



BOLETIN TEMÁTICO DE JURISPRUDENCIA AÑO 2017 – Nº 1

“CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RECIENTES ACERCA DE LA CUANTIFICACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES DEBIDAS AL TRABAJADOR”

Editorial:

Tenemos el agrado de presentar el primer número del Boletín Temático de Jurisprudencia del año 2017 realizado por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Filial Rosario, mediante el cual se persigue la finalidad primordial de promover el estudio y desarrollo del derecho del trabajo, poniendo especial énfasis en la realidad de nuestro fuero local.

La temática abordada se encuentra constituida por recientes criterios establecidos en distintos precedentes por las Salas de la Excm. Cámara de Apelación de Rosario, respecto de la cuantificación de indemnizaciones, en particular respecto de la tasa de interés aplicable.

En todos los casos, no obstante, la confección de sumarios de los precedentes, recomendamos la íntegra lectura de las sentencias dictadas, que resultan -en todo los casos- sumamente interesantes y esclarecedoras acerca de la temática propuesta.

Ha participado de la realización del presente boletín la Comisión de Jóvenes Abogados de la Filial Rosario, con el aporte de Jorge Citta, Damián Calera, Verónica Imola e Ignacio Pandullo.

Asimismo, como anexo del presente, se publica un artículo del Dr. Ramiro R. Ruiz Fernández cuyo contenido fuera expuesto en el Congreso Provincial de Derecho del Trabajo organizado por la AADTSS, Filiales Rosario y Santa Fe, realizado en noviembre de 2016 en la ciudad de Rosario.

Agradecemos la inestimable colaboración de los magistrados, relatores, funcionarios y empleados judiciales que han brindado su indispensable apoyo para la realización de esta publicación.

Por cualquier inquietud, sugerencia o comentario los asociados podrán comunicarse con el director de la publicación Ramiro R. Ruiz Fernández, o sus Coordinadores Mariana Otarola y María Marta Mascaro, a nuestro correo electrónico aadtssrosario@gmail.com o nuestro facebook *Aadyss Filial Rosario*.

ÍNDICE:

CRÉDITOS PROVENIENTES DEL CONTRATO DE TRABAJO - INTERESES - APLICACIÓN DEL ÍNDICE RIPTE. Carátula: "TORRES, MABEL C/ FARMACIA DEL AGUILA Y OT. S/ DEMANDA LABORAL" (Expte. 152/14). Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario, Sala III. Fecha 21/04/2016..... pág. 3

CONTINGENCIAS ANTERIORES A LA SANCIÓN DE LA LEY 26773 – IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN INMEDIATA DE LA LEY 26.773 A PARTIR DE LA DOCTRINA DE LA CSJN *IN RE* "ESPÓSITO" - INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE DEL ART. 12 DE LA LRT. Carátula: "VERGARA, DOMINGO AQUILINO c. LIBERTY ART S.A. (hoy SWISS MEDICAL ART S.A.) s. DEMANDA PREST. LEY 24557" (Expte. Nro. 238/2015). Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario, Sala II. Fecha: 30/08/2016..... pág. 18

CONTINGENCIAS ANTERIORES A LA SANCIÓN DE LA LEY 26773 – IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN INMEDIATA DE LA LEY 26.773 A PARTIR DE LA DOCTRINA DE LA CSJN *IN RE* "ESPOSITO" - NO DECLARACIÓN EN ABSTRACTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS - MODIFICACIÓN DE LA TASA DE INTERÉS. Carátula: "FERNÁNDEZ, NORBERTO DARÍO c/ LA SEGUNDA ART S.A. s. COBRO DE PESOS" (Expte. Nro. 399/2015). Cámara de Apelación en lo Laboral, Sala II, de Rosario. Fecha: 30/09/2016..... pág. 31

APLICACIÓN DE LA LEY 26.773 A CONTINGENCIAS OCURRIDAS CON ANTERIORIDAD A SU VIGENCIA - INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 17 INC. 5 LEY 26773. Carátula: "PENNA, NÉSTOR C/ MAPFRE ART SA S/ COBRO DE PESOS" Expte. Nº 417 Año 2015. Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario, Sala III -integrada- Fecha: 04/10/2016..... pág. 45

FALLO "ESPÓSITO" POSTURA DE LA CSJN - NO APLICACION DE LA LEY 26.773 - DESFASAJE INFLACIONARIO - INCONSTITUCIONALIDAD DE ART. 12 LRT. INTERESES. Carátula: "VERGARA, VICTORIO ORLANDO C/ LA CAJA ART SA S/ COBRO DE PESOS L.24557 - 21-05083892-4 (273/2015)" – Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario, Sala I. Fecha 28/12/2016..... pág. 53

NOTA A FALLO: "FERNÁNDEZ, NORBERTO DARÍO C/ LA SEGUNDA ART SA S/ COBRO DE PESOS" (Expte. Nro 399/2015), Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario, Sala II, 30-10-16. Por IGNACIO EDUARDO PANDULLO..... pág. 66

Anexo: DOCTRINA: SOBRE LAS NUEVAS -Y NO TAN NUEVAS- PRUEBAS INFORMÁTICAS, TECNOLÓGICAS, DIGITALES. LOS NUEVOS DOCUMENTOS. Por Ramiro R. Ruiz Fernández..... pág. 71

Sumario:

CRÉDITOS PROVENIENTES DEL CONTRATO DE TRABAJO - INTERESES - APLICACIÓN DEL ÍNDICE RIPTÉ

Carátula: "TORRES, MABEL C/ FARMACIA DEL AGUILA Y OT. S/ DEMANDA LABORAL" (Expte. 152/14)

1ra Instancia: Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil, Comercial y Laboral de la Segunda Nominación de Cañada de Gómez: Se rechaza íntegramente la demanda laboral interpuesta por el cobro de rubros laborales.

2da Instancia: Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario, Sala III. Fecha 21/04/2016. Se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia y se resuelve la procedencia parcial de la demanda por rubros laborales. Respecto de los intereses se establece que el capital lleve desde que se devengó y hasta su pago, un interés equivalente a la tasa activa sumada del Banco de la Nación Argentina y, a partir del 1° de enero de 2010 el coeficiente del índice RIPTÉ, con más un 8% de interés anual.

1.- Las tasas de interés que se aplican contienen una porción destinada a cubrir la desvalorización monetaria, de allí que cuando los jueces verifican un aumento de ésta, tienden a hacer lo propio con la tasa de interés que aplican. Consecuentemente lo que parece más adecuado es fijar una tasa de interés cuyo componente de resguardo frente a la desvalorización resulte adecuado a la pérdida del valor adquisitivo del salario (Del voto del Dr. Angelides).

2.- Para cumplir su función el interés de un crédito laboral debe ser positivo, es decir superar cuanto menos la pérdida del valor de nuestra moneda, resultante del proceso inflacionario (Del voto del Dr. Angelides).

3.- El art. 17.4 de la ley 26773 refiere a la aplicación de "los intereses a la tasa prevista para la actualización de créditos laborales", y la posterior ley 26844, en su art. 70 dispone: "Actualización. Tasa aplicable. Los créditos demandados...deberán mantener su valor "conforme lo establezca el Tribunal". Más allá de cuestiones de técnica legislativa, lo cierto es que ambas disposiciones refieren a la "tasa", esto es al interés, y al mantenimiento -mediante aquel- del valor de la deuda de origen laboral. A su vez, la ley 26773, en su artículo 8, introdujo el ajuste permanente de importes atinentes a la reparación de infortunio laboral, a través del índice de Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTÉ). Definitivamente, sin sobreestimar las palabras empleadas o las técnicas legislativas, es indudable que la legislación mencionada refiere al impedimento de la depreciación del crédito laboral (Del voto del Dr. Angelides).

4.- En cuanto a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Massolo" -dictado el 20/04/10- desde el plano constitucional, el tribunal de alzada tiene la facultad, incluso el deber tratándose de la tutela del trabajador en todas sus

dimensiones, de apartarse de la doctrina de la Corte nacional cuando concurren diferentes hipótesis fácticas o introducción de nuevos argumentos. La misma doctrina del "leal acatamiento" avala esta tesitura. En el presente, concurren ambos presupuestos (Del voto del Dr. Angelides).

5.- Parece apropiado que toda indemnización laboral merezca el mismo amparo, pues lo contrario significaría que el ordenamiento jurídico argentino tolera una graduación del principio de irrenunciabilidad, lo cual soslayaría el art. 14 bis de la Constitución de la Nación y el art. 15 de la Ley de Contrato de Trabajo, además de ser una solución que contraviene a todo Estado Democrático de Derecho (Del voto del Dr. Angelides).

6.- Todo crédito cuya causa sea un contrato laboral, llevará una tasa de interés, a partir del 1° de enero de 2010, equivalente al coeficiente del índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables) más un 8% anual, hasta el pago (Del voto del Dr. Angelides).

Fallo completo:

N° 71.

En la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, a los 21 días del mes de abril del año dos mil dieciséis, se reunieron en Acuerdo los señores vocales de la Sala Tercera de la Excm. Cámara de Apelación en lo Laboral, Dres. Angel Félix Angelides, A. Ana Anzulovich y Eduardo E. Pastorino para resolver en autos caratulados "TORRES, MABEL C/FARMACIA DEL AGUILA Y OT. S/DEMANDA LABORAL" Expte. N° 152 Año 2014, venidos en apelación y conjunta nulidad del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil, Comercial y Laboral de la Segunda Nominación de Cañada de Gómez.

Hecho el estudio del pleito se resolvió plantear las siguientes cuestiones:

- 1.- ¿ES NULA LA SENTENCIA RECURRIDA?
- 2.- ¿ES JUSTA LA DECISIÓN APELADA?
- 3.- ¿CUÁL ES EL PRONUNCIAMIENTO A DICTAR?

Practicado el sorteo de ley resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Dres. Angelides, Anzulovich y Pastorino.

1.- A la primera cuestión. El Dr. Angelides dijo: El recurso de nulidad interpuesto por la parte actora a f. 601 no ha sido fundado en la ocasión prevista y, por lo tanto, cabe declararlo desierto, por no mantenido.

Voto por la negativa.

A idéntica cuestión, la Dra. Anzulovich dijo: Comparto los fundamentos expresados por el vocal que me precede, por lo cual voto en su mismo sentido.

A igual cuestión, el Dr. Pastorino dijo: Advirtiendo la existencia de dos votos totalmente coincidentes, me abstengo de emitir opinión (art. 26 ley 10160).

2.- A la segunda cuestión. El Dr. Angelides dijo: La sentencia de primera instancia N° 1403 de 1 de noviembre de 2013, obrante a fs. 591/600, a cuyos fundamentos de hechos y de derecho me remito en razón de la brevedad, rechaza la

demanda de Mabel Torres contra Samuel Palchick y Néstor Mario Palchick, con costas. Difiere la regulación de honorarios.

La demandante apela el acto decisorio a fs. 601. Concedido el recurso y elevadas las actuaciones, expresa sus agravios mediante el memorial de fs. 616/27, los que son contestados con el escrito de fs. 629/40.

AGRAVIOS

Se agravia la apelante en cuanto la sentencia de grado: declara que el contrato se extinguió el 23 de mayo de 2005 por abandono de trabajo y no el 3 de junio de 2005 por despido indirecto; interpreta que la intimación de la patronal de 18 de mayo de 2005 era idónea para interpelar a Torres por las ausencias de los días 16 a 23 de mayo de 2005; tiene por probado el otorgamiento de vacaciones por su pago en el recibo y pese a la falta de la comunicación legal (art. 154 LCT); determina que Torres incurrió en abandono de trabajo (art. 244 LCT); tiene por acreditado que Torres ingresó el 1 de abril de 1984 y no en enero de 1980; concluye que la actora no tenía 16 años al momento de comenzar el vínculo de marras, rechazando la indemnización por trabajo infantil; descarta las multas de la ley 24013 y la del art. 80 LCT; considera que Néstor Mario

Palchick no era el empleador o responsable de la farmacia, denegando la pretensión contra él.

Realizado el estudio pertinente, arribo a la conclusión de que los agravios -que trataré en el orden que considere más adecuado- revisten de entidad parcial para revertir la sentencia impugnada en la misma medida.

En efecto:

1.-Al final del escrito, refiere la demandante que "...S.S. Debe desestimar las tachas interpuestas por la demandada en autos" (fs. 628) y, habiendo pedido expreso de pronunciamiento, este Tribunal deberá decidir sobre las tres tachas omitidas por la a quo (art. 246 CPCC, último párrafo).

En autos, la demandada introdujo el incidente aludido contra Jaquelina Caiazza, Marcos Cimarelli y Andrés Aníbal Sagripanti. De la primera debido al ocultamiento de su parentesco con la actora, el que quedaría acreditado con la partida de nacimiento. Mientras los dos restantes deberían ser invalidados por una absoluta mendacidad en favor de Torres.

a)

La tacha a Caiazza se concreta en expediente separado a causa de contestar en el interrogatorio que no le comprendían las generales de la ley, pese a que "...Mabel Torres y la testigo Jaquelina Beatriz Caiazza son primas hermanas por cuanto la progenitora de la primera (hoy fallecida) y el papá de la testigo son hermanos de sangre" (Expte. N° 401/07, fs. 2). A su turno, la actora contesta el traslado sin negar el hecho (cfr. fs. 11, ibídem). Luego, Gabriel Gustavo Caiazza declara ser el hermano de Jaquelina, también primo hermano de la demandante (cfr. fs. 33, pta. 1° y 2°); todo lo que es ratificado por la misma Jaquelina Caiazza en el incidente que corre por cuerda (ibídem, fs. 38, pta. 1°).

No se me escapa, en concordancia con la actitud evasiva de la actora, que esa testigo curiosamente no vierte ese dato al ser interrogada por las "generales de la ley" (cfr. fs. 401 vta.).

En suma, la demandante ofrece como testigo a una pariente en segundo grado colateral de consanguinidad, que estuvo lejos de hacer las aclaraciones que ameritaba una deposición imparcial.

Ahora bien, si la normativa prohíbe que una persona testifique contra su primo hermano debe entenderse que juzga que la misma afinidad puede inclinar a favorecerlo (arg. Art. 217 CPCC).

Corresponde hacer lugar a la tacha.

b)

Caso diverso acaece con Cimarelli, tachado "...atento la evidente contradicción de su propia declaración por cuanto refiere haber 'visto a la Sra. Torres en Farmacia del Águila, pero cuando se le pregunta específicamente... sobre un tema de la farmacia (sin alusión a Mabel Torres) él mismo responde espontáneamente que nunca fue a Farmacia del Águila..." (fs. 401 vta.).

Sin embargo, nuestro ordenamiento procesal no contempla expresamente la "tacha al dicho" (art. 221 CPCC). Es sabido que las tachas son las causales que invalidan el valor de las declaraciones de los testigos y "no es el camino idóneo para restarle credibilidad a las declaraciones testimoniales imputadas de inverosímiles, oscuras, contradictorias o falsas" (criterio ya adoptado en el Acuerdo N° 249 de 2/12/2010). En este sentido, ese fragmento del incidente es suficiente prueba de que la demandada estaba anticipando la valoración probatoria, propia del estado procesal siguiente, es decir, el alegato.

Es que la tacha se orienta a la prevención de hechos que inclinen hacia la parcialidad: "Son causales de tacha todas las circunstancias que puedan inclinar al testigo a deponer a favor o en contra de una de las partes..." (art. 221 CPCC). Sobre la determinación de "todas las circunstancias" como situaciones exteriores al sujeto, es todavía más clara la normativa procesal laboral: "Las partes podrán tachar a los testigos por motivos fundados en inhabilidad o en hechos que hicieran presumir la parcialidad..." (art. 93 CPL). Entender que la falta de objetividad es un hecho o circunstancia que hace "presumir la parcialidad" es una conjetura asistemática que asimila causa y consecuencia, además de precipitar el desinterés por la alegación como fase valorativa del juicio.

Otro ejemplo del mismo equivocado camino que toma esa parte procesal es el de Sacripanti: "...incurrir en una total falsedad cuando contesta que la Sra. Torres trabajó en Farmacia del Águila... durante el año 2007 como asimismo durante el año 2006 cuando la propia documental y manifestaciones de la actora en la demanda... acredita que la extinción de la relación laboral sucede en el mes de junio de 2005..." (fs. 403). Nuevamente, la promotora del incidente insiste en que se trata de mendacidad derivada de la parcialidad manifiesta, pero tampoco nada indica que no podría ser consecuencia de una memoria frágil.

De todas formas, por lo ya expuesto, aun siendo cierta la parcialidad, se incurre en una actividad procesal intempestiva que conlleva su rechazo liminar por no tratarse del supuesto de aplicación de la norma.

Corresponde rechazar la tacha.

2.-

Invoca la quejosa que Samuel Palchik no podía ser su único empleador por su edad avanzada (84 años) y dolencias crónicas que lo habrían hecho permanecer en su domicilio ubicado arriba del establecimiento, delegando toda actividad en su hijo (pago de sueldos, cobro, compra y venta de medicamentos, etc.). Otro argumento que brinda es un presunto reconocimiento del codemandado Néstor Palchick en su réplica de demanda, al que transcribe: "Es lógico pensar que un empleado de la antigüedad del Sr. Néstor Palchick -y que además como se expresara, es hijo del dueño- era quien se ocupaba del funcionamiento de la Farmacia... justamente porque poseía los conocimientos y la experiencia necesaria para el manejo de la misma..." (cfr. fs. 323 y 626).

Asimismo, cita afirmaciones testificales de Gómez, Ortiz y Álvarez, relativas a que el codemandado mencionado -hijo de Samuel- se ocupaba de la caja, impartía órdenes, daba los permisos de salida a Torres y que aconsejaba los medicamentos a los clientes.

En lo que concierne a la causa principal, el primer tópico a abordar es el cuestionamiento al rechazo de la demanda contra Néstor Palchick, en el entendimiento de que no era un coempleador y sí un empleado dependiente de su padre Samuel. Previo a decidir sobre el desenlace de un contrato aparece imprescindible saber quiénes son sus partes y, por lo tanto, el grado de proyecciones de las obligaciones que puedan surgir de este.

En primer lugar, la contestación de demanda de Néstor Palchik es respaldada durante todo el proceso por el mantenimiento de su tesitura inicial. Obsérvese que en la absolución de posiciones recalcó que él no otorgaba las vacaciones, ni firmaba los recibos de sueldo, ni se atribuía otros deberes propios del empleador (cfr. fs. 378/9, posiciones 12, 13, 15). En otras palabras, no hay fisuras de parte de la conducta procesal, reafirmando "Soy empleado, con 39 años de antigüedad" (ibídem, posición 17°).

Es destacar que el litigio no recae sobre situaciones fronterizas donde la participación de familiares en la gestión empresarial es informal o intermitente. Véase que la AFIP informa que -desde donde tiene registro- Samuel Palchik depositaba los aportes y contribuciones de la seguridad social de su hijo desde julio de 1994. En suma, había una relación laboral registrada.

Es ordinario y natural que un comerciante delegue funciones y controles a su hijo cuya aparición no es espontánea, en tanto era su trabajador más antiguo. Por el contrario, a mayor antigüedad, sería anormal que la ejecución de ciertas tareas relativamente jerárquica recayera en aquel trabajador que no comparta el vínculo íntimo, familiar y sanguíneo.

Que deposiciones testimoniales ilustren a Néstor como encargado de la caja, impartiendo algunas órdenes o aconsejando medicamentos a los clientes, no pone de relieve ningún rasgo que lo tipifique como empleador. Si toda orden importase la calidad de empleador, cualquier empleado de cierta jerarquía, especialmente los que conforman la cúspide de las organizaciones, serían tan empleadores como los titulares de la actividades empresariales, cuando en verdad son intermediarios y no los destinatarios definitivos de la fuerza productiva de los trabajadores (arts. 4, 5 y 26 LCT).

Es que la presente acción se endereza implícitamente a comprobar una simulación ilícita y ello conlleva la acreditación suficiente de una realidad diversa a la plasmada en la formalidad (art. 14 LCT). Este requerimiento no se satisface con la construcción de una conjetura sobre la incapacidad sobrevenida del empleador. Máxime cuando, en principio, la maniobra eventualmente elusiva ha tenido un costo tan importante como las cargas previsionales de Néstor Palchik por parte su padre empleador (fs. 489).

En la misma línea, a la carencia manifestada se suma un cúmulo de circunstancias que refuerzan la posición asumida por el codemandado.

El Colegio de Farmacéuticos en contestación al oficio, da a conocer que Samuel Palchik es el único farmacéutico titular de la Farmacia "Del Águila" de Lavalle N° 1057, matriculado en la institución desde el 16 de junio de 1947, mientras que su hijo no posee matrícula profesional (fs. 419). A su vez, el Departamento de Inspección de Farmacias de la Segunda Circunscripción acuerda en totalidad con la entidad anterior (fs. 459). Además, la Municipalidad de Cañada de Gómez y el API corroboran la titularidad exclusiva de Samuel Palchik (fs. 428 y 474, respectivamente).

No existiendo piezas probatorias que acrediten que el contrato laboral entre padre e hijo era una simulación de una asociación de índole comercial, he de rechazar el agravio (arts. 14 y 26 LCT).

3.-

La apelante se agravia de que la sentenciadora tiene por acreditada la postura de la demandada en lo atinente a la fecha de ingreso de Torres (1 de abril de 1984), y no la invocación del escrito introductorio del proceso (enero de 1980).

Se basa en que la propia documentación presentada por la parte demandada hace figurar diversas fechas, dejando al descubierto que la documentación era falsa y no representativa de los hechos acaecidos. Detalla que en los recibos que la demandada ofrece "...desde fs. 291 a fs. 296 figura como fecha de ingreso 01.03.67, fs. 287 a fs. 290, figura como fecha de ingreso 1.4.84" (fs. 622 vta.). Y prosigue textualmente: las constancias de la AFIP acreditan que la actora registra aportes por parte de la demandada desde julio de 1994 a mayo 2005 (fs. 489). Los recibos acompañados por la actora en original desde fs. 21 a 229 dicen año 1984, desde 230 a 234 dicen años 1983, fs. 235 año 1986, fs. 236 a 240 dicen año 1986, fs. 241 a 250 año 1983" (ibídem). Asimismo, enfatiza que la demandada no exhibió los recaudos legales en la audiencia de trámite, requiriendo la aplicación de la presunción legal en su favor.

En primer lugar, debe destacarse que la parte demandada sostiene en esta Alzada que la fecha 1 de abril de 1984 de la sentencia no es más que un error numérico "...que podría haberse superado con una aclaratoria" (fs. 634). Por su parte, la misma apelante recuerda que "...la demandada invoca como fecha de ingreso en su responde 1.4.1983 (en la sentencia se resuelve 1984)...". Ante ese acuerdo tácito sobre el error numérico del acto decisorio -confirmado por las constancias de fs. 303 vta.- debe proseguirse el análisis del agravio en cuanto tiende exclusivamente al reconocimiento de que la relación comenzó antes del 1° de abril de 1983 (enero de 1980), ya que el judicante utilizó 1984, en vez de 1983 como asumió el demandado. Ello, más allá de la corrección a efectuarse conforme el art. 100 del CPL.

Avanzando, cabe poner de resalto que el acta de la audiencia de trámite es explícita en cuanto a que Samuel Palchik cumplimenta con la exhibición de la documentación intimada, puesto que ya se ha determinado que Néstor Palchik no era empleador, siendo obvio que en ese carácter no podía cumplir con la intimación del libro especial del art. 52 (cfr. fs. 264 y 378). En estos términos, la carga de probar el extremo pesaba sobre la ahora quejosa.

Por su parte, la AFIP informa los aportes que posee registrados, sin brindar dato positivo o negativo con antelación a 1994 (cfr. fs. 489).

Analizando los recibos reseñados, surge que los de fs. 291 a 296 ciertamente informan un ingreso de 1.3.67 pero corresponden al trabajador Néstor Palchik, hijo del titular de la farmacia. La demandada reconoce que los recibos de fs. 21 a 229 dicen 1984 pero lo adjudica -otra vez- a un error numérico, y que -como dice- no tiene importancia porque la documentación laboral respalda el 1 de abril de 1983, que sostiene en la contestación de demanda, ya que la ficha de trabajo y la certificación de servicios así lo hacen (cfr. fs. 281 y 286 vta. con 634 vta.).

También asiste razón a la parte demandada en que 1986, a fs. 235 a 240, refiere al período de pago, no a la fecha de ingreso (cfr. fs. 634 vta.).

En síntesis, salvo el equívoco material entre 1983 y 1984 -verosímil por la diferencia de un dígito correlativo- nada amerita a determinar que existió una falsedad en el registro. Por lo demás, véase que la apelación no remite a ningún otro elemento de comprobación, verbigracia, prueba testimonial (cfr. fs. 622/3).

He de rechazar el agravio.

4.-

Por afinidad, considerando firme que el ingreso data de 1° de abril de 1983, Torres tendría 19 años a esa fecha, conforme la planilla de horarios y descansos glosada por Samuel Palchick, donde consta el 30.8.63 como su fecha de nacimiento (fs. 301). Tampoco aquí se señala un elemento que demuestre lo contrario. Es que el número de DNI 16.381.606 de Mabel Rosa Torres en el poder especial de este juicio o en la partida de nacimiento de su hija Candela Bonavia no acredita con precisión su fecha de nacimiento (cfr. fs. 251, 475 y 623).

Sería conjetural examinar la procedencia de una indemnización por trabajo infantil, que se sustenta en la minoridad para el empleo, hecho cronológico no confirmado. Es que con diecinueve años, Torres era capaz de concluir un contrato de trabajo sin restricciones propias del régimen de trabajo infantil y adolescente (art. 32 y título VIII de la LCT).

He de rechazar el agravio.

5.-

Desacuerda la apelante con que se descarta que trabajaba con una jornada de turno matutino y vespertino.

La magistrada desecha los testimonios de Cimarelli, Caiaza, Acosta, Álvarez, Gómez y Grilli a fin de acreditar que Torres trabajaba también de tarde, argumentado que no daban razón de sus dichos (fs. 599 vta.). Reafirma esa determinación con otro sostén: "...media en las interrogaciones formuladas sugestión directa en cuanto a la jornada de labores: 'si veía trabajando a la Sra. Mabel Torres en la mencionada farmacia tanto de mañana como de tarde', fs. 398, 399, 400) lo que repulsa

terminantemente el art. 204 del C.P.C.C aplicable por remisión del art. 128 CPL que norma las preguntas 'no podrán involucrar o sugerir una respuesta', y torna probatoriamente ineficaz el testimonio..." (fs. 600).

Achaca la quejosa que la magistrada sostiene genéricamente que los testigos no dan razones de sus dichos, mientras que el escrito impugnativo transcribe una serie de declaraciones para reiterar que la documentación laboral llevada en la farmacia es falsa (fs. 623/624).

Íntimamente vinculado, el agravio XII también se dirige a revertir la apreciación de los testigos respecto de la misma temática. En síntesis, la actora sostiene que no existen interrogantes sugestivos en sí mismos, sino que cada pregunta es susceptible de una escala de esa determinación.

En definitiva, ciertamente las preguntas pueden registrar algún grado de detalle que no las transforme en sugestivas, sin embargo el interrogante "si veía trabajando a la Sra. Mabel Torres en la mencionada farmacia tanto de mañana como de tarde" es abiertamente dirigido desde que contiene la afirmación o negación del hecho: que Torres trabajaba de mañana y tarde. Nótese que su confección es extremadamente similar a una posición, y con posibilidad clara de influir en un testimonio al ser susceptible de ser contestada con un sí o un no (C. Civ. Y C. S. Fe, Sala 1°, "Putignaro c/C. E. y Putignaro, Celia", Zeus, t. 43, R-12).

A título demostrativo, y siempre en relación a la pregunta referida, Cimarelli replica "Sí" (fs. 401, pta. 5°); Acosta "Las veces que fui me ha atendido", y si bien a la anterior responde -la pregunta que también sugiere la respuesta (ver fs. 399)-, que "he ido a comprar por la mañana y por la tarde" (402 vta., pta. 3° y 4°), relacionando las pregunta y las respuestas, la razón del dicho prácticamente es un asentimiento, más allá de su endeblez. Sacripanti también dice "Sí tenía un guardapolvo y estaba detrás del mostrador"; Yanina Verónica Gómez "Sí" (447, pta. 4°).

En definitiva, no se advierte mérito para trastocar la declaración de ineficacia probatoria que efectúa la juez de instancia anterior.

He de rechazar ambos agravios.

6.-

La apelante comienza su versión impugnativa, distinguiendo el "abandono renuncia" del art. 244 de la LCT del concepto "abandono incumplimiento" relativo al art. 242 LCT, pues este último es propio de inasistencias injustificadas con entidad de injuria grave, pero donde no hay intención abdicativa del trabajador. Considera que es un error que la a quo encuadre los hechos en la primera norma, en tanto ella había respondido la intimación cursada por la empleadora, dando a conocer cuando se reintegraría y ratificando su contracción a cumplir el débito laboral. Por su parte, reprocha que la judicante considere que el recibo de haberes de enero, donde consta el pago de los 35 días de vacaciones, sustituye la probanza de la comunicación por escrito de parte del empleador, argumentando que, negado el hecho de la concesión referida, hizo uso del derecho de tomarlas por sí misma para que concluyeran antes del 31 de mayo, conforme el art. 157 LCT.

Analizando los extremos fácticos, el 18 de mayo de 2005, el otrora empleador intima a Torres para que se presente a trabajar en el plazo de 24 horas, frente a las invocadas inasistencias de los días 16, 17 y 18 de ese mes, y bajo apercibimiento de

considerar el abandono de trabajo. El 20 de mayo, la trabajadora niega que sus ausencias hubieren sido injustificadas, afirmando haber sido autorizada a disponer del 9 al 22 de mayo para completar el período de vacaciones que se le adeudaba, ratificando su contracción al cumplimiento del débito laboral y manifestando que se reintegraría el 23 de mayo. En respuesta, el empleador niega la situación alegada, y "...no habiendo justificado sus inasistencias sin aviso durante los días 16,17, 18, 19, 20 y 21... queda Ud. despedida con justa causa por abandono de trabajo..." (fs. 269 y 596).

