000243/2012

Comodoro Rivadavia, de julio de 2012.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"C., C. N. F. s/ APELACION LEY N° 24.557"**, Expte. N° 243/2012 venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral N° 2 (Expte. Nro. 44/2010).

I.- Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento y estudio de esta Sala por haber interpuesto la parte actora a fs. 287 recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria de fs. 284/286 vta. que rechaza el planteo de inconstitucionalidad del art. 16 del Decreto 1694/2009 por extemporáneo y rechaza la impugnación de la liquidación, aprobando la practicada en la misma sentencia, considerandos III y IV, impone las costas por su orden y regula honorarios.

Concedido el recurso, expresa agravios a fs. 291/293 y afirma que aún cuando el planteo de inconstitucionalidad no fuera efectuado en la primera oportunidad que tenía el actor, su tratamiento corresponde igualmente, por cuanto en los juicios no solo son partes el actor y el demandado sino también lo es el juez, quien de oficio puede decretar la inconstitucionalidad.

Transcribe numerosa jurisprudencia que considera aplicable al caso bajo análisis, y solicita se revoque la sentencia aprobando la liquidación practicada por su parte.

II.- En forma preliminar a analizar el planteo recursivo, cabe recordar, que "La expresión de agravios debe ser una exposición jurídica en la que mediante el análisis razonado y crítico del fallo

impugnado se evidencie su injusticia. Requiere así una articulación seria y fundada, concreta y objetiva de los errores de la sentencia, punto por punto, y una demostración de los motivos para considerar que ella es errónea" (Morello, Passi Lanza, Sosa, Berizonce: "Código Procesal Civil y Comercial", T. III, art. 260, pág. 445). Por cuanto, "… El tribunal de apelación no tiene la función de contralor o de revisión de todo lo actuado en la instancia de origen, sino que trabaja sobre los puntos que le han sido sometidos a través de los agravios del apelante que, reiteramos, debe ser una alegación fundada, demostrativa de los errores del fallo que se ataca, pues el juicio de apelación, comienza con esa pieza que hace las veces de la demanda que se abre después de la sentencia …" (Ibañez Frocham: "Los recursos en el proceso civil", p. 50).

Sentado ello, debe analizarse el memorial presentado por la parte recurrente, conforme las premisas ya sentadas por este Tribunal y el Superior Tribunal de Justicia, referentes al criterio que debe imperar en oportunidad de valorar la suficiencia de la expresión de agravios, a los fines del art. 268 del CPR.

Así, reiteradamente hemos afirmado, en consonancia con nuestro Superior Tribunal de Justicia, que corresponde aplicar un criterio menos restrictivo por ser lo que mejor se aviene con un escrupuloso respeto por el derecho de defensa en juicio y con el mantenimiento de la doble instancia adoptada por el legislador, debiendo actuarse con amplitud, razones por las cuales se dará tratamiento a ala apelación deducida.

III.- Asi, corresponde señalar que con acertado criterio la juez a quo ha rechazado el planteo de inconstitucionalidad del art. 16 del Decreto 1694/2009, por cuanto el pedido efectuado por el recurrente efectivamente deviene extemporáneo, puesto que, uniformemente hemos establecido que debe introducirse en el momento que debía preverse, oportuna y razonablemente, que la cuestión a plantearse estaría presente (cfr. Bianchi, Alberto B.; *"Control de Constitucionalidad - El proceso y la jurisdicción constitucionales"*, Edit. Abaco, Bs.As., 1992, p.p. 269 y ssgt.; guripa. C.S.N., *"Rodríguez, Luis E. c/ Rodríguez de Schreyer, Carmen y otro"* del 02/02/1993, pub. en La Ley, 1993-C, p. 174).

En igual sentido, cuando "la Suprema Corte Provincial se ha referido a la "*primera oportunidad procesal*" en que debe formularse el planteo de inconstitucionalidad, ha añadido que aquélla debe ser propicia. Entiendo que dicha oportunidad es la que permite tanto al interesado desarrollar sus argumentos sobre la pretendida inconstitucionalidad, como a la contraparte la posibilidad de rebatirlos, y no las simples actuaciones de trámite" (argto. guripa., S.C.B.A., S.C.B.A., en *"Roa, Juan C. c/ Tubos y Perfiles S.A."* del 03/05/1994, pub. en DJ, 1994-2-1090; Ac 68.238 del 18/04/2000; Ac. 54.349 del 15/07/1997; Ac. 44.241 del 07/05/1991; Ac. 35.933 del 05/09/1986; entre otras).

