”. (Camusso Vda. de Marino, 294: 434; Ramírez 295: 7)

“No es atendible el planteo constitucional referente a la actualización de las indemnizaciones laborales, pues el desmedro patrimonial que para el deudor moroso deriva de aquella alteración no reviste entidad tal que permita entender configurada una lesión esencial a su derecho de propiedad; y sólo le priva de un beneficio producto de su incumplimiento, que depende de su propia conducta discrecional” (Camusso Vda. de Marino, 294: 434).

-“El derecho adquirido mediante el pago hecho con sujeción a todo lo que en orden a su forma y su sustancia dispongan las leyes es, con respecto a la legítima obligación a la cual corresponde, inalterable, ya que, conforme a la ley civil, el cumplimiento exacto de la obligación confiere al deudor el derecho de obtener la liberación correspondiente. El efecto liberatorio del pago se funda en la garantía constitucional de la propiedad, que ampara los actos regularmente concluidos” (Gómez de Velez, 294 :456).

- “Lo atinente a la existencia o inexistencia de cosa juzgada, salvo el caso de arbitrariedad, o cuando se trate de derechos acordados por una sentencia de la Corte, no autoriza la apelación extraordinaria, ya que la cosa juzgada busca fijar definitivamente, no tanto el texto formal del fallo, cuanto la solución real prevista por el juzgador a través de aquél. De modo que la aplicación inmediata de la ley 21.297 no viola el derecho de propiedad, pues no impone una modificación substancial en cuanto al monto del crédito, sino que tiene por objeto actualizar la condena de una manera que el legislador consideró adecuada a la realidad”(Dagata, 298: 522, Caja de subsidios familiares 298:458, Cepeda 298: 586).

-“ A los efectos del nacimiento de la protección constitucional, no es imprescindible la existencia de una sentencia firme anterior a la nueva ley, siendo suficiente para ello, que el particular haya cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos por la ley anterior, para ser titular del derecho” (Alem, 305 : 899).

- “El régimen establecido en la ley 1401 de la Provincia de Santa Cruz se compadece con lo dispuesto en el art. 3°, primera parte, del Código Civil, desde que con la aplicación de la ley impugnada tan solo se alteran los efectos en curso de una relación jurídica nacida bajo el imperio de la ley antigua, a partir de la entrada en vigencia del nuevo texto legal; es decir, que la ley derogada sólo rige respecto de las relaciones jurídicas establecidas durante su vigencia, con referencia a actos o hechos ocurridos durante ese tiempo, y hasta la fecha en que entra a regir la ley nueva. Tal conclusión descarta la inconstitucionalidad de una ley por el hecho de su aplicación inmediata, en tanto ello no afecte derechos constitucionalmente garantizados”(Dellutri, 306: 1799)

Y recientemente en un caso esclarecedor para el plenario propuesto el caso CALDERÓN (2014) en el que la Corte Nacional hace lugar al recurso federal interpuesto por una trabajadora que solicitaba la aplicación de las mejoras introducidas por el DNU 1278/00 siendo que el hecho que originó la incapacidad fue un accidente de trabajo (in itinere) producido con anterioridad a su entrada en vigencia.

La Corte, adhiriendo al dictamen del Procurador General (20/3/12), dice: "...Los jueces no pudieron dejar de atender los argumentos de la recurrente cuando señaló que si el objeto del reclamo nunca pudo ser exigido antes de la declaración del carácter definitivo de la incapacidad laboral permanente, resultaba razonable que se aplique la norma vigente al momento que es exigible dicho crédito para su cobro. Máxime que encuentra explicación el concepto de primera manifestación invalidante para otras prestaciones en especie y dinerarias pero no para la reclamada en autos como se describió en el recurso. Desde esta perspectiva, deberá examinarse los principios del precedente Aveiro en cuanto destaca que si el decreto en juego, según sus propios considerandos perseguía fines perentorios e impostergables, así como procuraba a dar respuesta a la posibilidad y la necesidad de mejorar el régimen de la LRT de inmediato con el propósito de dar satisfacción a necesidades impostergables del trabajador o de sus derecho habientes originadas en el infortunio laboral, la interpretación del citado art. 19 debía realizarse con arreglo a tales premisas...”

Comparto todos estos principios enunciados, y para ello rescato no sólo lo que expuse, respecto de los principios liminares que rigen la materia en el reciente plenario de periodistas, causa n° 105.443, caratulada: “Diario Los Andes en j: 42.278 Silva Mariana Florencia c/ Diario Los Andes Hermanos Calle S.A. p/Despido s/ INC. CAS.”; sino y ya con respecto a la presente temática, lo que esta Corte dijo en el reconocido caso GARIS (autos n° 99687, "Garis Luis W. c. La Segunda ART S.A.- año 2011) cuya doctrina ha quedado firme ante el rechazo de los recursos Federales impetrados en su contra por la parte perdedora, por ante la CSJN . (marzo 2013)

En efecto, en ese precedente la norma en juego era el Decreto 1694/09, allí se retoma con fuerza la aplicación inmediata de la ley laboral a las consecuencias jurídicas pendientes, por un infortunio laboral sufrido por el trabajador con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma.(mayo 2006)

En síntesis, se señaló que si la minusvalía padecida por el trabajador (lumbociatalgia irradiada a miembros inferiores con compromiso neural por hernia discal, con déficit deambulatorio y bipedestación, trastorno depresivo), no ha sido reparada, la misma se encuentra pendiente y por lo tanto hace aplicable la actualización de los importes traídos por el Decreto 1694/09, al entender que la situación no se encuentra jurídicamente consumada. Además se vio obligado iniciar un juicio para acreditar que las dolencias que padece el actor eran atribuibles directamente al trabajo y por ende resarcibles en el marco de la LRT ante el rechazo por parte de la ART por considerar que se trataba de enfermedad inculpable, y por ello no se presentaba en este caso como el elemento definitorio -para la aplicación o no- el hecho de la definitividad de la incapacidad.

Y que ello significaba que la deudora de tales prestaciones, que en el caso era una ART, al no cumplir con las condiciones sustanciales ni los requisitos formales previstos en la ley para ser titular de un derecho adquirido frente al decreto en cuestión, su aplicación no acarrearía la afectación de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad.

También se señaló en el precedente, que en los considerandos del dec. 1694, era intención del propio Poder Ejecutivo no demorar la aplicación inmediata de las actualizaciones previstas por el dec.. Y, que sostener que el decreto 1694, se aplica exclusivamente a las contingencias que se produzcan a partir de su entrada en vigencia llevaría a una interpretación

irrazonable, si la idea fue como lo fue también el DNU 1278/2000 dar mayor justicia y suficiencia a las prestaciones dinerarias establecidas por el sistema.

Y, en esto me detengo por cuanto la misma intencionalidad propugna la ley 26773 en sus arts. 1 y 2..

También se puntualizó en el precedente que quien no paga la prestación dineraria (tarifa) en tiempo oportuno, financió sus obligaciones a futuro. No puede ser igual la situación de quien cumple con la norma en tiempo oportuno a la de aquel responsable de la reparación que elude el cumplimiento de la ley o cuestiona la misma, obligando al damnificado a litigar largos años y después frente a la condena judicial pretende prevalerse de un esquema de reparación económica absolutamente desactualizado.

Se consideró que el art. 16, Decreto 1694/2009, cuando establece como condición de aplicación que la fecha de la primera manifestación invalidante se produzca luego de su entrada en vigencia, resulta contrario a los principios protectorios, de progresividad y de la Justicia Social.

Y que el art. 3 del C.C. propugna la aplicación inmediata aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; lo que se encuentra vedado tanto al Juzgador como al Legislador es que en virtud de una ley nueva o de su interpretación, se arrebate o altere un derecho patrimonial adquirido y por ende consolidado al amparo de la anterior.

Criterios que no varían con el art. 7 del CCCN unificado, toda vez que éste conserva el texto del art. 3 mencionado con términos prácticamente idénticos, lo que significa que tanto la jurisprudencia y la doctrina imperante sobre el tema no han perdido vigencia o validez; siendo la única diferencia que el nuevo texto consagra una excepción a la inaplicabilidad de las nuevas normas supletorias a los contratos en curso de ejecución (las normas supletorias de los contratos de consumo se aplicarán a en forma inmediata a los contratos en curso de la misma naturaleza).

Así también que el fin de la seguridad social es la cobertura de las contingencias sociales, resultando una de las más trascendentes la contingencia que tienen origen patológico. Obsérvese, que para procurar aún más el pleno goce del derecho a la salud existe consenso legislativo sobre su importancia al existir un Sistema Nacional de Seguro de Salud, cuyo objetivo primordial es otorgar prestaciones igualitarias, integrales y humanizadas dirigidas a la promoción, protección recuperación y rehabilitación de la salud, en definitiva que mejore la calidad de vida.

En donde la LRT como subsistema de la seguridad social (considerandos del Decreto 334/96; causas Diaz Timoteo - 07/03/2006; Torrez Tránsito 07/08/2008, De la Cruz 05/05/2009; entre otros de la CSJN; DADDH art. XVI-; DUDH art. 25; PIDSC art. 9, 12), complementa atendiendo en forma específicas (por sus propias particularidades) las contingencias patológicas provenientes del mundo del trabajo.

De hecho en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce el derecho a la seguridad social que proteja a toda persona de las consecuencias de la invalidez proveniente de cualquier causa ajena a su voluntad y que lo imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia (art. XVI); en igual sentido se expide la Declaración Universal de Derechos humanos en el art. 25.

Se recalcó que la Corte nos recuerda que no se debe hacer un análisis literal omitiendo examinar planteos que resultan relevantes y conducentes para la solución del litigio; dirigiéndose también al intérprete de la Ley el "que debe indagar el verdadero alcance y sentido de ésta mediante un examen que atienda menos a la literalidad de los vocablos que a rescatar su sentido jurídico profundo, prefiriendo la inteligencia que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos explícitamente (fallos 329:872 y 330:2932).