La claridad de la misiva, revela que el contrato se extinguió con esta última comunicación, cursada el 23 de mayo de 2005, y no con la posterior de la actora, de 3 de junio de 2005, donde se consideró despedida por impedimento al ingreso y falta de dación de trabajo. Es que el empleador ya había dado por finalizada la vinculación, más allá de que se se verifique o no la causal imputada.

Correspondiendo ahora analizar la existencia del abandono de trabajo acusado por la empleadora, es de expresar que al responder la intimación, la trabajadora brinda una explicación de sus inasistencias, afirma su voluntad de continuar el vínculo, como que se reintegrará el día 23.

Causa sorpresa entonces que, cursándose la notificación del despido ese mismo día 23 (a las 13 horas), la empleadora lo motiva en las ausencias de los días 16 a 21, omitiendo en la misiva la del día 23, no siendo la misma remediable -arg. art. 243 L.C.T.- por la afirmación en el responde en el sentido que "El día 19 de mayo de 2005 Mabel Torres no concurre a trabajar, tampoco el día 20, ni el 21, ni el 23, y en consecuencia la patronal ante la injuria que significaba la falacia de lo expuesto en dicho telegrama... y el incumplimiento persistente... de cumplir con su obligación laboral desde el día 16 de mayo (16, 17, 18, 19, 20, y 23)... da por extinguido el vínculo laboral... por haber incurrido en abandono de trabajo, remitiéndosele el día 23 de mayo de 2005 a las 13 hs. el telegrama..." (fs. 307 vta., el primer destacado me pertenece, el segundo es del original).

La omisión en la notificación es relevante, por cuanto justamente la actora había expresado que se reintegraría el día 23, y el destacado del día y la hora de remisión del telegrama condice con la postura del responde en cuanto a la invocada ausencia en dicha jornada, soslayada en la notificación. Como ya se adelantó, una eventual ausencia ulterior de la trabajadora no puede ser ingresada como elemento de análisis tras el fin del contrato.

De todas formas, el abandono de trabajo como causal de extinción del contrato, comprende un elemento subjetivo -una intencionalidad- cual es la voluntad del trabajador de no volver a poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo, que si bien se presume -ante la intimación no acatada- es de analizar en cada caso, dado que, cuando el trabajador al responder requerimiento previsto en el art. 244 LCT, alega su intención de continuar el vínculo laboral, invocando una causal de justificación de sus inasistencias. Así, en principio, no se configura el presupuesto en cuestión, más allá de que sea cierta o no la causal referida. En el caso de autos, ante la voluntad expresada por la trabajadora de reintegrarse, debió el empleador acreditar acabadamente dicha intención, advirtiéndose en contra de sus aspiraciones, el primer elemento ya apuntado, de la omisión en la notificación -intentada remediar en el

responde- de imputar ausencia justo en el día en que la trabajadora expresó que se reintegraría; cómo además, la falta de notificación conforme a la ley, de la licencia de 2004, tornando verosímil las expresiones de la trabajadora, más aún por el largo tiempo de vacaciones que le correspondía.

Las formalidades que rodean el descanso laboral procuran la protección psicofísica del trabajador.

Así, el recibo de haberes es prueba del pago de las vacaciones, pero no de la concesión de las vacaciones en sí, y esto se debe al principio del "goce efectivo", por el cual el período anual no puede monetizarse (art. 162 LCT, cfr. fs. 27).

Entonces, poniendo la legislación laboral al empleador la carga de probar una actitud inequívoca de abandono por parte de Torres, es su primer incumplimiento a la institución de las vacaciones la que sella la suerte de cualquier ulterior indagación sobre la justificación del desenlace (art. 58, 154 y 244 LCT).

De todas formas, si quisiera entenderse que Torres no estaba de vacaciones y que había cometido un incumplimiento contractual por sus inasistencias, es de estimar que tenía una antigüedad superior a las dos décadas, razón por la cual aperecirla por abandono de trabajo ante la ausencia de sólo tres días, parece revelar la intención de poner fin al contrato de trabajo -y no, en su caso, corregir a la trabajadora ante supuestos incumplimientos obligacionales que per se no revelaban intención de abandono-; conducta que se ve ratificada con el despido, pese a la respuesta de la trabajadora donde daba cuenta de su voluntad de proseguir el vínculo, cerrando cualquier discusión la ya reiterada cuestión del día y hora en que se envió la notificación.

En definitiva, el empleador priorizó ponerle fin a la longeva relación -violando el principio de continuidad que le imponían las circunstancias del caso- antes que -eventualmente- sancionar a la trabajadora, si estimaba que había incurrido en un incumplimiento contractual (art. 220 LCT, véase mi voto en "Sánchez c/Dutra", Zeus t. 125, J-691).

Conclusivamente, el empleador no acreditó el abandono de trabajo invocado.

He de hacer lugar al agravio.

Por lo expuesto, dilucidado que se trata de un despido sin justificación, corresponde determinar los conceptos legales solicitados en la demanda (fs. 260 y ss.):

- a) indemnización por antigüedad;
- b) indemnización sustitutiva de preaviso;
- c) indemnización integrativa del mes de despido (mayo 2005);
- d) vacación proporcional 2005 y su SAC proporcional (arts. 153 y 156);
- e) SAC 2005 proporcional;

f) la agravación del 80% de la indemnización por antigüedad. Ello dado que el art. 16 de la ley 25561 duplicaba "...la indemnización que les correspondiese de conformidad con la legislación vigente". Y la ley vigente que regía al momento del despido es la 25972

(18/12/2004), que prorroga la suspensión de los despidos sin causa dispuesta por la norma de emergencia, disponiendo: "En caso de producirse despidos en contravención a dicha suspensión, los empleadores deberán abonar a los trabajadores afectados el porcentaje adicional que fije el Poder Ejecutivo Nacional por sobre la

indemnización que les corresponda conforme a lo establecido en el art. 245 de la LCT y sus modificatorias" (art. 4, párr. 2°, el destacado me pertenece). Por lo tanto, siendo ley posterior a la ley 25561 y su decreto 264/02, que en su art. 4 incluía en la duplicación todos los rubros indemnizatorios originados con motivo de la extinción del contrato de trabajo, la agravación del 80% alcanza solamente la indemnización por antigüedad (decreto 2014/04).

g) Los demás rubros peticionados no son consecuencia legal del despido directo, no mereciendo tratamiento por la falta de pedido de pronunciamiento (art. 246 CPCC, conforme mi voto en "Acevedo", Acuerdo N° 29 de 11/03/2014).

Los conceptos deberán ser liquidados de conformidad a la media jornada laboral, considerando una relación vigente desde 1° de abril de 1983 a 23 de mayo de 2005. Todo conforme se propicia en los considerandos anteriores. Se puntualiza que el encuadre bajo el CCT 26/1988, art. 7°, llega firme a esta instancia por falta de agravio concreto (art. 118 CPL, cfr. fs. 600).

7.-

La recurrente reputa erróneo el rechazo de los conceptos de la ley 24013, en el entendimiento de que -pese a lo aseverado por la a quo- sí consta a fs. 7 el telegrama N° 63305750, donde se intima a la correcta registración del vínculo.

Es cierto que consta el telegrama laboral TCL 63305750, efectivamente reconocido por la demandada, sin embargo lleva como fecha de imposición el 3 de junio de 2005 y no el 28 de febrero como propicia la reclamante (cfr. fs. 7, 263 vta., 599, 623 y 635). Nótese que el agravio no señala otra intimación antes de la resolución contractual de 23 de mayo de 2005, y que tienda a la rectificación registral en consonancia con la ley 24013, lo que sella su suerte respecto a las multas legisladas, puesto que su acreencia se supedita a que la relación se encuentre vigente (art. 3° del decreto 2725/91).

He de rechazar el agravio.

8.-

La otrora trabajadora manifiesta gravamen en relación a la improcedencia de la indemnización del art. 80 LCT alegando que no se le entregó la certificación de servicios.

En la demanda Torres ofrece como prueba la certificación de servicios y remuneraciones pero especificando que tenía fecha de 4/7/05, por el que el cumplimiento no sería tempestivo (fs. 264).

Es que si Palchick había puesto a disposición de Torres la certificación el 23 de mayo de 2005 pero la firmó el 4 de julio de 2005, no se abriga dudas en la mora que justifica la procedencia del rubro.

En consecuencia, concluyo que en el supuesto de autos, la espera impuesta por la norma reglamentaria carece de relevancia ante la conducta de la propia parte empleadora que torna irrelevante cualquier plazo adicional ("Espinoza", Acuerdo 294 de 6/12/13).

He de receptar el agravio.

9.-

El capital de condena debe llevar intereses.

Sobre la cuestión, en poco más de una década esta Sala se vio obligada a recaer repetidas veces en el tópico del interés de los créditos laborales.

Al respecto, no fue la excepción, sino que otros tribunales también variaron la tasa de interés aplicable, existiendo al respecto incertidumbre, siendo la cuestión motivo de abordaje en distintos ámbitos académicos.

Las modificaciones en cuestión, tuvieron y tienen como principal objetivo razones de justicia, para evitar que el crédito del trabajador pierda su valor intrínseco. Es que "contemplaron la evolución de la economía, y el aumento de precios o del costo de vida.

En definitiva, la desvalorización de la moneda" (mi voto en ("TABORDA, MIGUEL ÁNGEL C/IDEM SA", Zeus T. 128, J-396.).

"Es que, más allá de la prohibición de aplicar índices de actualización, como de rechazarse en general planteos que pretendían la declaración de inconstitucionalidad de la norma que la veda, lo cierto es que las tasas de interés que se aplican contienen una porción destinada a cubrir, justamente, la desvalorización monetaria, de allí que cuando los jueces verifican un aumento de ésta, tienden a hacer lo propio con la tasa de interés que aplican". Consecuentemente "lo que parece más adecuado es fijar una tasa de interés que su componente de resguardo frente a la desvalorización resulte adecuado a la pérdida del valor adquisitivo del salario" (ibídem).

Por su parte, la disparidad de las tasas que se aplican usualmente, es notoria. Contestes los jueces laborales en que la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina se encontraba lejos de resguardar los derechos del trabajador, se comenzó a aplicar tasas de una vez y media o dos veces aquella, y recientemente la Cámara de Apelación Laboral de la ciudad de Santa Fe, Sala II fijó como criterio la aplicación de la tasa que informa el BCRA "Empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito", con más un adicional.

Por su parte, y en la ya expresada recurrencia al tema, esta Sala recientemente se pronunció en "Taborda", donde se interpretó que la tasa más justa era la Nominal Anual para Préstamos Personales Libre Destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses, a partir del 1° de enero de 2010. Ello, siempre contemplando la evolución de la economía, y el aumento de precios, teniendo presente la prohibición de actualizar los créditos laborales (ley 23928).

En ese contexto, se propició que para cumplir su función el interés de un crédito laboral debe ser positivo, es decir superar cuanto menos la pérdida del valor de nuestra moneda, resultante del proceso inflacionario.

Pero, a la fecha, el Banco de la Nación Argentina ha reducido el plazo a un máximo de 36 meses, extremo que obliga a volver a considerar la cuestión (<http://www.bna.com.ar/Personas/NacionDestinoLibre>).

También, por otra vertiente, en el último año la economía de la Nación ha comenzado a mostrar rasgos de extrema volatilidad que, también fuerzan al tribunal en el mismo sentido. Este extremo de la realidad económica hace evidente que la mayoría de las circunstancias en las que se basa la nueva decisión son de conocimiento público.

Solamente en el último semestre, la moneda de curso legal sufrió una depreciación que ronda el 40%, acelerando el proceso inflacionario que Argentina acarrea desde larga data, lo que trastoca los precios relativos del mercado.

Dicha volatilidad torna incierto cualquier pronóstico, y su permanencia en cuanto a las tasas de interés -mientras que un juicio laboral lleva un plazo prolongado- desaconseja seguir invariablemente una tasa individualizada de un banco determinado, sujeta a su vez a vaivenes de la economía y sus eventuales necesidades circunstanciales.

Por lo demás, los índices que llevaba el Indec han sido cuestionados, habiendo el propio organismo comenzado a publicar un Índice de Precios al Consumidor (IPC) alternativo, basado en indicadores sugeridos por otras dos instituciones del Servicio Estadístico Nacional: el IPC de la Dirección Provincial de Estadística y Censos de la provincia de San Luis y el IPC de la Dirección General de Estadística y Censos de la Ciudad de Buenos Aires (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, "IPC alternativo de febrero de 2016", ISSN 0327-7968).

Por el otro lado, aunque se lograra el conocimiento referido -o se aproximara- no es menos cierto que el Banco Central de la República Argentina se encuentra interviniendo fuertemente en el costo del crédito (la tasa máxima aplicable para empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito, correspondiente a abril de 2016, es de 53,44%). Asimismo, mediante las Letras del Banco Central (LEBAC), apuesta a una emisión de deuda con el declarado objetivo de regular la cantidad de dinero e influir sobre la estructura de tasas de interés de la economía.

Así, entre el aumento sostenido y generalizado del nivel de precios junto al creciente y cambiante costo financiero, considero razonable, justo y prudente, utilizar un parámetro que la legislación laboral ha previsto para créditos de igual naturaleza.

En ese sentido, como expuse en "Taborda", "la legislación laboral reciente introdujo el criterio de que la tasa de interés debe tener en cuenta el valor intrínseco del crédito. Así el art. 17.4 de la ley 26773 refiere -para el caso que contempla- a la aplicación de "los intereses a la tasa prevista para la actualización de créditos laborales", y la posterior ley 26844, en su art. 70 dispone: "Actualización. Tasa aplicable. Los créditos demandados...deberán mantener su valor "conforme lo establezca el Tribunal". Más allá de cuestiones de técnica legislativa, lo cierto es que ambas disposiciones refieren a la "tasa", esto es al interés, y al mantenimiento - mediante aquel- del valor de la deuda de origen laboral. A su vez, la ley 26773, en su artículo 8, introdujo el ajuste permanente de importes atinentes a la reparación de infortunio laboral, a través del índice de Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE).

Definitivamente, sin sobreestimar las palabras empleadas o las técnicas legislativas, es indudable que la legislación mencionada refiere al impedimento de la depreciación del crédito laboral.

En esa línea, parece apropiado que toda indemnización laboral merezca el mismo amparo, pues lo contrario significaría que el ordenamiento jurídico argentino tolera una graduación del principio de irrenunciabilidad, lo cual soslayaría el art. 14 bis de la Constitución de la Nación y el art. 15 de la Ley de Contrato de Trabajo, además de ser una solución que contraviene a todo Estado Democrático de Derecho.

No se desconoce que algunos pudieran postular que esta hermenéutica conlleva una actualización vedada legalmente, basando dicha imputación en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Massolo" (M. 913. XXXIX. RHE, de 20/4/2010).

Allí, el tribunal cimero ratificó la potestad del Congreso nacional para determinar que los jueces deben dar pleno efecto al régimen nominalista adoptado en virtud de la "soberanía monetaria" (considerando 16).

Sin embargo, desde el plano constitucional, este tribunal de alzada tiene la facultad, incluso el deber tratándose de la tutela del trabajador en todas sus dimensiones, de apartarse de la doctrina de la Corte nacional cuando concurren diferentes hipótesis fácticas o introducción de nuevos argumentos. Es que la misma doctrina del "leal acatamiento" avala esta tesitura (A. y S., t. 266 p. 302). En el presente, concurrente ambos presupuestos.

En efecto, desde el 2010 -cuando la Corte ratificó su inveterada doctrina- se ha presentando la serie de fenómenos económicos descriptos que alteran la realidad que contiene el presente pronunciamiento.

Respecto de los nuevos argumentos, el mantenimiento del crédito laboral frente a las vicisitudes tiene como sostén indiscutible la misma doctrina constitucional que ese mismo tribunal ha venido ahondado invariablemente. Sólo por aludir un antecedente jurisprudencial próximo a la actualidad, merece mención la causa "Romagnoli" (CSJ 178/2007 (43-R) ICS1, 30/06/2015). En dicho pronunciamiento, el Tribunal reiteró la descalificación de "...toda interpretación que admitiera la renuncia al goce de derechos del trabajador cuya fuente primaria fuera la propia Constitución Nacional..." (considerando 3°). Desde 1957 sigue vigente, y aquí sí no cabe la ausencia de acatamiento, que "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor..." (art. 14 bis).

Contrariamente al plano fáctico en que el más Alto Tribunal dictó "Massolo", nuestra sistema jurídico vigente distingue arbitrariamente, incluso, entre labor autónoma y dependiente. Es que la ley 27170 publicada en el Boletín Oficial el 8 de septiembre de 2015, enmendó la Ley de Concursos y Quiebras del siguiente modo: "Por cada solicitud de verificación de crédito que se presente, el acreedor, sea tempestivo, incidental o tardío, pagará al síndico un arancel equivalente al diez por ciento (10%) del salario mínimo vital y móvil que se sumará a dicho crédito. El síndico afectará la suma recibida a los gastos que le demande el proceso de verificación y confección de los informes, con cargo de oportuna rendición de cuentas al juzgado quedando el remanente como suma a cuenta de honorarios a regularse por su actuación" (art. 1°). Entonces, el Congreso de la Nación ha permitido que un profesional liberal esté excepcionado del nominalismo.

Dentro de ese marco conceptual, y de conformidad a anteriores precedentes concordantes, estimo que todo crédito cuya causa sea un contrato laboral, llevará una tasa de interés, a partir del 1° de enero de 2010, equivalente al coeficiente del índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables) más un 8% anual, hasta el pago. Para todo accesorio devengado antes del 1° de enero de 2010, cabe remitirse al precedente "Ducado" de esta Sala -integrada- que fue seguido

posteriormente ("DUCADO S.A. C/ DOMINGUEZ ALFREDO", Acuerdo N° 67 de 18/5/2009).

10.-

La imposición de costas merece un capítulo especial. En el presente juicio se acumulan dos sujetos demandados con resultados diversos. En consecuencia, no hay hesitación en que los gastos del proceso exigen tratamiento desmembrado ("Blanco", Acuerdo N° 124 de 8/05/14).

En esta instancia, se confirma el rechazo de la demanda contra Néstor Mario Palchik, librándose de las costas de la pretensión principal en ambas instancias (art. 101 CPL). Sin embargo, debe contribuir a sufragar las tachas en las que resultó vencido junto al codemandado Samuel Palchik.

En cambio, la recepción parcial de la demanda contra este último, ahora en persona de sus sucesores, conlleva la distribución de las costas entre ese codemandado y la actora, en la medida de los vencimientos recíprocos, extremo que estimo prudente se difiera al momento de la liquidación.

A la segunda cuestión, voto por la afirmativa parcial.

A similar cuestión, la Dra. Anzulovich dijo: Coincido con las razones manifestadas, por lo cual voto en igual sentido.

A igual cuestión, el Dr. Pastorino dijo: Por análogas razones a las expresadas respecto de la primera cuestión, me abstengo de emitir opinión.

3.- A la tercera cuestión. El Dr. Angelides dijo: Corresponde: 1) Integrar la sentencia de primera instancia, haciendo lugar a la tacha interpuesta por la demandada contra la testigo Caiazza, con costas a la actora, y rechazar las interpuestas contra Cimarelli y Sacripanti, con costas a la demandada. 2) Corregir el error numérico contenido en la sentencia de grado respecto de la fecha de inicio de la relación laboral, debiendo entenderse que se declaró la del 1° de abril de 1983. 3) Declarar desierto el recurso de nulidad, y hacer lugar parcialmente al de apelación interpuesto por la actora. 4) Revocar en consecuencia, parcialmente, la sentencia venida en revisión, procediendo la demanda en los siguientes términos: "condenar a los sucesores de Samuel Palchik a pagar a Mabel Torres, los rubros determinados en los considerandos 6 y 8 de este acuerdo". En lo demás, se confirma la resolución en cuanto fue objeto de recurso y agravios. 4) Disponer que el capital a liquidar por planilla, lleve desde que se devengó y hasta su pago, un interés equivalente a la tasa activa sumada del Banco de la Nación Argentina y, a partir del 1° de enero de 2010, un 8% anual adicional al coeficiente del índice RIPTE. 5) El pago deberá efectuarse dentro del plazo de tres días de aprobada la planilla. 6) Imponer las costas de conformidad al régimen establecido en el considerando 9. 7) Fijar los honorarios de la Alzada en el 50% de los que se fijen en primera instancia (art. 19 de la ley 6767).

A la misma cuestión, la Dra. Anzulovich dijo: Adhiero a la decisión propuesta por el Dr. Angelides, por lo cual voto en su mismo sentido.

A igual cuestión, el Dr. Pastorino dijo: Que habiendo tomado conocimiento de dos votos totalmente coincidentes, que hacen sentencia válida, me abstengo de emitir opinión (art. 26 ley 10160).

Practicada la votación pertinente, la Sala Tercera de la Excm. Cámara de Apelación en lo Laboral;

RESUELVE: 1) Integrar la sentencia de primera instancia, haciendo lugar a la tacha interpuesta por la demandada contra la testigo Caiazza, con costas a la actora, y rechazar las interpuestas contra Cimarelli y Sacripanti, con costas a la demandada. 2) Corregir el error numérico contenido en la sentencia de grado respecto de la fecha de inicio de la relación laboral, debiendo entenderse que se declaró la del 1° de abril de 1983. 3) Declarar desierto el recurso de nulidad, y hacer lugar parcialmente al de apelación interpuesto por la actora. 4) Revocar en consecuencia, parcialmente, la sentencia venida en revisión, procediendo la demanda en los siguientes términos: "condenar a los sucesores de Samuel Palchik a pagar a Mabel Torres, los rubros determinados en los considerandos 6 y 8 de este acuerdo". En lo demás, se confirma la resolución en cuanto fue objeto de recurso y agravios. 4) Disponer que el capital a liquidar por planilla, lleve desde que se devengó y hasta su pago, un interés equivalente a la tasa activa sumada del Banco de la Nación Argentina y, a partir del 1° de enero de 2010, un 8% anual adicional al coeficiente del índice RIPTE. 5) El pago deberá efectuarse dentro del plazo de tres días de aprobada la planilla. 6) Imponer las costas de conformidad al régimen establecido en el considerando 9. 7) Fijar los honorarios de la Alzada en el 50% de los que se fijen en primera instancia (art. 19 de la ley 6767). Insértese, hágase saber y oportunamente, vuelvan al Juzgado de origen.

.....

Sumario:

CONTINGENCIAS ANTERIORES A LA SANCIÓN DE LA LEY 26773 – IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN INMEDIATA DE LA LEY 26.773 A PARTIR DE LA DOCTRINA DE LA CSJN *IN RE* “ESPÓSITO” - INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE DEL ART. 12 DE LA L.R.T.

Carátula: “VERGARA, DOMINGO AQUILINO c. LIBERTY ART S.A. (hoy SWISS MEDICAL ART S.A.) s. DEMANDA PREST. LEY 24557” (Expte. Nro. 238/2015)

1ra Instancia: Juzgado de Primera Instancia de Distrito Civil, Comercial y Laboral N° 1 de Villa Constitución. Se rechazó la aplicación inmediata de la ley 26773 y se hizo lugar parcialmente a la demanda fijándose la tasa de interés activa promedio mensual sumada que establece el BNA.

2da Instancia: Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario, Sala II. Fecha: 30/08/2016. Se considera imposible la aplicación de la ley 26773 a siniestros ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia conforme la doctrina de la CSJN sentada en la causa “Espósito”. Se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia y se resuelve declarar la inconstitucionalidad e inaplicabilidad al caso del art. 12 LRT. A los fines de cuantificar la indemnización debida, se resuelve considerar el salario que cobraría un trabajador de igual categoría y convenio a la fecha de esta sentencia con más una tasa de interés del 6% anual.

1.- La CSJN se expidió en la causa “Espósito, Dardo Luis c. Provincia ART”, entendiéndose que la ley 26773 no podía ser aplicada a contingencias acontecidas en una fecha

anterior a su sanción, es decir, antes del 24.10.2012. La decisión de la Corte nacional no deja resquicio interpretativo alguno respecto de la imposibilidad de aplicar la ley 26773 a siniestros ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia ya que, más allá de que se comparta o no la postura por la que optó el Máximo Tribunal, mantener el mismo criterio llevaría inexorablemente a que finalmente se viera perjudicado el trabajador frente a la dilación que se generaría frente a la esperable resistencia de las ART a abonar las sentencias dictadas sin acatar la doctrina que emana de “Espósito” (Del voto de la Dra. Roxana Mambelli).

2.- El trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional conforme el art. 14 bis CN, y ello se encuentra reforzado ante la implementación del derecho internacional de los derechos humanos, con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (Del voto de la Dra. Roxana Mambelli).

3.- El más Alto Tribunal desde el año 2004 ha sentado el criterio de otorgar a las víctimas de un siniestro laboral una reparación justa y suficiente para los trabajadores, lo que debe reflejarse sin distinción tanto si el reclamo indemnizatorio por minusvalía o muerte se enmarca dentro o fuera del sistema (Del voto de la Dra. Roxana Mambelli).

4.- A los fines de determinar la indemnización parcial permanente de Vergara debe estarse al art. 12, LRT por ser la norma que indica el modo de efectuarse el cálculo correspondiente; pero no puede perderse de vista que dicha norma -la que se ha mantenido inmutable desde su sanción hasta la actualidad- ha sido dictada en el año 1996 en un contexto socio económico histórico que difiere sustancialmente del actual. Hace veinte años atrás existía una cierta estabilidad económica: en aquel escenario una indemnización solicitada con fundamento en la LRT, utilizando como base de cálculo los doce últimos salarios devengados antes de la primera manifestación invalidante o de la fecha del accidente, no arrojaba grandes diferencias numéricas entre ésta última fecha y la del momento de la obtención de la indemnización reclamada; pero ello no ocurre al día de la fecha (Del voto de la Dra. Roxana Mambelli).

5.- Corresponde la declaración de inconstitucionalidad del art. 12, ley 24557 en tanto su aplicación en el sub lite determina una indemnización injusta, insuficiente e inequitativa. La indemnización que se obtiene con la aplicación de la norma en examen no asegura la satisfacción de los niveles elementales de los derechos de jerarquía constitucional y supralegal que se encuentran involucrados, su aplicación beneficiaría injustificadamente al deudor, y sería violatorio del art. 21, inc. 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos el que consagra que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa” (Del voto de la Dra. Roxana Mambelli).

6.- A los fines de cuantificar la reparación que se reclama, se deberá tener en cuenta para establecer el IBM del actor, el salario que cobraría un trabajador de igual categoría y convenio a la fecha de la sentencia (Del voto de la Dra. Roxana Mambelli).

7.- Se deberá aplicar una tasa pura del 6% anual a partir de la fecha de la denuncia efectuada a la demandada y hasta diez días de notificada la sentencia. A partir de allí y hasta su efectivo pago se aplicará la tasa activa con capitalización mensual en caso de incumplimiento practicada que fuere la planilla (Del voto de la Dra. Roxana Mambelli).

Fallo completo:

Acuerdo Nro 283 En la ciudad de Rosario, a los 30 días del mes de agosto del año dos mil dieciséis, se reunieron en Acuerdo las Juezas de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Laboral, Dras. Roxana Mambelli, Lucía María Aseff y Adriana María Mana, con el fin de dictar sentencia en los autos caratulados “VERGARA, DOMINGO AQUILINO c. LIBERTY ART S.A. (hoy SWISS MEDICAL ART S.A.) s. DEMANDA PREST. LEY 24557” (Expte. Nro. 238/2015) venidos para resolver los recursos de nulidad y apelación parcial interpuestos por el actor contra el fallo Nro. 355 del 20 de marzo de 2015, dictado por la Jueza de Primera Instancia de Distrito Civil, Comercial y Laboral Nº 1 de Villa Constitución. Efectuado el estudio de la causa, se resolvió plantear las siguientes cuestiones:

1. ¿ES NULA LA SENTENCIA RECURRIDA?
2. EN SU CASO ¿ES JUSTA?
3. ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Dras. Mambelli, Aseff y Mana.

A la primera cuestión: La Dra. Mambelli dijo:

El recurso de nulidad interpuesto a fs. 202 por el actor no ha sido fundado explícitamente en esta instancia y no se advierten vicios extrínsecos en el procedimiento ni en la resolución que autoricen su declaración de invalidez ex officio.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión: Las Dras. Aseff y Mana dijeron: Atento los fundamentos expuestos por la Vocal preopinante, votamos en idéntico sentido.-

A la segunda cuestión: la Dra. Mambelli dijo:

Contra la sentencia de fs. 190 y ss. dedujo el actor recurso de apelación parcial a fs. 202, expresó sus agravios a fs. 225 y ss., sin que fueran contestados por la demandada (cf. fs. 239). A fs. 208 apeló parcialmente la demandada desistiendo de tal recurso a fs. 236, lo que se tuvo presente por la Sala y así será considerado.

Asimismo, atento el dictado por la CSJN del fallo “Espósito, Dardo Luis c. Provincia ART S.A.”, esta Sala consideró necesario correr un traslado a ambas partes con el objeto de otorgar la posibilidad de efectuar las consideraciones que estimaran necesarias a su defensa. Cumplido el mismo por el actor a fs. 251 y ss. y por la aseguradora a fs. 260, quedaron así los presentes en estado de resolver.

1. Antecedentes de la causa

1.1. El actor, de 57 años de edad, reclamó a la aseguradora el pago de una indemnización por enfermedades profesionales (síndrome doloroso lumbar crónico, cervicalgia y omalgia izquierda) ante el rechazo de las mismas luego de su denuncia por inculpables.

1.2. Vergara laboraba para Acindar SA sita en Villa Constitución, desde el año 01.06.79 hasta su retiro el día 31.08.08, siendo su última categoría laboral "operador D" en posición "operador patio palanquilla" dentro del convenio UOM. Durante el curso de la relación laboral se desempeñó como operario de producción en secciones como expedición, artac -planta de tubos en caliente-, PTF -planta de tubos en frío- y los dos últimos años en "acería" todas las cuales le demandaron un enorme esfuerzo físico. La jornada laboral que realizaba era de 8 hs. diarias y 48 hs semanales con turnos rotativos.