En efecto, la parte que tiene interés en que una norma -en autos Decreto 1694/2009- no se aplique por ser inconstitucional, debe proponer la cuestión en la primera oportunidad adecuada, la que surgirá en el momento en que se advierta la posibilidad

cierta que pueda llegar a ser aplicada en el caso concreto (Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba Sala Civil y Comercial 1994/05/09 : Ruesch y Cía. S.A. c/ Banco Roela S.A." pub. en LLC, 1994-888).

Por excepción, es lícito hacer el planteo con posterioridad cuando los jueces, sorpresivamente, recurren a una norma cuya utilización no podía estar en los cálculos de los litigantes (argto. Guripa. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba del 09/05/1994 pub. en L.L.C, 1994-888; Corte Sup. Just. Santa Fe, del 27/12/1984 *"Sindicatura Cruz Alta Cereales S.R.L. c/ Giavarini s/ extensión de la quiebra"*).

Para que el planteamiento de la inconstitucionalidad sea oportunamente introducido en juicio el mismo se debe producir en la primera oportunidad procesal que permita a los tribunales pronunciarse al respecto, pues tanto el acogimiento cuanto el rechazo de las pretensiones de las partes constituyen sucesos previsibles que obligan a su pertinente propuesta. Si la parte con interés en ello no lo hiciere, se estima que ha consentido o renunciado su introducción en el juicio (cfr. Quiroga Lavié - Benedetti - Cenicacelaya; *"Derecho Constitucional Argentino"*, Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2001, T° I, p.p. 670 y 671).

En razón de los argumentos precedentemente expuestos, corresponde rechazar los agravios del actor.

Ahora bien, aún cuando conforme lo señalado cabe el rechazo del recurso, corresponde efectuar un breve análisis respecto a la facultad de contralor de oficio de la constitucionalidad de las

normas, en un caso concreto. Efectivamente, la Corte Suprema de Justicia ha evolucionado al respecto, aceptando el control difuso de constitucionalidad de parte de los jueces. Sin embargo, también ha señalado las pautas que hacen a su procedencia y la rigurosidad con que debe ser analizada.

En autos, no se encuentra en discusión la facultad del control de oficio del planteo de inconstitucionalidad sino, la temporaneidad del introducido en oportunidad de impugnar la liquidación practicada por la ART y confeccionar la propia, el cual, no satisface los requisitos procesales necesarios para ser considerado como tal.

Al respecto enseña el Dr. Bianchi: El planteamiento del caso federal debe ser explícito e inequívoco. Requiere no sólo la mención concreta de las cláusulas constitucionales que se estiman desconocidas sino también su conexión con la materia del pleito. Ello supone un mínimo de demostración de la inconstitucionalidad alegada y de su atinencia al caso, no bastando la sosa mención de que la norma cuestionada agravia una garantía constitucional, sin acreditar el agravio irreparable que se deriva de tal situación (Bianchi, Alberto B. "El control de Constitucionalidad" E. Abaco, 1992, pág. 271).

Finalmente, creemos oportuno señalar que si bien en lo referente al control de constitucional difuso, se ha avanzado mucho, todavía siguen presentes algunos límites. Es que cuando un juez ejerce el control de constitucionalidad de oficio debe contrapesar la gravedad de la transgresión constitucional, inadvertida por las partes -que no es el caso de autos-, con la inseguridad jurídica que se

podría crear, aunque el pronunciamiento no tenga efectos erga omnes.

Ello así, por cuanto no toda violación a las disposiciones de la Constitución es apta para permitir el control de oficio, solamente "los jueces podrán, ante una norma que a su juicio desborde el auténtico marco del orden público, declarar la inconstitucionalidad si esa calificación afecta derechos adquiridos. (Padilla, Miguel M. " El orden público y la declaración de oficio de la inconstitucionalidad", L.L., 1984-C-320).

En efecto, la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser la última ratio del sistema jurídico argentino. De ello se deriva que tal acto jurisdiccional ha de reservarse exclusivamente para los casos en que sea inevitable como última instancia compatibilizar un norma o acto emanado de los órganos del Estado con la Ley Suprema; de ahí se dice que tal declaración es la "ultima ratio" del orden jurídico.

IV.- Las costas de esta instancia, conforme el principio objetivo de la derrota serán impuestas a la parte actora recurrente vencida (art. 69 Cpr). A los fines de la regulación de honorarios se tendrá en cuenta la naturaleza de la cuestión debatida, el resultado obtenido y la efectiva satisfacción de la pretensión reclamada y las pautas porcentuales previstas por la ley arancelaria (arts. 13 Ley XIII N° 4 y N° 15).