Y que el mismo principio de progresividad implica que se destierren definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos en la materia ya que el objetivo es dar satisfacción plena a esos derechos (arts. 26, 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y considerando 10 del voto del Dr. Maqueda en Fallos 328:1602- art. 1 del Protocolo de San Salvador).

A lo que debe agregarse el principio de la Justicia Social (art. 75 inc. 19 de la CN) ya que no debe olvidarse que lo que se intenta reparar no es cualquier daño, es el sufrido en la persona del trabajador que ve disminuida su capacidad de trabajo por afectarse su integridad psicofísica, quebrantándose su derecho a la salud, derecho humano ligado de manera fundamental con el derecho a la vida.

Se afirmó que sería todo un despropósito que por vía interpretativa se sustrajera de tal evolución a quienes se encontraran en situación de desamparo por aplicación de leyes anteriores que establezcan menor grado de protección.

Inclusive en los cambios de legislación, la Corte de la Nación, admite que se aplique la nueva ley a casos regidos por regímenes anteriores Fallos 308:116; 883; 310:995; 312:2250 y 316:2054, precedentes en los que extendió la aplicación de una norma posterior a los casos en que la muerte del causante se había producido con anterioridad a su vigencia.

Criterios todos que la Sala II primero en voto en pleno (99143 Lombardi, 100645 La Segunda, 102269 Morales; entre otros) y luego con su nueva integración pero ya en voto mayoritario (votos de los Dres. Böhm y Salvini en los autos 101471 Asociart ART; 101825 Toddino, 101869 Asociart en j:Tapia; 102.387 Peralta; 102493 Asociart en J. Coria, 102521 Municipalidad en j:Gulino; 102695 Provincia en j: Benardelli; 102889 Asociart en J Murello; 103865 Asociart en J: Ramos; 103443 Mapfre en J Ramirez; 103805 Prevencion en j: Gallardo; 103807 Prevencion en j: Agüero; 104741 Provincia en j: Bengolea; 104973 Lopez en j: Consolidar; 105817 Tranchero ; 107731 Lopez, Antonio en j: Mapfre ART, 107733 Gelvez; entre muchos otros) ha seguido aplicando hasta la actualidad, en numerosas causas.

Pero todas estas consideraciones no son nuevas en nuestro Tribunal, en efecto, tuve oportunidad de expedirme en situación similar en un antiguo y reconocido fallo, Caja Nacional de Ahorro y seguro en J° Escudero c. Orandi y Massera (LS211-486, año 1989).

En el precedente, la problemática se planteaba en la aplicación de la ley 23.643, que reformaba la Ley 9688, que trajo reformas sustanciales sobretodo en cuanto al monto de las indemnizaciones, a las consecuencias de un infortunio laboral que acaeciere antes de entrar en vigencia.

Ya advertía, la dificultad que en general plantea la problemática del derecho transitorio, o lo que también se ha denominado conflicto temporal de las leyes o la irretroactividad de la ley como cuestión que subyace en cada cambio significativo de algún instrumento particular.

Y que la cuestión adquiere vital significación en el área del derecho laboral, como sucede hoy; reavivándose una y otra vez viejas polémicas doctrinarias y jurisprudenciales.

Por lo que dediqué buena parte del fallo, al análisis de las posturas doctrinarias imperantes de autores como Borda, Llambías, Morello, Luis Moisset de Espanés, cuya vigencia no se ha perdido dado que el nuevo CCCN mantiene el mismo texto en lo que aquí interesa, con la salvedad señala respecto de las normas supletorias.

Como así también abordé los antecedentes jurisprudenciales habidos hasta ese momento LS 144-92, LS147-209, LS 150-231, LS152-30 y Pecoraro del año 1958.

Concluimos en aquel caso, que el inferior no había hecho una aplicación errónea del art. 3 del CC., ni había aplicado una disposición no vigente para el caso, ya que conforme al análisis literal, axiológico y doctrinario efectuado, el fallo no adolece de los vicios apuntados. (aplicación retroactiva).

En el mismo sentido se expidió la Procuración General cuando se inclinó por el rechazo del recurso en punto a que correspondía la aplicación de la ley 23643 por tratarse de los efectos inmediatos de la nueva ley, de situaciones jurídicas pendientes y en la aplicación retroactiva de la ley en función del art. 3 del CC. Y entendió que la relación jurídica no se encontraba extinguida frente al derecho resarcitorio, que las consecuencias dañosas aun estaban pendientes de reparación. Agrega que no es importante cuándo se consumó el hecho generador de la relación jurídica mientras no se encuentran extinguidos. También aconsejó tomar como pauta de interpretación el art. 9 de la LCT.

Esta sentencia como es sabido fue revocada por el Superior Tribunal Nacional, con diferente composición en la totalidad de sus miembros.

Es evidente que desde aquella revocación a la fecha, los criterios plasmados en el precedente “Caja nacional.” citado, seguido por el caso “Garis”, y los demás fallos dictados a luz de estas pautas jurídicas, axiológicas, vuelven con más fuerza en la letra del Superior Tribunal desde el año 2004 a la fecha. Y, prueba de ello es el reciente fallo “Calderon:”.

2- La preocupación de dar respuesta judicial adecuada ha provocado un sinnúmero de fallos, que en su amplia mayoría, aun con distintos fundamentos concluyen con la aplicación de la ley 26773 a infortunios laborales producidos con anterioridad a su publicación.

Entre los fundamentos a los que han recurrido los tribunales inferiores están: la declaración de inconstitucionalidad de los topes, consolidación del daño con posterioridad a la norma en juego, aplicación del principio de inmediatez, de progresividad, la ley más favorable, justa reparación, etc.

Sin perjuicio, de que dentro de esta franja, se dan variantes en la forma de cómo aplicar la actualización (RIPE sobre los pagos adicionales, ajuste solo de las formulas por incapacidad permanente o muerte, y sumando la nueva reparación adicional del 20% comprensiva de todo daño), acentuadas por la reglamentación que tardíamente lejos de traer luz ha complicado más el panorama.

Así podemos señalar, solo a modo de ejemplo y sin agotar la casuística, los que se pronuncian de modo afirmativo y negativo a la aplicación de la ley, tanto a nivel provincial, nacional, como del interior del país:

En Mendoza se pronuncian de modo afirmativo: - Expte 41.079 OCAMPO JULIA c/ MAPFRE Argentina ART S.A p/ Enf. Accidente (del 19/12/2012). Cámara Segunda del Trabajo de Mendoza, - Expte. n° 44.947 GÓMEZ Matías Adrián c/ Swiss Medical ART S.A. p/Accidente, fallo del Cámara Segunda del Trabajo de Mendoza (fecha 20/12/2012), - Expte. n° 44.043 MARÍN Juan Ramón c/MAPFRE Argentina ART S.A. p/Accidente, fallo de la Cámara Segunda del Trabajo de Mendoza (fecha 21/12/2012), -Expte. n° 42.061 Casanoves Susana Elizabeth c/ Fénix y Ots. p/ accidente (del 29/11/2012) aclarada a fs. 452/453vta. Cámara Segunda del Trabajo de Mendoza el 22/02/2013, -Expte. n° 44.777 HERNANDEZ, José Pablo c/ La Segunda ART S.A. p/ enf. Accidente Cámara Segunda del Trabajo de Mendoza (del 06/02/2013),- Expte 44558 - Gonzalez Anibal Javier c/Profu/ acc.- Cámara del Trabajo de Mendoza 12/05/2014, - Expte 39.589 LLavera Miranda Alejandro c/Consolidar ART SA p/Accidente de fecha 11/12/2012, Cámara Tercera del Trabajo de Mendoza, - Expte 40321 - 40.321, Martino Bruno Enrique c/ Consolidar ART SA P/ Acc.-11/06/2014 Cámara Tercera del Trabajo de Mendoza, - Expte 3353 – Huerta Pablo Marcelo C/ Provincia A.R.T. S.A. P/ Accidente 30/04/2014. Cámara Séptima del Trabajo de Mendoza (Dr. Estrella), - Expte 3354 – Córdoba Daniel Horacio C/ Consolidar A.R.T. S.A. P/ Accidente 26/02/2014 – Cámara Séptima del Trabajo (Dr. Simó), -Expte.: 22951 – Giorgio Ruben DARIO C/ La Segunda ART p/ Accidente, 12/02/2014 – Cuarta Cámara del Trabajo de Mendoza, - Expte 20.918, caratulados "Pizzi Sergio David C/ Mapfre Argentina A.R.T. S.A. P/ Accidente,Cuarta Cámara del Trabajo de Mendoza -24 de abril del 2013, - Expte 43.032 Chirino, Olga Raquel y ots. c/ Prevención ART S.A. p/ Accidente -Cámara Primera de Mendoza (sentencia del 25/02/2013), - Expte 23.882 Salinas, Américo J. C/ Provincia ART p/ accidente, Cámara Quinta de Mendoza. 02/10/2014.- Expte 19.796 Corales Hector c/ Liberty ART SA p / Accidente, Cámara Quinta del Trabajo de Mendoza. 09/10/2014, -Expte. 23.786 Montiel Sergio D. c/ Asociart A.R.T. S.A. p/ Accidente. Cámara Primera de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza. 18/12/2014, - Expte. 23.040 Vergara Rocana c/ Mapfre Argentina A.R.T. S.A. p/ Accidente Primera de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza,- Expte. 23.387 Dominguez, Marcelo D. c/ Mapfre ART S.A. p/ Indemnización accidente de trabajo. Cámara Primera de la Tercera Circunscripción Judicial de Mendoza.05/12/2014.

Y también a modo de ejemplo respecto de los que no aplican la ley, tenemos:

- Expte 6208 – Fernandez, Ruben Nestor C/ Mapfre Argentina A.R.T. S.A. P/ ACC. Cámara Séptima del Trabajo -Fecha: 14/03/2014 – (Sala unipersonal).

Del somero recorrido efectuado por los Tribunales de Mendoza, se observa que la amplia mayoría se expide a favor de la aplicación de la ley a infortunio anteriores, sea por aplicación inmediata o por la vía del control de constitucionalidad según los casos.

A nivel Nacional, los que se expiden de modo afirmativo: -Méndez, Ángel Alberto vs. CNA ART S.A. y otro s. Accidente - Acción civil Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VI; 31-mar-2014,-Silva, Julio Antonio vs. ART Liderar S.A. s. Accidente - Ley especial Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala III -Fecha: 30/04/2014 VOTO de la Dra. Cañal (mayoría.), -Pellico, Rogelio Jorge vs. Liberty ART S.A. s. Accidente – Cámara Nacional del Trabajo Sala VII- ; 30-jun-2014, -Alcaraz, Nehuen vs. ART Liderar S.A. vs. Cobensil S.A. s. Accidente - Ley especial Cámara Nacional del Trabajo Sala VII- 30/06/2014, -San Martín, Washington Marcelo vs. La Segunda ART S.A. s. Accidente - Cámara Nacional del Trabajo Sala II -16-may-2014,- Alcaraz, Nehuen vs. ART Liderar S.A. vs. Cobensil S.A. s. Accidente - Ley especial. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VII- 30/06/2014, -González, Luis Antonio vs. Mapfre Argentina ART S.A. s. Accidente de trabajo-16/09/2014-CAL Sala II Santa Fe, -Martinez, Jorge c/ Consolidar ART SA s/ Cobro de pesos." Cámara de Apelaciones del Trabajo Santa Fe (n° 199/2012), -“Martín Pablo Darío c/ Mapfre ART S.A.-Ord.-Accidente”, Expte N. 170607/37, Sala X- Provincia de Córdoba.-voto del Dr. Carlos Toselli, del 21/12/12, -Martín, Francisco vs. Liderar ART S.A. s. Ordinario - Enfermedad acc.08/05/2014-Cámara del Trabajo Sala VII- Provincia de Córdoba, - Saucedo, Darío Javier vs. Provincia ART S.A. y/o quien resulte responsable s. Indemnización por accidente de trabajo, 13/09/2012- Superior Tribunal de Justicia Corrientes.

Y en forma negativa: -Silva, Julio Antonio vs. ART Liderar S.A. s. Accidente - Ley especial –Cámara Nacional del Trabajo Sala III. Voto en disidencia del Dr. Pesino (minoría) Fecha: 30/04/2014, -Méndez, Ángel Alberto vs. CNA ART S.A. y otro s. Accidente - Acción civil /// Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VI; 31-mar-2014, -Pellico, Rogelio Jorge vs. Liberty ART S.A. s. Accidente – Cámara Nacional del Trabajo Sala VII- ; 30-jun-2014, -Alcaraz, Nehuen vs. ART Liderar S.A. vs. Cobensil S.A. s. Accidente - Ley especial Cámara Nacional del Trabajo Sala VII- 30/06/2014, -San Martín, Washington Marcelo vs. La Segunda ART S.A. s. Accidente - Cámara Nacional del Trabajo Sala II -16-may-2014, - Expte.170607/37 Martin Pablo Darío c/ Mapfre ART SA. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba-Sala Laboral-20/2/2014, -

Martinez, Jorge c/ Consolidar ART SA s/ Cobro de pesos." Cámara del Trabajo de Santa Fe (n° 199/2012), -Segovia Ferreira, Ramón Eduardo vs. IAPSER ART s. Accidente de trabajo.CAL Sala II Neuquén; 07-ago-2014, -Expte. 127275/37Colazo Ariel Enrique C/ Interacción S.A. p/ordinario - Provincia de Córdoba.

3- A la luz de las consideraciones desarrolladas, es que la ley 26773 debe ser estudiada, y su escueto pero confuso y conflictivo articulado analizado, ya que todavía debe recorrer a pesar de su juventud un largo camino que la lleve a cumplir los objetivos que ella misma se propone en su art. 1, en cuanto propicia como objetivo del régimen normativo la suficiencia, accesibilidad y automaticidad de las prestaciones dinerarias y en especie establecidas para resarcir las contingencias, objetivos que se ven impedidos de cumplirse por la misma normativa que los propone.

Rescatando el tratamiento que la ley da al supuesto de la gran invalidez, cuyo importe y actualización se producen a partir de la publicación en el Boletín Oficial de la norma, con independencia de la fecha de la determinación de esa condición (art.17.7 Ley 27773). Observo que en este caso, el legislador tuvo en cuenta "la contingencia" y no el hecho generador, es decir priorizó la persona del trabajador, sujeto de preferente protección en el derecho laboral.

En cambio en los supuestos de los arts.17.5 y 17.6, prioriza las prestaciones por encima del trabajador enfermo o accidentado y establece para ellas el momento a partir del cual serán actualizadas, dejando de lado "integridad psicofísica e indemnidad del trabajador" que es el bien jurídico protegido y objeto de la reparación, dando preeminencia al patrimonio del deudor del sistema, a punto tal que iguala las prestaciones en especie con las dinerarias.(art.17.5).

Ese detrato que le dan a las prestaciones en especie (igualarlas)- cuando son de suma importancia para los objetivos principales del sistema- hacen que no sean debidamente consideradas tanto en los reclamos de los actores como en las condenas judiciales.

Obviamente las prestaciones en especie no pueden sujetarse en su implementación a la fecha de entrada en vigencia de una norma, sino a las necesidades de salud del trabajador utilizando los tratamientos médicos asistenciales, de rehabilitación y farmacológicos disponibles al momento de la prestación, a los fines de dar cumplimiento con uno de los objetivos del régimen que es restablecimiento de la salud o la mitigación de las consecuencias dañosas por cuanto las mismas deben otorgarse en función de la índole de la lesión o incapacidad. Considerar lo contrario sería un absurdo y atentatorio del derecho a la salud, íntimamente ligado al derecho fundamental a la vida y contrario a lo dispuesto por la propia ley en su art.2 penúltimo párrafo como así también en los arts. 16, 20 y 26 ap.7 de la ley 24557, decreto.334/96 art.11, resolución SRT 1240/2010, SRT resol.2/96, art.3 inc.d), art.2 de la ley 26773, Conv.17, art.10 OIT, entre otros.

Como así también resulta todo un contrasentido cuando nos encontremos frente a un trabajador con incapacidad absoluta que sin llegar a ser una gran invalidez, caerá indefectiblemente en la judicialización de su situación en virtud de lo dispuesto por los apartados 5 y 6 del art. 17.

La situación planteada podría haberse evitado, utilizando el mismo criterio con el que trató la "gran invalidez", y no haciendo distinciones inapropiadas que en los hechos se traducen en un escollo muy difícil de sortear, para los operadores legales (jueces, abogados, etc.), sin perjuicio de no receptar la experiencia jurisprudencial y doctrinaria que ha ido marcando camino a luz de los principios que regulan la materia.

Este panorama exige del Juzgador atenerse menos a la literalidad y formalismo, y avanzar en la "ponderación" de las circunstancias, las normas y por sobre todas las cosas "sumar" lo que en materia de justicia social se ha logrado hasta el momento (basta repasar los precedentes citados de la Nación y de esta Sala) y de esa forma se obtiene un doble beneficio:

-avanzar en la defensa sin retrotraerse de manera reiterada o cíclica a etapas superadas por el hecho de la aparición de una nueva ley, decreto o resolución que modifica o integra este difícil sistema de reparación y por el otro, sobre la base de lo construido, se da una respuesta acorde a la situación que presenta el trabajador afectado en donde las prestaciones en dinero y en especie son de suma importancia toda vez que se generan para el trabajador cuando se encuentra en situación de alta vulnerabilidad personal y familiar.

4- Bajo este marco, la jurisprudencia de la Corte Nacional y Provincial citada, es que la respuesta a la primera parte del interrogante planteado en el plenario es afirmativa.

Con referencia a la segunda parte, esto es: para el caso afirmativo en qué supuestos, la respuesta es en todos los casos cuyas consecuencias se encuentren pendientes de reparación (por ejemplo porque la consolidación del daño se da con posterioridad a la publicación en el Boletín Oficial o porque estando consolidada con anterioridad no ha sido satisfecha, o porque aún no se han verificado el cumplimiento de los presupuestos fácticos jurídicos necesarios para su procedencia, etc.) cuestiones estas que son atribución jurisdiccional de los tribunales inferiores quienes son los encargados de evaluar cada caso concreto, siendo inapropiada una enumeración abstracta de los posibles supuestos, alejada de las situaciones reales y concretas que se planteen en los tribunales, que en definitiva fijaran la casuística.

ASI VOTO.

A LA CUESTION OBJETO DE LA CONVOCATORIA, EL DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, DIJO:

Que adhiere, por los fundamentos expresados, al voto precedente del Dr. Jorge H. Nanclares.

ASÍ VOTO.

A LA CUESTIÓN OBJETO DE LA CONVOCATORIA, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SUS ARGUMENTOS, DIJO:

Por las razones que a continuación expondré considero que la pregunta del presente plenario debe responderse de manera afirmativa. En consecuencia la Ley 26.773 debe aplicarse a todas las contingencias cuyas consecuencias dañosas se encuentren pendientes de reparación, independientemente de la fecha de la primera manifestación invalidante, siempre y cuando su aplicación implique una mejora en los derechos de los trabajadores respecto del régimen anterior. Paso a explicarlo:

1.- El tema a decidir y las normas implicadas:

Entiendo oportuno destacar que el tema convocado a plenario se relaciona con la aplicación en el tiempo de las nuevas leyes y con su impacto en las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en vigencia.

En ese sentido se intenta poner luz a la solución de los conflictos que se han suscitado en torno a la aplicación inmediata de la Ley 26.773 para aquellos siniestros ocurridos con anterioridad a su vigencia pero cuyas consecuencias dañosas aun se encuentran latentes, en tanto las mismas por alguna razón, no han sido reparadas.- Similares inconvenientes se presentaron cuando entraron en vigencia los decretos 1278/00 y 1694/09 en tanto modificaron la estructura jurídica original de la ley 24557.

Esto en tanto la misma introduce cambios en la liquidación de las prestaciones dinerarias del sistema de riesgos del trabajo a través de un mecanismo de actualización semestral mediante el índice RIPTE (art. 8), como asimismo contempla un adicional de pago único del 20% en compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas de la ley (art. 3).

Se trata de un régimen que complementa el anterior ya que, salvo lo determinado en el artículo 17 inciso 1, deja en pie las normas vigentes del sistema (ley 24557, decreto 1278/00 y decreto 1609/09).- De ahí el nombre que se le dio al ordenamiento y que de alguna manera vislumbra el sentido que predica la norma, que no es otro que introducir mejoras al sistema vigente que se adecuen con la doctrina de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuestión que se deriva de la derogación formal del art. 39.1 de la L.R.T.. Las cuestiones ambiguas de técnica legislativa o de interpretación abierta en las que incurre la ley conformaron un panorama de numerosas controversias como las que hoy aquí nos convocan, que requieren de la interpretación judicial para ser resueltas. Involucran una tarea jurisdiccional que, a mi modo de ver, debe estar guiada por los principios fundantes del sistema, sistema que sin dudas nos pone en el plano de la seguridad social, y por los principios del derecho constitucional e internacional del trabajo.-

En honor a la brevedad daré por reproducidos los artículos de la norma que resultan necesarios abordar así como el estado de la cuestión tanto en doctrina como en jurisprudencia, señalados por mi colega preopinante.

2.- Análisis hermenéutico de la norma: su sentido y alcance.-

La normativa en crisis plasmó una mejora en los montos de las indemnizaciones por incapacidades laborales permanentes que deben recibir los trabajadores siniestrados por motivo del trabajo, introduciendo una forma de actualización de las reparaciones a partir de un índice (RIPTE) que se ajusta periódicamente tomando como parámetro los salarios de todos los trabajadores.- De ese modo se constituye como una herramienta para superar los cánones de liquidación desactualizados que presentaba el sistema.

En algún sentido viene a completar un camino ya iniciado por el decreto 1694/09 en cuanto actualizó las compensaciones dinerarias adicionales de pago único, eliminó los topes indemnizatorios para todos los casos, estableció pisos para los montos reparatorios y previó el ajuste de acuerdo al art. 208 de la L.C.T. para las incapacidades laborales temporarias y permanentes provisorias, reconociendo las críticas que la doctrina venía realizando.-

Cabe destacar que el decreto 1694/09 venía a superar una situación de desajuste arrastrado durante nueve años desde la sanción del decreto 1278/00 en diciembre del año 2000.- Luego Ley 26.773 continua ese camino respecto de las incapacidades permanentes definitivas estableciendo un ajuste, que más allá de los posibles reproches y falencias, constituye un avance que supera el congelamiento que predicaba el régimen original.

En función del contexto económico y social que viene dando marco a la realidad en que los trabajadores siniestrados llevan adelante las consecuencias físicas y psíquicas de los eventos dañinos que les toca atravesar, considero que la Ley 26.773, de la misma forma que en su momento lo hicieron los decretos 1278/00 y 1694/09, tiene como fin introducir mejoras a un sistema que mostró acabadamente sus falencias a lo largo de los años.-

Una de ellas, y si se quiere la más perjudicial para los trabajadores dañados, era el congelamiento de los parámetros legales de liquidación de los montos de las indemnizaciones por incapacidad laboral permanente, parámetros que quedaron por demás desactualizados.- En ese sentido se sostiene que: “La ley de riesgos del trabajo, en su redacción original, diseñó un sistema de reparación de daños de los siniestros laborales de neto corte financiero, ajeno a las verdaderas necesidades del trabajador y de su entorno familiar, lo que llevó a la Corte federal a sostener que si una indemnización era insuficiente se victimizaba nuevamente a la víctima del siniestro laboral.” (TOSELLI, Carlos A. y otro, *Régimen Integral de Reparación de los infortunios del Trabajo*, Córdoba, 2013, pág. 48).-

Ante este panorama, la Ley 26.773 introduce cláusulas de actualización automática que sin dudas son beneficiosas para los trabajadores, en el sentido que acercan las reparaciones tarifadas al concepto de integralidad que claramente enarboló nuestro máximo Tribunal en la doctrina sentada en el fallo de la C.S.J.N. “Aquino”.-

El espíritu de la norma expresado tanto en el mensaje de elevación del proyecto de ley al Congreso Nacional como en el debate legislativo previo a la sanción de la misma fue principalmente el de determinar un ajuste general del sistema, que superara los últimos años de desactualización.

Así la Nota de Elevación del Poder Ejecutivo expresó que el proyecto en consideración “[...] pretende avanzar en una respuesta legal que supere los factores más controvertidos del sistema [...]” (Mensaje N° 1721, 19/09/2012). El punto clave para superar las debilidades del sistema era actualizar la variable más sensible: el salario, sobre todo en un contexto marcado por fuertes incrementos convencionales que se vienen desarrollando en los últimos años.-

Este Tribunal en oportunidad de resolver el “Plenario Lorca”, con voto preopinante de la Dra. Kemelmajer y la adhesión de la mayoría de los magistrados de este cuerpo, afirmó que: “[...] en la República Argentina, la primacía constitucional nunca ha sido puesta en duda: la Constitución prevalece sobre el resto del ordenamiento, incluido, obviamente, el código civil, las leyes administrativas locales y las nacionales y provinciales de la seguridad social. Sin embargo, antes no se advertía, y hoy sí, que establecer esta primacía constitucional cuando se aborda un tema regulado por la ley supone una nueva toma de posición frente a la interpretación de los textos. Obliga, como alguna vez dijo el maestro italiano Rescigno, a una relectura de la ley. En otros términos, la tarea del juez termina sólo cuando el resultado del proceso interpretativo aparece en sintonía con los principios del derecho constitucional (conf. Ferranti, Ione, *L'interpretazione costituzionale della norma civile*, en Giuliani A ed altri, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, ed, Giappichelli, 1996, pág. 179). Esta visión implica que el intérprete, fundamentalmente el juez, aunque no abandona del todo el método gramatical, comienza a valorarlo con menor peso; toma igual actitud con el método histórico y se apoya, esencialmente, en el sistemático, pero entendiendo que el sistema cierra con la norma constitucional; en este camino ascendente, debe advertir que la Constitución siempre incorpora determinadas opciones políticas y sociales profundas. La aplicabilidad directa de la Constitución, con todo su sistema de principios y de valores, lleva a que la interpretación y el proceso aplicativo del Derecho, lejos de poder entenderse como una operación mecánica pase a ser algo necesaria y rigurosamente axiológico (García de Enterría, Eduardo, *La democracia y el lugar de la ley*, en *El derecho, la ley y el juez*, Madrid, Civitas, 1997, pág. 48). [...] Bien se ha dicho que los ordenamientos jurídicos democráticos han incorporado en sus Constituciones principios, valores y derechos de fuerte carácter axiológico; la visión del Estado Constitucional transforma entonces el concepto y el contenido del Derecho y, desde luego, la idea que se tenía de la función jurisdiccional (García Pascual, Cristina, *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, Generalitat Valenciana, 1997, pág. 141). (L.S. 352-72)

A mi modo de ver, limitar la interpretación a los términos en que se encuentra redactado la norma en juego, se contrapone con el fundamento y finalidad que se tuvo en mira al dictarse la misma y más aun se contrapone con los principios constitucionales que le dan sentido a los derechos implicados.

No puedo dejar de lado algunos datos que nos refleja una realidad compleja y dura para la franja de trabajadores cuyos derechos estamos analizando. Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cada año en el mundo más de 270

millones de trabajadores sufren accidentes laborales, mientras que aproximadamente 160 millones contraen enfermedades profesionales. De ellos, más de 2 millones pierden su vida, de manera tal que el trabajo asalariado mata a casi 5.500 personas por día. Y, agrega el informe, los datos son parciales y están por debajo de la realidad, ya que no hay estadísticas de los siniestros ocurridos entre los trabajadores del sector informal de la economía. Del total de trabajadores muertos anualmente en siniestros laborales, 12.000 son niños que trabajan en condiciones peligrosas. (RAMIREZ, Luis E., “Aspectos salientes de la reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo”, Publicado en: Sup. Esp. Nueva Ley de Riesgos del Trabajo 2012 (noviembre), 62, Cita Online: AR/DOC/5498/2012).-

En tal sentido, las normas implicadas deben ser analizadas bajo la óptica del principio de progresividad y del principio protectorio del derecho del trabajo. Esto en tanto los mismos cumplen ante todo una función de interpretación en la medida que constituyen el sentido y la razón del cuerpo normativo, reflejan ese sentido en las normas que lo componen y por lo tanto operan como criterios orientadores del intérprete (FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico de derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1978).

La Corte Suprema esbozó el alcance de este último en la causa Vizzoti donde sostuvo: “[...] consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquella le exige...importaría pura y simplemente invertir la legalidad que nos rige como nación organizada [...]” (Fallos 290:116, 118, considerando 4).

El desequilibrio estructural que se presenta en el Derecho laboral es el que se debe morigerar principalmente a travez de los principios protectorios que tienden a lograr una igualación entre quien sólo posee su fuerza de trabajo para obtener su subsistencia y quien posee la fuerza del capital para imponer las condiciones laborales.

En ese camino, no tengo dudas que debe interpretarse la norma a favor de aquella solución que tienda a ampliar o a mejorar los derechos del trabajador siniestrado, más aun cuando lo que está en juego es su salud, o dicho de otro modo el bienestar de su cuerpo, físico y psíquico, único bien con el cuenta el trabajador para insertarse en el mercado laboral. Frente a una situación de daño no reparado sobre su cuerpo no cabe dudas que debe prevalecer la solución que más se acerque a la reparación integral, en tanto la misma busca volver las cosas al estado anterior al siniestro.

Dicho de otro modo, la salud del trabajador es un bien que merece absoluta protección, y que debe estar por encima del presunto desequilibrio financiero de la Aseguradora o del empleador, en tanto se trata de la parte fuerte la relación que cuenta con los beneficios del capital para enfrentar los costos de las contingencias que asume en la relación.-

3.- Aplicación del art. 8 a las situaciones jurídicas existentes. Análisis del inciso 5 del art. 17.-

Tal como destacué la Ley 26773 contribuye a la idea de una reparación justa, integral y actualizada en los términos que lo venían haciendo los decretos anteriores. En ese sentido el artículo 8 dispone el ajuste semestral de los importes por incapacidad laboral permanente previstos en las normas que integran el régimen de reparación según la variación del índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), publicado por la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a cuyo efecto dictará la resolución pertinente fijando los nuevos valores y su lapso de vigencia.