1.3. Solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 21 y 46.1, ley 24557 respecto a la competencia y de los arts. 6. ap. 2 a) y b), LRT; art. 2 ap. 2 b) y 12, dec 1278/00; arts. 2 y 7, decreto 410/2001 y Res. SRT 305/2001 en lo que refiere a las enfermedades profesionales no enlistadas y su posibilidad de resarcimiento dentro del sistema. Con posterioridad a la sanción de la ley 26773, solicitó la percepción de las prestaciones dinerarias reclamadas con la actualización de los importes y supresión del tope previsto en el art. 14. inc. 2 ap. a) y b) derogado por Decreto 1694/09 y la actualización por intermedio del índice RIPTE vigente a la fecha del pago y subsidiariamente la declaración de inconstitucionalidad de su art. 17.5 (fs. 146 y ss.) así como del decreto 472/14 (fs. 200 y ss.).

1.2. La sentencia impugnada

El pronunciamiento recurrido -a cuyos fundamentos de hecho y derecho remito en mérito a la brevedad-: 1) declaró la inconstitucionalidad de los arts. 6.2, 21, 22 y 46, ley 24557; 2) rechazó la aplicación inmediata de la ley 26773 y la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada; 3) hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a la aseguradora a abonar el monto que arrojará la planilla conformada por capital (art. 14.2.a, ley 24557) con más una tasa de interés equivalente a la activa promedio mensual, sumada, que establece el BNA desde el 20.07.2010 y hasta su efectivo pago; 4) impuso las costas a la demandada.

2. Los agravios

Los reproches vertidos por el actor contra el decisorio son -en suma- los que siguen: a) la disminución de la incapacidad al cuantificar erróneamente los factores de ponderación previstos en el Decreto 659/96; b) el rechazo de las mejoras introducidas por la ley 26773 (arts. 8, 17 inc. 5 y 3) con más la inconstitucionalidad del decreto 472/14 y arbitrariedad fáctica por desconocimiento del nivel alto de inflación.

A fs. 251 y ss., solicitado por esta Sala que se expidan las partes ante el dictado del fallo de la CSJN "Espósito c. Provincia ART", el actor planteó "realismo económico" y solicitó el reajuste de las prestaciones brindando tres opciones al respecto: 1) la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 12 de la ley 24557; 2) aplicación de una tasa de interés moratorio diferenciado: a) desde la fecha de la primera manifestación invalidante hasta enero del 2014, una tasa activa una vez y media del BNA -sumada-; b) desde febrero del 2014 hasta la fecha del efectivo pago, tasa activa doble del BNA hasta la fecha del efectivo pago; c) la capitalización de intereses conforme el art. 770,

CCCN, cada 4 meses (ley 27.077) desde la fecha de la sentencia; 3) pretensión indexatoria, en subsidio, (inconstitucionalidad del art. 4, ley 25561 y normas reglamentarias).

3. La materia recursiva

Las quejas vertidas en esta sede conducen al tratamiento de las siguientes cuestiones: 1) la determinación de la incapacidad respecto a los factores de ponderación; 2) la aplicación de la ley 26773; 3) el IBM a considerar en el sub examine a los fines de la determinación de la indemnización por incapacidad; 4) la tasa de interés.

3.1.1. La determinación de incapacidad respecto a los factores de ponderación

Expresó el recurrente que era errónea la metodología utilizada por la sentenciante para cuantificar el porcentual total de la incapacidad del actor.

Así, expuso que la pericia médica oficial estableció como incapacidad laboral el porcentaje de 30 % (fs. 69) con más los factores de ponderación, el porcentaje total ascendería a 43,50% (fs. 69 y 76). La jueza efectuó un recálculo atento a que el perito no consideró el régimen de capacidad restante por lo que, el primer porcentaje quedaría en un 27,24 % (fs. 196) y, considerando los factores de ponderación por tipo de actividad, recalificación y edad en un total de 13,50 % (3% + 0,5% + 10%) (fs. 69 y 76), la incapacidad laboral arrojaría un total de 40,74% t.o.

Indicó que la jueza -utilizando un criterio que no tiene sustento legal- en lugar de sumar ambos ítems, procedió a promediar la incapacidad laboral con el porcentaje asignado a los factores de ponderación, de esta manera: $27,24\% \times 13,50\% = 3,68\%$ y luego sumó este porcentaje a la incapacidad arribando a una incapacidad final del 30,92%. Señaló que esa mecánica de cuantificación provocó una disminución de la incapacidad que le corresponde al actor en un 9,82%.

Esta Sala se ha expedido sobre el punto en los caratulados "Quilici, Ruben c. Liberty ART S.A." -Acuerdo Nº 143/2015-, donde -con voto de la Dra. Aseff- se decidió (con fundamentos a los que remito en mérito a la brevedad) que el criterio de interpretación del Decreto 658/96 era determinar la incapacidad del actor calculando el porcentual de los factores de ponderación sobre la incapacidad y luego el producto de esos factores adicionarlos al porcentual.

Por todo lo cual, corresponde hacer lugar al agravio, en el sentido de sumar los porcentajes determinados por el perito a fs. 69 y 76, arribando a una incapacidad de 40,74 % de la t.o.

3.1.2. La aplicación de la ley 26773

3.1.2.1. Esta Sala -invariablemente desde el año 2013- se ha expedido acerca de la aplicación inmediata de las mejoras introducidas por la ley 26773 a situaciones acaecidas antes de su entrada en vigencia (a excepción del art. 3, lo que no viene al caso analizar ahora); en tal sentido, cfr. -por todos- "Heredia c. Municipalidad" -Acuerdo 396/13-, "Malpiedi c. Prov. de Santa Fe" -Acuerdo Nº 18/14-, "Plaza, Vicente c. Municipalidad de Rosario", Acuerdo Nro. 87/2014; "Miño, Blas c/ Asociart ART SA", Acuerdo Nro. 107/2014.

Concretamente, respecto a la actualización a través del decreto 472/2014 (criterio que se inició en "Ortiz c. Liderar" -Acuerdo 119/2015-) se señaló que "... a la deficiente redacción de la norma sancionada el 23/10/2012 se adicionó la demora en

la sanción de su reglamentación así como la publicación por parte de la Secretaría de Seguridad Social (SSS) del Ministerio de Trabajo de la Nación de las Resoluciones que, a futuro, iban a ir actualizando los “importes” de la Ley de Riesgos, tal como lo contempla el art. 8” así como que “... Tampoco puede dejarse de lado que aún sin haberse sancionado estas últimas disposiciones una de las interpretaciones posibles que la doctrina esbozó radicó en el entendimiento de que el índice RIPTÉ, al cual se referían los arts. 8 y 17.6 de la 26.773, debía aplicarse sólo a los importes fijos tal como la norma ordenaba, cuales son: los adicionales de pago único y los pisos impuestos por el decreto Nº 1694/09”.

Adelanto desde ya que, a partir del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Espósito c. Provincia ART” (07.06.2016), necesariamente habré de variar la postura que surge de los antecedentes de esta Sala, mas sobre ello abundaré más adelante.

3.1.2.2. No resulta ocioso recordar que la pésima técnica legislativa que se advierte en la redacción de la ley 26773 dio lugar a múltiples y encontradas interpretaciones. Sin ir más lejos, las Salas que componen esta Cámara de Apelación han sostenido –cada una de ellas por mayoría de sus integrantes- criterios que diferían entre sí, situación que se replicó a lo largo y a lo ancho del país.

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (en “Martín Pablo Darío c/ Mapfre ART SA. s/ ordinario - accidente -ley de riesgos - recurso de casación e inconstitucionalidad”; 20.02.2014) generó un quietus en esa provincia, al igual que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (a partir del fallo plenario “Navarro, Juan Armando vs. La Segunda ART S.A. s. Accidente”; 14.05.2015- RC J 3175/15), el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro (en autos “Martínez, Néstor Omar c. León, Carlos Raúl s. accidente de trabajo. Inaplicabilidad de ley”; 10.06.2015) y la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (en los caratulados “Staroni, Lidia Estela c. Provincia ART S.A. y ots. s. Amparo”, del 24/05/2016), al fallar todos –mutatis mutandi- en el sentido de no aplicar la ley 26773 a contingencias ocurridas antes de su sanción.

Frente a tan amplio abanico de disímiles interpretaciones (lo que se replicaba en la doctrina especializada sobre el tema), resultaba necesario y esperable que el más Alto Tribunal de la Nación se pronunciara sobre este ítem.

Ello se concretó el 07.06.2016 al expedirse en la causa “Espósito, Dardo Luis c. Provincia ART”, cuando entendió -en suma- que la ley 26773 no podía ser aplicada a contingencias acontecidas en una fecha anterior a su sanción, es decir, antes del 24.10.2012, adoptando uno de los criterios de interpretación en danza hasta el momento (aunque no el de esta Sala, reitero).

3.1.2.3. Dijo la CSJN que:

“...en octubre de 2012 la ley 26.773 introdujo nuevas modificaciones sustanciales en el régimen de reparación de los daños derivados de los riesgos del trabajo.” Trajo a colación la letra del art. 8 y del art. 17.6, ley 26773 así como que el “decreto reglamentario 472/14 explicitó que el ajuste previsto en los arts. 8 y 17.6 se refería a los importes de las prestaciones adicionales de suma fija que habían sido incorporadas al régimen por el decreto 1278/00, y de los pisos mínimos establecidos por el decreto 1694/09 y por el art. 3 de la propia ley reglamentaria”.

“...el art. 17.5 de la ley 26.773 dejó en claro que 'las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero' entrarían en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarían únicamente 'a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha”.

También se expidió sobre dos antecedentes concernientes a la aplicación temporal del decreto 1278/00 -“Lucca de Hoz” y “Calderón”- distinguiéndolos de lo acontecido en la causa “Espósito”, en la que se trataba de la aplicación de la ley 26773. Así fue que meritó que el art. 19 de dicho decreto no había fijado una pauta suficientemente clara respecto a su entrada en vigencia y que los planteos que pretendían que no había aplicación retroactiva si ésta era tenida en cuenta para reparar incapacidades que adquirieron carácter definitivo con posterioridad a su entrada en vigencia, debían ser examinados desde una perspectiva que tuviera en cuenta que el decreto de necesidad y urgencia en cuestión, según sus propios considerandos, perseguía fines “perentorios e impostergables”, y procuraba dar respuesta a la necesidad de mejorar el régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo “de inmediato”.

Respecto a “Calderón”, manifestó que no podía soslayarse que se trataba de planteos atinentes a la diferencia existente en el decreto y su reglamentación respecto de qué contingencias quedarían regidas por las modificaciones introducidas por el decreto 1278/2000, y que ante el silencio del art. 19 de esta última norma, correspondía aplicar las reglas del art. 3 del CC, las que no podían ser desvirtuadas por un decreto reglamentario.

Confrontando la situación de “Calderón” con la de “Espósito”, concluyó que no podía aplicarse la ley 26773 a contingencias anteriores a su sanción, porque “...a) la propia ley 26773 estableció pautas precisas para determinar a qué accidentes o enfermedades laborales correspondería aplicarles las nuevas disposiciones legales en materia de prestaciones dinerarias; y b) ante la existencia de estas pautas legales específicas quedó excluida la posibilidad de acudir a las reglas generales de la legislación civil sobre aplicación temporal de las leyes”; y que “en síntesis, la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los 'importes' a los que aludían los arts. 1º, 3º y 4º del decreto 1694/09 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicaran a las contingencias futuras; más precisamente, a los accidentes que ocurrieran y a las enfermedades que se manifestaran con posterioridad a la publicación del nuevo régimen legal. El texto del art. 17.5, al establecer que 'las nuevas disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero' entrarían en vigencia a partir de la publicación de la ley en el Boletín Oficial, no dejó margen alguno para otra interpretación” y “que la precisa regla que emana de este último precepto legal no puede dejarse de lado... mediante la dogmática invocación de supuestas razones de justicia y equidad”.

Asimismo el fallo dejó aclarado que tampoco puede acudirse a la doctrina emanada de los fallos “Arcuri Rojas” y “Camusso”, en tanto las circunstancias del caso sometido a decisión diferían notablemente, brindando las explicaciones sobre las que no abundaré por no considerarlo necesario en la especie.

3.1.2.4. Rememoro que el fundamento primordial de la aplicación inmediata tanto de los decretos 1694/09 cuanto de la ley 26773 en el sistema de riesgos del trabajo tuvo por fin último mejorar las prestaciones dinerarias debidas al trabajador, quien ya de por sí no sólo tenía que lidiar con un siniestro incapacitante sino también con la dilación en la percepción de la reparación que le correspondía.

Empero, la decisión de la Corte nacional no deja –a mi modo de ver- resquicio interpretativo alguno respecto de la imposibilidad de aplicar la ley 26773 a siniestros ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia –tal como venía haciendo esta Sala- ya que, más allá de que se comparta o no la postura por la que optó el Máximo Tribunal (la que, insisto, coincide con una de las líneas interpretativas posibles, ver punto 3.1.2.2.), mantener el mismo criterio llevaría inexorablemente a que finalmente se viera perjudicado el trabajador frente a la dilación que se generaría frente a la esperable resistencia de las ART a abonar las sentencias dictadas sin acatar la doctrina que emana de “Espósito”.

3.1.2.5. En consecuencia, el reproche concerniente a la aplicación de la ley 26773 al sub lite no resulta atendible.

3.1.3. El IBM a considerar en el sub examine a los fines de la determinación de la indemnización por incapacidad

3.1.3.1. Luego de la sentencia de la CSJN “Espósito” esta Sala consideró que era necesario que las partes argumentaran sobre el particular y formularan las peticiones que entendieran pertinentes.

De modo tal, el actor solicitó el reajuste de las prestaciones brindando tres opciones al respecto: 1) la inconstitucionalidad sobrevinida del art. 12 de la ley 24557; 2) aplicación de una tasa de interés moratorio diferenciado; 3) pretensión indexatoria, en subsidio (inconstitucionalidad del art. 4, ley 25561 y normas reglamentarias).

Por su parte, lacónicamente, la aseguradora solicitó que se aplique el fallo de la Corte lisa, plena y llanamente.

Adelanto que, en la especie comparto la solución que brinda la primera opción propuesta por el actor, la que aparecería como razonable e idónea para asegurar que la reparación debida no quede desfasada de la realidad económica y el transcurso del tiempo en una época de acentuación del proceso inflacionario y paralelo incremento de las remuneraciones.

3.1.3.2. Dice el art. 12, LRT que “1. A los efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias se considera ingreso base la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones, con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, devengadas en los DOCE (12) meses anteriores a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor a UN (1) año, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado.; 2. El valor mensual del ingreso base resulta de multiplicar la cantidad obtenida según el apartado anterior por 30,4”.

Así, a fin de determinar el IBM en el caso, habría que aplicar una norma que cuenta con veinte años de antigüedad.

3.1.3.3. El trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional conforme el art. 14 bis CN, y ello se encuentra reforzado ante la implementación del derecho

internacional de los derechos humanos, con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.

La Constitución nacional también regula en el art. 19 el derecho a no ser dañado o “alterum non laedere” cuyo correlato se encuentra en el derecho a obtener una reparación justa. Así lo entendió la Corte de la Nación en el precedente "Santa Coloma, Luis I. y otros c. Ferrocarriles Argentinos", C.S.J.N, del 5.08.86 y fue reconocido, además, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (vgr. “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, sentencia del 3 de marzo de 2011, reparaciones y costas, en su párrafo 62).

La Suprema Corte también aludió a la necesidad de una “reparación justa” en “Aquino”, cuando descalificó la escasa e insuficiente reparación que otorgaba las indemnizaciones del sistema especial, vedado como tenía el trabajador su reclamo extrasistémico; lo reiteró al declarar la inconstitucionalidad del pago por medio de una renta periódica en “Milone”; reafirmó su criterio en el fallo “Ascua” y en “Lucca de Hoz”, el que trató respecto de la afectación de la dignidad de la persona y el derecho de propiedad. Lo cierto es que el más Alto Tribunal desde el año 2004 ha sentado el criterio de otorgar a las víctimas de un siniestro laboral una reparación justa y suficiente para los trabajadores, lo que debe reflejarse sin distinción tanto si el reclamo indemnizatorio por minusvalía o muerte se enmarca dentro o fuera del sistema.

3.1.3.4. A los fines de determinar la indemnización parcial permanente de Vergara debe estarse al art. 12, LRT por ser la norma que indica el modo de efectuarse el cálculo correspondiente. Pero no puede perderse de vista que dicha norma -la que se ha mantenido inmutable desde su sanción hasta la actualidad- ha sido dictada en el año 1996 en un contexto socio económico histórico que difiere sustancialmente del actual. Hace veinte años atrás existía una cierta estabilidad económica: en aquel escenario una indemnización solicitada con fundamento en la LRT, utilizando como base de cálculo los doce últimos salarios devengados antes de la primera manifestación invalidante o de la fecha del accidente, no arrojaba grandes diferencias numéricas entre ésta última fecha y la del momento de la obtención de la indemnización reclamada.

Pero ello no ocurre al día de la fecha.

En la actualidad, la inflación fue del 44% el último año, que estimativamente llegará al 40% en todo 2016 (Fte: Diario La Nación, 06.06.2016). Es un dato de la realidad que dicha inflación ya se “comió” todas las paritarias cerradas para el presente año 2016 (Fte: <http://www.nueva-ciudad.com.ar/notas/201606/26596-la-inflacion-secomio-a-todas-lasparitarias.html>); y que dichos números, si bien se han obtenido de consultoras privadas, fueron reconocidos por el propio Ministro de Economía de la Nación (http://www.ieco.clarin.com/economia/Prat-Gay-dijo-inflacion-anual-hecho_0_1601239964.html).

Esta situación es susceptible de afectar profundamente las variables pensadas para una época de estabilidad, dejándolas sin anclaje en la realidad.

3.1.3.5. Domingo Aquilino Vergara dejó de laborar para Acindar SA luego de 35 años de trabajo; realizó la denuncia de sus enfermedades profesionales el día 20/07/2010 y ostentaba en oportunidad de su retiro la categoría de “operador D” en

posición “operador patio palanquilla” dentro del convenio UOM, por el cual se denunció un sueldo conformado mensual de \$ 2135.-

La sentenciante consideró un IBM de \$ 5594 denunciado por el actor en el alegato, lo que surge de la informativa a la ANSES (fs. 84/98).

De considerar el salario percibido durante los últimos doce meses anteriores a la extinción del contrato de trabajo, la fórmula polinómica arrojaría un total de: $53 \times \$ 2135 \times 40,74 \% \times 65/57 = \$ 52.569,43$.

De calcular la indemnización con el IBM tenido en cuenta por la sentenciante, la indemnización arrojaría el siguiente resultado: $53 \times \$ 5594 \times 40,74 \% \times 65/57 = \$ 137.739,29$.-

De estimarse el salario conformado que cobra en la actualidad un operario de igual categoría que Vergara (cf. constancias que acompaña el actor a fs. 250 y que no fueran objetadas por la aseguradora), la indemnización actualizada ascendería a: $53 \times \$ 13432 \times 40,74\% \times 65/57 = \$ 330.731,89$.-

La notable diferencia habla por sí misma.

3.1.3.6. Esta Sala ya ha declarado la inconstitucionalidad del art. 12, LRT en los caratulados “Plaza, Mario c. Municipalidad de Rosario” -Acuerdo Nº 87/2014 y “Mionis, Hugo c/ Provincia ART SA” -Acuerdo Nº 325/2014.

En aquellos se dijo que “Con respecto a la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT los autores refieren, en opinión que comparto, que ‘... calcular la indemnización definitiva sin contemplar los aumentos o actualización durante el período que abarca la primera manifestación invalidante y el momento de practicar la liquidación definitiva, produce como resultado la determinación de una indemnización tarifada, absolutamente desvirtuada en relación a los fines con que fue creada’ (Schick, Horacio en ‘Riesgos de Trabajo. Temas fundamentales’ Tomo 2. 4ta Edición Actualizada y ampliada. Editorial David Grinberg. Año 2011. pág. 489)

“También se ha expresado que ‘El IBM no respeta la integridad del haber del trabajador, no toma en cuenta las mejoras salariales convencionales, los aumentos otorgados por el empleador ni aquellos obtenidos por ley durante la interrupción de la prestación de servicios. En muchas ocasiones, el monto resultante del cálculo de dicho importe es inferior al salario mínimo, vital y móvil, contraviniendo lo establecido en el art. 103 LCT, en el art. 14 bis y en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. En definitiva, al daño a la indemnidad del trabajador, en el marco del contrato de trabajo, se le suma un castigo adicional: la merma salarial.’ (Lozano, Maria Paula en ‘El derecho a la remuneración ante el infortunio laboral’, LL 29/06/2009, 7. LL 2009-D, 287. AR/DOC/1691/2009).

“En este contexto cabe traer a colación el plenario Nº 231 del 9/2/1981 ‘Roldán c/ Manufacturera Algodonera Argentina S.A.’ de la CNAT, que sentó la necesidad de actualizar los salarios computables para calcular las indemnizaciones por accidentes ante los procesos de inflación.”

Así también se dijo que “... una norma puede devenir inconstitucional cuando pierde la razonabilidad al verse alteradas las condiciones de hecho con base en las cuales fue dictada. Si bien el legislador tiene la facultad de establecer una limitación dineraria en el respectivo monto del crédito un cambio en el contexto dentro del cual fue sancionada la norma autoriza al juez a desplazarla en su aplicación al caso por

resultar irrazonable ya que la solución legal, al margen de si fue o no correcta al momento en que fue dictada, se tornó descalificable desde el punto de vista constitucional por el transcurso del tiempo ". (CNAT, Sala X, in re, 'Vizcarra, Raúl c/ Mapfre Argentina ART S.A. s/ acción de amparo', 20.12.2011, RC J 681/12).

El mismo criterio adoptó la Sala II de la Cámara de Apelación Laboral de Santa Fe en "Antuña, Martín D. c. Asociart ART S.A." -Expte. 44. Fo 202, del 23.09.2015 (cuya queja fue rechazada por la CSJSF) y "Urich, Germán c. Provincia ART S.A." -Expte. 222-Fo.224, del 02.03.2016.

La Corte santafesina el 06.04.2016 al rechazar el recurso de queja deducido contra la sentencia de "Antuña" señaló que "la arbitrariedad normativa endilgada al pronunciamiento no luce perfilada, pues de la lectura del mismo surge que,...para declarar la inconstitucionalidad del artículo 12 de la ley 24557, la Sala expuso que el problema de la referida norma radica en que, a efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias previstas en la ley especial, toma en cuenta únicamente los rubros de naturaleza remuneratoria, devengados durante el año anterior a la primera manifestación invalidante, problema que se acrecienta en épocas de procesos inflacionarios, pues con el paso del tiempo queda devaluada la base salarial sobre la que se computan las indemnizaciones" (A. y S. t. 268, p. 42/49, el subrayado me pertenece).

En este punto debe decirse que la distorsión en la fórmula polinómica hasta aquí analizada había quedado salvaguardada con la decisión de esta Sala de hacer aplicación inmediata de la ley 26773, criterio que la CSJN acaba de echar por tierra.

3.1.3.7. Por todo lo expuesto es que propicio la declaración de inconstitucionalidad del art. 12, ley 24557 en tanto su aplicación en el sub lite determina una indemnización injusta, insuficiente e inequitativa, que no se adecua cabalmente a los principios y reglas expuestos en los considerandos.

En efecto, la indemnización que se obtiene con la aplicación de la norma en examen no asegura la satisfacción de los niveles elementales de los derechos de jerarquía constitucional y supralegal que se encuentran involucrados, su aplicación beneficiaría injustificadamente al deudor, y sería violatorio del art. 21, inc. 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos el que consagra que "ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa".

En tal inteligencia, a los fines de cuantificar la reparación que se reclama, postulo que se tenga en cuenta para establecer el IBM del actor, el salario que cobraría un trabajador de igual categoría y convenio a la fecha de esta sentencia.

3.1.4. Los intereses

De prosperar mi voto, entiendo que -en paralelo- debe modificarse la tasa de interés impuesta por el sentenciante de grado, en tanto el componente de actualización monetaria de la misma ya se vería compensado con la liquidación a valores actuales. Si soslayara esta consecuencia, se arribaría a un resultado absurdo y desproporcionado.

Por ello entiendo justo y equitativo que de interés se aplique una tasa pura del 6% anual a partir de la fecha de la denuncia efectuada a la demandada (20/07/2010) y hasta diez días de notificada la presente. A partir de allí y hasta su efectivo pago se aplicará la tasa activa fijada en la sentencia apelada (que llega firme a la Alzada) con

capitalización mensual en caso de incumplimiento practicada que fuere la planilla correspondiente. (arts. 767, 770. inc. c), CCCN).

3.1.5. En relación a las costas, en orden al resultado obtenido en esta instancia es que deberán imponerse a la demandada (arg. art. 102, CPL).

4. Teniendo en cuenta que es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que no resulta necesario seguir a las partes en todas y cada una de sus argumentaciones, bastando hacerse cargo de las que resulten conducentes para la resolución del litigio (cfr. Fallos, 272:225; 274:113; 276:132, entre otros) las razones hasta aquí expuestas me conducen a propiciar la recepción parcial de los agravios de la actora.

Determinados los extremos que anteceden y en relación al interrogante sobre la justicia del fallo, voto, pues, parcialmente por la afirmativa.

A la misma cuestión, La Dra. Aseff dijo: Que comparto el voto emitido por la vocal preopinante y la solución a la que arribara en virtud de que postula una justa y adecuada reparación de los daños sufridos por el trabajador, respondiendo a su reclamo con la debida suficiencia – que es la finalidad perseguida en casos como el presente - a lo que agrego lo siguiente, sobre todo en relación a las consideraciones vertidas en el 2° párrafo del punto 3.1.2.4:

- Siguiendo el criterio sostenido por el Dr. Angelides (según ponencia publicada en el portal de la editorial Zeus on line, a la que me remito), también considero que atento la motivación que dio la CSJN en “Espósito” para abrir la queja interpuesta cuando hizo alusión a que “...la sentencia apelada se apoya en meras consideraciones dogmáticas e incurre en un inequívoco apartamiento de las normas legales aplicables...”, evocó la doctrina de la arbitrariedad, lo que pone de resalto que no se está frente a doctrina constitucional desde que se examina derecho común, lo que morigera la doctrina del “leal acatamiento” por parte de los tribunales inferiores.

- También entiende el estimado colega de la Sala III que debe analizarse la justicia de la reparación y si la misma cumple con los mandatos constitucionales, como ha sucedido con la decisión que acompaño. Pero si la conclusión es negativa los tribunales podrán, acudiendo al “diálogo de fuentes” – tantas veces mencionado por los miembros de la comisión que trabajó en la unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación –recorrer todos los caminos existentes para conferir eficacia a la justicia social plasmada en la reforma constitucional del año 1957, que fue profundizada por los constituyentes del año 1994 con la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos en el inciso 22 del art. 75, contribuyendo a legitimar la decisión que comparto.

- Asimismo, que rigiendo en nuestro sistema el control de constitucionalidad difuso que permite a todos los jueces ejercerlo sin distinción de jerarquías, y teniendo en cuenta mediante el argumento a fortiori en su versión a majori ad minus - es decir, que quien puede lo más puede lo menos - esta facultad también relativiza el acatamiento a los fallos del Superior Tribunal de la Nación en la medida que no son estrictamente vinculantes para los Tribunales inferiores, aun cuando exista una suerte de “mandato moral” o “deber institucional” de seguir sus precedentes.

- Al respecto, manifiesta Néstor Pedro Sagüés, que “la Corte Suprema ha extendido el valor de su propia jurisprudencia, dándole efecto vinculante, aunque

condicionado, configurando así una regla de derecho constitucional consuetudinario” (Néstor Pedro Sagües, “Manual de Derecho Constitucional”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, pág. 148), debiendo entenderse esta condicionalidad como la facultad que tienen los Tribunales inferiores de “ ... apartarse del criterio de la Corte Suprema dando fundamentos suficientes, y siempre que ese alejamiento no signifique desconocimiento deliberado de la autoridad y prestigio del alto tribunal (“Santín”, Fallos, 212:259). (Lo resaltado me pertenece).

Es por ello que en atención al argumento eminentemente pragmático pero atendible expuesto por mi distinguida colega, cuando se refiere “a la dilación que se generaría frente a la esperable resistencia de las ART a abonar las sentencias dictadas sin acatar la doctrina que emana de “Espósito”, unido a la suficiencia de la reparación a la que arriba en su voto, me conducen a acompañarlo, dejando a salvo mi posición para un futuro eventual si se tornara necesaria su aplicación.

A la misma cuestión: La Dra. Mana dijo: Atento los fundamentos expuestos por la Dra. Mambelli, voto en idéntico sentido.-

A la tercera cuestión: Los fundamentos que anteceden me llevan a: a) declarar la inconstitucionalidad del art. 12, LRT e inaplicable para el caso de autos; b) tener por desistido el recurso de apelación parcial intentado por el demandado; c) rechazar el recurso de nulidad interpuesto por el actor y receptor parcialmente el de apelación interpuesto por la misma parte, en su lugar, revocar la sentencia venida en revisión y en consecuencia: 1) determinar la incapacidad parcial permanente en un 40,74%; 2) a los fines de cuantificar la indemnización debida, se considerará el salario que cobraría un trabajador de igual categoría y convenio a la fecha de esta sentencia con más una tasa de interés del 6% anual, a partir de la fecha de la denuncia efectuada a la demandada (20/07/2010) y hasta diez días de notificada la presente. A partir de allí y hasta su efectivo pago se aplicará la tasa activa fijada en la sentencia apelada (que llega firme a la Alzada) con capitalización mensual en caso de incumplimiento practicada que fuere la planilla correspondiente. (arts. 767, 770. inc. c), CCCN); d) imponer las costas generadas en esta instancia a la demandada (arg. art. 102 CPL); e) los honorarios se fijan en el 50% de los que en definitiva se regulen en baja instancia.

Así voto.

A la misma cuestión: Las Dras. Aseff y Mana dijeron: Corresponde votar la decisión propuesta por la Dra. Mambelli, así votamos.