V.- La Sra. Juez de Cámara, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, dijo:

Que he de disentir con la decisión adoptada por mis colegas.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia no establecieron una posición unívoca sobre el planteo de la inconstitucionalidad, pero las dudas se despejaron durante el período que va de 1941 y hasta 1984 donde no se admitía la declaración de oficio, (Fallos 190:142, pero a partir de 1984 hasta el 2001 la Corte comienza a replantear el control de constitucionalidad y como dicen mis colegas la Corte ha ido evolucionando hasta llegar en "Mill de Pereyra", del 27/9/2001 (Fallos 324:3219) donde receptó la posibilidad de que los jueces ejerzan el control de constitucionalidad de oficio, con el voto de cuatro jueces, y con una posición intermedia otros dos.

El debate quedó zanjado definitivamente, con la actual integración el 19-8-04, en "Banco Comercial Finazas (en liquidación B.C.R.A) s/ quiebra" en que se resolvió que los jueces se hallan facultados para declarar la inconstitucionalidad de una norma sin necesidad de petición de parte.

Al respecto ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en que el argumento de la vulneración del derecho de defensa no enerva el deber del control de constitucionalidad de oficio, pues si así fuese, debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso (confr. Consid. 5, Fallos:324:3219 voto del Dr. Boggiano).

Los jueces tienen no sólo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en

las normas jurídicas, con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes (Fallos: 296:633; 298:429; 310:1536, 2173, 2733; 312:649; 313:924).

No puedo considerar que declarar de oficio la inconstitucionalidad del acuerdo encuentre una valla en el ejercicio del derecho de defensa ,ya que la doctrina mayoritaria, sostiene ya hace tiempo, que frente al "derecho aplicable" no se puede argumentar el derecho de defensa, ya que hay que prever la cuestión constitucional, dentro de ese derecho de defensa y no tenerlo en cuenta por las partes, sólo sería una imprevisión que puede atenderse y que sólo sería imputable a ellas.

En tal sentido, no sólo Bidart Campos ha manifestado su adhesión a esta doctrina, sino otros autores de talla, como Hitters, Juan Carlos (ED 116-20) y Ramírez Bosco (DT XLIII-B).

Y ello no implica violación al principio de congruencia la actividad del juzgador que subsume en la regla jurídica adecuada la pretensión deducida (Fallos:321:2453).

Se ha dicho y lo transcribo por coincidir que “En lo que concierne a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, quiero poner de relieve que la Ley Cimera constituye el arquitrabe de nuestro sistema jurídico, desde adentro y no desde afuera del mismo, por lo que es obligación de los jueces -la primera- comparar la ley a aplicar en el caso concreto con lo imperado por aquélla, para asegurar la supremacía de los derechos fundamentales de los justiciables de manera eficaz, y hacer ceder la normativa que no se ajusta a la Constitución, para asegurar la prevalencia de ésta. Lo contrario sería

hacer prevalecer la mera voluntad de las partes, de cuya expresión dependería la aplicabilidad de aquella, como si se tratara de una ley extranjera. Así la inveterada máxima que se expresa en el brocárdico "Iura novit curia" sería objeto de un corte vertical: aplicable a las leyes comunes y otras normas inferiores a éstas, pero omitida respecto de la Constitución, salvo que alguna de las partes pidiera su aplicación.

La función del juez que se enuncia con el adagio latino "iura novit curia", es suplir el derecho que las partes no le invocan o que le invocan mal. Es consecuencia de ello, que los hechos del proceso, deben ser invocados y probados por las partes, pero en lo atinente al derecho aplicable el juez debe fallar, conforme a lo que él considera y razona como conducente a la decisión del proceso.- Lo dicho ha llevado a Bidart Campos a sostener que "el juez depende de las partes en lo que tiene que fallar, pero no en cómo debe fallar".
Es que el control de constitucionalidad no depende de las partes porque la supremacía de la Constitución es de orden público.

Hitters, Juan Carlos (ED 116-20) destaca asimismo la vinculación de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad con el principio de irrenun-ciabilidad del Derecho del Trabajo y, a su vez, como derivación necesaria o derivada del principio protectorio.”- Sala VI: "Herrero Carlos Alberto c/ ESSO S.A.)", sent. 58.335 del 6/06/05, del registro de la Sala VI; ver también de esta Sala VII "B., J. A. C/ E. S. d. H. S.A. S/ Despido", sent. 38.760 del 13-09-05. Mamoicoff Claudio Andrés c/ Boeing S.A. y Otro s/

despido Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajosaza VII-14-9-2007. MJJ33832

Asimismo es del caso recordar que el más Alto Tribunal de la República ha señalado que "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 ellas (Fallos 311:2478, entre muchos).