El fundamento de la norma se encuentra en la previsión legal de un ajuste automático de los parámetros de liquidación de las prestaciones dinerarias por incapacidad permanente que evite desactualizaciones perjudiciales a los derechos de los trabajadores siniestrados.

Sin embargo el juego de este artículo con la llamada cláusula de vigencia que establece el artículo 17 inciso 5 genera una situación injusta e inequitativa, en tanto introduce una *fecha de corte* que marca un límite temporal arbitrario que delimita los alcances de las mejoras que introduce la norma al sistema.

Sostengo la aplicación inmediata de las mejoras que introduce la normativa, en tanto si una nueva ley propicia una solución que beneficia al trabajador siniestrado, su ámbito de aplicación debe ser lo más expansivo posible dentro de los límites de la razonabilidad y la justicia de los casos, lejos de constituir eso una aplicación hacia atrás de las nuevas leyes.-

Dicho de otro modo, la forma de liquidación que determina el artículo 8, en tanto implica una forma de actualización que mejora la prestación que percibirá el trabajador, debe alcanzar a los siniestros cuyas consecuencias dañosas aún están vigentes, independiente del momento en que ocurrieron.

Salvo disposición en contrario las nuevas leyes no tienen efecto retroactivo, tal como claramente lo determina el art. 3 de nuestro Código Civil y el art. 7 del C.C.C.N. unificado. Sin embargo por el principio de aplicación inmediata de la nueva ley, consagrado en el primer párrafo del artículo, la misma rige para los hechos que están *in fiere* o en curso de desarrollo al tiempo de su sanción. Tal aplicación inmediata no atenta contra la irretroactividad de la ley, regla fundamental para la seguridad jurídica. (Rivera, Julio Cesar en *Código Civil de la República Argentina Explicado*, Santa Fe, 2011, pág. 19).-

En ese sentido se pronunció Borda en su ponencia el en Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, cuando analizó la sutil diferencia entre los efectos inmediatos de una nueva ley y la irretroactividad, sosteniendo que: “...las nuevas leyes deben aplicarse con la mayor extensión posible y producir sus efectos de inmediato. Toda nueva ley se supone mejor y más justa que la anterior, de no entenderlo así el legislador no la hubiere dictado.- por ello mismo y salvado el principio de la irretroactividad esa ley debe aplicarse en su máxima extensión posible...” (Borda, Guillermo, “Ponencia del Tercer Congreso nacional de derecho Civil”, Córdoba, 1969, ED, T. XXXVI.1971, pág. 730. En igual sentido se pronunció Spota).

En estos términos, una situación jurídica puede nacer bajo el amparo de una ley pero extinguirse bajo la vigencia de otra.- La modificación o extinción de una situación jurídica queda regida por la ley vigente el momento en que dicha modificación o extinción se suscitan.- La consecuencia no consumadas del infortunio laboral es la reparación y esta tiene la función de poner las cosas en el lugar en que se encontraban antes del daño, con lo cual un hecho dañoso no reparado aun tiene latentes sus consecuencias. La consumación del hecho reparativo debe regirse por la ley vigente al momento en que se produce, ya que “[...] sólo esta (pago) quita virtualidad a la ley que rige en el momento de colocar las cosas en el lugar en que se encontraban antes del daño. No hay consecuencia consumada de un daño no reparado. (CORNAGLIA, Ricardo J., “La reforma a la Ley de Accidente del trabajo y su aplicación en el tiempo”, Revista de derecho Laboral, 1989, p.161)

Una situación o relación jurídica nacida bajo la órbita de la ley anterior, puede proyectar sus consecuencias materiales y jurídicas en el tiempo, esa proyección puede ser alcanzada por una modificación legislativa posterior. En ese sentido, encuentro razonable y equitativo aplicar los mecanismos de actualización que contiene el art. 8 de la ley 26773 a los fines de determinar las prestaciones por incapacidad laboral permanente, a todos los infortunios laborales que se encuentren pendientes de reparación.- Entiendo que la aplicación de sus disposiciones a los siniestros ocurridos con anterioridad, pero no cancelados a la fecha de entrada en vigencia de la norma, no implica la retroactividad de la ley (art. 3º CC) ni afecta al derecho de propiedad de las obligadas del sistema.

Este principio de aplicación inmediata de las nuevas normas a las consecuencias no extinguidas de las relaciones nacidas bajo la vigencia de una ley derogada o modificada fue sostenido por la Corte de la Nación en el fallo “Camusso” en el cual la viuda de un trabajador fallecido en un accidente de trabajo solicitó la aplicación de una actualización que dispuso a ley

20.695 en relación al ley 9688.- Allí sostuvo: “se trata de una aplicación inmediata de la norma a una relación jurídica existente, toda vez que en el caso de autos, al entrar en vigor aquella, no se había satisfecho el crédito del accionante. Resulta por tanto aplicable la doctrina del art. 3 del C.C., primera parte, ya que tan sólo se alteran los efectos en curso de aquella relación nacida bajo el imperio de la ley antigua, a partir del momento de la entrada en vigencia del nuevo texto legal. [...] Que, por otra parte, el aumento del monto nominal en función de los índices oficiales de precios al consumidor no hace la deuda más onerosa en su origen, sólo mantiene el valor económico real frente al paulatino envilecimiento e la moneda [...] En todo caso el derecho de propiedad afectado sería el del acreedor a quien se le pagaría, sino se aplica la actualización, con una moneda desvalorizada cuyo poder adquisitivo sería inferior al que tenía cuando nació el crédito.” (CSJN, “Camusso Vda. De marino c/ Perkins S.A. p/ dda, 21/05/1976, considerando 8. En igual sentido ver C.S.J.N. “Souto de Adler”, 2007, CNAT; Sala II, “Graciano, Antonio y otro c/ Trilenium S.A. y otro, voto del Dr. Maza, 31/07/2009, DT, 2009, 473, La Ley Online AR/JUR/26128/2009).-

De lo dicho por el Máximo Tribunal se pueden destacar tres ideas fundamentales: la distinción entre aplicación inmediata y aplicación retroactiva de la ley, que el incumplimiento de una obligación, sea por el motivo que sea, nunca puede beneficiar a la parte deudora y que la aplicación una ley desfasada en el tiempo en definitiva afecta el derecho de propiedad del acreedor damnificado.-

Luego en la causa “Aveiro”, el Máximo Tribunal consideró arbitraria la sentencia que rechazó el reclamo indemnizatorio que fundado en las modificaciones del decreto 1278/00, planteó la derechohabiente de un trabajador fallecido por un infortunio laboral ocurrido 8 días antes a la sanción del decreto, sosteniendo: “Es misión del intérprete de la ley indagar el verdadero alcance y sentido de la norma, en el caso en relación a la entrada en vigencia del decreto 1278/00 que modifica la ley 24.557 de riesgos del trabajo, mediante un examen que atiende menos a literalidad de los vocablos que a rescatar su sentido jurídico profundo, prefiriendo la inteligencia que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos explícitamente” (CSJN, “Aveiro, Isabel c/ Consolidar ART S.A., 22/12/2008).-

Si bien en el fallo “Lucca de Hoz” (2010) rechazó la aplicación de las mejoras en las prestaciones dinerarias dispuestas en el DNU 1278/00, que fueran reclamadas por un el infortunio que había ocurrido con anterioridad a su vigencia, ordenó la revisión del resultado indemnizatorio previsto en el régimen vigente a la época del infortunio por ser el mismo insuficiente.- Es decir, de alguna manera resguardó el principio de indemnización integral, ya que reconoció la insuficiencia de las prestaciones dinerarias de la LRT frente a las cambiantes circunstancias económicas y la pacíficamente reconocida mezquindad de las mismas, ordenando al tribunal de reenvío que dicte una nueva sentencia que reconozca al trabajador una indemnización justa.- En ese sentido expresó: “Una indemnización que deja daños sin reparar no es justa, y si no es justa no es constitucional”.- (CSJN, “Lucca de Hoz, Mirta y ots. c/ Taddei, Eduardo Carlos y ots, 10/11/2008).-

Por último destaco el fallo “Calderón” en el cual la Corte Federal por mayoría, con expresa remisión al dictamen de la procuradora, sostuvo la aplicación inmediata del decreto 1278/00 a un caso que presentó un lapso de tres años entre el accidente y la definitividad de las lesiones, afirmando que resulta razonable que se aplique la norma vigente al momento que el crédito es exigible.- Concluyó que “[...] si el reclamo no pudo ser exigido antes de la declaración del carácter definitivo de la incapacidad laboral permanente corresponde aplicar la norma vigente al momento en que el crédito es exigible” (En igual sentido C.S.J.N. “Escudero”).-

Respecto del caso, la Sala I de este cuerpo resolvió siguiendo el criterio marcado por la Corte Suprema al revocar el fallo dictado por la Sala II, El voto preopinante al cual adherí sostuvo que debía aplicarse el decreto 1278/00 a un accidente in itinere ocurrido con fecha 14 de junio de 2000, que le ocasionó una incapacidad parcial y permanente a la actora que se determinó el día 19 de agosto del 2003.- En esa oportunidad se utilizó el criterio de la definitividad para determinar la ley aplicable al caso concreto.- (S.C.J.M. Autos 93.513, “Calderón Cecilia c/ Asociart A.R.T.”, Sala I, 09/09/14)

Si bien en esa oportunidad sostuve, en mi adhesión, fallar de conformidad al criterio del Máximo Tribunal antes expuesto, hoy considero razonable apartarme del mismo ampliando la aplicación de la ley novedosa a todos los casos pendientes de reparación, sin tomar como hito la definitividad de las lesiones sufridas por los trabajadores.-

Lo hasta aquí señalado permite alcanzar una solución preliminar: el trabajador es un sujeto de preferente tutela constitucional, como claramente lo establece el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, al afirmar que el “trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”.- (re “Vizzoti”; “Aquino”; “Alvarez, Maximiliano”, entre otros). Lo contrario constituye una discriminación, un trato desigual para situaciones iguales. Si ninguno de los daños han sido reparados, ni los que ocurrieron con anterioridad ni los que ocurrieron con posterioridad a la vigencia de la nueva ley, no aparece una diferencia ontológica o sustancial que amerite una respuesta indemnizatoria peyorativa para unos respecto de los otros.- En otros términos resulta inequitativa la situación de privar a las víctimas que no han visto canceladas sus prestaciones nacidas con anterioridad y que se encuentran en curso de ejecución, de las mejoras dictadas en el marco del mismo régimen legal.

A partir de la doctrina sentada por la Corte Federal en “Aquino” el resarcimiento tarifado propio del sistema de riesgos solo puede juzgarse constitucionalmente compatible cuando tiende a la integralidad en el resarcimiento del daño, dando protagonismo pleno a la garantía constitucional del *alterun non ladere* consagrada en el art. 19 de la C.N..-

Estos fundamentos también fueron avalados por la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe, cuyos argumentos que comparto cuestionan la discriminación peyorativa que establece el artículo 17 inciso 5 entre el trabajador accidentado antes de la publicación de la ley 26.773 pero que no ha cobrado la indemnización por la mora del deudor y un trabajador cuya primera manifestación invalidante se produce luego de publicada la nueva norma. Sostienen los jueces que carece de justificación la diferenciación normativa entre trabajador ya incapacitado y el que sufrirá los daños a partir de la publicación de la ley en el Boletín Oficial, ya que la previsión actuarial no puede tener prelación sobre un sistema que, entienden, es en principio de la seguridad social y, luego, un sistema de seguro. Y por último, remiten a la “doble tutela que tiene el damnificado como trabajador en virtud del artículo 14 bis de la Constitución Nacional y como discapacitado en razón del artículo 75 inciso 23 de la misma Carta Magna.” (S., V. H. c. Mapfre Argentina A.R.T. S.A. s/ accidente de trabajo/ queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad • 22/09/2014, Publicado en: LA LEY 03/11/2014, 12 P.M. • DT 2014 (diciembre), 3434 con nota de Juan José Etala (h.) • DJ 14/01/2015, 28, Cita online: AR/JUR/49909/2014)

Por último destaco el primer voto de la Dra. Argibay en este sentido en donde sostuvo que: “[...] 8) *En la prestación laboral, el empleado asalariado aporta su fuerza de trabajo y ésta depende directamente de su integridad física. Dicha circunstancia tiene dos implicancias casi obvias: una, que el nivel de exposición de su cuerpo, en tanto medio o instrumento de los trabajadores para ganarse la vida, es alto y, otra que el riesgo de un deterioro físico implica la marginación total o parcial de la actividad económica al perder en esa medida la posibilidad de seguir utilizando su cuerpo para obtener el sustento*” (CSJN, “Díaz, Timoteo c/ Vaspia S.A., Sentencia de fecha 07/03/06, voto de la Dra. Carmen Argibay).-

En estos términos, entiendo debe interpretarse la norma en juego, como una herramienta para hacer posible estos principios infranqueables a los que debe tender la decisión de los jueces cuando lo que está en juego es la integridad psicofísica de las personas en general y en particular del trabajador, quien pone a disposición del beneficio económico de otro su “cuerpo”

físico y psíquico, su capacidad de trabajo para subsistir.- El sistema sólo puede ser legítimo si les garantiza a los trabajadores el cuidado y la preservación de su vida y su salud.

Esto y tal como lo afirmara Nuestro Máximo Tribunal en el caso “Ascuá”, las consecuencias de un infortunio laboral que apareje incapacidad permanente no sólo se traduce en la pérdida de ingresos, sino también en los diversos aspectos de su personalidad e, indudablemente, implica una reformulación del proyecto de vida propio de la víctima y de su familia conforme al nuevo escenario que se debe afrontar luego del acaecimiento del infortunio.- (CSJN, Ascuá, Luis Ricardo c/ SOMISA”, 10/08/2010)

4.- Análisis de la cláusula del inciso 6 del artículo 17.-

El análisis de la cláusula de actualización del inciso 6, ha generado amplios debates en torno a su interpretación y modo de aplicación. Si bien los incisos 5 y 6 son preceptos diferentes, de lo que se trata es de indagar si el primero contiene una regla general y el segundo una excepción, o si bien ambos se refieren concatenadamente a la misma situación.

En tal sentido una postura sostiene que el art. 17, inc. 5) establece el principio general en lo referido a la fecha de entrada en vigencia, mientras que el art. 17, inc. 6 consagra expresamente una excepción a dicho principio general y, por ende, se aplica a partir de su publicación en el B.O. (art. 2 C.C.). El sentido práctico y jurídico del art. 17, inc. 6 es que el mismo se aplica a las contingencias laborales ocurridas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.773, esto es, durante la vigencia de la L.R.T., decreto 1278/00 y decreto 1694/09. En efecto, si el legislador no hubiera querido que la fecha de entrada en vigencia del dispositivo legal del art. 17, inc. 6 fuera diferente a la del principio general establecido en el art. 17, inc. 5, directamente no lo hubiera sancionado. (Ver al respecto: Cámara VII del Trabajo de Mendoza, “Godoy, Diego c/ Mapfre ART p/ accid., 12/11/2012, voto del Dr. Simó, entre otros).

Esta mirada involucra una interpretación armónica e integral del texto legal que de ninguna manera da por sentado que el legislador fue sobreabundante al colocar la norma del inc. 6 ya que la misma estaría contenida en el inc. 5.-

También se ha propiciado una interpretación teleológica de la ley al destacar, el argumento que comparto, de que el legislador pretendió ajustar las prestaciones dinerarias por incapacidad permanente de la L.R.T. y de los decretos a la fecha de la publicación en el B.O. de la ley 26773, toda vez que el último ajuste a estas prestaciones dinerarias del sistema ocurrió en el año 2009 y solamente para las contingencias laborales cuya primera manifestación invalidante fueran posterior a la publicación en el B.O. del decreto 1694/09.- De esta manera se procedió a cubrir el déficit oportunamente señalado de carencia de una fórmula de ajuste del piso desde noviembre de 2009.-

Siguiendo la línea desarrollada en los apartados precedentes considera que la aplicación inmediata del art. 17, inc.6 a situaciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigencia, además de ser una regla instaurada por el propio legislador, se condice con la finalidad protectoria y la progresividad que debe impregnar a toda la legislación en materia laboral y de la seguridad social.-

Si bien el decreto reglamentario 472/14, en su último artículo al reglamentar el art. 17 de la ley determinó que sólo las compensaciones adicionales de pago único incorporadas al art. 11 de la ley 24.557 y los pisos mínimos establecidos en el decreto 1694/09 se deben incrementar conforme la variación del índice RIPTE, desde el 1 de enero del 2010 hasta la entrada en vigencia de la ley 26773, lo cierto es que incurrió en lo que se llama un exceso reglamentario al modificar el texto original del artículo 17 inciso 6 que prevé dicha actualización para las prestaciones en dinero por incapacidad permanente sin hacer distinción alguna.-

Si la regla general es la que surge del inciso 5, para los nuevos siniestros, es razonable que lo dispuesto en el inciso 6 abarque a los siniestros anteriores pendientes de cancelación, ya sea por no haberse determinado incapacidad definitiva o bien porque la misma está sujeta a revisión, o se encuentra en juicio sin sentencia firme y ejecutoriada. Si esta no fuera la interpretación aceptada resultaría evidente que la disposición del inciso 6 sería superflua y redundante ya que el inciso 5 la comprendería, cuestión que no puede suponerse de la tarea legislativa.-

En estos términos entiendo que el inc. 6° resultara aplicable a todas las contingencias laborales acaecidas con anterioridad a la publicación de la ley en el Boletín oficial, regidas por la ley 24.557, el decreto 1278/00 y el decreto 1694/09, permitiendo de este modo el ajuste, para las contingencias producidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la norma legal, conforme el índice RIPTE desde el día 1-1-10.- De este modo, las contingencias laborales cuya *primera manifestación invalidante* sea posterior a dicha publicación, se encontrarían regidas por el art. 8 de la ley citada, y no por el art. 17 inc. 6°.

5.- Análisis de los artículos 3 y 4 de la ley 26.773.-

Según creo, la consideración de las modificaciones que agregan estas cláusulas será a los fines de determinar si constituyen una mejora que se ajuste al programa constitucional de protección de los derechos de los trabajadores y de las personas con discapacidad, en palabras que comparto del Dr. Machado; y que por lo tanto se encuentren a tono con el principio de progresividad que desarrollaremos en el acápite 7.- Tal como se explicó en la introducción constituye el eje hermenéutico de nuestro análisis.-

Con el mismo criterio de vigencia inmediata de la norma es también de aplicación a la fórmula legal el art. 3 de la ley 26.773 en cuanto dispone que al resultado que se obtenga conforme la fórmula legal se le adicionará el 20 % para la cobertura de aquellos otros daños no cubiertos por el régimen sistémico de la ley 24.557 y sus reformas, lo que se efectuará una vez cumplido el paso anterior, es decir determinado el valor ajustado conforme al índice RIPTE.

Esta mejora del 20% en la mayoría de los casos resulta insuficiente para considerar comprendidos rubros tales como pérdida de chance, daño al proyecto de vida, daño moral, daño permanente a la salud, por lo en definitiva, la mayoría de los trabajadores quedan sujetos aun a un régimen muy similar a aquel que censurara la Corte suprema en Aquino.- (Machado, José Daniel en Toselli, Carlos A. y otro, *Régimen Integral de Reparación...* Op. Cit, pág. 14)

En ese sentido entiendo que el art. 3 debe aplicarse inmediatamente a todos los siniestros que se encuentran pendientes de reparación, ya que sólo en alguno de ellos podrá considerarse como una suma “omnicomprensiva” de todos los daños que para un trabajador le significan un siniestro con impacto permanente en su salud, salvo que en el caso concreto de las circunstancias de hecho que constituyen el caso quede probado que el trabajador siniestrado no ha sufrido otros daños que los reparados por la fórmula legal, lo que considero de alta dificultad probatoria.-

Suponer que un daño permanente en la salud, sea de la gravedad que sea, no impacta en otros bienes intangibles de la persona, no se condice con el principio de reparación integral al que ya dijimos apunta el programa de protección constitucional e internacional de la salud de los trabajadores, avalada por la Corte Suprema.-

En cuanto a la llamada opción excluyente, la ley 26773 reestablece lo que se conoce como la “opción con renuncia” que había contemplado la ley 9688 y que hubiera dejado de la lado la ley 24557.- La misma implica que si el trabajador opta por las prestaciones sistémicas a cargo de las aseguradoras, los empleadores quedan eximidos de toda responsabilidad civil, aun en el caso de dolo.- En el caso contrario no percibirán las prestaciones especiales hasta se declare procedente su reclamo en la justicia (art. 6 de la ley 26773).-

El sentido de la norma no puede ser otro que eliminar la “doble vía” a la que acudía el trabajador para reclamar las reparaciones frente a un infortunio laboral.- Este sistema acumulativo fue delineado pretorianamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como resultado numerosos precedente sobre reparación de infortunios laborales (“Aquino” y “Cura”, entre otros).-

Si bien es cierto que históricamente el sistema de “opción” funcionó en nuestro país durante 80 años sin recibir cuestionamientos constitucionales, esta aseveración merece tener en cuenta que el panorama constitucional que enmarca los derechos de los trabajadores a partir de la reforma de 1994, delinea un modelo garantista reforzado por el neo-constitucionalismo que ha impregnado la doctrina de nuestro Máximo Tribunal en materia laboral en los últimos diez años.- Este panorama cambió el paradigma profundizando un modelo protectorio de los derechos de los trabajadores que no posibilita la reinstalación de este sistema, sin ningún tipo de tacha.-

Así en aquel primer pronunciamiento la Corte señaló: “...Si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que este amerita, y evitar la fijación de limitaciones que , en definitiva, implican “alterar” los derechos reconocidos por la Constitución nacional (art. 28)” (Considerando 9 de voto de Petracchi y Zaffaroni, CSJN, Aquino, Isacio c/ Cargo de Servicios industriales S.A., 21/09/2004)

Luego en el fallo “ Llosco” reafirma su posición respecto de la acumulación de acciones al anular una sentencia del Tribunal Superior de Jujuy que intentó introducir la opción excluyente a través de la doctrina de los actos propios.- (CSJN, “Llosco, Raul c/ Ismi S.A.”, 12706/2007)

En este contexto jurisprudencial, no aparece mucho margen para diseñar el alcance del derecho de la víctima o de sus derechohabientes a reclamar la parte que considera insatisfecha por vía de la acción civil, luego de recibidas las prestaciones sistémicas.- Esto tiñe de inconstitucional el art. 4 de la ley 26.773 en la medida que afecta derechos amparados por nuestro *bloque de constitucionalidad*, que claramente ha avalado la Corte Suprema en los precedentes citados, lo que quedará reservado para el caso concreto conforme al sistema de control difuso que tenemos diseñado en nuestro ordenamiento jurídico.-

6.- Subsistema de la seguridad social.-

El debate toma un giro más a favor de la aplicación inmediata de las mejoras de la ley si nos entroncamos en la postura de que el sistema de reparación de los riesgos del trabajo es parte del sistema de la seguridad social que se ocupa específicamente de la cobertura de las contingencias sociales de origen patológico provenientes del mundo del trabajo.

En esos términos lo consagró el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia De Derechos Económicos, Sociales y Culturales "*Protocolo De San Salvador*" reconoce el derecho a la seguridad social como un derecho humano. En particular, expresa que: «toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa [... y que...] cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el *subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional*» (énfasis agregado).

Si el objetivo principal que tiene la seguridad social que es la protección de todas aquellas personas que por alguna contingencia, ya sea enfermedad o accidente, se vean imposibilitadas de obtener un ingreso económico para subsistir, no cabe duda que el sistema de protección de los trabajadores frente a las contingencias en el ámbito del trabajo es parte de la misma, conformando un subsistema con ciertas particularidades, pero que comparte del todo el sentido y el fin primordial.-

La contingencia que se intenta resguardar el subsistema de la L.R.T. es aquella que afecta a la salud o a la vida que sufre una persona en el ámbito de su trabajo, lo que impacta en sus ingresos económicos y en su proyecto de vida, tal como lo sostuvo la Corte de la Nación en el caso “Milone”.-

Las prestaciones de la L.R.T son irrenunciables y no pueden ser cedidas ni enajenadas, así lo estableció el art. 11, inc. 1, lo que impregna a las mismas de aquel sentido que fundamenta a las prestaciones de la seguridad social, salvaguardar el bienestar de las personas vulneradas sobre cualquier voluntad, cuestión que debe guiar al intérprete.-

Así lo sostuvo la Corte de la Nación en el caso “Arcuri Rojas” donde sostuvo una interpretación amplia respecto de cambios legislativos favorables al trabajador en materia de seguridad social afirmando: “...que sería estéril el esfuerzo realizado por el legislador para cumplir con la obligación establecida en el art. 1.1 del Protocolo de San Salvador en cuanto exige que los estados partes adopten todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, si por vía interpretativa se sustrajera de esa evolución a quienes se encuentran en situación total de desamparo por aplicación de leyes anteriores que establecían un menor grado de protección...” .

Teniendo en cuenta estos principios, no aparece entonces como razonable establecer una diferencia entre un trabajador accidentado antes de la vigencia de la nueva ley y uno siniestrado con posterioridad a los fines de aplicación al caso de una norma peyorativa, esto sin afectar el principio de universalidad que impregna a la seguridad social, en virtud del cual la misma no debe hacer diferencia alguna sino contemplar todas y cada una de las personas que sufran una contingencia y brindar los servicios que necesiten.-

Entiendo además que de sostener esta diferenciación se estaría violando el principio de igualdad, que tiene raigambre constitucional (art. 16 C.N.), y es pilar del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y más aun se estaría soslayando lo prescripto por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que reconoce el derecho a la seguridad social como aquel protege a toda persona de las consecuencias de la invalidez proveniente de cualquier causa ajena a su voluntad y que lo imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia (art. XVI).- En igual sentido se expide la Declaración Universal de Derechos humanos en el art. 25.

Asimismo, no debe soslayarse, que el paradigma actual del derecho al trabajo que involucra sin lugar a dudar el trabajo digno, supone también un trabajo "seguro", vale decir, respetuoso del derecho fundamental de la persona a la salud y a la seguridad en el empleo. La seguridad resulta un continuo que se despliega desde la regulación de un régimen de prevención de accidentes y enfermedades laborales, hasta el "establecimiento de una normativa protectoria de los trabajadores dañados por esos infortunios". (C.S.J.N., “Ascuá”, “Aquino” y “Milone”).

7.- La aplicación inmediata de la ley 26773 desde la perspectiva de los Derechos Humanos: el principio de igualdad y la obligación de progresividad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Más allá de las consideraciones formuladas en los párrafos precedentes, entiendo fundamental analizar la cuestión sometida a estudio desde la perspectiva del Derecho internacional de los Derechos Humanos; e, inevitablemente, ofrecer una solución que resulte compatible con los principios y los mandatos que surgen de los compromisos asumidos por el Estado en la materia.

Conforme he señalado en algunos de mis pronunciamientos anteriores, en nuestra calidad de administradores de justicia, con independencia del fuero o la jerarquía que ostentemos, tenemos el deber de analizar la compatibilidad del ordenamiento

normativo interno con las exigencias del plexo normativo internacional en materia de derechos humanos. Dicha responsabilidad debe ser ejercida, conforme ya ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia constante, de manera oficiosa por parte de la judicatura.

Por lo tanto, mal podría resolver el asunto que nos ocupa sin realizar el debido *control de convencional* de la norma puesta en crisis.

En particular, advierto claramente que el problema que subyace a la discusión que nos interesa es, en términos generales y a mi criterio, un problema de *igualdad*. Dicho de otro modo, la discusión gira en torno a determinar si es que todas las personas –en condiciones de igualdad objetiva- deben tener derecho a acceder a las mejoras económicas que supone la norma –cuyas particularidades he analizado *supra*- o bien, si es que sólo algunas de ellas satisfacen determinados requisitos legales impuestos legítimamente a los fines de acceder a los mismos. Es que la norma aplica criterios de diferenciación en el acceso a un derecho de un grupo humano que, a primera vista, pareciera homogéneo: trabajadores siniestrados en el ámbito del trabajo con derecho a indemnización en función del padecimiento de una incapacidad de origen laboral.

Cabe preguntarse entonces: ¿consagra la norma una diferenciación *razonable y objetiva* entre las personas que pueden aspirar a acceder al beneficio o, por el contrario, se trata de diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos y resultan, en consecuencia, incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y nuestra Constitución Nacional y Provincial?

Pues bien, en primer lugar corresponde señalar que el *principio de igualdad ante la ley* y la correlativa *prohibición de discriminación* son principios que impregnan todo el ordenamiento jurídico del Derecho internacional de los Derechos Humanos. A su vez, los organismos internacionales competentes en la materia han reconocido que éstos han ingresado al dominio del *ius cogens*.

Este principio de igualdad implica que la obligación general que pesa por sobre los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas debe satisfacerse *sin discriminación alguna y en una base de igualdad*. En consecuencia existe una limitación al accionar estatal, en tanto no puede realizar *acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto* (Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18); o bien, que tengan *efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos* (cfr. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257).

Complementariamente, el Tribunal Interamericano ha reconocido la existencia de dos normas convencionales que consagran el *principio de igualdad* y la *prohibición de discriminación*: los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, ha señalado que mientras la obligación general del artículo 1.1 refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en el tratado, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. En ese orden de ideas, entiende que *el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en la misma, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación* (Corte IDH. *Caso Espinoza González Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289; par. 217). De esta manera, la Corte consagra un derecho que *acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe* (Corte IDH. *Caso Espinoza González Vs. Perú*; cit.).

Así las cosas, estimo necesario analizar la cuestión en etapas: la primera, destinada a determinar si es que la norma en cuestión refiere a un derecho humano y si es que la misma, en su fin último, resulta compatible con la Convención Americana (art. 26); y la segunda, si es que en la implementación de la norma que reconoce el acceso y goce de ese derecho humano existe –o no- una diferenciación razonable y objetiva (arts. 1.1 y/o art. 24 de la CADH).

Respecto de la primera de las cuestiones enunciadas, advierto preliminarmente que nos encontramos discutiendo sobre problemáticas que involucran derechos humanos amparados por el orden jurídico internacional. Pero en tanto el derecho humano en cuestión, esto es *el derecho a la seguridad social*, integra una gama de derechos respecto de los cuales los Estados tienen obligaciones específicas, estimo que mi análisis no puede prescindir de consideraciones a ese respecto. Veamos.

El artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia De Derechos Económicos, Sociales y Culturales “*Protocolo De San Salvador*” reconoce el derecho a la seguridad social como un derecho humano. En particular, enseña que «toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa [...] cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el *subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional*» (énfasis agregado).

Ahora bien, las obligaciones estatales respecto del derecho a la seguridad social deben ser leídas tanto en relación con la norma convencional que recepta las obligaciones en la materia –es decir, artículo 26 de la CADH- como en el marco de las particularidades que emergen de las características propias de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales –DESC- en general.

Es que el deber de satisfacción de derechos como el que nos ocupa en la presente oportunidad se encuentra transversalizado por el principio de progresividad y la prohibición de regresividad.

Conforme señale en pronunciamientos previos, el principio de progresividad impone a todo el aparato estatal obligaciones concretas: por un lado, adoptar medidas, lo más expedita y eficazmente posible y por todos los medios apropiados, para lograr la plena realización de los derechos humanos, *progresividad dinámica*; y, por el otro y como consecuencia necesaria de lo anterior, la obligación de no adoptar medidas en sentido opuesto: prohibición de desandar los pasos dados hacia ese inculcable horizonte de la plena realización, *progresividad unidireccional* (GIALDINO, Rolando E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Buenos Aires, 2013, p. 97 y ss.).

A su vez, la primera de las obligaciones se integra por dos imperativos complementarios: el de gradualidad y el de progreso, pues en tanto la satisfacción plena de los derechos económicos, sociales y culturales no puede ser sino paulatina, pesa sobre el Estado la obligación de ir avanzando a través de esa gradualidad, progresando en las condiciones de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales mediante la implementación de medidas.

Esta obligación que pesa sobre los Estados encuentra su fundamentación jurídica en diversas cartas del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 2.1 dispone: «Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas

legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos». A su vez el art. 11.1 establece que «Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento».

En el ámbito regional la Convención Americana reconoce la progresividad en relación al pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales, y por tanto establece el marco en el cual debe ser considerado el derecho en cuyo estudio nos concentramos. En su art. 26 establece que «los estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura [...]». En el mismo sentido, el art. 1 del mencionado *Protocolo de San Salvador* postula la obligación estatal de «adoptar medidas» y –en una redacción similar, pero introduciendo algunos nuevos elementos de consideración– promulga que «los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados Partes especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo».

A la luz de todo lo señalado cabe concluir que: 1) el derecho a la seguridad social ha sido reconocido por el Derecho internacional de los Derechos Humanos como un derecho humano; 2) a partir de la lectura complementaria e integral de la Convención Americana con su Protocolo Adicional puedo afirmar que se trata de un derecho convencional; 3) dentro de las categorías de clasificación de los derechos humanos reflejadas en la normativa internacional, el derecho a la seguridad social es un derecho que encuadra en la categoría de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales –DESC–; 4) en materia de efectividad de DESC pesa sobre los Estados el *principio de progresividad*.

En consecuencia, me atrevo a sostener que la Ley 26.773 –en términos generales– entiende a la seguridad social en los términos exigidos por el Derecho internacional de los Derechos Humanos; y recepta adecuadamente el deber de progresividad, garantizando un halo de protección de derechos mayor al gozaban los trabajadores con anterioridad a su entrada en vigencia.

Respondido de manera afirmativa el primer interrogante corresponde avanzar en el segundo nivel de análisis: ¿el criterio de diferenciación enunciado en el artículo 17 inc. 5 de la Ley 26.773 responde a criterios de objetividad y razonabilidad? ¿O, por el contrario, establece diferencias arbitrarias que resultan repugnantes del principio de igualdad y prohibición de discriminación?

Adelanto mi opinión en el sentido que la norma puesta en crisis sólo resultará compatible con las mandas del Derecho internacional de los Derechos Humanos si se aplica inmediatamente a las relaciones jurídicas existentes al momento de su sanción que se encuentren pendientes de reparación. Ello, con independencia de la fecha de la primera manifestación invalidante.

Conforme ya se advirtió, el *principio de igualdad* en materia de derechos humanos impone a los Estados la obligación de garantizar el acceso a los mismos sin discriminación alguna. A su vez, –a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– no toda diferenciación en el trato supone discriminación, toda vez que una diferenciación fundada en motivos razonables y objetivos resulta tolerable. Sobre el punto, el Tribunal Interamericano sostiene que una norma no tiene una justificación objetiva y razonable “cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido” (cfr. Corte IDH. *Caso Espinoza González Vs. Perú*, cit.; par. 219).

Señala, asimismo, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos prohíbe tanto políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, como también “aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aún cuando no se pueda probar la intención discriminatoria” (Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282; par. 263).

A mi modo de ver, en consideración de los señalamientos previos, me permito sostener que el art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773 propone un impacto diferenciado sobre cierta categoría de personas que, ante una misma situación de hecho que otras, se verían impedidas de gozar de la progresividad lograda respecto del derecho a la seguridad social.

Es que la norma, en una pretendida interpretación literal, supondría dividir a las todas las personas a quienes se les adeuda el pago indemnizatorio por accidente o enfermedad laboral en dos grandes grupos, sólo en función de una fecha cierta lograda de manera aleatoria en el calendario. Ello implicaría, entre otras consecuencias, que irrazonablemente personas cuya primera manifestación invalidante se hubiere producido sólo con un día de diferencia, y que se encontrasen a la espera de la correspondiente compensación, sean sometidas a regímenes notoriamente diferentes.

En consecuencia, creo que el criterio de diferenciación establecido en la norma no resulta razonable ni objetivo; y por tanto, es incompatible con el principio de igualdad y la prohibición de discriminación que nos impone el ordenamiento jurídico internacional. Ello, toda vez que arbitrariamente se privaría a un determinado grupo de personas de acceder a los beneficios que importa la progresividad lograda en materia de seguridad social y se consagraría una situación de desigualdad manifiesta entre pares que merecen ser tratados de manera igualitaria.

En conclusión, la Ley 26.773 ofrece una solución que resulta compatible con las exigencias convencionales en materia de DESC; pero que arroja un problema en materia de acceso a la igualdad a los beneficios de la progresividad en materia de seguridad social. Problema que, a mi entender, sólo puede ser superado a partir de una interpretación normativa que permita el acceso al nuevo régimen a todas las personas a cuyo respecto se adeuda el pago indemnizatorio –demora que, además, en la gran mayoría de los casos no les resulta imputable–.

En adhesión, considero que la solución propuesta *supra* es la única compatible con el *principio pro persona*, criterio de interpretación consagrado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Según este principio, cuando se trata del reconocimiento de derechos fundamentales se debe acudir a la interpretación más extensiva posible. Por el contrario, si de establecer restricciones o suspensiones en el goce de esos derechos se trata, se debe recurrir o acudir a la norma o interpretación menos restrictiva.

Finalmente, corresponde señalar que la solución propuesta no pretende hacerse extensiva a todas aquellas personas que ya han accedido al beneficio, en los términos del viejo sistema de la L.R.T.. A su respecto, considero que la necesidad de garantizar la estabilidad de los actos ya consumados, reparación, ameritaría un análisis diferente al efectuado en los presentes autos.

De acuerdo con el sentido principal del análisis propuesto en el cual se ha puesto el tema en cuestión bajo la óptica del principio de progresividad y de igualdad que se erige fuertemente en nuestra materia concluyo que si las cláusulas temporales de la ley implican un desmedro en los derechos de los trabajadores afectados por un siniestro laboral, en tanto determinan una línea arbitraria en el tiempo para dar operatividad a sus normas beneficiarias, debe dejarse de lado en el caso concreto, optando por la solución que amplíe los derechos de los trabajadores y no por aquella que los restrinja.-

En resumen, sobre la base convencional, constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinaria señalada es posible concluir que la ley 26773 debe aplicarse inmediatamente a las relaciones jurídicas existentes al momento de su sanción que se encuentren pendientes de reparación, independientemente de la fecha de la primera manifestación invalidante, siempre y cuando este régimen implique una mejora para los derechos del trabajador respecto del régimen anterior.-

ASÍ VOTO.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la Sentencia Plenaria que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 14 de Mayo de 2015.-

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

Fijar la siguiente doctrina obligatoria: “La ley 26.773 **no** es aplicable a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produjo con anterioridad a la publicación de la norma en el Boletín Oficial, con la excepción de lo dispuesto en los incisos 1° y 7° del artículo 17 del mismo cuerpo legal”.

NOTIFIQUESE.-

DR. HERMAN AMILTON SALVINI DR. MARIO DANIEL ADARO
VOTO MAYORIA VOTO MAYORIA

DRA. SILVINA MIQUEL DR. PEDRO LLORENTE
VOTO MAYORIA VOTO MAYORIA

DR. JORGE HORACIO NANCLARES DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDE
VOTO MINORIA VOTO MINORIA

DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO
VOTO MINORIA, POR SUS FUNDAMENTOS