En mérito al acuerdo que antecede, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Laboral;

RESUELVE: a) declarar la inconstitucionalidad del art. 12, LRT e inaplicable para el caso de autos; b) tener por desistido el recurso de apelación parcial intentado por el demandado; c) rechazar el recurso de nulidad interpuesto por el actor y receptor parcialmente el de apelación interpuesto por la misma parte, en su lugar, revocar la sentencia venida en revisión y en consecuencia: 1) determinar la incapacidad parcial permanente en un 40,74%; 2) a los fines de cuantificar la indemnización debida, se considerará el salario que cobraría un trabajador de igual categoría y convenio a la fecha de esta sentencia con más una tasa de interés del 6% anual, a partir de la fecha de la denuncia efectuada a la demandada (20/07/2010) y hasta diez días de notificada la presente. A partir de allí y hasta su efectivo pago se aplicará la tasa activa fijada en la

sentencia apelada (que llega firme a la Alzada) con capitalización mensual en caso de incumplimiento practicada que fuere la planilla correspondiente. (arts. 767, 770. inc. c), CCCN); d) imponer las costas generadas en esta instancia a la demandada (arg. art. 102 CPL); e) los honorarios se fijan en el 50% de los que en definitiva se regulen en baja instancia.

Insértese, hágase saber y oportunamente bajen.

.....

Sumario:

CONTINGENCIAS ANTERIORES A LA SANCIÓN DE LA LEY 26773 – IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN INMEDIATA DE LA LEY 26.773 A PARTIR DE LA DOCTRINA DE LA CSJN *IN RE* “ESPOSITO” - NO DECLARACIÓN EN ABSTRACTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS - MODIFICACIÓN DE LA TASA DE INTERÉS.

Carátula: “FERNÁNDEZ, NORBERTO DARÍO c/ LA SEGUNDA ART S.A. s. COBRO DE PESOS” (Expte. Nro. 399/2015)

1ra Instancia: Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral Nº 7 de Rosario: Se declaró la inconstitucionalidad del art. 17, decreto Nº 472/2014 y se hizo lugar a la demanda, condenándose a la aseguradora a abonar el monto que arrojará la planilla conformada por capital (art. 14.2.a, ley 24557) con las mejoras introducidas por el Decreto Nº 1694/09 y por los arts. 8 y 17.6, ley 26773, con aplicación de índice RIPTÉ desde la fecha de promoción de la demanda (27.07.2010) con más una tasa de interés equivalente al 15% anual hasta su efectivo pago.

2da Instancia: Cámara de Apelación en lo Laboral, Sala II, de Rosario. Fecha: 30/09/2016. Receptó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora y, en su lugar, revocó la aplicación de los arts. 8 y 17.6, ley 26773 a la fórmula polinómica así como la declaración de inconstitucionalidad del decreto 472/14. A los fines de cuantificar la indemnización debida, se considera el modo propuesto por el sentenciante de grado, con más dos veces el promedio de la tasa de interés activa, sumada, que publica el BNA para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días, a partir de la fecha de inicio de la demanda (27.07.2010) y hasta su efectivo pago, con capitalización mensual en caso de incumplimiento practicada que fuere la planilla correspondiente.

1.- La CSJN se expidió en la causa “Espósito, Dardo Luis c. Provincia ART”, entendiendo que la ley 26773 no podía ser aplicada a contingencias acontecidas en una fecha anterior a su sanción, es decir, antes del 24.10.2012. La decisión de la Corte nacional no deja resquicio interpretativo alguno respecto de la imposibilidad de aplicar la ley 26773 a siniestros ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia ya que, más allá de que se comparta o no la postura por la que optó el Máximo Tribunal, mantener el mismo criterio llevaría inexorablemente a que finalmente se viera perjudicado el trabajador frente a la dilación que se generaría frente a la esperable resistencia de las

ART a abonar las sentencias dictadas sin acatar la doctrina que emana de “Espósito” (Del voto de la Dra. Roxana Mambelli).

2.- Resultaba necesario a fin de no declarar en abstracto y de modo automático la inconstitucionalidad del art. 12, LRT que al menos se indicara el convenio colectivo correspondiente al actor y su categoría para permitir la realización de las comparaciones y cálculos necesarios que reflejaran de modo palmario el desfasaje habido. La declaración de inconstitucionalidad de una norma resulta ser la *ultima ratio*. Por lo que, considero menester la subsunción del caso en debate a las circunstancias concretas alegadas por el actor y la debida acreditación en el expediente que fundamenten y autoricen la tacha de inconstitucionalidad. (Del voto de la Dra. Roxana Mambelli).

3.- La Suprema Corte aludió a la necesidad de una “reparación justa” en “Aquino”, cuando descalificó la escasa e insuficiente reparación que otorgaba las indemnizaciones del sistema especial, vedado como tenía el trabajador su reclamo extrasistémico; lo reiteró al declarar la inconstitucionalidad del pago por medio de una renta periódica en “Milone”; reafirmó su criterio en el fallo “Ascuá” y en “Lucca de Hoz”, el que trató respecto de la afectación de la dignidad de la persona y el derecho de propiedad. Lo cierto es que el más Alto Tribunal desde el año 2004 ha sentado el criterio de otorgar a las víctimas de un siniestro laboral una reparación justa y suficiente para el hombre trabajador, lo que debe reflejarse sin distinción tanto si el reclamo indemnizatorio por minusvalía o muerte se enmarca dentro o fuera del sistema. (Del voto de la Dra. Roxana Mambelli).

4.- En el antecedente de la Corte de la Nación “Massolo”, el Dr. Petracchi señaló que teniendo en cuenta las circunstancias fácticas y procesales de la causa “...si una vez practicada la liquidación definitiva sobre la base del convenio que debe ejecutarse y de las pautas fijadas por la cámara en su sentencia, para el demandante se hubiese producido una marcada desproporción que vulnerase la integridad de la condena y con ello su derecho de propiedad, pueda recurrir a los instrumentos incorporados al Código Civil por el derecho moderno -teoría de la imprevisión, abuso del derecho y frustración del fin del contrato- a fin de preservar la equidad de la prestación al tiempo de su cumplimiento...”. “Tanto el Tribunal (conf. Fallos: 315:158, 992 y 1209) como la doctrina especializada han reconocido en la tasa de interés un remedio para dicha situación, lo que deberá ser también evaluado por los jueces de la causa como una alternativa para evitar que los efectos de la depreciación monetaria que tuvo lugar durante la crisis económica y financiera, incidan solamente sobre quien fue la víctima del daño, tema para el cual los magistrados deben ponderar los antecedentes del caso y las circunstancias económicas del momento para determinar con criterio prudencial el interés aplicable” (Del voto de la Dra. Roxana Mambelli”).

5.- El hecho de no continuar con el criterio de aplicar de modo inmediato la ley 26773 a contingencias anteriores a su sanción trae como consecuencia la inaplicabilidad del índice RIPE. Y así, la tasa determinada por el a quo (15% anual) deviene insuficiente

ya que ha tenido en cuenta el ajuste que propone dicho índice. De tal modo, de no modificarse la tasa, se arribaría entonces a un resultado absurdo y desmesurado perjudicando al trabajador. En consecuencia, considero que debe imponerse una tasa de interés que, en el caso, mitigue tanto el paso del tiempo como el proceso inflacionario prolongado en el tiempo (Del voto de la Dra. Roxana Mambelli”).

6.- El discernimiento para fijar las tasas de interés no debe ser inamovible sino que, por el contrario, cuando razones lógicas provenientes de la evidencia se enfrentan al criterio vigente, se justifica una rectificación del curso de pensamiento cuyo colofón será la acepción de una tasa de interés adecuada a las últimas fluctuaciones económicas por las que atraviesa el país. Corresponde entonces analizar si se ha producido un cambio coyuntural, entendiéndose el término “coyuntura” en su acepción económica, o sea: “Estado y condiciones en que se encuentra la economía de un país en un momento determinado. A esta acepción en sentido estático debe añadirse un componente dinámico que comporte como consecuencia alguna clase de previsión: de esta forma, moderadamente se considera la situación económica como situación en movimiento” (Del voto de la Dra. Roxana Mambelli”).

7.- A los fines de cuantificar la indemnización debida, se considera el modo propuesto por el sentenciante de grado, con más dos veces el promedio de la tasa de interés activa, sumada, que publica el BNA para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días, a partir de la fecha de inicio de la demanda (27.07.2010) y hasta su efectivo pago, con capitalización mensual en caso de incumplimiento practicada que fuere la planilla correspondiente (Del voto de la Dra. Roxana Mambelli”).

Fallo completo:

Acuerdo Nro. 323. En la ciudad de Rosario, a los 30 días del mes de septiembre del año dos mil dieciséis, se reunieron en Acuerdo las Juezas de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Laboral, Dras. Roxana Mambelli, Lucía María Aseff y Adriana María Mana, con el fin de dictar sentencia en los autos caratulados “FERNÁNDEZ, NORBERTO DARÍO c. LA SEGUNDA ART S.A. s. COBRO DE PESOS” (Expte. Nro. 399/2015) venidos para resolver los recursos de nulidad y apelación interpuestos por la demandada contra el fallo Nro. 1468 del 31 de agosto de 2015, dictado por el Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral N° 7 de esta ciudad. Efectuado el estudio de la causa, se resolvió plantear las siguientes cuestiones:

1. ¿ES NULA LA SENTENCIA RECURRIDA?
2. EN SU CASO ¿ES JUSTA?
3. ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Dras. Mambelli, Aseff y Mana.

A la primera cuestión, la Dra. Mambelli dijo:

El recurso de nulidad interpuesto a fs. 129 por el demandado no ha sido fundado explícitamente en esta instancia y no se advierten vicios extrínsecos en el procedimiento ni en la resolución que autoricen su declaración de invalidez ex officio.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión, las Dras. Aseff y Mana dijeron: Atento los fundamentos expuestos por la Vocal preopinante, votamos en idéntico sentido.-

A la segunda cuestión, la Dra. Mambelli dijo:

Contra la sentencia de fs. 116 y ss. dedujo la aseguradora recurso de apelación parcial a fs. 129, expresó sus agravios a fs. 140 y ss., los que fueron contestados por el actor a fs. 146.

Asimismo, atento el dictado por la CSJN del fallo “Espósito, Dardo Luis c. Provincia ART S.A.”, esta Sala consideró necesario correr un traslado a ambas partes con el objeto de otorgar la posibilidad de efectuar las consideraciones que estimaran necesarias a su defensa. Cumplido el mismo por el actor a fs. 156 y ss. y por la aseguradora a fs. 162, quedaron así los presentes en estado de resolver.

1. Antecedentes de la causa

1.1. El actor, de 50 años de edad, reclamó a la aseguradora el pago de una indemnización por enfermedades profesionales (patologías vertebral y psiquiátrica).

1.2. Norberto Fernández laboraba para “Las Rosas S.A.”, desarrollando tareas de chofer, desde el 15.02.2000 (según se desprende del único recibo de sueldo acompañado a fs. 3). Reseñó que sus tareas implicaban padecer la acción deletérea de microtraumas sobre su aparato vertebral y que no se le efectuaron controles médicos periódicos previstos por la Ley de Higiene y seguridad del trabajo los que hubieran posibilitado detectar de modo precoz las patologías.

1.3. Solicitó la indemnización por incapacidad laboral parcial y permanente con más intereses a devengarse conforme la Resolución N° 414/99 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo; la declaración de inconstitucionalidad del tope del art. 14. ap. 2, inc. a, ley 24557 y del art. 16, decreto N° 1694/2009. Con posterioridad a la sanción de la ley 26773, solicitó que se actualizara la reparación tarifada por aplicación del índice RIPTE. (fs. 57) así como la declaración de inconstitucionalidad del decreto N° 472/14 (fs. 70 y ss.), del art. 17.5, ley 26773 (fs. 72 y ss.) y del art. 4, ley 25561 y 7, ley 23928 (fs. 73 y ss.).

1.2. La sentencia impugnada

El pronunciamiento recurrido -a cuyos fundamentos de hecho y derecho remito en mérito a la brevedad-: 1) declaró la inconstitucionalidad del art. 17, decreto N° 472/2014; 2) hizo lugar a la demanda y condenó a la aseguradora a abonar el monto que arrojará la planilla conformada por capital (art. 14.2.a), ley 24557) con las mejoras introducidas por el Decreto N° 1694/09 y por los arts. 8 y 17.6, ley 26773, con aplicación de índice RIPTE desde la fecha de promoción de la demanda (27.07.2010) con más una tasa de interés equivalente al 15% anual hasta su efectivo pago; 3) impuso las costas a la demandada.

2. Los agravios

Los reproches vertidos por la aseguradora contra el decisorio son -en suma- los que siguen: a) la aplicación de una legislación claramente inaplicable al caso; b) indexación de deudas prohibida en nuestro ordenamiento legal; c) presencia de una

doble actualización: al capital de condena se le adicionan intereses además del coeficiente del índice RIPTE.

A fs. 156 y ss., solicitado por esta Sala que se expidan las partes ante el dictado del fallo de la CSJN “Espósito c. Provincia ART”, el actor solicitó: 1) la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24557; 2) la imposición de intereses que preserven la integridad del crédito laboral.

La aseguradora, por su parte, sostiene que la pretensión de la contraria luego del aludido fallo de la CSJN, debió haberlo hecho al demandar, considerando que ha operado la preclusión en tal sentido, alegando la aplicación de la doctrina de los actos propios. Añade que hacer lugar al planteo del actor implicaría una reformatio in pejus toda vez que Fernández ha consentido el fallo y no podría en esta instancia revisora intentar su modificación en detrimento de su parte.

3. La materia recursiva

Las quejas vertidas en esta sede conducen al tratamiento de las siguientes cuestiones: 1) la aplicación de la ley 26773; 2) el IBM a considerar en el sub examine a los fines de la determinación de la indemnización por incapacidad; 3) la tasa de interés.

3.1.1. La aplicación de la ley 26773

3.1.1.1. Tal como expusimos en el reciente pronunciamiento recaído en “Vergara, Domingo c. Liberty ART SA”, Acuerdo N° 283/2016, “Esta Sala – invariablemente desde el año 2013- se ha expedido acerca de la aplicación inmediata de las mejoras introducidas por la ley 26773 a situaciones acaecidas antes de su entrada en vigencia (a excepción del art. 3, lo que no viene al caso analizar ahora); en tal sentido, cfr. –por todos- 'Heredia c. Municipalidad' -Acuerdo 396/13-, 'Malpiedi c. Prov. de Santa Fe' -Acuerdo N° 18/14-, 'Plaza, Vicente c. Municipalidad de Rosario', Acuerdo Nro. 87/2014; 'Miño, Blas c/ Asociart ART SA', Acuerdo Nro. 107/2014.

“Concretamente, respecto a la actualización a través del decreto 472/2014 (criterio que se inició en 'Ortiz c. Liderar' –Acuerdo 119/2015-) se señaló que ‘... a la deficiente redacción de la norma sancionada el 23/10/2012 se adicionó la demora en la sanción de su reglamentación así como la publicación por parte de la Secretaría de Seguridad Social (SSS) del Ministerio de Trabajo de la Nación de las Resoluciones que, a futuro, iban a ir actualizando los 'importes' de la Ley de Riesgos, tal como lo contempla el art. 8' así como que ‘... Tampoco puede dejarse de lado que aún sin haberse sancionado estas últimas disposiciones una de las interpretaciones posibles que la doctrina esbozó radicó en el entendimiento de que el índice RIPTE, al cual se referían los arts. 8 y 17.6 de la 26.773, debía aplicarse sólo a los importes fijos tal como la norma ordenaba, cuales son: los adicionales de pago único y los pisos impuestos por el decreto N° 1694/09”.

En “Vergara”, entonces, se anunció que “...a partir del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 'Espósito c. Provincia ART' (07.06.2016), necesariamente habré de variar la postura que surge de los antecedentes de esta Sala, mas sobre ello abundaré más adelante”.

3.1.1.2. También en “Vergara” se formuló una apretada síntesis de la situación que derivó en el dictado de “Espósito”:

“... No resulta ocioso recordar que la pésima técnica legislativa que se advierte en la redacción de la ley 26773 dio lugar a múltiples y encontradas interpretaciones.

Sin ir más lejos, las Salas que componen esta Cámara de Apelación han sostenido – cada una de ellas por mayoría de sus integrantes- criterios que diferían entre sí, situación que se replicó a lo largo y a lo ancho del país.

“El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (en 'Martín Pablo Darío c/ Mapfre ART SA. s/ ordinario - accidente -ley de riesgos - recurso de casación e inconstitucionalidad', 20.02.2014) generó un quietus en esa provincia, al igual que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (a partir del fallo plenario 'Navarro, Juan Armando vs. La Segunda ART S.A. s. Accidente'; 14.05.2015- RC J 3175/15), el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro (en autos 'Martínez, Néstor Omar c. León, Carlos Raúl s. accidente de trabajo. Inaplicabilidad de ley'; 10.06.2015) y la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (en los caratulados 'Staroni, Lidia Estela c. Provincia ART S.A. y ots. s. Amparo', del 24/05/2016), al fallar todos –mutatis mutandi- en el sentido de no aplicar la ley 26773 a contingencias ocurridas antes de su sanción.

“Frente a tan amplio abanico de disímiles interpretaciones (lo que se replicaba en la doctrina especializada sobre el tema), resultaba necesario y esperable que el más Alto Tribunal de la Nación se pronunciara sobre este ítem.

“Ello se concretó el 07.06.2016 al expedirse en la causa 'Espósito, Dardo Luis c. Provincia ART', cuando entendió -en suma- que la ley 26773 no podía ser aplicada a contingencias acontecidas en una fecha anterior a su sanción, es decir, antes del 24.10.2012, adoptando uno de los criterios de interpretación en danza hasta el momento (aunque no el de esta Sala, reitero)”.

“... Dijo la CSJN que:

'...en octubre de 2012 la ley 26.773 introdujo nuevas modificaciones sustanciales en el régimen de reparación de los daños derivados de los riesgos del trabajo.' Trajo a colación la letra del art. 8 y del art. 17.6, ley 26773 así como que el 'decreto reglamentario 472/14 explicitó que el ajuste previsto en los arts. 8 y 17.6 se refería a los importes de las prestaciones adicionales de suma fija que habían sido incorporadas al régimen por el decreto 1278/00, y de los pisos mínimos establecidos por el decreto 1694/09 y por el art. 3 de la propia ley reglamentaria”.

“...el art. 17.5 de la ley 26.773 dejó en claro que 'las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero' entrarían en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarían únicamente 'a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha”.

“También se expidió sobre dos antecedentes concernientes a la aplicación temporal del decreto 1278/00 -'Lucca de Hoz' y 'Calderón'- distinguiéndolos de lo acontecido en la causa 'Espósito', en la que se trataba de la aplicación de la ley 26773. Así fue que meritó que el art. 19 de dicho decreto no había fijado una pauta suficientemente clara respecto a su entrada en vigencia y que los planteos que pretendían que no había aplicación retroactiva si ésta era tenida en cuenta para reparar incapacidades que adquirieron carácter definitivo con posterioridad a su entrada en vigencia, debían ser examinados desde una perspectiva que tuviera en cuenta que el decreto de necesidad y urgencia en cuestión, según sus propios considerandos, perseguía fines 'perentorios e impostergables', y procuraba dar

respuesta a la necesidad de mejorar el régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo 'de inmediato'.

“Respecto a 'Calderón', manifestó que no podía soslayarse que se trataba de planteos atinentes a la diferencia existente en el decreto y su reglamentación respecto de qué contingencias quedarían regidas por las modificaciones introducidas por el decreto 1278/2000, y que ante el silencio del art. 19 de esta última norma, correspondía aplicar las reglas del art. 3 del CC, las que no podían ser desvirtuadas por un decreto reglamentario.

“Confrontando la situación de 'Calderón' con la de 'Espósito', concluyó que no podía aplicarse la ley 26773 a contingencias anteriores a su sanción, porque '...a) la propia ley 26773 estableció pautas precisas para determinar a qué accidentes o enfermedades laborales correspondería aplicarles las nuevas disposiciones legales en materia de prestaciones dinerarias; y b) ante la existencia de estas pautas legales específicas quedó excluida la posibilidad de acudir a las reglas generales de la legislación civil sobre aplicación temporal de las leyes'; y que 'en síntesis, la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los 'importes' a los que aludían los arts. 1º, 3º y 4º del decreto 1694/09 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicaran a las contingencias futuras; más precisamente, a los accidentes que ocurrieran y a las enfermedades que se manifestaran con posterioridad a la publicación del nuevo régimen legal. El texto del art. 17.5, al establecer que 'las nuevas disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero' entrarían en vigencia a partir de la publicación de la ley en el Boletín Oficial, no dejó margen alguno para otra interpretación' y 'que la precisa regla que emana de este último precepto legal no puede dejarse de lado... mediante la dogmática invocación de supuestas razones de justicia y equidad'.

“Asimismo el fallo dejó aclarado que tampoco puede acudirse a la doctrina emanada de los fallos 'Arcuri Rojas' y 'Camusso', en tanto las circunstancias del caso sometido a decisión diferían notablemente, brindando las explicaciones sobre las que no abundaré por no considerarlo necesario en la especie”.

3.1.1.3. Dije también en “Vergara” que recordaba que “... el fundamento primordial de la aplicación inmediata tanto de los decretos 1694/09 cuanto de la ley 26773 en el sistema de riesgos del trabajo tuvo por fin último mejorar las prestaciones dinerarias debidas al trabajador, quien ya de por sí no sólo tenía que lidiar con un siniestro incapacitante sino también con la dilación en la percepción de la reparación que le correspondía.

“Empero, la decisión de la Corte nacional no deja –a mi modo de ver- resquicio interpretativo alguno respecto de la imposibilidad de aplicar la ley 26773 a siniestros ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia –tal como venía haciendo esta Sala- ya que, más allá de que se comparta o no la postura por la que optó el Máximo Tribunal (la que, insisto, coincide con una de las líneas interpretativas posibles...” “... mantener el mismo criterio llevaría inexorablemente a que finalmente se viera perjudicado el trabajador frente a la dilación que se generaría frente a la esperable resistencia de las ART a abonar las sentencias dictadas sin acatar la doctrina que emana de 'Espósito'.”

3.1.1.4. En consecuencia, el reproche concerniente a la aplicación de la ley 26773 al sub lite debe prosperar.

3.1.2. El IBM a considerar en el sub examine a los fines de la determinación de la indemnización por incapacidad

3.1.2.1. Luego de la sentencia de la CSJN (“Espósito”) esta Sala consideró que era necesario que las partes argumentaran sobre el particular y formularan las peticiones que entendieran pertinentes.

El actor solicitó el reajuste de las prestaciones brindando dos opciones al respecto: 1) la inconstitucionalidad sobrevinida del art. 12 de la ley 24557; 2) la aplicación de la doctrina sentada por la Sala III de esta Cámara Laboral en el caso “Torres, Mabel c. Farmacia del Aguila y otr. s. Demanda Laboral”, es decir, la aplicación sobre la fórmula polinómica del índice RIPTTE con más una tasa del 8% anual.

Por su parte, la aseguradora manifestó que: el dictado de la sentencia por la Corte de la Nación no generó un “ius superveniens”; la contraria pretende efectuar planteos que debió haber efectuado al demandar en tanto ha operado la preclusión en tal sentido; hacer lugar al planteo de la contraria implicaría una violación al principio de la reformatio in pejus.

Adelanto que, en la especie comparto la solución que brinda la segunda opción propuesta por el actor, aunque no del modo que lo solicita, la que aparecería como razonable e idónea para asegurar que la reparación debida no quede desfasada de la realidad económica y el transcurso del tiempo en una época de acentuación del proceso inflacionario y paralelo incremento de las remuneraciones.

3.1.2.2. Dice el art. 12, LRT que “1. A los efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias se considera ingreso base la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones, con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, devengadas en los DOCE (12) meses anteriores a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor a UN (1) año, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado.; 2. El valor mensual del ingreso base resulta de multiplicar la cantidad obtenido según el apartado anterior por 30,4”.

Así, a fin de determinar el IBM en el caso, habría que aplicar una norma que cuenta con veinte años de antigüedad.

3.1.2.3. Si bien, la solución en “Vergara” -ya citado-, transitó la declaración de inconstitucionalidad de dicha normativa, lo cierto es que, ni en la instancia anterior, ni en esta, el actor ha aportado parámetros claros a fin de poder evaluar las diferencias salariales entre la fórmula polinómica a considerar en el año 2010 y en la actualidad (los que, obviamente no soslayo cuando en alguna medida existen por el dato objetivo del paso del tiempo).

Empero, en la demanda, no se ha estimado ni tan siquiera de modo ilustrativo o tangencial el salario que Fernández percibía, la categoría y convenio que ostentaba, y sólo se acompaña un recibo de sueldos (cf. fs. 3) que tampoco refleja la mínima información que se necesita a fin de permitir indagar si en la especie se vulnerarían derechos y garantías constitucionales del trabajador y, sobre todo, en qué medida.

Reitero, resultaba necesario a fin de no declarar en abstracto y de modo automático la inconstitucionalidad del art. 12, LRT que al menos se indicara el

convenio colectivo correspondiente al actor y su categoría para permitir la realización de las comparaciones y cálculos necesarios que reflejaran de modo palmario el desfasaje habido en el salario desde el año 2010 hasta la actualidad para este caso en particular.

La declaración de inconstitucionalidad de una norma resulta ser la ultima ratio. Por lo que, considero menester la subsunción del caso en debate a las circunstancias concretas alegadas por el actor y la debida acreditación en el expediente que fundamenten y autoricen la tacha de inconstitucionalidad.

La declaración en abstracto de inconstitucionalidad estaría convirtiendo al juzgador en legislador, excediendo las facultades que le son propias. Así, la jurisprudencia ha dicho que "la función judicial consiste en declarar el derecho aplicable al caso concreto, interpretando adecuadamente las normas existentes, sin facultad de crear otras con el pretexto de que la solución a que se arribe, no resulte equitativa, ya que, de otro modo interferiría en la esfera de competencia del legislador" (C.N.L.T. SALA III, A.T. 1984-D-1.816). Cabría tan sólo efectuar en el "caso concreto" el control de constitucionalidad del derecho aplicable, restringiéndose el Juzgador en esta función a "descalificar las normas en las que el contenido no se adecue a los fines cuya realización persiguen o cuando consagran una manifiesta inequidad" (Sala V.-D.T. 1987-D-1655; D.T., 1984-D-1436) "Si así no procediere, sería el propio Tribunal el que estaría violando los límites de su propia jurisdicción, excediendo las atribuciones de control que constitucionalmente se adopta, admite y se le acuerda y que sólo puede quedar circunscripto al tratamiento en el caso concreto, provocando una declaración de inconstitucionalidad in abstracto, a todas luces atentatorias del orden institucional dentro del estado de derecho en el cual se inscribe nuestra ley fundamental en cuanto que violaría el debido proceso y defensa en juicio (arts. 18 C.N.) resguardado a través de las mismas los principios de bilateralidad y contradicción". (Nenciolini, María, "Controversias que suscita la aplicación del decreto 1694/09. Entrada en vigencia.", LLGran Cuyo 2011 (septiembre) , 794, AR/DOC/1103/2011)

Como habrá sido la carencia de datos ciertos que, el propio juez de la instancia anterior, consideró que "...Teniendo en cuenta que no se encuentran acreditadas las remuneraciones percibidas por éste durante los últimos doce meses de labor anteriores a la fecha de promoción de la demanda, dichos ingresos deberán ser acreditados por informativa que se requerirá mediante oficio a la AFIP a fin de que informen sobre las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones percibidas por el actor en dicho período a fin de determinar el ingreso base mensual del accionante como dependiente de la empresa LAS ROSAS S.A., DNI Nº 12.990.573" (cf. fs. 126).

Informativa que no se produjo, aún, en el sub lite.

Por todo lo cual, es que ha de rechazarse la petición de que se declare la inconstitucionalidad del art. 12, LRT en tanto las razones y circunstancias fácticas difieren con las que se ponderaron en "Vergara", todo lo cual torna abstracto cualquier prevención acerca de una posible "reformatio in pejus" en esta cuestión.

3.1.3. Los intereses

Ahora bien, sí resulta procedente que la fórmula polinómica se actualice con un criterio de suficiencia.

3.1.3.1. En primer lugar, debo señalar que la decisión que propiciaré no significa violación al principio de la reformatio in pejus. Al decir de Palacio, “así como el tribunal de alzada no puede exceder los límites que el apelante impuso al recurso, tampoco tiene facultades para modificar la sentencia en perjuicio de aquél (reformatio in peius) si no existe apelación interpuesta por la parte contraria. La prohibición de reformar la sentencia en perjuicio del único apelante cuenta, en nuestro derecho, con respaldo constitucional, pues preserva la vigencia de la garantía de la defensa en juicio y del derecho de propiedad en tanto, respectivamente, impide el empeoramiento de una situación jurídica frente a un recurso que la ley concede para lograr su eventual mejora, y asegura la estabilidad de las resoluciones judiciales que, en los aspectos no impugnados, configuran un derecho adquirido para la parte a quien benefician” (Palacio, Lino Enrique, “Resoluciones Judiciales - Sentencia definitiva - Sentencia definitiva de segunda o ulterior instancia”, en “Derecho Procesal Civil”, 2005, Abeledo Perrot on line N°: 2508/003387).

En el caso: a) se ha garantizado que los planteos y peticiones del actor en esta sede fueran contestados por la aseguradora; b) el recurrente, al quejarse sobre la aplicación de la ley 26773 a contingencias anteriores, está circunscribiendo la cuestión al monto de la condena; c) los intereses fijados con más la aplicación del índice RIPTE forman parte del agravio de la supuesta doble indexación dispuesta por el a quo; d) es obligación de los jueces determinar una nueva tasa de interés si, como en el caso, se modifica el modo de calcular la condena sin el índice RIPTE; e) la condena resulta - inclusive- menor que la ordenada en primera instancia y de la que hubiera resultado de aplicarse los antecedentes de la Sala -“Heredia c/ Municipalidad”, Acuerdo 396/13- y "Ortiz c/Liderar ART S.A.", Acuerdo N° 119/2015"- respecto a la aplicación de la ley 26773 y su decreto reglamentario.

3.1.3.2. Así, pues, tal como se dijo en “Vergara”, “La Constitución nacional también regula en el art. 19 el derecho a no ser dañado o 'alterum non laedere' cuyo correlato se encuentra en el derecho a obtener una reparación justa. Así lo entendió la Corte de la Nación en el precedente 'Santa Coloma, Luis I. y otros c. Ferrocarriles Argentinos', C.S.J.N, del 5/VIII/8,6 y fue reconocido, además, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (vgr. 'Salvador Chiriboga vs. Ecuador', sentencia del 3 de marzo de 2011, reparaciones y costas, en su párrafo 62).

“La Suprema Corte también aludió a la necesidad de una 'reparación justa' en 'Aquino', cuando descalificó la escasa e insuficiente reparación que otorgaba las indemnizaciones del sistema especial, vedado como tenía el trabajador su reclamo extrasistémico; lo reiteró al declarar la inconstitucionalidad del pago por medio de una renta periódica en 'Milone'; reafirmó su criterio en el fallo 'Ascua' y en 'Lucca de Hoz', el que trató respecto de la afectación de la dignidad de la persona y el derecho de propiedad. Lo cierto es que el más Alto Tribunal desde el año 2004 ha sentado el criterio de otorgar a las víctimas de un siniestro laboral una reparación justa y suficiente para el hombre trabajador, lo que debe reflejarse sin distinción tanto si el reclamo indemnizatorio por minusvalía o muerte se enmarca dentro o fuera del sistema”.

Y que “... En la actualidad, la inflación fue del 44% el último año, que estimativamente llegará al 40% en todo 2016 (Fte: Diario La Nación, 06.06.2016). Es un dato de la realidad que dicha inflación ya se 'comió' todas las paritarias cerradas para el presente año 2016 (Fte: <http://www.nueva-ciudad.com.ar/notas/201606/26596-la-inflacion-secomio-a-todas-las-paritarias.html>); y que dichos números, si bien se han obtenido de consultoras privadas, fueron reconocidos por el propio Ministro de Economía de la Nación (http://www.ieco.clarin.com/economia/Prat-Gay-dijo-inflacion-anual-hecho_0_1601239964.html)”.

Tampoco puede perderse de vista que respecto del antecedente de la Corte de la Nación “Massolo”, el Dr. Petracchi señaló que teniendo en cuenta las circunstancias fácticas y procesales de la causa -validez de un acuerdo civil referido a un conflicto de daños-, no correspondía “...aplicar el reajuste equitativo previsto por la ley 25.561 y el decreto 214/2002 para las obligaciones de dar suma de dinero pactadas en moneda extranjera” y en su considerando 19, sostuvo que “...lo anteriormente señalado no impide que si una vez practicada la liquidación definitiva sobre la base del convenio que debe ejecutarse y de las pautas fijadas por la cámara en su sentencia, para el demandante se hubiese producido una marcada desproporción que vulnerase la integridad de la condena y con ello su derecho de propiedad, pueda recurrir a los instrumentos incorporados al Código Civil por el derecho moderno —teoría de la imprevisión, abuso del derecho y frustración del fin del contrato— a fin de preservar la equidad de la prestación al tiempo de su cumplimiento” (el subrayado me pertenece)

Siguió diciendo (Considerando 20) que “... tanto el Tribunal (conf. Fallos: 315:158, 992 y 1209) como la doctrina especializada han reconocido en la tasa de interés un remedio para dicha situación, lo que deberá ser también evaluado por los jueces de la causa como una alternativa para evitar que los efectos de la depreciación monetaria que tuvo lugar durante la crisis económica y financiera, incidan solamente sobre quien fue la víctima del daño, tema para el cual los magistrados deben ponderar los antecedentes del caso y las circunstancias económicas del momento para determinar con criterio prudencial el interés aplicable” (CSJN, “Massolo, Alberto José c. Transporte del Tejar S.A.”, 20.04.2010, Cita Fallos Corte: 333:447; Cita online: AR/JUR/7507/2010).

Sobre este voto se ha dicho que “la 'depreciación monetaria que tuvo lugar durante la crisis económica y financiera incida solamente sobre quien fue la víctima del daño' (citando las palabras del juez Petracchi) significa consagrar consecuencias legales inequitativas para el caso a juzgar, que, entendemos, no deben admitirse en nombre de una potestad estatal en virtud de la cual aquél crea y determina el valor monetario, con exclusión del control judicial. Parece no resultar razonable dejar caer todo el peso de la depreciación de la moneda en cabeza del damnificado laboral y beneficiar con ella a la compañía de seguros” (Borda, Guillermo J. (h), “Inflación y equidad”, LA LEY 07/06/2010, 7, AR/DOC/4604/2010).

3.1.3.3. Tanto el Código Civil de Vélez como el actual legislan sobre la facultad que tienen los jueces de determinar la tasa de interés, en el caso, a los créditos laborales.

Tanto en “Díaz c. Charge”-Acuerdo Nº 122/2006- como en “Blanco c. Asociart ART SA” - Acuerdo Nº 197/2014- la Sala explicó las razones por las cuales se tomó la decisión de ir modificando la determinación de las tasa de interés, entre ellas:

- “la tasa de interés debe ser realista y positiva para mantener incólume la cuantía de la obligación y mitigar, de esa manera, los efectos de la inflación”.

- La búsqueda de la obtención de “...una recompensación del capital y al mismo tiempo una compensación por la privación del uso del dinero, ya que si a dicha tasa promedio (tasa de interés real) le restamos la variación de los precios al consumidor, se obtiene una tasa de interés puro que es altamente positiva, lo que... aventa toda posibilidad de inequidad.”

- La consideración a fin de encontrar una tasa de interés adecuada, siguiendo a Grisolia, “... el medio a emplear para mantener el valor del crédito adeudado depende de la existencia y de la magnitud del perjuicio a reparar, pero también de la calidad del acreedor, no pudiendo soslayarse que la integridad del crédito laboral se halla directamente garantizada por la Constitución, sin que pueda existir pretexto para privar a un habitante de la Nación- más aún tratándose de un trabajador, sujeto especialmente tutelado por el texto constitucional- de parte de su propiedad, acordada por las leyes y declarada por los jueces, ni para promover el enriquecimiento sin causa del deudor moroso en razón de su propia mora” (Grisolia, Julio Armando, “La tasa de interés aplicable en las sentencias laborales”, LL 05/05/2014,1, Impuestos 2014 (junio) 215. AR/DOC/1349/2014).

- La consideración de planteos doctrinarios respecto a la inequidad entre las tasas convencionales aplicadas por los tribunales y la realidad del trabajador frente a la extinción o siniestro sufrido. (cf. “El costo del dinero para el trabajador y la inequidad de la tasa judicial de intereses moratorios” (Revista de Derecho Laboral Actualidad 2013-2, Ed. Rubinzal Culzoni, 2013, RC D 403/2013).

Entiendo que debe modificarse la tasa de interés impuesta por el sentenciante de grado.

Es que el hecho de no continuar con el criterio de aplicar de modo inmediato la ley 26773 a contingencias anteriores a su sanción trae como consecuencia la inaplicabilidad del índice RIPTE. Y así, la tasa determinada por el a quo (15% anual) deviene insuficiente ya que ha tenido en cuenta el ajuste que propone dicho índice. De tal modo, de no modificarse la tasa, se arribaría entonces a un resultado absurdo y desmesurado perjudicando al trabajador.

En consecuencia, considero que debe imponerse una tasa de interés que, en el caso, mitigue tanto el paso del tiempo como el proceso inflacionario prolongado en el tiempo (ver punto 3.1.3.2.).

Tal como dijera Bugni de Basualdo en su voto en “Diaz c. Charge”, en opinión que compartí, “el discernimiento para fijar las tasas de interés no debe ser inamovible sino que, por el contrario, cuando razones lógicas provenientes de la evidencia se enfrentan al criterio vigente, se justifica una rectificación del curso de pensamiento cuyo colofón será la acepción de una tasa de interés adecuada a las últimas fluctuaciones económicas por las que atraviesa el país. Corresponde entonces analizar si se ha producido un cambio coyuntural, entendiéndose el término 'coyuntura' en su acepción económica, o sea: 'Estado y condiciones en que se encuentra la economía de

un país en un momento determinado. A esta acepción en sentido estático debe añadirse un componente dinámico que comporte como consecuencia alguna clase de previsión: de esta forma, moderadamente se considera la situación económica como situación en movimiento' (Enciclopedia Salvat Diccionario, Tomo 4, pág. 902, Salvat Editores S.A , Barcelona, 1972)".

Esta Sala luego del precedente mencionado dictó "Blanco, Teresa c. Asociart" - ya citado-, donde se ajustó nuevamente la tasa de interés. En el primero -recuerdo- era a partir de 01.01.2005; el segundo desde 01.01.2014.

Si a esa grilla agregáramos ahora un nuevo punto de partida para otro ajuste que tenga en cuenta todos los parámetros hasta aquí analizados y ponderados, se generaría una metodología de difícil y compleja aplicación, a lo que se agrega la percepción de que las tasas de interés anteriores no resultan adecuadas ni suficientes para resguardar la intangibilidad de los créditos tanto con origen en siniestros laborales como en extinciones de contrato de trabajo, estimando la influencia del paso del tiempo y el contexto socio económico en el que nos encontramos.

Por tanto propicio que la que propondré sea la única aplicable desde la mora, en cada caso.

Consecuentemente entiendo justo y equitativo que, a la fórmula polinómica, que se calculará tal como lo expuso el sentenciante, se aplique -en este caso- la tasa de interés correspondiente a dos veces el promedio de la tasa activa, sumada, que publica el BNA para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días, a partir de la fecha del inicio de esta demanda (27.07.2010) y hasta su efectivo pago, con capitalización mensual en caso de incumplimiento practicada que fuere la planilla correspondiente. (arts. 767, 770. inc. c), CCCN).

3.1.4. En relación a las costas en esta instancia se imponen en el orden causado atento el cambio jurisprudencial decidido lo que conlleva a apartarse del principio de vencimiento objetivo (art. 102 CPL).-

4. Teniendo en cuenta que es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que no resulta necesario seguir a las partes en todas y cada una de sus argumentaciones, bastando hacerse cargo de las que resulten conducentes para la resolución del litigio (cfr. Fallos, 272:225; 274:113; 276:132, entre otros) las razones hasta aquí expuestas me conducen a propiciar la recepción parcial de los agravios de la demandada y modificar la tasa de interés tal como se expuso en el punto 3.1.3.3.

Determinados los extremos que anteceden y en relación al interrogante sobre la justicia del fallo, voto, pues, parcialmente por la afirmativa.

A la misma cuestión, la Dra. Aseff dijo: Que comparto el voto emitido por la vocal preopinante y la solución a la que arribara en virtud de que postula una justa y adecuada reparación de los daños sufridos por el trabajador, respondiendo a su reclamo con la debida suficiencia – que es la finalidad perseguida en casos como el presente - a lo que agrego lo siguiente, sobre todo en relación a las consideraciones vertidas en el 2° párrafo del punto 3.1.1.3:

- Siguiendo el criterio sostenido por el Dr. Angelides (según ponencia publicada en el portal de la editorial Zeus on line, a la que me remito), también considero que atento la motivación que dio la CSJN en "Espósito" para abrir la queja interpuesta cuando hizo alusión a que "...la sentencia apelada se apoya en meras consideraciones

dogmáticas e incurre en un inequívoco apartamiento de las normas legales aplicables...”, evocó la doctrina de la arbitrariedad, lo que pone de resalto que no se está frente a doctrina constitucional desde que se examina derecho común, lo que morigera la doctrina del “leal acatamiento” por parte de los tribunales inferiores.

- También entiende el estimado colega de la Sala III que debe analizarse la justicia de la reparación y si la misma cumple con los mandatos constitucionales, como ha sucedido con la decisión que acompaño. Pero si la conclusión es negativa los tribunales podrán, acudiendo al “diálogo de fuentes” – tantas veces mencionado por los miembros de la comisión que trabajó en la unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación –recorrer todos los caminos existentes para conferir eficacia a la justicia social plasmada en la reforma constitucional del año 1957, que fue profundizada por los constituyentes del año 1994 con la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos en el inciso 22 del art. 75, contribuyendo a legitimar la decisión que comparto.

- Asimismo, que rigiendo en nuestro sistema el control de constitucionalidad difuso que permite a todos los jueces ejercerlo sin distinción de jerarquías, y teniendo en cuenta mediante el argumento a fortiori en su versión a majori ad minus - es decir, que quien puede lo más puede lo menos - esta facultad también relativiza el acatamiento a los fallos del Superior Tribunal de la Nación en la medida que no son estrictamente vinculantes para los Tribunales inferiores, aun cuando exista una suerte de “mandato moral” o “deber institucional” de seguir sus precedentes.

- Al respecto, manifiesta Néstor Pedro Sagüés, que “la Corte Suprema ha extendido el valor de su propia jurisprudencia, dándole efecto vinculante, aunque condicionado, configurando así una regla de derecho constitucional consuetudinario” (Néstor Pedro Sagüés, “Manual de Derecho Constitucional”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, pág. 148), debiendo entenderse esta condicionalidad como la facultad que tienen los Tribunales inferiores de “ ... apartarse del criterio de la Corte Suprema dando fundamentos suficientes, y siempre que ese alejamiento no signifique desconocimiento deliberado de la autoridad y prestigio del alto tribunal (“Santín”, Fallos, 212:259). (Lo resaltado me pertenece).

Es por ello que en atención al argumento eminentemente pragmático pero atendible expuesto por mi distinguida colega, cuando se refiere “a la dilación que se generaría frente a la esperable resistencia de las ART a abonar las sentencias dictadas sin acatar la doctrina que emana de “Espósito””, unido a la suficiencia de la reparación a la que arriba en su voto, me conducen a acompañarlo, dejando a salvo mi posición para un futuro eventual si se tornara necesaria su aplicación.

A la misma cuestión, la Dra. Mana dijo: Atento los fundamentos expuestos por la Dra. Mambelli, voto en idéntico sentido.-

A la tercera cuestión, la Dra. Mambelli dijo: Los fundamentos que anteceden me llevan a: a) rechazar el recurso de nulidad de deducido por la demandada; b) receptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora y, en su lugar, revocar la aplicación de los arts. 8 y 17.6, ley 26773 a la fórmula polinómica así como la declaración de inconstitucionalidad del decreto 472/14; c) a los fines de cuantificar la indemnización debida, se considerará el modo propuesto por el sentenciante de grado, con más dos veces el promedio de la tasa de interés activa,

sumada, que publica el BNA para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días, a partir de la fecha de inicio de esta demanda (27.07.2010) y hasta su efectivo pago, con capitalización mensual en caso de incumplimiento practicada que fuere la planilla correspondiente (arts. 767, 770. inc. c), CCCN); d) imponer las costas generadas en esta instancia en el orden causado (arg. art. 102 CPL); e) los honorarios se fijan en el 50% de los que en definitiva se regulen en baja instancia.

Así voto.

A la misma cuestión, las Dras. Aseff y Mana dijeron: Corresponde votar el voto propuesto por la Dra. Mambelli, así votamos.

En mérito al acuerdo que antecede, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Laboral;

RESUELVE: a) rechazar el recurso de nulidad de deducido por la demandada; b) receptor parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora y, en su lugar, revocar la aplicación de los arts. 8 y 17.6, ley 26773 a la fórmula polinómica así como la declaración de inconstitucionalidad del decreto 472/14; c) a los fines de cuantificar la indemnización debida, se considerará el modo propuesto por el sentenciante de grado, con más dos veces el promedio de la tasa de interés activa, sumada, que publica el BNA para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días, a partir de la fecha de inicio de esta demanda (27.07.2010) y hasta su efectivo pago, con capitalización mensual en caso de incumplimiento practicada que fuere la planilla correspondiente (arts. 767, 770. inc. c), CCCN); d) imponer las costas generadas en esta instancia en el orden causado (arg. art. 102 CPL); e) los honorarios se fijan en el 50% de los que en definitiva se regulen en baja instancia.

Insértese, hágase saber y oportunamente bajen.

.....
Sumario:

APLICACIÓN DE LA LEY 26.773 A CONTINGENCIAS OCURRIDAS CON ANTERIORIDAD A SU VIGENCIA - INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 17 INC. 5 LEY 26773

CARATULA: "PENNA, NÉSTOR C/ MAPFRE ART SA S/ COBRO DE PESOS" Expte. Nº 417 Año 2015

1ra Instancia: Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral de la Sexta Nominación de Rosario. 30/04/2015. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a la aseguradora a pagar la suma que resulte de la planilla a practicarse con ajustes del índice RIPTE y un interés anual del 12%. Al efecto, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46.1 de la Ley 24557.

2da Instancia: Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario, Sala III -integrada- Fecha: 04/10/2016. La Sala III -integrada-, por mayoría, rechazó el recurso de apelación de la demandada y confirmó la decisión del *a quo*.

1.- La lectura del precedente del máximo tribunal “Espósito”, denota la continuación de un criterio histórico y arraigado sobre la sucesión de leyes en el tiempo, pero conforme al *quid* de la cuestión, no puede dejar de considerarse la validez -por estrictas razones de justicia- de los montos de las reparaciones tarifadas de los daños por accidentes y enfermedades que arrojan los cálculos efectuados con las pautas brindadas por el régimen vigente con anterioridad a las establecidas por la ley 26773 (del voto del Dr. Angelides).

2.- Los tribunales acudiendo inclusive al “diálogo de fuentes” -tantas veces mencionado y recordado por los miembros de la Comisión para la Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación- deberán recorrer todos los caminos existentes para conferir eficacia a la justicia social plasmada en la Convención de 1957, y dimensionada por los Constituyentes de 1994 (del voto del Dr. Angelides).

3.- Sería injusto que por una mera razón de la fecha del infortunio, se otorgue una reparación no ya inferior, sino insuficiente, que consecuentemente no cumplirá con el claro mandato constitucional, contradiciendo el mismo la norma que pretende impedir el pago de una reparación adecuada, con el solo basamento del momento en que ocurrió el infortunio (del voto del Dr. Angelides).

4.- No se me escapa que parecería contradecir principios básicos de la interpretación jurídica el tachar de inconstitucional una norma que establece la vigencia de uno de sus segmentos sólo para el futuro. Pero de lo que se trata es de la reparación justa de un daño, estando entonces en juego un derecho fundamental de la persona humana (del voto del Dr. Angelides).

5.- La ley 26773, en su artículo 1, dispone el criterio de “suficiencia” respecto de “la cobertura de los daños derivados de los riesgos del trabajo”, suficiencia que no puede regir sólo para el futuro (del voto del Dr. Angelides).

6.- Las reparaciones anteriores, cristalizadas, resultan violatorias de la Constitución Nacional, por insuficientes, siendo entonces inconstitucional el artículo de la ley que veda la reparación justa a las contingencias anteriores a su vigencia (del voto del Dr. Angelides).

Fallo completo:

Nº 281. En la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, a los 04 días de octubre del año dos mil dieciséis, se reunieron en Acuerdo los señores vocales de la Sala Tercera -integrada- de la Excma. Cámara de Apelación en lo Laboral Dres. Ángel F. Angelides, A. Ana Anzulovich, Eduardo Enrique Pastorino, Lucía Aseff, Sergio Restovich, Roxana Mambelli y Adriana M. Mana para resolver en autos: “PENNA, NÉSTOR C/ MAPFRE ART SA S/ COBRO DE PESOS” Expte. Nº 417 Año 2015, venidos en nulidad y

conjunta apelación del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral de la Sexta Nominación de Rosario.

La integración con los Dres. Lucía Aseff y Sergio Restovich obedece a que se ha concedido la solicitud del demandante de ampliar la integración del tribunal, de acuerdo al artículo 27 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las Dras. Mambelli y Mana integran el tribunal en los términos del art. 384 del CPCC, atento a que en su oportunidad no se verificó la mayoría absoluta de votos sobre todos los puntos bajo discusión.

Efectuado el examen del pleito se resolvió plantear las siguientes cuestiones:

- 1.- ¿ES NULA LA SENTENCIA RECURRIDA?
- 2.- ¿ES JUSTA LA DECISIÓN APELADA?
- 3.- ¿CUÁL ES EL PRONUNCIAMIENTO A DICTAR?

Reunidos en Acuerdo, los integrantes del tribunal constituido conforme el art. 384 del CPCC dijeron en el siguiente orden:

1.- A la primera cuestión. La Dra. Anzulovich dijo: La demandada interpuso recurso de nulidad (fs. 131). No siendo fundado en forma autónoma, conforme expresa disposición del art. 113 del CPLSF, corresponde declararlo desierto, en virtud de que la recurrente no cumplimenta con la carga respectiva (cfr. fs. 170/6).

Al primer interrogante propuesto, mi voto es por la negativa.

A idéntica cuestión, el Dr. Angelides dijo: Comparto los fundamentos expresados por el vocal que me precede, por lo cual voto en su mismo sentido.

A igual cuestión, el Dr. Pastorino dijo: Coincido con los dos votos antecedentes.

A igual cuestión, la Dra. Aseff dijo: Comparto por sus fundamentos la decisión propuesta.

A igual cuestión, el Dr. Restovich dijo: Voto por la negativa por similares fundamentos.

Las Dras. Mambelli y Mana dijeron: Advirtiéndole que se ha logrado la mayoría de votos sobre el punto, no votan de acuerdo con lo dispuesto por el art. 385 del CPCC.

2.- A la segunda cuestión. La Dra. Anzulovich dijo: La sentencia de primera instancia que lleva el N° 281 de 30/04/2015, glosada a fs. 100/7, a cuyos fundamentos de hecho y de derecho me remito en razón de brevedad, hizo lugar a la demanda incoada condenando a MAPFRE ARGENTINA ART SA a pagar a Néstor Penna la suma que resulte de la planilla a practicarse, con ajustes del índice RIPTE y un interés anual del 12% hasta el efectivo pago. Impuso las costas a la demandada y difirió la regulación de honorarios. Para resolver de ese modo, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46.1 LRT. Asimismo, según resolución N° 303 de 19 de mayo de 2015, se aclaró que el rechazo de la tacha de inconstitucionalidad contra la ley 24432, fue propuesta por la demandada, y no por la parte actora (fs. 109).

La parte demandada apeló totalmente el acto decisorio a fs. 131. Concedido el recurso interpuesto, y elevadas las actuaciones a esta instancia, la recurrente expresa sus agravios conforme memorial de fs. 170/6. El actor los responde mediante presentación que obra a fs. 178/87.

LOS AGRAVIOS

Las críticas de la parte demandada refieren a que la sentencia de primera instancia: a) aplicó retroactivamente la ley 26773 a un siniestro ocurrido el 20 de junio

de 2011, en contradicción -dice- contra el art. 17.5 LRT; b) fijó al capital ajustado por el índice RIPTTE una tasa de interés del 12% anual hasta el efectivo pago.

TRATAMIENTO DE LOS AGRAVIOS

Adelanto que, con arreglo a las circunstancias de la causa y aplicando el derecho vigente, entiendo que la sentencia cuestionada prescindió de dar tratamiento adecuado a la controversia, dejando de ponderar elementos que hubieran conducido a una valoración diferenciada del plano fáctico traído a sede jurisdiccional. Y que -en mi criterio- desvirtúa la eficacia y eficiencia que debe tener todo pronunciamiento judicial.

Mi argumentación fundante de la decisión.

1.-

En síntesis, la censura de la aseguradora radica en que la juzgadora aplica la ley 26773 a un infortunio de 20 de junio de 2011, interpretando que el art. 17.6 de la mencionada prevé tal extensión temporal. En la misma línea, pone de resalto que declarar la inconstitucionalidad del art. 17.5 de la ley 26773, desembocaría en declarar inconstitucional el Código Civil, en cuanto es un principio fundamental del ordenamiento argentino la irretroactividad de las leyes.

Luego de citar jurisprudencia que estima aplicable, rechaza la tesis de la aplicación inmediata de la ley 26773 a las contingencias no pagadas porque "...en el sistema de la ley 24557, la situación jurídica se consolida con la fecha de la primer manifestación invalidante de la contingencia cubierta (accidente o enfermedad), no con la determinación del tipo y grado de incapacidad o la 'toma de conocimiento' (noción jurídica que la LRT no ha receptado) de la misma por parte del trabajador" (fs. 175 vta.).

Por último, alega que la discusión queda disipada con el dictado del decreto 472/14, el cual vuelve a reiterar que la actualización de la ley 26773 solo se aplica a las compensaciones dinerarias de pago único y a los pisos mínimos establecidos por el decreto 1694/09.

Recientemente en el precedente "Orellano" de esta Sala -por mayoría- se interpretó, como por lo demás se hizo desde siempre "...que el art. 17.5 de la ley 26773 fue suficientemente claro en cuanto a que las disposiciones relativas a las prestaciones en dinero y en especie de la mencionada se aplican a las contingencias, cuya primera manifestación invalidante se produjese a partir de su publicación en el Boletín Oficial, es decir en adelante al 26 de octubre de 2012" ("Orellano, Alicia Noemí c/ LA SEGUNDA ART SA", Acuerdo N° 155 de 29/06/2016).

Destaco que "Orellano" no es más que un extracto acotado del discurso interpretativo que emprendí en mi voto en "Carrizo, Pedro Reyes c/ PROVINCIA ART" (Acuerdo N° 304, 12/11/2014; disponible íntegramente en la página oficial <http://www.justiciasantafe.gov.ar/js/index.php?go=i&id=4041>). Asimismo, también resume la tesitura análoga del Dr. Pastorino en "Monzón, Felipe José c/ LIBERTY ART SA" (Acuerdo N° 303, 11/11/2014, publicado en ZEUS T. 128 J-15).

En el mismo "Orellano", dos de los vocales de esta Sala consideramos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la conocida causa "Espósito" confirmó la tesitura adoptada en "Carrizo" y "Monzón", cuando el más alto tribunal determinó "...que del art. 17.5 también se desprende claramente que estos nuevos importes

'actualizados' solo rigen para la reparación de contingencias cuya primera manifestación invalidante haya ocurrido con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del capítulo de la ley referente a las prestaciones dinerarias del régimen de reparación.

"En síntesis, la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPE de los 'importes' a los que aludían los arts. 1°, 3° y 4° del decreto 1694/09 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicaran a las contingencias futuras... que se manifestaran con posterioridad a la publicación del nuevo régimen legal" (CSJN, "Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente -ley especial", 7 de junio 2016).

Por lo expuesto, el agravio debe prosperar.

2.-

En cuanto al segundo agravio, la aplicación de una tasa de interés del 12% anual hasta el pago, cabe reiterar que a la indemnización tarifada deberá aplicarse la tasa activa sumada fijada por el Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento de documentos. Ello así, en consonancia con el art. 1° de la resolución N° 414/99 de la SRT (criterio sostenido por esta Sala en "Cuella, Evarista c/ Asociart S.A. ART s/ accidente laboral", Acuerdo N° 93 de 14/04/2014).

3.-

Al contestar los agravios vertidos, el actor plantea la deserción del recurso ya que la interposición fue contra la totalidad de la sentencia mientras que la expresión de agravios se limita -dice- a censurar la aplicación de la ley 26773 "...y en menor medida sobre los intereses determinados por la sentencia, dejando firme y consentidas cuestiones de índole sustancial y determinante dentro del presente..." (fs. 178). Entre las cuestiones que no merecieron reproches, el reclamante cita: a) inconstitucionalidad de los arts. 12.2, 21, 22 y 46.1 de LRT; b) confirmación del accidente por aplicación del art. 6 del decreto 717/96; c) incapacidad del 10,9 % de la total obrera como consecuencia de la contingencia; d) apercibimiento por falta de exhibición del legajo médico y los exámenes preocupacionales, periódicos y de egreso.

A tenor de esa descripción, la parte concluye que se trata de una apelación parcial y razona que "...no caben dudas que su recurso deberá ser rechazado y declarado desierto ello en los términos del art. 109 del CPL y debiendo aplicar expresamente el art. 109, esto es las multas correspondientes al demandado..." (fs. 179).

A esta altura del razonamiento, pondero que acierta el peticionante en relación a que la apelación se pronuncia exclusivamente sobre la legislación aplicable para la liquidación de un siniestro que llega firme a esta instancia. No obstante, igualmente cierto es que la parcela pertinente de la norma invocada preceptúa: "Si el recurso de apelación fuera interpuesto en forma parcial, se precisarán los puntos o rubros del fallo que se recurren; ante el incumplimiento de este recaudo, el juez intimará al apelante para que en el plazo de dos días subsane la insuficiencia, bajo apercibimiento implícito de tener por no interpuesto el recurso" (art. 109, apartado 1).

Entonces, el supuesto fáctico para la sanción requerida es notablemente disímil, desde que la demandada interpuso el recurso expresamente como total, y no

en forma parcial, sin perjuicio de que su falta de crítica concreta posterior sea condigna de otra respuesta jurisdiccional.

En este sentido, y siguiendo con la misma petición, la conducta que reprocha la actora sí encuadra en la siguiente norma del mismo artículo: "...si el tribunal de alzada advirtiera, al momento de dictar sentencia, que el apelante no expresó agravios respecto de rubros económica o jurídicamente relevantes, o que los vertidos fueran notoriamente inconsistentes en relación con los hechos o pruebas de la causa, deberá aplicar las sanciones económicas a que diera lugar la conducta procesal abusiva o dilatoria, graduadas prudencialmente" (ibídem).

Esta Sala ha evaluado que dicha disposición faculta al órgano judicial a condenar al demandado con el pago de una tasa de interés de hasta dos veces y media el que cobren los bancos oficiales, para operaciones corrientes de descuento de documentos comerciales ("Giménez, Isabel Antonia c/ GALENO ART (EX MAPFRE ART)", Acuerdo N° 157 de 4/7/2016).

En el caso en particular, considero que nada impedía que la demandada apelara en forma parcial, por lo que la conducta mostrada en esta instancia merece, desde la fecha de interposición de la apelación total (24/06/2015), la punición de adicionar al interés fijado en el considerando anterior otra vez la misma tasa (activa sumada fijada por el Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento de documentos).

A la segunda cuestión, voto por la negativa.

A la misma cuestión, el Dr. Angelides dijo: Disiento con el voto precedente, en cuanto recepta el agravio de la demandada que reprocha a la sentencia de grado la aplicación de la ley 26773, a un siniestro ocurrido el 20 de junio de 2011, el que entiendo debe rechazarse, conforme las siguientes consideraciones:

I.

Sin desconocer lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 7 de junio del corriente año, en "Espósito, Dardo Luis c/Provincia ART S.A. s/accidente - ley especial", por los fundamentos que expondré, estimo que en el caso la solución debe transitar por otros carriles.

Es de expresar al respecto, que la motivación que dio la CSJN para abrir la queja interpuesta, hace a que "...la sentencia apelada se apoya en meras consideraciones dogmáticas e incurre en un inequívoco apartamiento de las normas legales aplicables...". La evocación de la doctrina de la arbitrariedad pone de resalto que no se está frente a doctrina constitucional desde que se examina derecho común, lo que morigera la doctrina del "leal acatamiento" por parte de los tribunales inferiores.

La lectura del precedente del máximo tribunal, denota la continuación de un criterio histórico y arraigado sobre la sucesión de leyes en el tiempo, pero conforme al quid de la cuestión, no puede -a mi entender- dejar de considerarse la validez -por estrictas razones de justicia- de los montos de las reparaciones tarifadas de los daños por accidentes y enfermedades que arrojan los cálculos efectuados con las pautas brindadas por el régimen vigente con anterioridad a las establecidas por la ley 26773.

A partir de allí, si la conclusión es negativa, los tribunales, acudiendo inclusive al "diálogo de fuentes" -tantas veces mencionado y recordado por los miembros de la Comisión para la Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación- deberán

recorrer todos los caminos existentes para conferir eficacia a la justicia social plasmada en la Convención de 1957, y dimensionada por los Constituyentes de 1994.

No es ocioso recordar que el “Título Preliminar” - Capítulo I “Derecho” del Código Civil y Comercial de la Nación dispone en su art. 1°. “Fuentes y Aplicación. Los casos que este código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...”.

Por su parte, el art. 2°, bajo el acápite “interpretación” regla 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 jurídico”.

Entonces, si la ley nueva establece pautas para cubrir el objetivo de la cobertura de los daños derivados de los riesgos del trabajo con criterios de suficiencia, habiéndose verificado como consecuencia de las mismas un significativo incremento de los montos correspondientes a la prestación dineraria por incapacidad laboral permanente, será injusto que por una mera razón de la fecha del infortunio, se otorgue una reparación no ya inferior, sino insuficiente, que consecuentemente no cumplirá con el claro mandato constitucional, contradiciendo el mismo la norma que pretende impedir el pago de una reparación adecuada, con el solo basamento del momento en que ocurrió el infortunio.

Si bien es verdad que, en principio, las leyes rigen para el futuro, de lo que aquí se trata -reitero- es de otorgar a la persona dañada, una reparación acorde, en los términos que así la considera la legislación actual.

La realización de un adecuado “diálogo de fuentes”, no puede concluir -a mi entender- en una solución distinta, ya que en ese caso se estaría aceptando el pago de una reparación injusta, esto es, inconstitucional.

No se me escapa que parecería contradecir principios básicos de la interpretación jurídica el tachar de inconstitucional una norma que establece la vigencia de uno de sus segmentos sólo para el futuro. Pero, por un lado, no puede dejar de ponderarse que la cuestión, en esencia, alcanza exclusivamente a lo que es la suma de dinero con la cual se tiende a reparar los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, manteniendo el valor de la prestación. Por el restante, y en definitiva, de lo que se trata es de la reparación justa de un daño, estando entonces en juego un derecho fundamental de la persona humana.

Obsérvese que la ley 26773, en su artículo primero, dispone el criterio de “suficiencia” respecto de “la cobertura de los daños derivados de los riesgos del trabajo”, suficiencia que -es obvio- no puede regir sólo para el futuro.

De lo expuesto, se colige que las reparaciones anteriores, cristalizadas, resultan violatorias de la Constitución Nacional, por insuficientes, siendo entonces inconstitucional el artículo de la ley que veda la reparación justa a las contingencias anteriores a su vigencia.

Consecuentemente, el acto decisorio atacado no hace más que mantener la indemnidad de la persona dañada, debiendo rechazarse el agravio que le reprocha la aplicación retroactiva de la ley.

II.

El segundo agravio hace a los intereses, estimando la apelante que resulta improcedente su imposición, atento que la prestación dineraria se encuentra actualizada.

Confunde la recurrente lo que es el capital que manda a pagar la sentencia, con la aplicación al mismo de intereses, habiendo fijado la jueza de grado una tasa acorde a un capital actual, no depreciado, sin que sobre la misma se vierta queja alguna.

He de rechazar el agravio.

III.

En relación a la pretensión de la actora, tratada en el punto "3" del voto precedente, coincido con la vocal preopinante, atento que la sentencia resultó apelada en forma total, sin que la recurrente vierta agravios en la alzada sobre la ocurrencia del infortunio -que negó al contestar la demanda- y el grado de incapacidad.

Tocante a la tasa de interés punitoria, considero que la tasa a duplicar es la que fija la sentenciante, atento lo tenido en cuenta por la misma respecto del capital, a partir de la interposición del recurso de apelación.

A la segunda cuestión, voto por la afirmativa.

A igual cuestión, el Dr. Pastorino dijo: Coincido con las razones manifestadas por la Dra. Anzulovich, por lo cual voto en igual sentido.

A similar cuestión, la Dra. Aseff dijo: Comparto los argumentos expresados por el voto del Dr. Angelides, votando de la misma forma

Ante el interrogante, el Dr. Restovich dijo: Adhiero al voto formulado por el Dr. Angelides.

Respecto de la segunda pregunta, las Dras. Mambelli y Mana expresaron: Dirimida las diferencias entre los vocales, tras nueva deliberación, se abstienen de votar en consonancia con el art. 385 CPCC.

3.- A la tercera cuestión. La Dra. Anzulovich dijo: Corresponde: 1) Declarar desierto el recurso de nulidad. 2) Hacer lugar a la apelación de la demandada, dejando sin efecto la aplicación de la ley 26773. Se fija una tasa de interés equivalente a la activa sumada del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento de documentos, la que se duplica a partir del 24/06/2015, conforme la sanción procesal (art. 109 CPL). 3) Las costas de esta instancia se distribuyen por su orden (art. 102 CPL). Los honorarios de la Alzada se establecen en el 50% de los que se fijen en primera instancia (art. 19 de la ley 6767).

A la misma cuestión, el Dr. Angelides dijo: Corresponde: 1) Declarar desierto el recurso de nulidad. 2) Rechazar el recurso de apelación de la demandada. Confirmar la sentencia impugnada, en cuanto fue objeto de recurso y agravios. 3) Duplicar la tasa de interés fijada por la sentencia de primera instancia desde el 24/06/2015 (art. 109 CPL). 4) Imponer las costas de esta instancia a la demandada (art. 101 CPL). 5) Regular los honorarios en el 50% de los que en definitiva se fijen en primera instancia.

A igual cuestión, el Dr. Pastorino dijo: Adhiero a la decisión propuesta por la Dra. Anzulovich, por lo cual voto en su mismo sentido.

La Dra. Aseff dijo: Comparto por sus fundamentos la decisión propuesta por el Dr. Angelides.

Por último, el Dr. Restovich dijo: Voto, por la motivación brindada, en igual forma que el Dr. Angelides

Las Dras. Mambelli y Mana dijeron: Por el mismo motivo ya aludido, no votan (art. 385 CPCC).

Practicada la votación pertinente, la Sala Tercera -integrada- de la Excm. Cámara de Apelación en lo Laboral;

RESUELVE: 1) Declarar desierto el recurso de nulidad. 2) Rechazar el recurso de apelación de la demandada. Confirmar la sentencia impugnada, en cuanto fue objeto de recurso y agravios. 3) Duplicar la tasa de interés fijada por la sentencia de primera instancia desde el 24/06/2015 (art. 109 CPL). 4) Imponer las costas de esta instancia a la demandada (art. 101 CPL). 5) Regular los honorarios en el 50% de los que en definitiva se fijen en primera instancia. Insértese, hágase saber y, fecho, bajen.

.....
FALLO ESPÓSITO POSTURA DE LA CSJN - NO APLICACIÓN DE LA LEY 26.773 - DESFASAJE INFLACIONARIO - INCONSTITUCIONALIDAD DE ART. 12 LRT. INTERESES.

Carátula: "VERGARA, VICTORIO ORLANDO C/ LA CAJA ART SA S/ COBRO DE PESOS L.24557 - 21-05083892-4 (273/2015)" – SALA I CAMARA LABORAL ROSARIO

1ra Instancia: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de la 1ª Nominación de Villa Constitución. Fecha 5 de Diciembre de 2014. La Sentencia de primera instancia rechaza la aplicación inmediata de la ley 26773 y hace lugar parcialmente a la demanda.

2da Instancia: Sala Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario, Sala I. Fecha 28/12/2016. Se declara en el caso concreto, la inconstitucionalidad del art. 12, apartado 1, de la Ley 24.557, debiéndose tomar, a los fines de cuantificar la indemnización debida, el salario que cobraría un trabajador de igual categoría y convenio que el actor a la fecha del Acuerdo.

1.- Respecto de la aplicación inmediata de la ley 26773, con anterioridad al fallo de la CSJN "Espósito, Dardo Luis c. Provincia ART S.A." en distintos precedentes (entre otros, "Medina,...", Acuerdo nro. 137, del 30.5.2014) se decidió la aplicación a los casos allí juzgados de las disposiciones de la ley 26.773 en el entendimiento de que cuando las obligaciones emergentes del régimen sobre riesgos del trabajo no se encontraban satisfechas correspondía juzgar las consecuencias de los hechos anteriores a su vigencia conforme a la nueva normativa (Del voto del Dr. Restovich).

2.- Posteriormente y pese a entender la Sala que los fallos dictados recientemente por la CSJN en materia de Riesgos del Trabajo, no han sido debidamente fundados, no constituyen una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, por lo cual resultarían inválidos, se advierte en los pronunciamientos emitidos por nuestro tribunal cimero con posterioridad al fallo "Espósito", una clara postura respecto a la aplicación dogmática y literal de los artículos 17 inciso 5 de la ley 26.773, artículo 16 del decreto N° 1.694/09 ("Albornoz c. Asociart", del 4/10/16; "Ramón c. Caja Popular de Ahorros de la Provincia de

Tucumán", del 11/10/16), y artículo 17 del decreto reglamentario 472/14 ("Ibarra c. Asociart", del 22/11/16; "Chavez c. Galeno", del 22/11/16), por lo que mantener una posición contraria a dicha doctrina -aún fundadamente-, redundaría en un claro perjuicio para el trabajador, a quien precisamente se busca tutelar (Del voto del Dr. Restovich).

3.- Dada la autoridad que invisten los fallos del más Alto Tribunal de la Nación, que "los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos" (CSJN, "Cerámica San Lorenzo S.A.", Fallos 307:1094) y la conveniencia de tender a la uniformidad de la jurisprudencia considero prudente seguir las directrices emanadas de los fallos citados y, en consecuencia, rechazar el agravio del actor respecto de la aplicación inmediata de las mejoras introducidas por la ley 26.773 (Del voto del Dr. Restovich).

4.- Teniendo en cuenta el precedente "Hernando" de la Sala, donde se señaló que "en el contexto actual de una economía altamente inflacionaria, el seguimiento de la doctrina emanada de los últimos fallos de la CSJN llevan a que el crédito del trabajador accidentado, que goza de las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos y es, además, irrenunciable (art. 11 inc. 1 de la LRT), se vea notoriamente menguado, resultando los montos indemnizatorios absolutamente inicuos", el proceso inflacionario que degrada el valor adquisitivo de la moneda y disminuye los ingresos reales del trabajador, siguiendo lo expresado por nuestro Máximo Tribunal Nacional que afirma: "es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta y abstenerse de aplicarlas si se encuentran en oposición a ella (Fallos: 311:2478, entre muchos), y que "la declaración de inconstitucionalidad sin que media petición de parte no implica un avasallamiento del Poder Judicial sobre los demás, ya que dicha tarea es de la esencia de aquél, una de cuyas funciones específicas es la de controlar la constitucionalidad de la actividad desarrollada por los poderes Ejecutivo y Legislativo a fin de mantener la supremacía de la Constitución Nacional. (...) constituye una cuestión de derecho, ínsita en la facultad de los jueces que se resume en el antiguo adagio romano *iura novit curia*" (CSJN, "Mill de Pereyra" y en igual sentido, pero más reciente, "Rodríguez Pereyra"), se analiza la validez del art. 12 de la LRT en cuanto dispone el ingreso base para el cálculo de las indemnizaciones por incapacidad laboral (Del voto del Dr. Restovich).

5.- Siendo que el art. 12 LRT que estableció el método de cálculo del IBM fue dispuesta por el Dec. 1278/2000 cuando existía paridad cambiaria y que el "ingreso base" se obtiene promediando las remuneraciones del trabajador del año anterior al siniestro, la inflación actual y los periódicos aumentos de los salarios vía paritarias, reducen significativamente su valor. Además, sólo se toman las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones previsionales, lo que excluye del cálculo las que superan el tope del artículo 9º de la Ley 24.241 y las sumas "no remunerativas", de las que

abusan la inmensa mayoría de los convenios colectivos de trabajo. Cuando se llega a esta vía judicial es precisamente porque la ART no cumplió con su obligación, y el tránsito por esta instancia lleva muchos años, encontrándonos ante una deuda de valor que se extingue sólo cuando se la cancela (Del voto del Dr. Restovich).

6.- Es notablemente contradictorio que el art. 208 de la LCT disponga que en el supuesto de enfermedades o accidentes "inculpables", es decir, ajenos a la responsabilidad del empleador, el trabajador perciba durante el período de licencia la misma remuneración que recibiría de encontrarse en plena actividad, incluidos los incrementos salariales que se otorguen y, en cambio, en los casos de enfermedades y accidentes "laborales", para el cálculo de las indemnizaciones se tome un salario despreciado (Del voto del Dr. Restovich).

7.- Conforme todo lo expuesto considero corresponde declarar, en el caso concreto, la inconstitucionalidad del art. 12, apartado 1, de la Ley 24.557 en cuanto refiere al modo de efectuar el cálculo del ingreso base, pues ello atenta contra esenciales principios de raigambre constitucional como lo son el derecho a una remuneración justa, a la integridad salarial, a una reparación integral y justa, como así también el derecho de propiedad. En consecuencia, a los fines del cálculo de los rubros que se receptan, deberá tomarse en consideración para establecer el IBM del actor, el salario que cobraría un trabajador de igual categoría y convenio a la fecha de este Acuerdo" (Del voto del Dr. Restovich).

8.- En cuanto a la tasa de interés aplicable, siendo que conforme el sentido de mi voto propongo declarar la inconstitucionalidad del art. 12, apartado 1 de la LRT, y disponer que se efectúe el cálculo del IBM conforme un salario actualizado a la fecha de este fallo, estimo prudente fijar un interés puro equivalente al 7% anual, sumado, desde la fecha dispuesta por el a quo para el inicio del cómputo de los intereses y hasta 15 días de notificada la presente, de conformidad con lo establecido en la Ley 24.557 y la resolución 104/98 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. A partir de allí y hasta su efectivo pago una vez y media el promedio de la tasa activa, sumada, que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuentos de documentos a treinta días siguiendo la modalidad adoptada por esta Sala en el precedente "Bustos, Dante M. c. Centro Médico IPAM s. Cobro de Pesos Laboral" (Acuerdo Nro. 44 del 19.03.2015) (Del voto del Dr. Restovich).

Fallo completo:

Acuerdo Nro. 383. En la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, a los 28 días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis, se reunieron en Acuerdo los Sres. Vocales de la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Laboral, Dr. Nicolás Jorge Rogelio Vitantonio, Dr. Sergio Fabián Restovich y Enrique Arnaldo Girardini, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados "VERGARA VICTORIO ORLANDO C/ LA CAJA ART SA S/ COBRO DE PESOS L.24557 - 21-05083892-4 (273/2015)" venidos para

resolver los recursos de nulidad y apelación interpuestos contra el fallo dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral Nominación nº1 de Villa Constitución. Efectuado el estudio de la causa, se resolvió plantear las siguientes cuestiones:

- I) ¿Es procedente el recurso de nulidad?
- II) ¿Resulta ajustada a derecho la sentencia apelada?
- III) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Dr. Restovich, Dr. Girardini y Dr. Vitantonio.

A la primera cuestión el Dr. Restovich dijo: El recurso de nulidad que fuera interpuesto por la demandada a fs. 567, no ha sido mantenido en esta instancia revisora y no advirtiéndose vicios del procedimiento ni intrínsecos del pronunciamiento apelado que ameriten una declaración oficiosa de nulidad, corresponde declararlo desierto.

Al interrogante planteado voto por la negativa.

A la misma cuestión el Dr. Girardini dijo: Adhiero en los fundamentos y conclusiones del Dr. Restovich, y voto en idéntico sentido.

A la misma cuestión el Dr. Vitantonio dijo: Que habiendo tomado conocimiento de los autos y advirtiendo la existencia de dos votos totalmente coincidentes que hacen sentencia válida, me abstengo de emitir opinión.

A la segunda cuestión el Dr. Restovich dijo: 1. El pronunciamiento recurrido - Sentencia Nro. 2.423 de fecha 05 de diciembre de 2014, obrante a fs. 543/550-, declara la inconstitucionalidad de los artículos 6 inc. 2, 15 -renta periódica-, 21, 22 y 46, rechaza la aplicación inmediata de la ley 26.773 y hace lugar parcialmente a la demanda, con costas a cargo de la accionada.

Contra el mencionado decisorio, ambas partes interponen sendos recursos de apelación, que resultan concedidos a fs. 553 y 574.

Elevados los autos ante esta instancia revisora, el recurrente actor expresa su reproche contra la sentencia mediante los argumentos que vuelca en su memorial de fs. 588 y ss., los que son respondidos por la demandada a fs. 598 y ss., oportunidad en la que expone sus agravios contra el decisorio de grado, los que son contestados por el actor a fs. 610 y ss., quedando así los presentes en estado de ser resueltos.

La queja del actor se direcciona a cuestionar el rechazo por parte de la a quo de la aplicación al caso de las mejoras introducidas por los artículos 3, 8 y 17 inc. 6 de la ley 26.773.

A su turno, la demandada se agravia de la sentencia de grado por cuanto: a) concluye que ha existido concausalidad entre las patologías denunciadas por el actor y el débito laboral y b) no tiene en cuenta la ajenidad de dichas patologías con el listado de enfermedades profesionales que contempla el Régimen sobre Riesgos del Trabajo.

Razones de orden lógico imponen comenzar con el tratamiento de los reproches de la demandada, pues de su suerte depende el articulado por la parte actora.

2. Sostiene la demandada recurrente que las patologías detectadas por el perito médico oficial no son de carácter laboral y por lo tanto, no resultan resarcibles en los términos de la Ley sobre Riesgos del Trabajo.

Cuestiona que en la experticia médica el galeno no refiere a la relación directa o precisa entre las tareas que desempeñó el actor para su empleadora y las dolencias detectadas y que, bajo el acápite "Pronóstico" no hay una sola referencia precisa al caso del actor, entendiéndose entonces, que no se ha producido la conjunción de agente de riesgo, exposición y dolencia listada que hace responsable a una aseguradora de riesgos del trabajo dentro de los términos del contrato de afiliación.

Concluye que no se advierte la directa y necesaria relación de causalidad que debe existir entre los agentes de riesgo presentes en el ámbito laboral y las enfermedades que aduce padecer el accionante.

Debe destacarse, en primer término, que no es deber del perito médico determinar si ha mediado una relación de causalidad adecuada entre las patologías denunciadas y constatadas en el experticia y la prestación de servicios del actor en favor de su empleador así como los potenciales factores de riesgos que podrían existir en el ámbito laboral. Por el contrario, el galeno proporciona con fundamento científico elementos que reflejan el daño sufrido en la salud del trabajador y su grado incapacitante y en su caso, la posible incidencia de las condiciones laborales en el origen y/o agravamiento de las minusvalías constatadas, por lo que, constituye, sin duda, un aporte probatorio significativo mas el referido nexo de causalidad será evaluado por el juzgador en conjunto con la totalidad de las pruebas rendidas.

Siendo ello así y luego del examen de las constancias del caso, resulta de toda evidencia la existencia de elementos asertivos que permiten concluir que las patologías incapacitantes sufridas por el actor se encuentran causalmente vinculadas a la prestación de servicios y condiciones de trabajo de aquél.

Surge claro de las testimoniales rendidas -Zapata (fs. 120/122), Álvarez (fs. 122vta./124), Zanzo (fs. 153/154) y Gobbi (fs. 154vta./155), todos ellos compañeros de trabajo del actor, circunstancia que permite inferir que han tenido un conocimiento directo y personal de los hechos que relatan, puntualmente en cuanto a las condiciones de labor en la empresa donde prestaban servicios-, que el actor cumplía su débito laboral en un ambiente nocivo para su salud, habida cuenta de la existencia de gases, tóxicos, óxidos, polvillo, altas temperaturas, ruidos, vibraciones, etc., y realizando movimientos y esfuerzos repetitivos que ciertamente han comprometido su salud actual. En este aspecto, la pericial en higiene y seguridad laboral (fs. 428/430) no solo da cuenta de las posturas corporales requeridas para la realización de las tareas laborales cumplidas por el actor y la presencia de productos químicos en el ambiente, cuyos riegos en la salud de los trabajadores requieren controles permanentes así como la calificación del trabajo de la actora como repetitivo y pesado sino también de la falta de aporte por parte de la demandada de la documentación requerida por el auxiliar tendiente a corroborar el efectivo cumplimiento de la normativa vigente en materia de higiene y seguridad laboral.

Y, si bien las tareas de limpieza industrial que el actor hubo desempeñado para su empleadora durante un prolongado período de tiempo, las que -vale aclarar- lucen acreditadas por los testimonios señalados, lógicamente conllevan la exposición y el contacto con residuos industriales y materiales posiblemente tóxicos y/o contaminantes, ello no obsta el deber de prevención y seguridad que pesa sobre la aseguradora demandada.

En conclusión, de las pruebas rendidas en el caso resulta evidente que existió relación causal entre las patologías incapacitantes y las labores cumplidas por el actor en favor de su empleadora, ello sumado a la falta de acreditación de diligencias y medidas adoptadas por la aseguradora demandada orientadas a la prevención de riesgos laborales en un ambiente que -como fuera descripto por los testigos reseñados y el perito en higiene y seguridad- presenta numerosos agentes de riesgo.

En relación al cuestionamiento respecto de la exclusión de las enfermedades reclamadas en el listado que prevé el artículo 6 ap. 2 de la ley 24.557, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de dicha norma sin que se advierta un reproche concreto de la demandada en este aspecto, dicha cuestión ha quedado firme y consentida. No obstante ello, debe destacarse que “cabe entender que son enfermedades profesionales, además de las incluidas en el mencionado listado, las que han sido motivadas por el trabajo, con la salvedad de que, respecto de aquellas en cuyo origen o agravamiento el trabajo sólo haya incidido parcialmente, la incapacidad indemnizable en el marco de la ley 24.557 se limita a la proporción imputable al trabajo” (CNAT; Sala IV; “Miranda, Laura B. c. La Caja ART S.A.”; 23.10.2013; La Ley Online AR/JUR/77818/2013).

Las razones hasta aquí expuestas sellan la suerte adversa del recurso intentado por la demandada.

3. Ingresando en el examen de la queja de la parte actora respecto del rechazo por parte de la magistrada de grado de la aplicación inmediata al caso de las mejoras introducidas por la ley 26.773 (artículos 3, 8 y 17 inc. 5), creo menester formular las siguientes apreciaciones.

No puede soslayarse que -en fecha 7 de junio de 2016-, La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha emitido pronunciamiento sobre dicha cuestión in re “Espósito, Dardo Luis c. Provincia ART S.A.”.

En ese caso, el Tribunal de Alzada interviniente había justificado el uso del índice de actualización RIPTTE estando en juego la reparación de un infortunio ocurrido mucho antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley, sosteniendo -en síntesis- que “la aplicación inmediata de la ley rige las consecuencias en curso de un accidente, por lo cual no es necesario declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión para aplicarla ... en función del art. 3 del Código Civil” y que “la aplicación del dec. 1649/09 con las modificaciones de la ley 26.773 repara equitativa y adecuadamente el perjuicio sufrido... y no importa una violación del principio de irretroactividad de la Ley sino su aplicación inmediata”, “además de ser lo más justo, equitativo y razonable en el presente caso”.

Ante la denegatoria del recurso extraordinario federal que interpusiera contra ese decisorio la aseguradora interviniente, ésta acudió en queja por ante el más Alto Tribunal de la Nación, que emitió pronunciamiento haciendo lugar a la queja, declarando procedente el recurso extraordinario y revocando la sentencia apelada.

Para así decidir, La Corte destacó (en el considerando 3° de su fallo) que aunque los argumentos del remedio federal remitían al examen de cuestiones de derecho común que, en principio no eran susceptibles de revisión por la vía prevista en el art. 14 de la ley 48, cabía hacer excepción a tal premisa cuando, como aquí acontecía, la sentencia apelada se apoyaba en meras consideraciones dogmáticas e

incurría en un inequívoco apartamiento de las normas legales aplicables al caso juzgado.

Luego de hacer una minuciosa reseña de la legislación sucesiva en materia de riesgos del trabajo, consideró que "...la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los 'importes' a los que aludían los arts. 1º, 3º y 4º del decreto 1649/09 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicaran a las consecuencias futuras; más precisamente, a los accidentes que ocurrieran y a las enfermedades que se manifestaran con posterioridad a la publicación del nuevo régimen legal. El texto del art. 17.5, al establecer que 'las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero' entrarían en vigencia a partir de la publicación de la ley en el Boletín Oficial, no dejó margen alguno para otra interpretación".

Y concluyó que "la precisa regla que emana de este último precepto legal no puede dejarse de lado, como lo hizo el a quo, mediante la dogmática invocación de supuestas razones de justicia y equidad", y "...tampoco es posible justificar tal apartamiento acudiendo a la doctrina de los precedentes 'Arcuri Rojas' y 'Camusso'... pues las circunstancias del sub examine difieren notablemente de las tratadas en aquellos casos".

Con anterioridad al dictado de dicho fallo, esta Sala en distintos precedentes (entre otros, "Medina,...", Acuerdo nro. 137, del 30.5.2014) hubo decidido la aplicación a los casos allí juzgados de las disposiciones de la ley 26.773 en el entendimiento de que cuando las obligaciones emergentes del régimen sobre riesgos del trabajo no se encontraban satisfechas correspondía juzgar las consecuencias de los hechos anteriores a su vigencia conforme a la nueva normativa.

Posteriormente, en los caratulados "Temperini, Adelquis J. c. Berckley International ART S.A." (Acuerdo Nro. 281 de fecha 06 de octubre de 2016), a partir de lo expresado por la Corte Nacional en "Espósito", y recordando que ese máximo Tribunal ha reconocido la potestad y el deber de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad de normas aún en defecto de petición de las partes (así, en la causa "Mill de Pereyra" -La Ley, 2001-F, 891-, y más próximamente en el pronunciamiento dictado en "Rodríguez Pereyra" -La Ley 2012-F, 559-), se procedió a evaluar la constitucionalidad de la cláusula de la ley 26.773 (que lleva el numeral 17.5.) que establece su ámbito de vigencia temporal.

En tal línea, se concluyó que ante una ley de cuya aplicación resultan sumas reparatorias marcadamente superiores a las emergentes de la anterior legislación - aspecto sobre el que no anida margen de duda alguno-, destinadas a damnificados directos de accidentes o enfermedades del trabajo (o, eventualmente, a los integrantes de su núcleo familiar), que en su condición de trabajadores resultan ser sujetos de preferente tutela constitucional según expresara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos pronunciamientos -tales como los emitidos en los leading case "Vizzoti" (del 19.4.2004) y "Aquino" (del 21.9.2004), entre muchos otros-, una previsión normativa como la contenida en el numeral 17.5. de la ley 26.773, que sólo distingue entre los trabajadores damnificados por la sola circunstancia del momento en que se hubiera producido el evento dañoso o la primera manifestación invalidante de la enfermedad, escapa de los marcos de razonabilidad en tanto lo

supedita -sin más- al acaecimiento de la contingencia con posterioridad al comienzo de su vigencia.

Asimismo, se señaló que el condicionamiento de la vigencia de la ley 26.773 a que el evento haya sido de producción o con manifestación posteriores a su vigencia, en circunstancias en que el crédito del damnificado no se encuentra satisfecho, no puede sino resultar palmariamente conculcatorio del principio constitucional de igualdad ante la ley, garantizado tanto por el artículo 16 de la Constitución Nacional como por el 21 de la Carta Magna de la Provincia, a la par de resultar contrario a los principios de progresividad y de favorabilidad respecto del trabajador.

Ahora bien, sin perjuicio de dejar a salvo mi posición plasmada en el referido precedente, recientemente han llegado a estudio del tribunal cimero de la Nación causas donde, a diferencia del caso "Espósito", los fallos recurridos declararon la inconstitucionalidad del inciso 5 del artículo 17 de la ley 26.773. Y en tales supuestos, la Corte descalificó las sentencias aduciendo -tan sólo- que las mismas "se apoyan en una interpretación que no se ajusta a los criterios establecidos en el precedente dictado por esta Corte en 'Espósito'" (CSJ 3512/2015/RHI, "Gatti, Daniel Arístides c. Provincia de Santa Fe s. Accidente laboral". CSJN 3733/2015/RH1, "Medina Bello, Félix c. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y ot. s. Recurso de inaplicabilidad de ley").

Tal como fuera señalado -por voto de la mayoría- en autos "Hernando, David M. c. Mapfre Argentina ART S.A." (Acuerdo Nro. 373 de fecha 27/12/16), ante estos nuevos pronunciamientos de la Corte nacional este Tribunal no puede dejar de efectuar algunas observaciones, más allá -conforme lo expondré seguidamente- de la conveniencia de seguir la doctrina emanada de los mismos.

En el precedente referido se destacó la nula referencia a los casos concretos que contienen los dos fallos citados, circunstancia que los califica de arbitrarios. En efecto, en el caso "Gatti" el tribunal Ad Quem, entre los fundamentos para declarar inconstitucional el artículo 17 inciso 5, observó que la Corte Suprema ha señalado que el resarcimiento tarifado propio del sistema de riesgos solo puede juzgarse constitucionalmente compatible cuando tiende a la integralidad en el resarcimiento del daño. Entendieron los jueces que dicha norma era inconstitucional en la parte que dispone que la aplicación normativa alcanza únicamente a los damnificados cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de la publicación de la ley en el Boletín Oficial, en tanto constituye una discriminación a un sujeto doblemente tutelado a nivel constitucional. También señalaron que la indemnización del artículo 3° que presume un daño moral que sufre el damnificado integra el plexo normativo de reparación referido en el artículo 1° de la ley 26.773, que debe tener un criterio resarcitorio de suficiencia e integralidad, de modo que el artículo 17 inciso 5 al establecer un impedimento a la aplicación de esta mejora a los hechos anteriores a la norma, es inconstitucional.

Sin embargo, absolutamente ningún análisis, ni siquiera ninguna referencia, efectuó la Corte respecto de todos esos sólidos argumentos, limitándose únicamente a remitir a "los fundamentos y conclusiones" del fallo "Espósito", donde -reitero- no se trató la constitucionalidad del art. 17 inciso 5 de la ley 26.773, sino que se dispuso que

ante la existencia de pautas legales específicas no correspondía acudir a las reglas generales de la legislación civil sobre aplicación temporal de las leyes.

En la coyuntura actual donde el deber de "fundamentar razonablemente" las sentencias ha sido incorporado incluso expresamente por nuestros legisladores al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, fallos como "Gatti" y "Medina Bello" no dejan, pues, de llamarnos poderosamente la atención, máxime si -como en el caso-, fueron dictados por nuestro Máximo Tribunal nacional.

En efecto, el artículo 3° del CCyC recepta la doctrina de la arbitrariedad de sentencias y estipula que "El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión ´razonablemente´fundada", lo que importa "el deber de seguir un proceso argumentativo susceptible de control judicial" (Lorenzetti, Ricardo Luis, comentario al art. 3 en la obra colectiva dirigida por él, "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo I, pág. 39).

Señala Ghersi que "el artículo es una señal dada a los jueces que, como función esencial del Estado, deben dictar sentencias posibles y con fundamento en la razonabilidad, en lo que van a ser importantes los principios generales del derecho como cierre del sistema jurídico" (Ghersi, Carlos A., comentario al art. 3, en la obra colectiva dirigida por él conjuntamente con Celia Weingarten, "Código Civil y Comercial. Análisis jurisprudencial. Comentado, concordado y anotado", Editorial Nova Tesis, Tomo I, 24).

Se ha dicho en postura que comparto que si conforme los Fundamentos de la Comisión (III,4) "lo valioso viene a ser sinónimo de lo no arbitrario y, por tanto, de lo razonable, de acuerdo con el alcance asignado a los principios y valores en el art. 2°, se concluye que la decisión razonablemente fundada de este artículo no es otra que una decisión moral" (Rabbi, Renato y Cabanillas, Baldi, comentario al art. 3, en la obra colectiva dirigida por Julio Rivera y Graciela Medina, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Editorial La Ley, Tomo I, 69).

En definitiva, y como en reiteradas oportunidades ha dicho la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, una sentencia arbitraria no es propiamente una sentencia (Fallos: 312:1034 y sus citas, entre otros), pues infringe directa e inmediatamente la garantía constitucional de defensa en juicio al carecer de la debida fundamentación que la Ley Fundamental exige.

Sentado lo expuesto, se concluye que los fallos citados, dictados recientemente por la Corte nacional, no han sido debidamente fundados, no constituyen una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, por lo cual resultarían inválidos.

No obstante ello, se advierte en los pronunciamientos emitidos por nuestro tribunal cimero con posterioridad al fallo "Espósito", una clara postura respecto a la aplicación dogmática y literal de los artículos 17 inciso 5 de la ley 26.773, artículo 16 del decreto N° 1.694/09 ("Albornoz c. Asociart", del 4/10/16; "Ramón c. Caja Popular de Ahorros de la Provincia de Tucumán", del 11/10/16), y artículo 17 del decreto reglamentario 472/14 ("Ibarra c. Asociart", del 22/11/16; "Chavez c. Galeno", del 22/11/16), por lo que mantener una posición contraria a dicha doctrina -aún fundadamente-, redundaría en un claro perjuicio para el trabajador, a quien precisamente se busca tutelar.

En definitiva, dada la autoridad que invisten los fallos del más Alto Tribunal de la Nación, que "los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos" (CSJN, "Cerámica San Lorenzo S.A.", Fallos 307:1094) y la conveniencia de tender a la uniformidad de la jurisprudencia, considero prudente seguir las directrices emanadas de los fallos citados y, en consecuencia, modificar mi posición, rechazando el agravio del actor respecto de la aplicación inmediata de las mejoras introducidas por la ley 26.773

Asimismo, en el referido precedente "Hernando" esta Sala señaló que en el contexto actual de una economía altamente inflacionaria, el seguimiento de la doctrina emanada de los últimos fallos de la CSJN llevan a que el crédito del trabajador accidentado, que goza de las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos y es, además, irrenunciable (art. 11 inc. 1 de la LRT), se vea notoriamente menguado, resultando los montos indemnizatorios absolutamente inicuos.

Resulta de público y notorio conocimiento que actualmente vivimos una "macro devaluación del peso -junto con el levantamiento del cepo cambiario-, con traslado de esa devaluación a los precios internos y distorsión de los precios relativos que retroalimentan el proceso inflacionario", lo que "aumenta y acelera la inflación existente, además de provocar una caída adicional de los salarios reales" (Giuliano, Héctor L., "Deuda, devaluación, inflación y cuestión salarial. Los ejes de la nueva administración". RE 2016-2, 1).

La alta inflación degrada el valor adquisitivo de la moneda y por tanto hay una clara disminución de los ingresos reales del trabajador.

Ergo, siendo que conforme lo expresado por nuestro Máximo Tribunal Nacional "es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta y abstenerse de aplicarlas si se encuentran en oposición a ella (Fallos: 311:2478, entre muchos), cabe analizar la validez del art. 12 de la LRT en cuanto dispone el ingreso base para el cálculo de las indemnizaciones por incapacidad laboral.

Y a este respecto debo señalar que "la declaración de inconstitucionalidad sin que media petición de parte no implica un avasallamiento del Poder Judicial sobre los demás, ya que dicha tarea es de la esencia de aquél, una de cuyas funciones específicas es la de controlar la constitucionalidad de la actividad desarrollada por los poderes Ejecutivo y Legislativo a fin de mantener la supremacía de la Constitución Nacional. (...) constituye una cuestión de derecho, ínsita en la facultad de los jueces que se resume en el antiguo adagio romano *iura novit curia*" (CSJN, "Mill de Pereyra" y en igual sentido, pero más reciente, "Rodríguez Pereyra").

Asimismo, cabe puntualizar que si bien con anterioridad este Tribunal se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la referida disposición, el cambio de las condiciones socio económicas ha hecho que su aplicación con el paso del tiempo produzca un efecto contrario al que ella misma perseguía y al sistema de valores y principios constitucionales.

En tal sentido nuestro tribunal cimero ha dicho que ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pudieron haberse tornado indefendibles

desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de las circunstancias objetivas relacionadas con ellas. Las leyes no pueden ser interpretadas sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro y está destinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción (Fallos: 241:291 y 328:566).

Así, pues, dispone el art. 12 de la LRT que "A los efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias se considera ingreso base la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones, con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, devengadas en los DOCE (12) meses anteriores a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor a UN (1) año, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado. El valor mensual del ingreso base resulta de multiplicar la cantidad obtenida según el apartado anterior por 30,4".

Ahora bien, esta redacción de la norma fue dispuesta por Decreto N° 1.278 "con el fin de mejorar las prestaciones que se otorgan a los trabajadores damnificados", en el año 2000, esto es, en un año en el que existía paridad cambiaria uno a uno (U\$S 1 = \$ 1) y por ende en un período de cierta estabilidad económica y monetaria, absolutamente distinto al actual, donde se estipula que la inflación del año terminará en un 39,9% (Fte: Diario La Nación on line, 16.12.2016).

Y pese a que expresamente la LRT dispuso en su artículo 11 inciso 3 que "El Poder Ejecutivo nacional se encuentra facultado a mejorar las prestaciones dinerarias establecidas en la presente ley cuando las condiciones económicas financieras generales del sistema así lo permitan", es un hecho notorio que los valores fijados en diciembre del año 2000 permanecieron congelados durante casi diez años, cristalizando un valor nominal que paulatinamente perdió correlación con la realidad económica circundante. Recuérdese que entre la fecha en que entró en vigencia el decreto 1.278/00 y el 6 de noviembre de 2009 en que se dictó el decreto 1.694 que actualizó las prestaciones, se produjeron una serie de procesos económico-financieros en nuestro país que dejaron como secuela la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

"Como el 'ingreso base' se obtiene promediando las remuneraciones del trabajador, del año anterior al siniestro, la inflación actual y los periódicos aumentos de los salarios vía paritarias, reduce significativamente su valor. Además, sólo se toman las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones previsionales, lo que excluye del cálculo las que superan el tope del artículo 9º de la Ley 24.241 y las sumas 'no remunerativas', de las que abusan la inmensa mayoría de los convenios colectivos de trabajo" (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).

En consecuencia, siendo que cuando se llega a esta vía judicial es precisamente porque la ART no cumplió con su obligación, y que el tránsito por esta instancia lleva muchos años, la disposición del art. 12 de la LRT no hace más que lesionar los derechos del trabajador, en tanto éste percibirá una suma totalmente depreciada y sin relación con sus ingresos al momento del efectivo pago. Es decir, tomar como base de cálculo las doce últimas remuneraciones devengados antes de la primera manifestación invalidante o de la fecha del accidente, importa situarnos frente a un salario

notoriamente depreciado al tiempo de liquidarse la prestación en especie y una indemnización absolutamente desvirtuada en relación a los fines con que fue creada.

Por otra parte, no debemos olvidar que nos encontramos ante una deuda de valor que se extingue sólo cuando se la cancela. Es decir, la deuda de valor sigue siendo tal mientras el pago no la extinga, y por tanto carece de toda razonabilidad que al momento de "cuantificarla" no se lo haga a valores actuales.

Asimismo, resulta discriminatorio, irrazonable y notablemente contradictorio que el art. 208 de la LCT disponga que en el supuesto de enfermedades o accidentes "inculpables", es decir, ajenos a la responsabilidad del empleador, el trabajador perciba durante el período de licencia la misma remuneración que recibiría de encontrarse en plena actividad, incluidos los incrementos salariales que se otorguen y, en cambio, en los casos de enfermedades y accidentes "laborales", para el cálculo de las indemnizaciones se tome un salario depreciado.

En tal sentido ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Ascuá Luis R. c/Somisa" (10.8.2010), que el legislador no puede válidamente dejar de satisfacer la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima (Cons. 8° de la mayoría y 6° del voto de la Dra. Highton de Nolasco), lo que supone tomar en consideración el salario real del trabajador al momento de determinarse definitivamente su incapacidad.

A su vez, nuestro máximo tribunal al referirse a la descalificación constitucional de un precepto normativo, sostuvo in re "Rodríguez Pereyra" (27/11/12), que ésta se encuentra supeditada a que, en el pleito, quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto; y en los presentes ello surge notorio, pues conforme la redacción actual del art. 12 de la LRT debería tomarse para el cálculo de las respectivas indemnizaciones los salarios del actor de agosto de 2009 a julio de 2010, esto es, de hace siete años atrás.

En definitiva, conforme todo lo expuesto considero corresponde declarar, en el caso concreto, la inconstitucionalidad del art. 12, apartado 1, de la Ley 24.557 en cuanto refiere al modo de efectuar el cálculo del ingreso base, pues ello atenta contra esenciales principios de raigambre constitucional como lo son el derecho a una remuneración justa, a la integridad salarial, a una reparación integral y justa, como así también el derecho de propiedad.

En consecuencia, a los fines del cálculo de los rubros que se receptan, deberá tomarse en consideración para establecer el IBM del actor, el salario que cobraría un trabajador de igual categoría y convenio a la fecha de este Acuerdo.

4. En cuanto a la tasa de interés aplicable, siendo que conforme el sentido de mi voto propongo declarar la inconstitucionalidad del art. 12, apartado 1 de la LRT, y disponer que se efectúe el cálculo del IBM conforme un salario actualizado a la fecha de este fallo, estimo prudente fijar un interés puro equivalente al 7% anual, sumado, desde la fecha dispuesta por el a quo para el inicio del cómputo de los intereses, esto es, el 26.08.2010 y hasta 15 días de notificada la presente, de conformidad con lo establecido en la Ley 24.557 y la resolución 104/98 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. A partir de allí y hasta su efectivo pago una vez y media el promedio de la tasa activa, sumada, que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuentos de documentos a treinta días siguiendo la modalidad adoptada por esta

Sala en el precedente “Bustos, Dante M. c. Centro Médico IPAM s. Cobro de Pesos Laboral” (Acuerdo Nro. 44 del 19.03.2015).

5. En lo que concierne a la solicitud de aplicación de la sanción prevista por el artículo 275 de la Ley de Contrato de Trabajo formulada por la actora al contestar los agravios de la contraparte, no se advierte que la conducta de la accionada deba ser sancionada en tales términos como requiere el accionante, desde que dicha sanción solo resultaría aplicable en aquellos casos en que la sinrazón para litigar sea evidente y manifiesta de modo tal que no habilite un mínimo margen de duda al juzgador, debiendo aplicarse solo en casos extremos, de lo contrario, podría cercenarse el derecho constitucional de defensa en juicio de las partes. Y, cabe destacar que las postulaciones expuestas por la demandada en su alegato parten de la premisa del carácter inculpable de las patologías denunciadas y no del reconocimiento de su naturaleza laboral, por lo que, no se evidencian propósitos obstruccionistas o dilatorios que justifiquen la sanción pretendida.

6. En definitiva, propongo el rechazo de los recursos de apelación intentados por las partes. Asimismo, corresponde: a) declarar, en el caso concreto, la inconstitucionalidad del art. 12, apartado 1, de la Ley 24.557, debiéndose tomar, a los fines de cuantificar la indemnización debida, el salario que cobraría un trabajador de igual categoría y convenio que el actor a la fecha de este Acuerdo y b) modificar la tasa de interés dispuesta en el fallo recurrido conforme los lineamientos dispuestos al tratar la segunda cuestión.

7. En relación a las costas de esta instancia, atento el resultado que propongo para dar respuesta al interrogante planteado acerca de la justicia del fallo y dado que la cuestión de fondo no ha sido modificada en lo sustancial, propongo sean impuestas en el orden causado (artículo 102, CPL).

Al interrogante planteado voto, pues, por la afirmativa parcial.

A la misma cuestión el Dr. Girardini dijo: Adhiero a los fundamentos y conclusiones del Dr. Restovich, y voto en idéntico sentido.

A la misma cuestión el Dr. Vitantonio dijo: Sin perjuicio de la existencia de dos votos concordantes, extremo que autoriza la abstención de emitir opinión sobre el particular, considero menester dejar a salvo mi posición plasmada en autos “Gallardo, Sandra B. c/Mapfre Art S.A.” (Acuerdo Nro.282 del 6/10/16) acerca de la aplicación de las mejoras de la ley 26.773 a contingencias anteriores a su entrada en vigencia pendientes de cancelación a partir del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Expósito”.

A la tercera cuestión el Dr. Restovich dijo: Los fundamentos que anteceden me conducen a proponer: I. Declarar desierto el recurso de nulidad intentado. II. Rechazar los recursos de apelación deducidos por las partes. III. Declarar, en el caso concreto, la inconstitucionalidad del art. 12, apartado 1, de la Ley 24.557, debiéndose tomar, a los fines de cuantificar la indemnización debida, el salario que cobraría un trabajador de igual categoría y convenio que el actor a la fecha de este Acuerdo. IV. Modificar la tasa de interés conforme los lineamientos dispuestos al tratar la segunda cuestión. V. Imponer las costas de esta instancia en el orden causado. Los honorarios de segunda instancia se fijan en el cincuenta por ciento (50%) de los que, en definitiva, corresponda regular en baja instancia por los principales.

Así voto.

A la misma cuestión el Dr. Girardini dijo: Visto el resultado obtenido al votarse las cuestiones anteriores, corresponde dictar pronunciamiento en la forma propuesta por el Dr. Restovich.

A la misma cuestión el Dr. Vitantonio dijo: Que se abstiene al votar por análogas razones a las expresadas en las cuestiones anteriores.

A mérito del Acuerdo que antecede, la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario, RESUELVE: I. Declarar desierto el recurso de nulidad intentado. II. Rechazar los recursos de apelación deducidos por las partes. III. Declarar, en el caso concreto, la inconstitucionalidad del art. 12, apartado 1, de la Ley 24.557, debiéndose tomar, a los fines de cuantificar la indemnización debida, el salario que cobraría un trabajador de igual categoría y convenio que el actor a la fecha de este Acuerdo. IV. Modificar la tasa de interés conforme los lineamientos dispuestos al tratar la segunda cuestión. V. Imponer las costas de esta instancia en el orden causado. Los honorarios de segunda instancia se fijan en el cincuenta por ciento (50%) de los que, en definitiva, corresponda regular en baja instancia por los principales. Insértese, hágase saber, y bajen.

NOTA A FALLO: "FERNÁNDEZ, NORBERTO DARÍO C/ LA SEGUNDA ART SA S/ COBRO DE PESOS" (Expte. Nro 399/2015), Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario, Sala II, 30-10-16.-

Por IGNACIO EDUARDO PANDULLO¹
Marzo de 2017

SUMARIO: I. El caso II. La decisión del Tribunal Ad Quem.- II.1 Sus fundamentos.- II.2 La tasa de interés aplicable.- III. Otros criterios jurisprudenciales de reciente aparición.- IV. Reflexión final.-

El día 30 de septiembre de 2016, con votos de las Dras. Roxana Mambelli, Lucía Aseff y Adriana Mana, la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario dictó sentencia en los autos caratulados "FERNANDEZ, NORBERTO DARÍO C/ LA SEGUNDA ART SA S/ COBRO DE PESOS", pudiéndose extraer de la misma importantes apreciaciones en torno al mecanismo de actualización aplicable a las indemnizaciones derivadas de riesgos del trabajo luego del precedente "Espósito"².-

I. El caso:

El actor demandó a LA SEGUNDA ART SA -aseguradora contratada por su patronal-, procurando el pago de una indemnización por incapacidad laboral parcial y

¹ Abogado Laboralista. Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Especialista en Derecho del Trabajo, Universidad Nacional de Rosario (año 2014). Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (tesis en preparación), Universidad Nacional de Tres de Febrero.-

² CSJN, "Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART SA s/ Recurso de Queja s/ Accidente – Ley Especial", 07.06.16 Id SAIJ: FA16000107

permanente por el padecimiento de enfermedades profesionales, con más los intereses a devengarse de acuerdo a la Resolución 414/99 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Asimismo, peticionó la declaración de inconstitucionalidad del tope del art. 14 apartado 2, inc. a, ley 24.557 y del art. 16, decreto N° 1694/09. Luego de la sanción de la ley 26.773, solicitó que se actualizara la reparación tarifada por aplicación del índice RIPTE, así como la declaración de inconstitucional del decreto 472/14, del art. 17.5, ley 26.773 y del art. 4, ley 25.561 y 7, ley 23.928.-

En su sentencia, el Juez de Primera Instancia³ tachó de inconstitucional el art. 17 del decreto N° 472/14, hizo lugar a la demanda, y condenó a la accionada a abonar el monto que arrojará la planilla conformada por capital (art. 14.2.a), ley 24.557) con las mejoras introducidas por el Decreto 1694/09 y por los arts. 8 y 17.6 de la ley 26.773, con aplicación del índice RIPTE desde la fecha de promoción de la demanda (es decir, el 27.07.10) con más una tasa de interés equivalente al 15% anual hasta su efectivo pago. Por último, impuso las costas a la accionada.-

Contra dicho decisorio la perdedora interpuso recursos de nulidad y apelación, habiendo sostenido sólo éste último ante el Tribunal de Segunda Instancia.-

II. La decisión del Tribunal Ad Quem

La Sala II recibió parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora, y decidió:

-revocar la aplicación de los arts. 8 y 17.6, ley 26.773 a la fórmula polinómica así como la declaración de inconstitucionalidad del decreto 472/14;

-cuantificar la indemnización debida, teniendo en cuenta el modo propuesto por el A Quo en su sentencia, con más dos veces el promedio de la tasa de interés activa, sumada, que publica el BNA para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días, a partir de la fecha de inicio de la demanda (27.07.2010) y hasta su efectivo pago, con capitalización mensual en caso de incumplimiento practicada que fuere la planilla correspondiente (arts. 767 y 779 inciso c) del Código Civil y Comercial de la Nación);

-imponer por su orden las costas de esa instancia;

-fijar los honorarios en el 50% de los que se regulen en baja instancia.-

II.1. Sus fundamentos

Seguidamente realizaré un repaso de los argumentos esgrimidos por la Sala para fundar su fallo, reservando para el acápite siguiente los referidos a la tasa de interés.-

Así, el Tribunal:

a) recurrió a la solución pragmática ensayada en el precedente “Vergara”⁴, en el que la Dra. Mambelli –voto en mayoría– dijo *“...la decisión de la Corte Nacional no deja –a mi modo de ver- resquicio interpretativo alguno respecto de la imposibilidad de aplicar la ley 26.773 a siniestros ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia – tal como venía haciendo esta Sala- ya que, más allá de que se comparta o no la postura por la que optó el Máximo Tribunal...mantener el mismo criterio llevaría*

³ Dr. Marcelo Agustín Enzo Galucci, titular del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral de la 7ma. Nominación de Rosario.-

⁴ Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario, Sala II, “Vergara, Domingo Aquilino c/ Liberty ART SA (hoy Swiss Medical ART SA) s/ Demanda prestaciones ley 24.557”, 30.08.16; 238; 1303/16.-

inexorablemente a que finalmente se viera perjudicado el trabajador frente a la dilación que se generaría frente a la esperable resistencia de las ART a abonar las sentencias dictadas sin acatar la doctrina que emanada de “Espósito””.-

b) Para determinar el IBM a tener en cuenta, descartó la declaración de inconstitucionalidad del Art. 12 de la LRT⁵, afirmando que “...*ni en la instancia anterior, ni en esta, el actor ha aportado parámetros claros a fin de poder evaluar las diferencias salariales entre la fórmula polinómica a considerar en el año 2010 y en la actualidad...*”, destacando la necesidad de contar con pautas ciertas para llevar a cabo las comparaciones pertinentes que permitieran determinar el **perjuicio sufrido** por el obrero por la aplicación del mentado artículo, evitando así declarar inconstitucionalidades en abstracto y de forma automática.-

c) Tuvo en cuenta el cambio jurisprudencial para imponer las costas en el orden causado (art. 102 CPL).-

II.2. La tasa de interés aplicable

Los intereses fueron definidos como “...*los aumentos que las deudas pecuniarias devengan en forma paulatina, durante un tiempo dado, sea como precio por el uso de un dinero ajeno o como una indemnización por un retardo en el cumplimiento de obligación dineraria*”⁶.-

La doctrina los ha clasificado, de acuerdo a su origen, en voluntarios y legales. En el primer grupo se incluye a los intereses lucrativos y punitivos, mientras que en el segundo se contemplan los retributivos y moratorios.-

En cuanto a estos últimos, los que son de relevancia para esta nota, se los ha definido como “...*aquellos que, como su nombre lo indican, se deben en caso de mora del deudor en el cumplimiento de su obligación. El deudor con su incumplimiento, priva ilegítimamente al acreedor de su derecho a percibir un capital y, como consecuencia de ello, debe reparar el daño causado. Los intereses moratorios constituyen la indemnización de dicho perjuicio y requieren para su procedencia que el incumplimiento sea imputable al deudor, objetiva o subjetivamente*”⁷.-

Es decir, el interés debido por el incumplimiento de un pago tiene carácter indemnizatorio per se, en forma autónoma del que le corresponde al crédito originario (en este caso una prestación dineraria de la LRT), y pretende una reparación integral del daño.-

En tal sentido, en el considerando tercero del fallo analizado se hace referencia a la reparación del daño al resaltarse que “...*la Constitución nacional también regula en el art. 19 el derecho a no ser dañado o “alterum non laedere cuyo correlato se encuentra en el derecho a obtener una reparación justa...*”, extremo que también es exigido por el art. 21 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como

⁵ Criterio que sí prosperó en el ya citado fallo “Vergara”.-

⁶ Alterini, Atilio Aníbal y o/s., “Derecho de obligaciones civiles y comerciales”, Abeledo Perrot, 1996, Bs. As. pág 457-8.-

⁷ Pizarro, Ramón y ot., “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”, Hammurabi, Tomo I, páginas 402-3.-

Pacto de Costa Rica), norma que integra el bloque federal de constitucionalidad, y reconocido por nuestro Máximo Tribunal en el precedente Aquino⁸.-

Con dicho norte, el Tribunal sentenciante buscó establecer una tasa de interés “...realista y positiva...” que logre mantener incólume la cuantía de la obligación y mitigar los efectos de la inflación⁹, compensando así el daño sufrido por el obrero al ser privado del uso del dinero que debió recibir en concepto de indemnizaciones, debiendo dicha tasa ser modificable cuando razones lógicas así lo requieran¹⁰.-

En este sentido, en la resolución analizada se cita: ***“...el medio a emplear para mantener el valor del crédito adeudado depende de la existencia y de la magnitud del perjuicio a preparar, pero también de la calidad del acreedor, no pudiendo soslayarse que la integridad del crédito laboral se halla directamente garantizada por la Constitución, sin que pueda existir pretexto para privar a un habitante de la nación, más tratándose de un trabajador, sujeto especialmente tutelado por el texto constitucional- de parte de su propiedad, acordada por las leyes y declarada por los jueces, ni para promover el enriquecimiento sin causa del deudor moroso en razón de su propia mora”***¹¹.-

Como ya he referido, según el criterio del Tribunal, la tasa que debe aplicarse es dos veces el promedio de la tasa de interés activa, sumada, que publica el BNA para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días, a partir de la fecha de inicio de la demanda (27.07.2010) y hasta su efectivo pago, con capitalización mensual en caso de incumplimiento practicada que fuere la planilla correspondiente (arts. 767 y 779 inciso c) del Código Civil y Comercial de la Nación.-

Concretamente, el decisorio del Tribunal implica que el crédito del trabajador será recompuesto por una tasa de interés promedio del 27,88% anual desde la interposición de la demanda, dichos intereses se capitalizarán mensualmente en caso de incumplimiento.-

III. Otro criterio jurisprudencial de reciente aparición

El día 16/09/16, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Laboral de la ciudad de Santa Fe¹², dictó sentencia en autos “Gianastacio, Francisco Inocencio c/ Asociart ART SA ART s/ Accidente de Trabajo”, declarando la inconstitucionalidad del Art. 12 de la LRT, ordenando en consecuencia que la fórmula polinómica sea calculada tomándose como base la remuneración inmediatamente anterior a la liquidación de su acreencia, con más una tasa del 12% desde la mora y hasta la liquidación final. Resolviendo

⁸ CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ Accidente – Ley 9688”, 21.09.04 Id SAIJ: FA04000197

⁹ En el año 2016 la inflación fue de un 40% según las mediciones realizadas por la oposición, <http://www.infobae.com/economia/2017/01/10/ipc-congreso-la-inflacion-supero-el-40-en-2016-y-fue-la-mas-alta-en-14-anos/>.-

¹⁰ Caracter analizado por la Dra. Celestina Bugni de Basualdo en autos “Díaz c Charge”, Acuerdo N° 122, año 2006.-

¹¹ Grisolia, Julio Armando, “La tasa de interés aplicable en las sentencias laborales”, LL 05/05/2014,1, Impuestos 2014 (junio) 215. ART/doc/1349/2014.-

¹² Cámara de Apelación en lo Laboral de Santa Fe, Sala II, “Gianastacio, Francisco Inocencio c/ Asociart ART SA s/ Accidente de trabajo”, 13.12.16; 224; 1468/16.-

además que, una vez aprobada la liquidación, los intereses se capitalizarían cada cuatro meses¹³.-

IV. Reflexión final

La inflación endémica que viene afectando a nuestro país desde los primeros años de este siglo, llevan a preguntarnos cuál es el mecanismo que deben emplear los jueces para mantener indemne los créditos de los trabajadores frente al horadamiento que les ocasiona el aumento sostenido del costo de vida. La respuesta a dicha interpelación no es una nimiedad, puesto que el *neminem non laedere* consagrado en nuestra Carta Magna (combinado con la protección del 14 bis) supone también que el obrero no sufra un daño extra por la depreciación de sus acreencias.-

Por otro lado, esta cuestión toma especial relevancia en tiempos como los actuales, en donde se habla de la supuesta –pero a mi criterio inexistente– “industria del juicio”, ya que si los iudicantes optaran por fijar tasas de interés bajas no harían más que fomentar un desmedido incremento de la litigiosidad, pues alentarían el incumplimiento, ya que al deudor le resultaría más conveniente emplear el dinero para financiarse a tasas muchos menores a las que accedería en caso que le pagara al trabajador y sacara un crédito, por ejemplo, para invertir en una nueva maquinaria.-

En la misma línea de pensamiento sostenida en el párrafo precedente, pero apreciando el fenómeno desde la óptica inversa, la del trabajador, debe tenerse presente que la tasa de interés que se imponga en cada caso, no debe ser menor a las que debió soportar el dependiente para (sobre) vivir durante la duración del litigio (por ejemplo a través de la utilización de tarjetas de créditos, la toma de créditos, etc.), las cuales son mucho mayores a las que informa el Banco Nación¹⁴.-

Es de vital importancia garantizarle al trabajador una indemnización integral, plena, y actualizada, para poder así lograr efectivamente el valor justicia.

¹³ Criterio sostenido por el Dr. Coppoletta en “Ibarra, Eduardo Andrés c/ Supermercados Mayoristas MAKRO S.A. s/ Cobro de pesos laborales”, Cámara de Apelación en lo Laboral de Santa Fe, Sala II, 28.08.15, 4894/15.-

¹⁴ Por no ser la materia principal de la presente nota, me abstengo de expresar mi opinión respecto de si tales extremos son o no materia de prueba.-

SOBRE LAS NUEVAS -Y NO TAN NUEVAS- PRUEBAS INFORMÁTICAS, TECNOLÓGICAS, DIGITALES. LOS NUEVOS DOCUMENTOS¹

Por Ramiro R. Ruiz Fernández

I.- El tiempo en el proceso laboral

a) El problema

Lo primero que se nos viene a la cabeza cuando pensamos en la realidad de la Justicia Laboral, y en particular en la provincia de Santa Fe, es la incontrastable conclusión de que los juicios duran mucho más de lo razonable y de lo deseable. Las causas de la excesiva duración de los procesos son varias y excede el objeto del presente su análisis exhaustivo.

Sin embargo, sin pretensión de rigurosidad podemos hallar consenso en que una de estas causas -quizás la principal- se encuentra constituida por el déficit estructural de la justicia laboral provincial, que no cuenta ni remotamente con una estructura que le permita tramitar con una velocidad adecuada y razonable la enorme cantidad de causas sometidas a su jurisdicción.

Actualmente no se avizora -al menos en lo inmediato- la creación de nuevos juzgados ni la multiplicación de recursos humanos y materiales, por lo cual los operadores del sistema judicial laboral tenemos la obligación de esforzarnos, en la medida de nuestras posibilidades, para intentar disminuir la duración de los procesos.

b) La obligación jurídica

El acortamiento del tiempo del proceso no es tan sólo un objetivo “deseable” o “justo”, sino que constituye una obligación jurídica del Estado como garante del servicio de justicia: los juicios y en especial los juicios laborales deben tener la menor duración posible.

Para graficar la cuestión basta sólo mencionar dos normas supralegales que imponen este deber, una del ámbito constitucional-convencional y otra del ámbito provincial.

Dice el Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional desde 1994:

Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial,

¹ Artículo basado en la exposición sobre la temática realizada por el Dr. Ramiro R. Ruiz Fernández en el Panel de Derecho Procesal Laboral del Congreso Provincial de Derecho del Trabajo organizado por la Asociación Argentina de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social (Filiales Rosario y Santa Fe) desarrollado en la ciudad de Rosario los días 3 y 4 de noviembre de 2016. Publicado en Revista de Derecho Laboral Actualidad - Doctrina On Line - Rubinzal Culzoni Editores.

establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

A su vez el art. 20 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe establece en su parte pertinente:

“La Provincia, en la esfera de sus poderes, protege el trabajo en todas sus formas y aplicaciones:

...Establece tribunales especializados para la decisión de los conflictos individuales del trabajo, con un procedimiento breve y expeditivo, en el cual la ley propende a introducir la oralidad...”

c) La índole de los derechos involucrados en materia laboral

Todos los juicios deben tener una duración *razonable* porque lo deseable es la resolución del conflicto suscitado y porque cuando existe afectación de derechos y violación de normas legales, el efectivo cumplimiento del orden jurídico debe ser restablecido lo antes posible.

Pero además, en materia laboral la naturaleza de los derechos en juego determina la imperiosa necesidad de que los procesos judiciales se resuelvan con la mayor celeridad.

En líneas generales y apelando a una simplificación que deja fuera muchos supuestos particulares, podemos acordar que en el grueso de los juicios laborales se reclaman créditos e indemnizaciones derivadas del contrato de trabajo, o indemnizaciones derivadas de daños inflingidos al trabajador como consecuencia de accidentes o enfermedades laborales.

Se trata fundamentalmente de créditos reclamados por trabajadores que constituyen la parte débil de la relación laboral, cuya hiposuficiencia justifica la especificidad propia del derecho del trabajo, tanto de fondo como de forma.

En los juicios por rubros laborales se demandan créditos alimentarios originados en la contraprestación laboral ya cumplida que el trabajador destina a su sustento, por lo que la necesidad de su rápida percepción es evidente. En los reclamos indemnizatorios por ruptura del vínculo, su objeto es obtener la reparación de los perjuicios originados, por lo que su percepción efectiva debe ser lo más rápida posible para hacer frente a la reciente pérdida de ingresos. En tal inteligencia, la ley 20.744 establece un plazo de pago máximo de 4 días hábiles en sus arts. 128 y 255 bis.

En las demandas por accidentes y enfermedades se reclama la indemnización de daños inflingidos al trabajador como consecuencia de la prestación de servicios en forma dependiente en beneficio de un empleador². Ante la consolidación del perjuicio, la reparación que será traducida indefectiblemente en una suma de dinero deberá hacerse efectiva a la mayor brevedad, precisamente en atención a esa pérdida de la capacidad laborativa del dependiente. La ley 26.773 estableció este plazo de liquidación en 15 días en su artículo 4.

² No podemos dejar de señalar aquí que el sistema de riesgos del trabajo debe siempre tener como primera finalidad la prevención de los daños y una vez producidos debe intentar el restablecimiento de la salud del dependiente hasta donde sea posible, para finalmente acudir a la reparación de los daños causados.

d) Una posible solución (o un aporte para mitigar el problema)

Debemos bregar por un procedimiento laboral acorde con la índole de los derechos en juego, cuya velocidad satisfaga la obligación constitucional y convencional de razonabilidad de duración de los procesos y de celeridad y rapidez establecida en nuestra Constitución Provincial.

Sabemos que ello es una tarea compleja y dificultosa, y que es indispensable dotar de recursos humanos y materiales al fuero, pero también es necesario comenzar a pensar en una verdadera transformación del proceso laboral para adaptarlo a los nuevos tiempos y necesidades.

El procedimiento en general y el procedimiento laboral deben necesariamente modernizarse y agilizarse, y en esa inteligencia se deben aprovechar eficazmente las nuevas herramientas que los avances tecnológicos y comunicacionales han puesto a nuestro alcance.

Nuestra herramienta ritual, el Código Procesal Laboral (Ley 7.945) fue modificado en el año 2009 por la ley 13.039 y muchos de los cambios introducidos en él han sido realizados con la evidente finalidad de agilizar y acelerar los litigios laborales. El ofrecimiento y producción de prueba anticipada antes de la audiencia de trámite y los nuevos procedimientos abreviados son modificaciones que -aún cuando puedan ser pasibles de algunas críticas- apuntan a hacer realidad esos objetivos, que tenemos la obligación de profundizar.

e) Necesidad de repensar la prueba

Si nos preguntamos cuál es la etapa procesal que insume más tiempo y dilata en mayor medida la duración de los pleitos laborales -y en rigor de verdad de todos los juicios-, no hay ninguna duda de que la respuesta será *la etapa probatoria*. Esta etapa luego de la reforma del año 2009 comienza luego del responde y se prolongará más allá de la audiencia de trámite, posiblemente mucho más allá que los cuarenta días hábiles establecidos en el art. 51 apartado IV del Código Procesal Laboral.

Esto nos lleva interrogarnos sobre si las pruebas pueden producirse con mayor rapidez, o si pueden producirse pruebas que por su precisión arrimen un mayor nivel de convicción en el juzgador y tornen innecesaria la producción de otras, evitándose el consecuente alargamiento del proceso.

El mundo ha cambiado vertiginosamente en los últimos años acelerando y simplificando sus procesos, pero los operadores del derecho seguimos pensando la prueba y los medios de prueba como hace 100 años, o más de 2000 en algunos casos.

No solo trabajamos con expedientes de papel cosidos con hilo, sino que seguimos concibiendo la prueba casi exclusivamente en términos clásicos, redactando posiciones con la fórmula "para que jure y confiese el absolvente", y creyendo que sólo los papeles firmados son documentos.

El mundo del trabajo se encuentra íntimamente relacionado y yuxtapuesto con la realidad social y económica, por lo que todo cambio producido en el mundo real produce su correlato en las relaciones laborales, determinando necesariamente nuevas formas de acreditación de los hechos.

Debemos entonces rever medios y posibilidades probatorias, teniendo en cuenta el abanico de opciones que brinda la tecnología, la informática, y la revolución que ha significado el advenimiento de Internet.

El propio principio de primacía de la realidad que nutre el derecho laboral nos impone el compromiso con las nuevas realidades y modos de acreditar esas nuevas realidades.

Hasta tanto se dicte una regulación procesal que se haga cargo expresamente de las nuevas realidades y posibilidades probatorias debemos acudir en auxilio de los medios de prueba clásicos, complementarlos y adaptarlos, siempre teniendo en miras la justicia efectiva y la celeridad como norte.

II.- Nuevas posibilidades probatorias

a) Nuevos medios de prueba y nuevas formas de producción

El art. 58 del Código Procesal Laboral, enumera los medios de prueba clásicos - confesional, documental, testimonial, instrumental, pericial, informativa, inspección judicial-, agregando las presunciones o indicios, y establece en su último párrafo el principio de amplitud probatoria:

“Cuando se ofreciere algún otro medio de prueba idóneo o pertinente no previsto de modo expreso en este Código, el juez valorará fundadamente y sin recurso alguno su admisibilidad y, en su caso, la forma y modo de diligenciarlo, estableciendo el procedimiento a seguir conforme las circunstancias del caso...”

Aparte de los medios clásicos de prueba enumerados en el art. 58 del CPL, contamos ahora con otros medios y con otras formas o expresiones de estos medios, cuya forma de producción corresponde necesariamente abordar.

Sin que esta enumeración tenga pretensión alguna de taxatividad nos proponemos analizar la forma de producción de la prueba constituida por imágenes, videos y otras grabaciones, el contenido de las páginas web, los correos electrónicos y las redes sociales.

Hoy es frecuente que las personas cuenten con conversaciones escritas, fotografías, videos o grabaciones almacenados en la mayoría de los casos en su teléfono celular u otros dispositivos.

También es habitual la utilización de correos electrónicos, o la circunstancia de que exista información relevante en páginas web que merezca ser ofrecida, producida y valorada como prueba.

No es posible que la respuesta del derecho procesal en general y del derecho procesal laboral en particular sea “que es demasiado complejo”, “que no está regulado” o “que no es lo suficientemente clásico”.

Sin desmerecer el valor y la importancia de los medios de prueba clásicos, lo cierto es que nos debemos mejor y más moderna prueba que tan sólo cinco testigos que declararán dentro de un largo tiempo, lo que recuerden.

b) La “nueva” prueba documental

El concepto mismo de prueba documental se ha ampliado de forma tal que hoy comprende numerosísimas expresiones impensadas al momento de la formulación de nuestro ordenamiento procesal.

Lo que ha cambiado y se ha multiplicado en forma exponencial es la cantidad de documentos y la infinita variedad de soportes en los cuales pueden encontrarse plasmados.

Siguiendo a la clásica definición de Hernando Devis Echandía *documento* es “*toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera*”.

Tradicionalmente, los códigos procesales y entre ellos nuestro Código Procesal Laboral en sus arts. 71 a 75, contienen disposiciones que tratan la prueba documental teniendo en miras exclusivamente los documentos escritos, de papel y firmados.

Lo mismo sucede con el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe de aplicación integradora, que en sus arts. 169 a 185 trata los “instrumentos públicos” y los “instrumentos privados” estableciendo para el caso de negativa de su autenticidad la prueba pericial caligráfica, lo cual presupone necesariamente que han sido firmados o escritos de puño y letra.

Sin embargo, existe un sinnúmero de otros documentos que pueden y deben ser utilizados como prueba en los juicios y en particular en los juicios laborales.

El Código Civil y Comercial establece en su art. 287 la noción de *instrumentos particulares no firmados*, disponiendo que esta categoría “...comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información”.

A su vez, el art. 6 de la ley 25.506 conceptualiza el *documento digital* como “...la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”.

Por su parte el art. 77 del Código Penal define el término *documento* como “...toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión...”.

Aunque no contemos con disposiciones procesales al respecto, tenemos en la legislación de fondo una referencia a estos documentos “no clásicos”, lo cual constituye un innegable avance en su reconocimiento que no puede ser ignorado por el derecho procesal.

c) Sobre la producción de la “nueva” prueba documental

Nos encontramos ante una verdadera avalancha de documentos no firmados - muchos de ellos no escritos- en soportes proporcionados por nuevas -y no tan nuevas- tecnologías que nos obliga, como operadores jurídicos, a considerar la forma en que deben ser presentados y producidos como prueba³.

³ Hacemos aquí una pequeña digresión respecto de la llamada firma digital regulada en la ley 25.506 y el nuevo art. 288 del Código Civil y Comercial. Se trata de un mecanismo de certificación por terceros que garantiza la autoría y el contenido del documento y su régimen probatorio se asemeja al de los instrumentos públicos, en cuanto su falsedad debe ser acreditada por quien la invoca. También hay documentos que ya no se plasman en soporte de papel y existen en determinados sitios web con valor

c.1 Las imágenes, videos y otras grabaciones

Podemos hacer un primer apartado con las fotografías, filmaciones y otras grabaciones en poder de las partes.

La oportunidad para su ofrecimiento es con la demanda y el responde, por tratarse de prueba documental en sentido amplio conforme se encuentra establecido en los arts. 39 y 47 del Código Procesal Laboral.

Las fotografías, videos o grabaciones probablemente se encuentren en formato digital y pueden haber sido obtenidos por las partes en forma directa, o indirectamente por medio de su descarga y almacenamiento habitualmente desde páginas de acceso público.

Se trata de pruebas que tienen un fortísimo valor convictivo por la contundencia de las imágenes, que a su vez puede verse reforzado por medio de su producción en forma mixta con otros medios de prueba.

Fundamentalmente, nos referimos a la convalidación de la documental por medio de la declaración de terceros acerca del contenido de las imágenes, videos o grabaciones.

Resulta perfectamente aplicable a tales efectos el art. 90 del Código Procesal Laboral que establece que los terceros pueden ser preguntados sobre el *alcance y contenido* de los documentos. De esta manera, puede reforzarse su valor probatorio por medio de la declaración de terceros acerca de su lugar, circunstancias y fecha de obtención, personas intervinientes y en suma toda explicación posible acerca de su contenido.

Estos documentos pueden ser muy útiles para acreditar los extremos de la relación laboral (su existencia, jornada, lugar y modalidades), o determinados hechos puntuales vinculados por ejemplo con la injuria alegada para la extinción del vínculo.

También en materia de riesgos del trabajo, las imágenes, videos y grabaciones pueden servir para acreditar circunstancias particulares de un accidente de trabajo o para graficar condiciones de higiene y seguridad.

La realidad nos indica que casi todo trabajador tiene en su poder las 24 horas del día una cámara capaz de obtener fotografías, videos y grabaciones (su teléfono celular), lo cual le brinda la posibilidad de obtener prueba en tiempo real de determinados hechos y situaciones.

Estas imágenes, videos o grabaciones pueden ser tomados con la finalidad de constituir prueba futura, en cuyo caso es importante prever su forma de producción, por ejemplo mediante la aparición de terceras personas que puedan ser citadas en el juicio, la aparición de lugares reconocibles, etc.

probatorio establecido por la legislación. Ejemplo de éstos documentos son recibos de sueldo en formato digital emitidos por los empleadores autorizados conforme el Régimen creado por la Resolución MTEySS N° 1455/11 y complementado por las Resoluciones ST N° 1362/12 y ST N° 602/13, modificadas por las Resoluciones ST N° 1183/15 y 1191/15. La regulación legal de los recibos existentes en los sitios web acredita su autenticidad descartando la necesidad de pericias al respecto.

En todos los casos el Juez *efectivamente* deberá analizar las imágenes, videos o grabaciones obtenidas, máxime cuando estas imágenes y videos pueden ser reproducidos fácilmente con cualquier dispositivo informático, haciéndose realidad el principio de inmediación en materia probatoria.

Además en algunos casos las partes deberán solicitar el cotejo de la apariencia física de quien figura fotografiado o filmado con la del trabajador o empleador, o las de otros dependientes o terceras personas.

Cuando se estime necesaria o muy importante la obtención y conservación de imágenes, videos o grabaciones y/o existe riesgo de que la prueba se pierda o se modifiquen las circunstancias a constatar, debe solicitarse judicialmente su realización por medio de la promoción de una medida de aseguramiento de pruebas conforme lo establecido en los arts. 272 a 275 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe y 141 del Código Procesal Laboral.

c.2. Contenido de páginas web

El Diccionario de la Real Academia Española (versión web) define a la Página web de la siguiente manera: *“Conjunto de informaciones de un sitio web que se muestran en una pantalla y que puede incluir textos, contenidos audiovisuales y enlaces con otras páginas”*.

Por su parte, Wikipedia contiene una definición más completa: *“Página web: es un documento o información electrónica capaz de contener texto, sonido, vídeo, programas, enlaces, imágenes, y muchas otras cosas, adaptada para la llamada World Wide Web (WWW) y que puede ser accedida mediante un navegador. Esta información se encuentra generalmente en formato HTML o XHTML, y puede proporcionar navegación (acceso) a otras páginas web mediante enlaces de hipertexto. Las páginas web frecuentemente también incluyen otros recursos como pueden ser hojas de estilo en cascada, guiones (scripts), imágenes digitales, entre otros”*.

Las páginas web suelen contener enlaces, datos, imágenes, videos, animaciones, aplicaciones interactivas, etc. que pueden resultar de suma utilidad como prueba en todo tipo de pleitos y en materia laboral específicamente.

Participan de la naturaleza de prueba documental en sentido amplio, pero tienen la particularidad de que no son documental en poder de las partes ni de terceros como clásicamente los distingue nuestro ordenamiento procesal, por lo que podríamos categorizarlas como *documental de acceso público a través de internet*.

Deben ser ofrecidas en oportunidad de la demanda y el responde, arbitrándose el mecanismo de producción que permita verificar la existencia de estos documentos en internet y proceder a su impresión y/o consignación en acta.

La importancia y relevancia de obtener estas constancias de acceso público alojadas en internet y preservar su contenido puede definir la suerte de un pleito.

Tratando de adaptar esta prueba a una forma de producción conforme nuestro ordenamiento procesal, vemos perfectamente posible llevarla a cabo en forma de Inspección Judicial/Constatación, conforme lo establecido en el art. 95 del Código Procesal Laboral: *“...el juez, de oficio o a petición de parte, procederá al examen de lugares, cosas o circunstancias a los efectos de constatar de visu aquellos extremos que*

considere apreciables como elemento de juicio con asistencia de peritos, asesores o testigos si así lo estime necesario...”

En la práctica las medidas de Inspección Judicial/Constatación suelen ordenarse y realizarse por medio de un Oficial de Justicia. Ahora bien, en el caso de páginas web este mecanismo resulta dispendioso y antieconómico, dado que basta con acceder desde cualquier PC a la página web en cuestión y verificar su existencia por medio de su impresión, descarga de contenido, o como resulte de mayor provecho para la obtención de la prueba, labrándose el acta correspondiente con intervención del Actuario. Se encuentra dentro de las facultades del art. 58 del Código Procesal Laboral la posibilidad de que el magistrado determine de oficio o a petición de parte el modo de producción de este tipo de pruebas, por lo que resulta aconsejable que quien ofrezca esta prueba proponga su forma de producción teniendo en cuenta su finalidad.

En muchas ocasiones será necesario asegurar la prueba obtenida de páginas web con la mayor antelación posible ante el peligro de que la información cambie o se pierda.

Ello obedece, tanto a la mutabilidad y el carácter dinámico propio de las páginas, como a la circunstancia de que si se trata de páginas administradas por quien puede tener interés en el juicio, conocido el objeto del litigio la documental puede ser “casualmente” modificada o desaparecer.

En las páginas web suelen existir numerosos documentos útiles para el esclarecimiento de la verdad real, sean de las empresas parte del juicio o de terceros. Pueden resultar de sumo provecho para probar actividades, marcas o nombres de fantasía, constitución del sujeto empleador, transferencias, conjuntos económicos, tareas de los dependientes, etc.

Respecto del aseguramiento de estas pruebas -al igual que en el caso de las imágenes, videos y grabaciones -el principio de gratuidad contenido en los arts. 20 de ley 20.744 y 19 del Código Procesal Laboral determina que el magistrado disponga sin costo alguno para el trabajador el medio más ágil y rápido para su producción. También aquí resulta aconsejable que el oferente de la prueba precise una propuesta a los fines de su consideración judicial.

Es importante destacar con respecto a la prueba de páginas web “com.ar” que puede determinarse quién se encuentra registrado como titular del dominio a través de la página de “NIC ARGENTINA” (<https://nic.ar/>), organismo gubernamental de la órbita de Secretaria Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación. La página oficial proporcionará en forma inmediata los datos del titular de la página, corroborando su autenticidad en forma instantánea. Esta comprobación debe imprimirse y/o constar en acta.

En el caso de las páginas web de organismos oficiales su autenticidad se encuentra garantizada y si existe una posibilidad de que el contenido mute o se pierda, debe constatarse la existencia de los documentos procediéndose la preservación del contenido que sea materia de prueba, en forma análoga a la ya descripta.

c.3 Correos electrónicos

El art 318 del nuevo CCC establece en su art. 318 que “La correspondencia, cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla, puede presentarse como

prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. Los terceros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial”.

Se trata del reconocimiento normativo expreso del correo electrónico cuya importancia es tal que ha venido a reemplazar en muchos casos la correspondencia tradicional.

Puede tratarse de correos electrónicos intercambiados entre las partes o con terceros y en la mayoría de los casos deberá refrendarse su autenticidad por medio de prueba mixta.

Si se trata de correos electrónicos intercambiados con terceros puede ofrecerse como prueba complementaria su presentación en el juicio como documental en poder de terceros, o su reconocimiento, o prueba informativa a sus emisores en su caso.

Si se trata de comunicaciones intercambiadas con la contraparte y el servicio es brindado por algún prestador (como por ejemplo Gmail, Yahoo, etc.), los correos se encuentran alojados en el servidor de la compañía, por lo que puede solicitarse la constatación de su existencia y contenido⁴.

c.4 Redes sociales

Según Wikipedia *“Un servicio de red social es un medio de comunicación social que permite establecer contacto con otras personas por medio de Internet. Están conformadas por un conjunto de equipos, servidores, programas, conductores, transmisores, receptores y, sobre todo, por personas que comparten alguna relación, principalmente de amistad, donde mantienen intereses y actividades en común o se encuentran interesados en explorar los intereses y las actividades de otros usuarios.”*

Dentro del concepto de redes sociales podemos englobar al popular Facebook, Instagram, Twiter, Snapchat, etc.

Al igual que en el caso de las páginas web en las redes sociales suele existir numerosa información que puede constatarse y salvaguardarse, que puede resultar de suma utilidad para el esclarecimiento de hechos litigiosos.

Los llamados “Facebook institucionales” pueden contener numerosísima documentación sobre la actividad de determinados sujetos a través del tiempo, con precisión de fechas y muchas posibilidades de ser refrendada mediante prueba mixta.

Párrafo aparte merece el servicio de mensajería telefónica de Whatsapp atento a lo masivo de su utilización y a su vinculación con un número telefónico.

Al igual que en los demás casos debe realizarse la constatación judicial de su contenido, verificándose su autenticidad por medio de su combinación con otros medios de prueba, en particular con su reconocimiento por parte de los emisores y

⁴ “El perito ingeniero informático informa que, luego de ingresar a la cuenta de mail, se constató que todos y cada uno de los mails aportados como prueba se encuentran en las bandejas de mails de la cuenta del actor. Refiere que los mails están alojados propiamente en el servidor de Google, no es posible modificar el texto de los mismos, dado que los usuarios sólo pueden ver dichos mails, y no tienen la posibilidad de editar o modificar los ubicados en dichas carpetas.” Cadorini, Hernan Diego c/ Gomez, Gabriel Alejandro y otro s/ despido” CNTRAB - 31/08/2012

receptores de los mensajes, o por medio de prueba de informes a los fines de averiguar a quien pertenece el número emisor.

c.5 La atribución de la documentación

A los fines de la producción de “nueva prueba tecnológica” resulta de capital importancia su atribución a la contraparte.

De acuerdo a lo establecido en los arts. 47 y 71 del Código Procesal Laboral los documentos atribuidos a la contraparte deben ser reconocidos o negados en la oportunidad procesal pertinente (el responde en el caso de los documentos atribuidos a la accionada o la audiencia trámite para el caso de los documentos atribuidos a la actora).

Estas disposiciones deben ser complementadas con la previsión del art. 174 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe de aplicación integrativa, que establece: *“Si el litigante citado en forma no exhibiere el documento ni prestare el juramento o afirmación o, aunque lo prestare, si se comprobare la existencia del mismo en su poder, se tendrá por exacta la copia que hubiera presentado el que solicitó la exhibición del original o podrán ser tenidas como exactas las afirmaciones que hubiere hecho sobre su contenido”*.

La esfera de proyección de la normativa procesal es sumamente amplia ya que se aplica a todos los documentos atribuidos a la contraparte: el litigante contrario debe pronunciarse sobre el reconocimiento o desconocimiento de la documentación atribuida, pero *probada su existencia* se deberá tener por exacta la documentación presentada -u obtenida- a instancias de quien solicitó su exhibición, pudiendo en su caso ser consideradas exactas las afirmaciones sobre su contenido.

El sistema de apercibimiento legal sobre el contenido de la prueba documental se extiende a todo documento atribuido a la contraparte *cuya existencia pueda acreditarse*, lo cual obviamente incluye toda la prueba documental que hemos referenciado: páginas web, correos electrónicos, y en suma todo otro documento de existencia comprobada.

III.- Conclusión

El Derecho Laboral es un derecho vivo que trata con realidades cambiantes y debe hacerse cargo de los cambios sociales y de las nuevas posibilidades disponibles para la acreditación de la verdad material dentro del proceso.

El impacto tecnológico es tal que ha cambiado no sólo las formas de comunicación, sino también las formas de trabajo y de documentación de los hechos, que a veces sólo tiene existencia virtual.

Los abogados debemos vencer la resistencia al cambio, el acostumbramiento a lo que nos resulta cómodo y repensar las formas de acreditación de los hechos en el proceso laboral.

Por su parte los magistrados deben hacer el esfuerzo necesario para adaptar y receptor nuevos modos de producción de la prueba.

Lo contrario es pretender tapar el sol con un arnero, negarse a adaptarse a los nuevos tiempos e incumplir el deber supralegal de celeridad en el proceso laboral.

Finalmente corresponde realizar una reflexión acerca de la valoración de la “nueva” prueba que hemos estado analizando.

Dice el nuevo art. 319 del Código Civil y Comercial: *“El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen”*.

A su vez, el art. 59 del Código Procesal Laboral establece: *“... El juez o tribunal, en oportunidad de fallar, podrá valorar excepcionalmente la distribución del esfuerzo probatorio derivado de esta regla cuando las circunstancias particulares de la causa determinen que una de las partes se encontraba en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir cierta prueba...”*

En materia de “nueva prueba” (informática, tecnológica, digital o como se la quiera llamar) resulta apropiado y necesario hacer aplicación del criterio de valoración contextualizada y en particular de la carga compartida de la prueba, que lleva en determinadas situaciones a exigir la comprobación de un hecho a quien está en mejores situaciones de hacerlo.

Se trata de una cuestión expresamente contemplada en nuestro ordenamiento procesal laboral santafesino, de especial consideración en supuestos en que las partes tienen desiguales posibilidades probatorias.

Quien está en mejores condiciones de probar que una página web o un correo electrónico no le pertenece o su contenido ha sido falseado es a quien le ha sido atribuido, aportando el contenido verdadero de la página o el correo auténtico, pero no es admisible denegar valor probatorio a documentos de probada existencia y enorme valor convictivo mediante el mero y exclusivo recurso de su negativa ritual.

Paro además, no es correcto analizar la prueba informática o tecnológica con mayor rigor que otros medios probatorios, exigiendo un plus de indubitabilidad que no se le exige a la prueba “clásica”.

Todos los medios probatorios valorados conforme la sana crítica y en su contexto tienen sus falencias e imperfecciones, pero no cabe duda de que la nueva prueba es un fenómeno que llegó para quedarse y debe ser abordado ineludiblemente. Debemos hacernos cargo, “el futuro llegó hace rato⁵”.

BIBLIOGRAFIA:

- 1) Compendio de pruebas judiciales de Hernando Devis Echandía. Anotado y concordado con códigos procesales iberoamericanos por Adolfo Alvarado Velloso, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1984.
- 2) La Prueba en los Procesos Laborales, de Elsa Gentile, 1era. Edición Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2015.
- 3) Prueba y Carga de la prueba en materia informática - Victoria M. Rodríguez Saiach – Luis Armando Rodríguez Saiach 1era. Ed. Villa Sarmiento - Buenos Aires: Gowa Ediciones Profesionales, 2014.-

⁵ Patricio Rey y sus redonditos de ricota.

- 4) El acceso a tutela judicial efectiva laboral - César Arese - Revista latinoamericana de derecho social - versión impresa ISSN 1870-4670 - Revista latinoamericana de derecho social no.21 México jul./dic. 2015
- 5) Derecho constitucional Provincial – Derechos y garantías – sistema tributario – Régimen electoral en base a la constitución comentada, concordada y anotada de la Pcia. De Santa Fe. Editorial Ediar. Diego A. Giuliano (autor).-
- 6) La Ele O – La ley de organización y procedimientos de la justicia nacional del trabajo en la era del expediente digital. Prologo Dr. Jorge G. Bermúdez. Ediciones Visión Jurídica – biblioteca laboral – 1era. Edición Ciudad Autónoma de Bs. As. Año 2016.-
- 7) Código Procesal Laboral de la Pcia. De Santa Fe comentado Tomo I art. 1 a 46. Ed. Rubinzal – Culzoni – José Daniel Machado: director, Sebastián Coppoletta - Adriana María Mana: coordinadores. 1era. Ed. Sta. Fe año 2010.-
- 8) “Prueba Digital y su inclusión en el procedimiento laboral”, Enrique Damián Bes. Ponencia presentada en el VI Congreso de Derecho Laboral y Relaciones del Trabajo –XII Congreso Nacional de la SADL, VIII Encuentro de Mastrandos y VIII Congreso Internacional de ARTRA, realizado en Mar del Plata, los días 13, 14 y 15 de noviembre de 2014, organizado por la Sociedad Argentina de Derecho Laboral (SADL), la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) y la Asociación de Relaciones del Trabajo de la República Argentina (ARTRA).