Estas consideraciones me inclinan a pronunciarme por admitir la declaración de inconstitucionalidad de oficio en casos como el presente, pues el control de constitucionalidad versa sobre cuestiones de derecho y no de hecho.

El accionante solicita la inconstitucionalidad del Art. 16 del decreto 1694/2009, y si bien el decreto N° 1694/09 fue dictado por el Poder Ejecutivo en fecha 5 de noviembre de 2009, y publicado en el Boletín Oficial el día 6 del mismo mes y año, disponiendo la eliminación de los topes para las indemnizaciones por incapacidad permanente definitiva y el aumento de los adicionales de pago único, en el artículo cuya inconstitucionalidad se requiere se establece “Las disposiciones del presente decreto entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicaran a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificaciones cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha."

El accidente se produjo el 28 de noviembre de 2007, y dicho decreto se dicta con posterioridad de allí el planteo.

Y a fin de resolver seguiré los sólidos argumentos esgrimidos por Cámara 4a del Trabajo de Mendoza “Ramírez, Carlos Alberto c. La Caja A.R.T. S.A.” p/accidente de 28/07/2011.

“Horacio Schik en Informe Laboral N° 17 de septiembre de 2010 sostiene que "Desde la sanción del decreto cuestionamos su artículo 16 porque no contempla la situación en la quedaban los damnificados que desde hace largos años se han visto perjudicados por la percepción de prestaciones dinerarias inicuas y crecientemente desactualizadas. Mes a mes, año a año, se acentúan las pérdidas que sufren las víctimas en virtud del mantenimiento de pautas de liquidación de las prestaciones dinerarias fijadas en el año 2000 por el DNU 1278/00. Más precisamente sostuvimos que el art. 16 era inconstitucional por contradecir los fines sociales y protectorios que amparan al trabajo subordinado (arts. 14, 14 bis y 17 de la Constitución Nacional) y la aplicación de sus disposiciones a los siniestros ocurridos con anterioridad, no cancelados a la fecha de entrada en vigencia de la norma, afecta seriamente alas víctimas al pretender cancelárseles las prestaciones del sistema con topes y adicionales desajustados respecto de la realidad económica posterior al estallido del régimen de convertibilidad”.

En similares circunstancias y en ocasión de dictarse el decreto n° 1278/00, y sobre su aplicación en el tiempo, se sostuvo que: "...el mentado decreto es aplicable, con base en el art. 3 del Cód. Civil, a las consecuencias jurídicas “existentes” que

se consolidasen a partir del 1-3-2001, aunque derivadas de contingencias producidas con anterioridad” (autos "Graziano Antonio y otro c/Trilenium S.A. y otro", del voto del Dr. Miguel Angel Maza).

En dicho fallo se expresó que: "Hay que recordar que el art. 3 del Código civil, en su actual redacción luego de la reforma de la ley 17711, dice así: “A partir de su entrada en vigencia las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”...". Agregándose que "La regla de la aplicación inmediata de la nueva ley a los efectos pendientes de hechos jurídicos ya sucedidos, alude a aquellos supuestos en que la situación jurídica de referencia (un accidente, la exteriorización de consecuencias incapacitantes, la celebración del contrato, etc.) se verificó bajo la vigencia de la norma precedente pero han quedado pendientes consecuencias jurídicas incumplidas o se siguen generando, ahora bajo la nueva ley, nuevos efectos".

El voto reseñado, citando a Ricardo Cornaglia, dice que "la consecuencia no consumada del hecho o hechos dañosos que constituyen el infortunio causado por la actividad laboral en sí, es la reparación. Solo la consumación del hecho reparativo (pago) quita virtualidad a la ley que rige en el momento de colocar las cosas en el lugar en que se encontraban antes del daño. No hay consecuencia consumada, de un daño no reparado” (Ricardo Cornaglia, "La reforma a la Ley de Accidentes de Trabajo y su aplicación en el tiempo", en Rev. Derecho Laboral, 1989, págs. 161 y stes.).

Se cita también jurisprudencia de la Corte Federal expresada en fallos "Cejas, Gelis Crisanto c/S.A.D.E. y otro", del 21-8-97, Fallos 320:1796 y en la causa "Garcia Jorge c/Reynot Blanco Salvador Carlos", del 18-6-98, Fallos 321:1757, en la que se expresa que "la aplicación inmediata de una ley no significa su aplicación retroactiva, pues sólo alcanza a los efectos que, por producirse después de la entrada en vigencia del nuevo texto, no se encontraban al amparo de la garantía de la propiedad, ni de un cambio de legislación".

El Dr. Maza, sostiene que "Con esos antecedentes y el ya citado texto del art. 3 del Código Civil ...predico que en materia de infortunios laborales, y particularmente en el ámbito del régimen de la ley 24.557, resulta factible y positiva la aplicación de la norma vigente al momento de cada etapa prevista por la normativa en relación al daño, resultando irrelevante la fecha de la contingencia (día del infortunio se fue un accidente de trabajo o fecha de la primera manifestación invalidante en el supuesto de enfermedades profesionales).

Citando el fallo "Camuso Vda. De Marino, Amalia c/Perkins S.A”., señala que la Corte Suprema ha dicho que "...no implica retroactividad la inmediata aplicación de una norma (...) a una relación jurídica existente, si al entrar en vigor aquélla, no se había satisfecho el crédito...".

Concluye afirmando que "Por ende, trasladando esa doctrina legal al supuesto de autos considero que la petición de los derecho-habientes es acertada pues no medió satisfacción del crédito ni cancelación de la obligación bajo el imperio de la ley

previa, ya que las indemnizaciones no fueron pagadas en su momento, pudiéndose afirmar pues que las consecuencias dañosas del fatal infortunio de autos están pendientes y, consecuentemente, la ya analizada regla del art. 3 del Código civil autoriza que se rijan por la ley posterior, de aplicación inmediata".

La SCJBA tiene dicho que no debe confundirse el concepto de aplicación inmediata con el de aplicación retroactiva (SCJBA; AC. 50610; 25/02/97) y que en virtud del principio de aplicación inmediata de la ley que consagra el art. 3 del CC la nueva norma toma a la relación jurídica preexistente en el estado en que se encuentra al tiempo de su sanción para regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos, en tanto que a los cumplidos se los considera regidos por la ley vigente al momento en que tuvieron lugar.

En el mismo sentido se ha pronunciado, recientemente —el día 16-9-10— y haciendo lugar a la inconstitucionalidad del art. 16 del decreto 1694/09, la Excma. Segunda Cámara del Trabajo, de esta Primera Circunscripción Judicial, en autos n° 38.321, caratulados "Pizarro Dengra Ariel Héctor c/La Segunda ART S.A. P/Accidente".

En el citado precedente se sostuvo que "... la aplicación de la nueva ley no es retroactiva por la sola circunstancia de que los hechos sean anteriores ya que el Art. 3 del C.C. consagra la aplicación inmediata de la ley nueva que rige para los hechos que están en curso de ejecución".

En dicho fallo se dispuso que "... la solución que se postula es la que se adapta con mayor justicia, equidad y precisión al caso particular; se halla en sintonía con el principio de progresividad

reconocido por la SCJN en el conocido caso “Aquino” (entre otros) y recepcionado por la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 26); no se altera con la misma el principio de congruencia ya que media identidad sustancial entre el objeto del reclamo — indemnización por incapacidad laboral— y lo aquí resuelto que otorga el resarcimiento correspondiente por dicha incapacidad”.

Compartiendo los precedentes jurisprudenciales citados es que sostengo que el art. 16 del decreto 1694/10 resulta inconstitucional entendiendo que su aplicación a los siniestros ocurridos con anterioridad pero no cancelados a la fecha de entrada en vigencia de la norma no afecta el principio de irretroactividad de la ley ni compromete el derecho de propiedad de las ART.

Por ello corresponde determinar que deben aplicarse las mejoras en las prestaciones dinerarias y eliminación de topes fijados en el decreto a las indemnizaciones devengadas con anterioridad, pero no canceladas a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 1694/10, sin que ello configure un supuesto de aplicación retroactiva de la ley”.

Argumentos similares fueron vertidos por la Cámara 7ª del Trabajo de Mendoza “Velazco, Edgardo c Asociart ART S.A. del 11 -3-2011.

Con los fundamentos transcriptos y que comparto declaro la inconstitucionalidad del Art. 16 de l decreto PEN 1694/2009.

Con tales parámetros corresponde se efectué nueva liquidación.

Las costas las impongo por el orden causado ante la inexistencia de controversia.

VI.- Por ello, con la disidencia de la Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 287 y confirmar en todas sus partes la sentencia interlocutoria de fs. 284/286 vta.

2) Costas a la apelante conforme el considerando respectivo. Se regulan los honorarios de los Dres. M. A. T. Ma. y J. L. D., conjuntamente en la suma de dinero equivalente a TRES (03) JUS.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2012

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS