En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de mayo del año dos mil trece, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS y Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"F. E. R. c/ C. ART S.A. s/ accidente "(Expte. 4 Año 2013)**, venidos del Juzgado Laboral Nº 1 (Expte Nº 140/09), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿ Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 339.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1.

La Sra. Jueza de Refuerzo de la otra Instancia dictó sentencia a fs. 318/323, admitiendo la demanda promovida por E. R. F. en contra de Q. A. ART S.A., condenando a esta última a abonar al primero la suma de $ 35.572,94, con más intereses.

En lo pertinente, y para arribar a dicha conclusión, consideró que correspondía la declaración de la inconstitucionalidad de los topes fijados en el art. 14, ap. 2., inc. a) de la ley 24.557 (según texto Decreto 1278/2000) y del art. 16 del Decreto 1694/09, sosteniendo que tales límites impiden al trabajador accidentado percibir una indemnización que resulte proporcional a la remuneración que percibía cuando se encontraba laborando, sin mermas que la pulvericen y que consideren a la ley 24.557 como un régimen de seguridad social. En tal sentido, hizo notar que al momento del dictado del Decreto 1278/2000 el salario mínimo, vital y móvil se encontraba en $200.-, siendo que en la actualidad es 12 veces mayor, y

que la sola percepción de salarios iguales al mínimo legal ya se encuentra comprendida dentro de la limitación fijada por el tope al aplicar la fórmula legal para determinar la cuantía a resarcir, lo que cercena la indemnización plena. Fundó su decisión en el art. 10, CP, en los arts. 17, 75, incs. 22 y 23, CN y en el principio de progresividad.

Impuso costas al demandado y reguló los honorarios profesionales.

2.

A fs. 326 apeló la sentencia la parte demandada, expresando agravios a fs. 329/333. De los mismos se corrió traslado a fs. 334, el que no fue contestado por la actora.

3. 1.

Se agravia la aseguradora de autos, por cuanto el decisorio estableció la aplicación del Decreto 1694/09, pese a tratarse de una norma posterior al hecho que motivó estas actuaciones y declaró la inconstitucionalidad de los arts. 14, ap. 2. inc) a, in fine, de la ley 24.557 y del art. 16 del citado Decreto 1694/09.

3.1.1.

Una cuestión metodológica me impone tratar en primer lugar la queja referida a la inconstitucionalidad de la norma del mentado art. 16, del Decreto 1694/09.

Se agravia la demandada por considerar que, erróneamente, el decisorio declaró la inconstitucionalidad del art. 16 del Decreto 1694/09, en tanto y en cuanto la actora no solicitó tal declaración, al mismo tiempo que su parte no tuvo oportunidad de expedirse sobre la aplicación retroactiva de sus efectos. De este modo, atentó contra el derecho de propiedad de la agraviada y contra el debido proceso.

Abundó en fundamentos al señalar que no basta con decretar la inconstitucionalidad de ese precepto legal, en tanto el mismo encuentra sustento en el art. 3, del Cód. Civil.

Concluye que la inconstitucionalidad de oficio debe ser declarada en el marco de sólidos fundamentos jurídicos, y no en principios doctrinarios que el juzgador puede considerar más convenientes o modernos.

Por su parte, el decisorio de autos, tras la declaración de inconstitucionalidad del art. 14, ap. 2, inc. a), LRT (que será motivo de posterior análisis) estableció la inconstitucionalidad del art. 16, Decreto 1694/09 “en cuanto a la fecha de corte allí fijada”, es decir, declaró como contrario a la norma fundamental, un precepto legal que manda que la ley legisle para lo futuro, sin brindar fundamento jurídico de ninguna índole acerca de esta última decisión.

He de comenzar señalando que el control de constitucionalidad de oficio es una excepción del principio general y por ende, de aplicación e interpretación restrictivas. Solamente es viable, si, para resolver el caso, el juez no puede soslayar la aplicación de una norma manifiestamente inconstitucional y aunque ella sea invocada por las partes para sustentar sus derechos. Así como los jueces están facultados para decidir el caso apartándose de las normas jurídicas invocadas por las partes, por entender que ellas fueron citadas erróneamente o que la situación de derecho planteada está sujeta a la regulación de otra norma jurídica, también pueden declarar de oficio la inaplicabilidad de una regulación específicamente aplicable para resolver la causa por entender que ella es manifiestamente inconstitucional (Badeni, Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional”, T° I, Ed. La Ley, p. 207).

En función de lo expuesto precedentemente, tengo para mí que la pieza decisoria en análisis ha excedido el marco de sus atribuciones al declarar la inconstitucionalidad de oficio de una norma secundaria de cambio en la concepción Hartiana (cfr. Hart, Herbert L, “El concepto del Derecho”, Ed. Abeledo Perrot, p. 119), tal como lo es el precepto legal que dispone que su vigencia lo será a partir de un momento determinado.

Es que ningún fundamento jurídico ha expresado la pieza decisoria para arribar a dicha conclusión, sólo sostenida a través de una conclusión meramente voluntarista y forzada.

Es decir, no advierto que el caso de autos amerite ser encuadrado como una situación excepcional, y menos advierto que la norma que dispone la vigencia hacia adelante sea concebida como manifiestamente inconstitucional. Por el contrario, tal como lo hace notar la apelante, no es sino la aplicación lisa y llana del art. 3, del Cód. Civil, cuya vigencia quedaría de este modo cuestionada, constituyendo así un serio precedente judicial.

Tal como lo ha señalado esta Cámara, "la adquisición y la extinción de derechos no pueden, siendo hechos pasados, caer bajo la aplicación de la ley nueva. Es la ley

contemporánea a esta adquisición o a esta extinción la que determina la validez y las modalidades. La seguridad del comercio jurídico impone esta solución" (en Llambías, Jorge J, “Tratado de Derecho Civil”, Parte General, T° I, Ed. Perrot, p. 144 y ss, nota al pie). Es decir, atento la naturaleza de la obligación en análisis, no es dable aplicar a la relación jurídica una ley posterior a la constitución del crédito, porque si se lo hiciera se incurriría en retroactividad, en clara violación a lo normado en el art. 3°, Cód. Civil y el tiempo, que en todo caso “consumió” el curso del proceso, no afectó el crédito -que ya había nacido-, sino su ejecución (cfr. CAPM, “M.”, SDL N° 64/12). Con relación a los efectos de la ley con relación al tiempo, esta Excma Cámara ha tenido oportunidad de señalar que es claro el art. 3° del Cód. Civil cuando refiere que las leyes *“...no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario...”*. Es decir, las nuevas leyes han de regir las situaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a su entrada en vigencia, de lo contrario, si las nuevas leyes afectaran siempre a las relaciones o situaciones jurídicas constituidas, no habría seguridad jurídica alguna. Es dercir, quedaría vulnerado el art. 17, CN.

Cabe recordar lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que el legislador podrá hacer que la ley nueva destruye o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existente; los jueces, investigando la intención de aquél podrán, a su vez, atribuir a la ley ese mismo efecto. Pero ni el legislador, ni el juez, pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. En ese caso, el principio de no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad (CSJN, Fallos: 138:47; 152:258; 155:156; 167:5; 172:21, entre otros; cfr. CAPM, “C.”, citado).

Si las leyes pudieran reglamentar el pasado, pudieran hacer ilícito lo que era lícito, o viceversa, prohibir lo autorizado, etc., toda relación o situación jurídica estaría permanentemente en cuestión, y la sociedad no sería posible (cfr. Rivera, Julio C. “Instituciones de Derecho Civil - Parte General”, T° I, Ed. Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 3ª. Ed. Actualizada, Bs.As., 1994,p. 211/212; cfr. mi voto en “Cuesta”, 71/12, SDL).

Y si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado (“Mill de Pereyra”; Fallos C.S.: 324:3219) que el control de constitucionalidad de oficio de una norma no genera un desequilibrio de poderes a favor del órgano judicial, esa sola circunstancia no puede servir de acicate para declarar la inconstitucionalidad indiscriminada de normas.

Por tal razón, estimo que este aspecto del agravio debe ser atendido, revocándose la declaración de inconstitucionalidad de oficio consignada en el decisorio anterior.

3.1.2.

Sentado lo precedentemente expuesto, es hora de dar tratamiento a la inconstitucionalidad del art. 14, ap. 2, inc. a) in fine de la ley 24.557, en su versión del art. 6 del Decreto 1278/2000, ya que esta es la norma que, en principio, cae bajo la órbita del caso de autos, en atención a la fecha del hecho (27.05.09), la que no fuera cuestionada por las partes.

Funda su queja la apelante en que la sentenciante no debió declarar la inconstitucionalidad de oficio del art. 14 de la ley 24.557. Que la doctrina y la jurisprudencia no son uniformes en el tratamiento de dicho control, pese a lo dispuesto en el art. 10, CP.

El decisorio, por su parte, sostiene que los topes fijados en la norma del art. 14, ap. 2, inc. a) in fine, LRT, impiden al trabajador accidentado percibir una indemnización que resulte proporcional a la remuneración percibida al momento de la prestación laboral, sin mermas que la pulvericen, contrario ello a la concepción de un régimen de seguridad social. En tal sentido, asevera, al momento del dictado del Decreto 1278/2000, sustitutivo del texto del art. 14, ap. 2, inc. a in fine mencionado, el salario mínimo, vital y móvil vigente era de $ 200, en tanto en la actualidad lo supera en 12 veces más, por lo que la percepción de salarios iguales al mínimo legal ya se encuentra comprendida dentro de la limitación fijada por el tope al aplicar la fórmula legal para determinar la cuantía a resarcir. Ello, señala, cercena la indemnización plena, citando además al art. 10, CP, en cuanto obliga a los jueces a no aplicar normas que impongan al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por esa Constitución otras restricciones que las que la misma permite o prive de las garantías que ella asegura, lo que la autoriza a declarar la

inconstitucionalidad de tales normas, aun de oficio y a petición de parte. Este último aserto es el cuestionado en la queja.

Cuando un juez declara la inconstitucionalidad de oficio, está introduciendo en la parte dispositiva de la sentencia algo que no fue materia de litis.

En función de lo expresado, dicha declaración de inconstitucionalidad de oficio tiene carácter excepcional y de aplicación restrictiva.

Cierto es que en el mencionado caso “Mill de Pereyra”, nuestro Máximo Tribunal de Justicia vino a dar un giro trascendente en esta materia, y si bien no puede decirse que el control de oficio haya sido aceptado absoluta y definitivamente por la Corte Suprema en su actual composición, lo que queda claro es que por primera vez, tras seis décadas, la jurisprudencia de “Ganadera Los Lagos” ha quedado en franca minoría.

En tal sentido, considero que tal declaración es viable si, para resolver el caso, el juez no puede soslayar la aplicación de una norma manifiestamente inconstitucional y aunque ella sea invocada por las partes para sustentar sus derechos. Así como los jueces están facultados para decidir el caso apartándose de las normas jurídicas invocadas pro las partes, por entender que ellas fueron citadas erróneamente o que la situación de derecho planteada está sujeta a la regulación de otra norma jurídica, también es cierto que pueden declarar de oficio la inaplicabilidad de una regulación específicamente aplicable para resolver la causa por entender que ella es manifiestamente inconstitucional (cfr. Badeni, op. cit, p. 207).

Lo cierto es que en nuestro caso, el decisorio se ha limitado a declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma por cuanto el tope indemnizatorio cercena la indemnización plena y además, “pulveriza” los valores fijados hace más de diez años por el Decreto, que por entonces, resultaba vigente a la relación jurídica de autos.

Desde esas perspectivas, no comparto la existencia de una colisión de normas que configure inconstitucionalidad manifiesta y daré razones de ello.

En primer lugar, pues el decisorio hace mención a que el tope tachado de inconstitucional cercena la “indemnización plena”, y sabido es que este principio no tiene reconocimiento constitucional.

A tal punto ello es así, que en el ámbito del derecho civil resulta contradictorio que un daño idéntico causado culposamente sea resarcido de un modo distinto: sólo aquellas víctimas que tengan, por así decirlo de algún modo, la “suerte” de sufrir un

daño derivado de responsabilidad extracontractual podrán acceder a una reparación integral (consecuencias inmediatas y mediatas en los términos del art. 901 y 906, Cod. Civil), mientras aquellas víctimas que hayan sufrido daños ocasionados en el ámbito contractual se verán mucho más restringidas en sus pretensiones resarcitorias pudiendo reclamar unas limitadas consecuencias “inmediatas y necesarias“(art. 520, Cód. Civil) (cfr. Varizat, Andrés F, “ Aspectos actuales del principio de reparación integral”, en “Cuaderno de Obligaciones”, n° 4, “Daños en el cumplimiento obligacional” (Carlos G. Vallespinos, Director), Ed. Alveroni, p. 112).

En el ámbito del derecho laboral y la seguridad social, justamente la ley 24557 establece un sistema de indemnización tarifada, razón por la cual mal puede pretender reconocerse el principio de reparación integral, cuando en verdad el sistema consagra uno de carácter eminentemente limitado, restringido.

Concluir de otra forma significaría tanto como exceder el marco de aplicación de una norma que, por naturaleza, tarifa las indemnizaciones por las incapacidades que reconoce.

Sería tanto como trasladar un principio del derecho común, limitado al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, consagrado en el art. 1083, Cód. Civil a otro que consagra una reparación tasada.

Podrá analizarse, no obstante, que la protección de la persona es en la actualidad el tema central sobre el cual gira el moderno derecho de daños y constitucional. Cierto es que este último verifica una tendencia similar a aquél a partir de la sanción de la Constitución de 1994 que aumenta la protección referida como consecuencia de la incorporación de nuevos derechos (arts. 36 a 43, CN) y la jerarquía constitucional otorgada a los tratados internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22.

Ello, podrá originar lo que Bidart Campos ha denominado como “enjambre axiológico” que da inserción constitucional a los derechos humanos (cfr. Bidart Campos, Germán, “El enjambre axiológico que da inserción a los derechos humanos”, en Hernández, Antonio María, Valdés, Diego (coordinadores), “Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos” (homenaje a Pedro J. Frías), Universidad Autónoma de México, México, 2003, p. 1 y ss).

Pero de tales afirmaciones doctrinarias, que no reconocen en la actualidad consagración constitucional expresa, a la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de una norma, hay todavía un gran paso.

Tampoco, a mi juicio, la manda constitucional provincial se encuentra vulnerada con la aplicación de la normativa vigente a la fecha del hecho, pues no advierto que ninguna libertad, derecho o garantía por ella reconocidos se encuentre comprometida, por la simple y sencilla razón de aplicar una norma tarifaria vigente a la fecha del suceso.

De hecho, el decisorio no hace mención alguna a cuáles serían las lesiones verificadas que no fueran las del principio de reparación integral ya referido.

Tampoco advierto que, con la aplicación del Decreto 1278/2000 modificatorio del art. 14, LRT, *prima facie*, se encuentren manifiestamente vulnerados los arts. 14 bis, 75, inc.s 22 y 23, CN. El decisorio de autos sólo hace una mención genérica de la vulneración de tales preceptos, tales como señalar que el precepto en cuestión es "contrario al principio protectorio constitucional de condiciones dignas y equitativas de labor", o al "principio de no regresión normativa"o al de "progresividad", sin dar fundamento del por qué de esa trasgresión.

En innumerables e inveteradas sentencias, la Corte Suprema de Justicia tiene reiteradamente sentado que "la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, es acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un Tribunal de Justicia. Por ello debe ser considerada como *última ratio* del orden jurídico, por lo que sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional, es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable" (fallos: 319-3148, entre tantos otros), circunstancia que a la luz de lo expresado, francamente, no advierto.

Tal afirmaciones en modo alguno implican mi opinión contraria a la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

Dicho control es una función propia del Juez y ha de ser ejercido como cualquier otro (cfr. Bianchi, Alberto B, "Control de Constitucionalidad", T° I, Ed. Ábaco, p. 340). No obstante ello, teniendo en cuenta lo expresado por la Corte Suprema (Fallos 319:3148, citado), no puedo soslayar que, cuando se practica de oficio, es menester que tal vulneración sea manifiesta e inconciliable.

Los argumentos tenidos en cuenta respecto de la "pulverización" de los valores fijados hace más de diez años, como expone el pronunciamiento en análisis, no escapa lamentablemente a la realidad histórica de la inflación monetaria habida en la historia más reciente de la Argentina y no se limita ni se ha limitado a un grupo social determinado, sino que abarca y abarcó a todos los sectores asalariados de la sociedad.

Por ello, razón por razón, debe prevalecer aquélla que sienta sus mieses en el derecho de propiedad consagrado en el art. 17, CN, y que encierra el principio del derecho adquirido, que, en palabras de los hermanos Mazeaud es “un derecho que ha entrado definitivamente en un patrimonio, o una situación jurídica creada definitivamente”(Henri, Léon y Jean Mazeaud, “Lecciones de derecho civil”, vol. I, Parte primera, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976, págs. 224-225).

En esa inteligencia, corresponde revocar el fallo apelado en cuanto declaró la inconstitucionalidad de oficio del art. 14, ap. 2, inc a) in fine de la ley 24.557, en su texto sustituido por el art. 6, ap. 2, inc. a), in fine, del Decreto 1278/200, el que resulta, a mi juicio, de plena aplicación al caso de autos.

3.2.

Se agravia la demandada por entender que se ha reconocido en la sentencia de autos una indemnización de naturaleza laboral a la totalidad de la minusvalía física del actor, pese a que la pericia de autos afirmó que el actor presentó lesiones crónicas y degenerativas previas y por ende ajenas al hecho que motivara estas actuaciones.

Solicita en tal sentido que esta Excma. Cámara pondere la influencia, que en su dolencia, ha tenido el accidente de autos, ya que el demandante no contaba al momento del accidente con una capacidad laboral plena, circunstancia que fue omitida ponderar en el fallo de autos.

El perito médico de fs. 299/300 destacó las “lesiones de tipo degenerativas y crónicas (artrósicos y pre-existentes o concomitantes) que se trataron, ampliando el espacio subacromial, resecando la bursa de la región y también regularizando las superficies de la articulación acromio-clavicular”, y concluyó que “resulta imposible establecer, discriminar y menos aun cuantificar, la proporcionalidad de cada una de estas lesiones en la incapacidad otorgada”, habiéndose determinado tal incapacidad en función de la movilidad articular medida con goniómetro, teniendo en cuenta que la cirugía fue indicada por la lesión aguda y postraumática (accidente de trabajo).

No obstante, como se señalara, la apelante pretende que en esta Instancia, la Alzada “pondere la influencia, que en su dolencia, ha tenido el accidente de autos”, es decir, le haga decir al juez lo que la ciencia médica no ha podido determinar.

En primer término, debe apuntarse que, en virtud del principio del “*onus probandi*”, era a la aseguradora, a quien, en todo caso, le correspondía acreditar tal

incidencia, mas no lo hizo (arg. art. 381, del CPCC), máxime, teniendo en cuenta que de su propio conteste surge tal aseveración.

En segundo lugar, pues de ese mismo conteste, surge el pedido en el sentido que, ante eventualidad que el actor presentara secuelas incapacitantes como consecuencia del evento de autos, se aplique la fórmula de la incapacidad restante prevista en el decreto 659/96, considerando a la del actor en el 75,5%, la que fue aplicada en definitiva por el perito médico, conforme surge de su labor de fs. 299 vta, y sobre la cual se expidió la sentencia en crisis.

Si bien es cierto que el recurso deja aclarado que no se pretende el apartamiento de las conclusiones periciales, no es menos cierto que incurre en contradicción al señalar que al momento del accidente no contaba con una incapacidad plena. Este último aserto es, precisamente, lo que aseveró en su conteste, habiendo el galeno concluyendo en el mismo sentido al calcular la incapacidad sobre la base de una restante del 75,5 %.

De allí, que este aspecto de la queja sea pasible de deserción parcial, por no constituir una crítica razonada y concreta a la porción del fallo que adopta para sí la minusvalía reconocida por el experto (arg. art. 268 y 269, del CPCC).

En síntesis, conforme las razones dadas, este aspecto de la queja debe ser desestimado.

4.

Por las razones expuestas, corresponde revocar el decisorio, en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 16 del Decreto 1694/09 y del art. 14, ap. 2, inc. a) in fine, ley 24.557, sustituido por el art. 6, ap. 2, inc. a) in fine, del Decreto 1278/2000, el que resulta aplicable al caso de autos, confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravio.

No obstante ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 282, del CPCC, considero que no existe mérito para la readecuación de costas y honorarios fijados en la Instancia anterior.

5.

Con respecto a las costas de esta Instancia, y en atención a lo que resulta de lo precedentemente expuesto, deben ser impuestas en el orden causado (art. 72, del CPCC).

6.

En consecuencia, corresponde regular los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, a la Dra. M. C. en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

Por tales razones, voto **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

En el voto precedente el Sr. Juez Dr. Mario Luis Vivas ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la parte apelante, por lo que no resultará necesario abundar acerca de dichos aspectos. En consecuencia, en los apartados siguientes abordaré directamente las cuestiones planteadas por la parte demandada.

1) Tratamiento de los agravios de la parte demandada.

1.1) La inconstitucionalidad del Art. 16 del Decreto 1694/09.

Ha planteado su queja la parte demandada pues considera erróneo que la sentencia en crisis haya declarado la inconstitucionalidad del Art. 16 del Decreto 1694/09, teniendo en cuenta que el actor no lo peticionó y que, obviamente, su parte no pudo expresar su postura sobre el particular durante el proceso. Destaca también que la Juez a quo se ha excedido en sus facultades no solamente contra la garantía del debido proceso legal sino incluso contra el propio sistema republicano de gobierno. Ha dicho que no

basta con decretar inconstitucional al artículo ya referido para aplicar en forma retroactiva la norma, dado que el art. 3 del Cód. Civil establece la prohibición genérica que impide la retroactividad de las leyes.

Tratándose el caso de una declaración de inconstitucionalidad de oficio, ha expresado que los jueces tienen que emplear un criterio restrictivo para la fulminación de inconstitucionalidad dado que la misma es un remedio extremo.

En los fundamentos de la declaración de inconstitucionalidad, la sentencia en crisis ha referido que el Decreto 1694/09 es una clara muestra de la pulverización del los valores fijados hace más de diez años por el Decreto 1278/2000, que nos encontramos dentro de un sistema de la seguridad social, que la norma en cuestión impide al trabajador accidentado percibir una indemnización proporcional a la remuneración que percibía cuando estaba trabajando y que -en el caso del art. 14, ap. 2, inc. a) de la Ley 24.557- resulta irrazonable y contrario al principio protectorio constitucional. He aquí toda la fundamentación que sustenta la declaración de inconstitucionalidad que contiene la sentencia recurrida.

En lo que hace a la circunstancia de que la parte actora no solicitó la declaración de inconstitucionalidad que estoy considerando en este apartado, debo decir que ante la existencia de una causa judicial la CSJN no siempre ha exigido la expresa petición de parte para ejercer el control de constitucionalidad. En su primera época constitucional, dicho cuerpo confirmó una sentencia que declaró de oficio la inconstitucionalidad de una norma (in re "Vicente Casares e Hijos c/ Sívori y Schiaffino", 17/12/1872, Fallos: 11-257). Hasta el año 1940, la Corte Suprema no se expide sobre la exigencia del expreso pedido de parte para ejercer el mencionado control. En el caso "Ganadera Los Lagos c/ Nación Argentina", del 30/06/1941 (Fallos: 190-142 – La Ley 23-251), la Corte reclamó la exigencia del pedido de parte para ejercer el control de constitucionalidad, afirmando que no es

posible declarar la inconstitucionalidad de las leyes, fundándose en que una posición contraria vulnera el principio de división de los poderes, la defensa en juicio y la presunción de legitimidad de las normas. Esta jurisprudencia se mantuvo invariable -con disidencias notables- hasta la causa "Mill de Pereyra".

La jurisprudencia restrictiva del control de constitucionalidad de la CSJN cambió en la sentencia del día 27/09/2001 en la referida causa "Mill de Pereyra, R.A. y Otros c/ Pcia. de Corrientes" (La Ley 2001-F, 891), donde admite expresamente la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio de las leyes por los jueces.

En este caso la Corte Suprema pone de resalto tres exigencias para declarar la inconstitucionalidad de las normas por los jueces: a) que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 247-121 y sus citas, La Ley 100-47); b) que la declaración de inconstitucionalidad debe ejercerse en un "caso" concreto, porque no se admiten las declaraciones en abstracto y ella sólo procederá ante la estricta necesidad de remover un obstáculo para el progreso de una pretensión o, en su caso, defensa y c) que las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la ley, sólo producen efectos inter partes y no tienen efectos generales -erga omnes- (Consid. 10).

Surge claro de esta última decisión de la Corte, que la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio de las leyes por los jueces, de ningún modo puede suponer un acto de ligereza por parte de éstos, en la cual los magistrados vengan a cumplir funciones legisferantes, dejando de lado normas que las reputen inválidas, cuando para ello deban sustituir los criterios de oportunidad, mérito o conveniencia de quienes son sus órganos

competentes, porque ello es inadmisible (Fallos: 302:457, La Ley 1980-C, 506; 303:1029; 308:224; entre otros). Los jueces no pueden sustituir las políticas de estado, aunque sí pueden declararlas inválidas cuando en forma irrazonable violen o alteren derechos fundamentales (art. 28 C.N.), acreditados que fueren en un caso concreto. Tampoco pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando ella sea conciliable -compatible- con la Constitución Nacional, según doctrina reiterada de la Corte Suprema (Fallos: 14:425; 112:63) quien señala que una objeción constitucional sólo resulta admisible cuando es palmaria y el texto discutido no sea lealmente susceptible de una interpretación concordante con la Constitución (Fallos: 200:180; 242:73, La Ley 93-358, entre otros) (conf. GOMEZ, C.D., *"Control de constitucionalidad de oficio en la CSJN"*, La Ley 2003-A-230).

Lo que sí creo necesario resaltar es que no se permite a los jueces -conforme lo he dicho antes en este voto- una declaración de inconstitucionalidad en abstracto, o sea, sin una causa judicial, dado que así lo exige nuestra C.N. como forma de preservar la división de los poderes (arts. 1, 116), debiendo ser declarada en una causa concreta, lo que a su vez exige que la lesión constitucional sea "actual", esto significa que no debe tratarse de una controversia aun no planteada (prematura o falta de madurez), o bien ya concluida, lo que deriva en una declaración abstracta.

En este caso la a quo actuó y se expidió en el marco de un proceso judicial y no en forma abstracta. Por lo que en este aspecto no sería objetable su declaración de inconstitucionalidad.

Siguiendo con el análisis de la cuestión, es necesario destacar el texto de la norma que la sentencia ha declarado inconstitucional, esto es, el Art. 16 del Decreto 1694/2009; la misma dice: *"Las disposiciones del presente decreto entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a*

las contingencias previstas en la Ley N° 24.557 y sus modificaciones cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha".

Surge con claridad meridiana que el texto guarda una perfecta relación con lo dispuesto por los artículos 2 y 3 del Código Civil. El art. 2 establece la obligatoriedad de las leyes después de su publicación y desde el día que ellas determinen. Sabido es que en el proceso de formación de una ley hay tres momentos o etapas: la "sanción" (acto mediante el cual el Poder Legislativo crea la regla legal), la "promulgación" (acto por el cual el Poder Ejecutivo dispone el cumplimiento de la ley dándole autenticidad al acto) y la "publicación", acto mediante la cual la ley llega al conocimiento del público, o sea, de aquellos a quienes se aplica; aunque también se ha aclarado que -en realidad- se trata de un acto de difusión y no de conocimiento. La consecuencia de este último acto es que una vez publicada y vencidos los plazos establecidos en la norma, la ley se reputa conocida por todos, sin que los particulares puedan invocar su ignorancia para eludir su aplicación. En el período comprendido entre la "sanción" y la "promulgación" lo que existe no es todavía ley, sino un proyecto de ley sancionado por el Congreso (conf. SCBA, 05/04/94, LLBA 1994-285).

De lo hasta aquí expuesto surge una perfecta armonía entre lo normado por el art. 2 del Cód. Civil y la primera parte del Art. 16 del Dec. 1694/2009.

A su vez, la segunda parte del mencionado Art. 16 tiene también una armónica relación con lo que dispone el art. 3 del Código Civil, cuando refiere que a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y que no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario.

Con lo dicho queda más que claro que el art. 3, no consagra la aplicación retroactiva de la nueva ley sino la aplicación inmediata aun a las consecuencias de la relaciones o situaciones existentes; o sea que la nueva

ley rige para los hechos que están *in fieri* o en curso de desarrollo al tiempo de su sanción y no para las consecuencias de los hechos pasados, que quedan sujetos a la ley anterior, pues juega la noción de consumo jurídico (conf. SCBA, 05/04/94, LLBA 1994-285). O sea, no hay una aplicación retroactiva de la nueva ley, sino la operatividad de sus efectos inmediatos sobre las situaciones jurídicas no consumadas al comienzo de su vigencia.

Es cierto que las leyes pueden, en ciertos casos, tener efecto retroactivo pero bajo la condición de que no afecten garantías constitucionales; si las afectan, la ley de que se trate será atacable no por ser retroactiva sino por ser inconstitucional. Es que si bien el principio de no retroactividad de la ley que establece el art. 3 del Cód. Civ., no tiene jerarquía constitucional, razón por la cual no obliga al legislador, la facultad de legislar sobre los hechos pasados no es ilimitada, ya que la ley nueva no puede modificar o alterar derechos incorporados al patrimonio bajo el amparo de una legislación anterior sin menoscabar el derecho de propiedad que consagra el art. 17 de la Constitución Nacional. Con lo cual el principio de irretroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de inviolabilidad de la propiedad (conf. CSJN, 05/02/98, LL 1998-C-640; CSJN, 12/09/96, JA 1997-II-5; CSJN, 12/11/98, LL 1999-F-468).

En el punto que estoy analizando, vemos que la sentenciante declaró de oficio la inconstitucionalidad del Art. 16 del Decreto 1694/2009, el cual -según vimos hasta aquí- se ajusta en un todo a lo normado por los arts. 2 y 3 del Código Civil. Si bien la sentencia en crisis no lo ha dicho, pareciera que de la conclusión sobre la inconstitucionalidad que declara, podría llegar a deducirse -aplicando el mismo razonamiento- que también serían inconstitucionales esos dos artículos del código de fondo; lo cual es -a todas luces- inadmisible.

No puede dejar de considerarse que el control constitucional de oficio es una excepción del principio general y, por ende, de aplicación e

interpretación restrictiva. Solamente es viable si, para resolver el caso, el juez no puede soslayar la aplicación de una norma manifiestamente inconstitucional y aunque ella sea invocada por las partes para sustentar sus derechos. Es por ello que en "Mill de Pereyra" la mayoría de los ministros de la Corte Suprema sostuvieron que la declaración de inconstitucionalidad sólo procede cuando no existe la posibilidad de ofrecer una solución adecuada al juicio sobre la base de otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa (conf. BADENI, G., "Tratado de Derecho Constitucional", T. I, pág. 448 y sigs., 3ª. edic., ed. La Ley).

De lo que hasta aquí he expuesto y analizado tengo en claro que para la procedencia de la declaración de "inconstitucionalidad" de oficio del Art. 16 del Dec. 1694/2009 la sentencia de la inferior debió explicar y fundamentar que, para la solución adecuada del problema a resolver en este proceso, no existía otra posibilidad que declarar la inconstitucionalidad de dicha norma ya que ninguna otra salida era posible. Y ello es así porque a la declaración de inconstitucionalidad de oficio debe llegarse y declararse como un último e inevitable paso excepcional, el cual debe darse ante la absoluta carencia de otra solución posible. Mientras exista una solución adecuada que evite la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal, la misma debe ser utilizada por los jueces. No advierto que esta regla haya sido respetada en el caso bajo análisis dado que nada ha dicho al respecto la Sra. Jueza a quo.

Y entiendo que no ha sido respetado por la sentenciante el carácter excepcional que tiene la declaración de inconstitucionalidad de oficio, debido a que no surge de la decisión recurrida una fundamentación adecuada que justifique -precisamente- haber tomado el camino excepcional que tomó al decidir como lo hizo. Es que, tal como he dicho supra, una objeción constitucional sólo resulta admisible cuando es palmaria y el texto discutido no sea lealmente susceptible de una

interpretación concordante con la Constitución. Y es por lo dicho que sólo debe recurrirse a una declaración de esta envergadura cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable.

Ninguno de estos principios aparecen cumplimentados por la decisión en crisis y de allí que he de proponer al Acuerdo la admisión del agravio, revocándose la declaración de inconstitucionalidad del Art. 16 del Decreto 1694/2009 que contiene la sentencia recurrida. Así lo voto.

1.2) <u>La inconstitucionalidad del Art. 14, apart. 2, inc. a) in fine Ley 24.557</u>.

Agravia a la recurrente la declaración de inconstitucionalidad del Art. 14, apart. 2, inc. a) in fine de la Ley 24.557. Argumenta en su fundamentación recursiva que no ha existido petición de parte y que tampoco cuestionó la parte actora la validez y aplicabilidad de los topes indemnizatorios, cuando sí lo hizo con respecto a otros artículos de la L.R.T.

He dicho en el punto anterior que la sentencia de la inferior ha considerado que la norma en cuestión le impide al trabajador que se accidenta percibir una indemnización proporcional a la remuneración que percibía en el momento que estaba trabajando, lo que contraría los principios que rigen en la seguridad social. Hace referencia también que cuando se dictó el Decreto 1278/2000, que sustituyó el texto del art. 14, ap. 2, inc. a) in fine de la LRT, el salario mínimo era de $ 200.- cuando en la actualidad llega a $ 2.670.-, es decir, doce veces más, al punto tal que la sola percepción de salarios iguales al mínimo legal ya se encuentra comprendida dentro de la limitación fijada por el tope al aplicar la fórmula legal para determinar la cuantía a resarcir, lo que cercenará la indemnización plena. Agregando que el art. 10 de la Constitución Provincial obliga a los jueces a no aplicar normas que impongan al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos

por ella otras restricciones que las que la misma permite o prive de las garantías que ella asegura; lo que implica la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las mismas, aun de oficio y sin petición de parte.

En el punto anterior he remarcado el carácter excepcional que tiene la declaración de "inconstitucionalidad" de una norma por parte de los jueces, que ello debe ser el último tramo del camino que necesariamente debe recorrerse previo a arribar a una conclusión de tamaña envergadura y que es procedente sólo cuando realmente sea imposible encuadrar a la norma dentro de los parámetros constitucionales.

Con respecto a la posibilidad de que los jueces puedan declarar la inconstitucionalidad de oficio, ha sido también motivo de tratamiento en el punto anterior y sabemos que la jurisprudencia avala tal proceder.

Teniendo en claro los principios que rigen y que deben ser respetados para la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, surge de la sentencia en crisis que el fundamento vertido en la misma para decidir tal declaración se basa en que el tope indemnizatorio es contrario al principio de la reparación integral y pulveriza los valores que se fijaron hace más de diez años por el Decreto que era aplicable al caso de autos.

Ante la fundamentación referida, se hace necesario esclarecer aquí si la sentenciante ha explicado o demostrado la existencia de una realidad verdaderamente inconciliable entre la norma tachada de inconstitucional y el encuadre configurado por los derechos y garantías que emergen de nuestra Carta Magna. Y ello es así porque -según vimos- solamente cuando se da esa situación es posible llegar a declarar que una norma contraría los principios constitucionales.

La sentencia ha remarcado que el "tope" va en contra del derecho a una reparación plena que tiene el damnificado. Pero, ello no es por sí mismo constitucionalmente censurable, sino sólo en la medida en que se demuestre que el desarraigo del principio "alterum non laedere" que la

norma reglamenta comporta un menoscabo sustancial al derecho de la adecuada reparación.

El derecho social recurre a menudo a tarifar las reparaciones atendiendo a una situación general y no a la del trabajador y sus derechohabientes en particular. En tal sentido, no puede existir un derecho adquirido a un determinado sistema legal de cálculo de indemnizaciones o retribuciones, en tanto las modificaciones que se producen no importen alteraciones irrazonables de los derechos. Sólo se autoriza la descalificación de una norma con base constitucional cuando su aplicación configura una supresión o desnaturalización del derecho que se pretende asegurar. Es que, tal como se ha resuelto jurisprudencialmente, la descalificación de la norma sólo tendrá lugar cuando la reparación especial produzca una diferencia cuantitativa de tal magnitud que vulnere las garantías de igualdad y propiedad. Obviamente deberán compararse el conjunto de los distintos resarcimientos otorgados por la Ley 24.557 a la víctima y los que corresponden al derecho común (at. 1113 Cód.Civ.) para declarar, en cada caso, si la indemnización especial logra reparar los daños para así descalificar la normativa.

Es que, como bien lo ha dicho en su voto precedente el Dr. Vivas, la "indemnización plena" es un principio que no tiene reconocimiento constitucional. La responsabilidad que fijan los artículos 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagran el principio establecido en el art. 19 de la Constitución nacional, que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, doctrina de los autos "Santa Coloma, L. y Otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos", y en la cual, ante una hipótesis de indemnización reducida e insuficiente, la Corte afirmó de manera terminante que un monto menguado y nominal de reparación lesiona el principio *"alterum non laedere"*, que cuenta con respaldo constitucional. El art. 19 de nuestra Carta Magna trata una regla implícita en todos los sistemas normativos, desde el

derecho romano hasta nuestros días, que implica que todo daño causado a otro se presume antijurídico (salvo que existan causas de justificación) y por ende, resarcible (conf. SARDEGNA, P.C., "El derecho constitucional a una reparación integral", Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Derecho del Trabajo y Riesgos del Trabajo", T. II,pág. 885, ed. La Ley, edic. 2011).

Por lo tanto y teniendo en cuenta que al hecho de autos le es aplicable la norma legal cuestionada por la sentenciante, era necesario demostrar la insuficiencia reparatoria de la prestación dineraria que el sistema de la ley especial otorga al trabajador dañado en comparación con el régimen de responsabilidad establecido en el Código Civil, pues el reemplazo de un régimen por otro puede ser constitucionalmente válido en tanto el sistema especial contenga, como mínimo, análogos alcances al del derecho común.

Es decir, se podría ameritar la tacha de inconstitucionalidad si comparando con la reparación económica brindada por el Código Civil, se demuestra que la prevista por la L.R.T. en el caso resulta irrazonable, ya que cubre apenas una parte del daño establecido por el derecho común dejando indemne e impune el resto, imponiendo al trabajador que soporte una porción de los daños sufridos y trasladando los riesgos del empresario al dependiente. Pero nada de esto surge de la sentencia dictada en la instancia inferior. Adviértase que bien podrían haberse realizado lo cálculos indemnizatorios con la aplicación de los "topes" y sin ellos y de allí partir para el análisis de la constitucionalidad. La decisión bajo análisis no se ha detenido en remarcar y/o desarrollar estas circunstancias que son, sin duda, relevantes.

O sea, se pregona en la sentencia un ataque al derecho a la "reparación integral" pero no se ha demostrado que realmente ese ataque exista y cuál es su magnitud. Concretamente, la sentencia no ha determinado con nitidez e individualizado cuáles son los derechos y/o garantías constitucionales vulnerados por la norma que ha declarado "inconstitucional", ni ha

demostrado que se otorgue al actor un monto insuficiente que lesione el principio *"alterum non laedere"*.

Es que no basta con decir -como dice la sentencia recurrida- que los topes fijados en el art. 14, inc. 2) a) in fine de la Ley 24.557 (según el Dec. 1278/2000), *"…impiden al trabajador accidentado percibir una indemnización que resulte proporcional a la remuneración que percibía cuando se encontraba laborando, sin mermas que la pulvericen…"* (fs. 321 vta.), es necesario plasmar en la decisión la demostración clara, terminante y precisa de los montos indemnizatorios que surgen mediante la aplicación de ambos procedimientos y así demostrar la improcedencia y/o insuficiencia de uno con respecto al otro o la injusticia que surge de un sistema en comparación con el otro. Nada de ello se ha hecho en la decisión en análisis y de allí que no pueda determinarse o valorarse el ataque o la violación al derecho a ser reparado por el daño padecido.

Es claro que, como toda limitación a un derecho constitucional, regirá el test del at. 28 C.N. Si de la aplicación de los mentados parámetros normativos surge una clara degradación del derecho a la reparación, fruto de la aplicación de topes o tarifas que terminan degradándolo, al otorgar una indemnización sensiblemente menguada, comparada con la que correspondería en caso de aplicarse las reglas ordinarias del derecho común -Código Civil- la tacha de inconstitucionalidad sería procedente, pero es necesario que la sentencia demuestre estos parámetros para arribar válidamente a la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

La sentencia refiere que la norma en cuestión es inconstitucional*"…por resultar irrazonable, contrario al principio protectorio constitucional de condiciones dignas y equitativas de labor (art. 14 bis CN), el derecho de propiedad del actor (art. 17 CN) y el principio de no regresión normativa (art. 75, inc. 23, CN) y de progresividad (art. 2.1 del PIDESC, art. 75 inc. 22 CN)…"* (fs. 323). Pero no explica, no demuestra, ni da los fundamentos en los que se sostiene esta

declaración. O sea, no surge dónde radica la violación de los arts. 14 bis, 17 y 75, incs. 22 y 23 de la Const. Nacional, que justifique la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

Es necesario que quede en claro que no estoy cuestionando la declaración de inconstitucionalidad porque la misma haya sido declarada "de oficio", pues he dicho supra que los jueces tienen la facultad de hacerlo. Lo que ocurre es que para arribar a tal excepcional decisión, es menester dar pasos previos de ineludible y estricto cumplimiento -los que ya he señalado aquí- y que en modo alguno han sido satisfechos por la sentenciante para concretar y avalar su decisión. De allí que no pueda avalarse su declaración de "inconstitucionalidad".

Finalmente, con respecto a la diferencia que destaca la sentencia entre el salario mínimo al momento de dictarse el Dec. 1278/2000 y en la actualidad, era allí donde debió realizar los cálculos que mostraran cuál es la diferencia indemnizatoria entre un sistema y el otro y dónde radica la violación injustificada de los derechos constitucionales del damnificado. No lo ha hecho.

Por lo expuesto y compartiendo también los fundamentos vertidos en el voto precedente por el Sr. Juez de Cámara Dr. Vivas, considero que debe ser oído el agravio en tratamiento y revocarse la sentencia en cuanto ha declarado la inconstitucionalidad de oficio el Art. 14, ap. 2, inc. a) in fine de la Ley 24557, en su texto sustituido por el art. 6, ap. 2, inc. a), in fine, del Decreto 1278/2000. Es mi voto.

1.3) <u>El grado de incapacidad del actor</u>.

La demandada plantea su agravio porque se ha hecho lugar a la indemnización a favor del actor en base a la total incapacidad del mismo, cuando en realidad ha presentado lesiones crónicas y degenerativas previas y que son ajenas al hecho que motivara este proceso. Es así que solicita que

este Cuerpo evalúe esta incidencia dado que al momento de sufrir el accidente la víctima no estaba con una capacidad plena, lo cual no ha sido tenido en cuenta por la sentencia de la inferior.

Advierto que la recurrente en su agravio dice que *"…si bien el perito ha manifestado que desde la ciencia médica "resulta imposible establecer, discriminar o cuantificar, la proporcionalidad de cada una de estas lesiones en la incapacidad otorgada", lo cierto es que es función del juzgador hacer justicia con sus resoluciones, y en el sub examine deviene a todas luces evidente que se está cargando contra mi representada una incapacidad cuyo reproche no lo pertenece… no se pretende que el fallo se aparte de las conclusiones del perito, sino que a la luz del referido informe, se pondere en cuanto ha lugar por derecho la influencia que sobre el resultado final es justo adjudicarle al evento traumático y a la patología degenerativa, respectivamente…"* (fs. 332 vta/333).

Pues bien, no obstante la explicación que ha dado el experto sobre la imposibilidad de establecer, discriminar o cuantificar la proporcionalidad de cada una de las lesiones en la incapacidad otorgada, la quejosa peticiona en su agravio que la Alzada -sin apartarse de las conclusiones del perito- pondere la influencia que sobre el resultado final es justo adjudicarle al evento traumático y a la patología degenerativa respectivamente. O sea, la agraviada pretende que los jueces hagamos lo que el perito médico ha dicho que es *"imposible"* realizar. Y, además, debemos hacerlo sin que *"…el fallo se aparte de las conclusiones del perito…"* (ver fs. 333). La improcedencia de la pretensión esgrimida es más que evidente.

Es sabido que la función de la prueba pericial es sin duda de asesoramiento para el magistrado, cuando se trata de cuestiones ajenas a derecho y respecto de las cuales habitualmente el magistrado no posee conocimientos especiales. La pericia no es sino uno de los tantos elementos de prueba de que pueden valerse las partes para demostrar la justicia de sus pretensiones y la legitimidad de su derecho, a fin de que éste sea reconocido y protegido

por la jurisdicción. La razón de su existencia reside en los múltiples supuestos en donde el núcleo de la controversia no puede ser aprehendido, sino teniendo conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad especializada.

En el caso, estamos ante una prueba científica que es la realizada por el perito médico, la cual ha sido apreciada en debida forma y sus conclusiones se basan en sus conocimientos profesionales. No cabe duda que el conocimiento específico del experto como auxiliar imparcial de la justicia ha de ser preferida como prueba esencial en la materia que en este caso se ha debatido y fundamentalmente si se tiene en cuenta que la misma recurrente ha expresado que no pretende que se dejen de lado las conclusiones del experto.

Por ello, es inadmisible que los dichos y la pretensión de quien no comparte las conclusiones del perito único de oficio, lleve a destituir un medio de prueba idóneo incorporado al proceso en la oportunidad y forma debida, en especial si se considera que la fuerza probatoria de aquél debe apreciarse, según lo prescribe el art. 481 del ritual, considerando la competencia de los peritos, los principios en que se fundan, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que surjan de la causa; estas circunstancias otorgan al juzgador libertad de apreciación para efectuar el juicio crítico que puedan merecerle las conclusiones del dictamen, al margen -incluso- de las impugnaciones efectuadas oportunamente.

Surge también como algo para destacar aquí, dando respuesta a la queja en tratamiento, que si el interés de la agraviada era llegar a determinar lo que pretende que sea resuelto por esta Alzada a esta altura del proceso, debió arbitrar los medios probatorios adecuados y conducentes para producirlos en la etapa oportuna y así lograr su cometido (arg art. 381 CPCC). No lo ha hecho.

Por otra parte, advierto que en el dictamen médico el experto ha ponderado las secuelas anteriores y tuvo en cuenta las mismas para llegar a determinar el grado de incapacidad que corresponde otorgar al actor como consecuencia del accidente motivo de este proceso. Surge de fs. 299/y vta. que determinó: *"Capacidad Restante: 75,5%"* y sobre ella calculó la incapacidad en un 8,59%.

Es evidente que el peritaje aparece fundado en principios científicos y que no existe probanza que lo haya desvirtuado. Es por ello que la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél. Es que se trata de un elemento de juicio ponderable para apreciar los hechos dentro del grado sumo de posibilidad acerca de la verdad, en especial advirtiendo que ningún argumento se ha incorporado en su momento por la quejosa para demostrar que las conclusiones han sido irrazonables. Estas conclusiones no dejan de tener valor por el hecho de que la recurrente haya en su momento impugnado el dictamen pericial dado que la impugnación a las conclusiones del perito mediante alegaciones genéricas referidas al resultado global de la pericia, de ningún modo cuestiona las específicas pautas con que el médico designado en autos se expidió sobre el tema que se le consultara.

Estoy convencido de que el informe del experto ha sido hecho con plena ciencia y honrada conciencia, agotando la objetiva investigación. Por lo tanto, para apartarse de sus conclusiones se deben tener razones muy fundadas pues lo contrario haría incurrir al juzgador en arbitrariedad. Es que por el hecho de comportar el informe del experto técnico la necesidad de una apreciación científica del campo del saber del perito, técnicamente ajeno al hombre del derecho, para desvirtuar tal apreciación es imprescindible traer elementos de juicio que autoricen a concluir fehacientemente sobre el error o el inadecuado uso que el técnico hubiere

hecho de los conocimientos que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado (conf. CNEsp.Civ.Com., Sala IV, "Aguilera, S. c/ Expreso Mar y Sol y Ot. s/ D. y Perj.", 06/09/85).

Tengo en cuenta que la propia recurrente expresa al agraviarse que no pretende un apartamiento de las conclusiones del perito, con lo cual hace más incomprensible su petición y la torna de imposible análisis y mayor tratamiento en esta instancia.

Es que la especialización técnica del profesional interviniente como el hecho de haber sido designado de oficio por el juzgado constituyen antecedentes coadyuvantes para la ponderación de la trascendencia probatoria de su dictamen pericial creando en tal sentido, esas circunstancias calificativas, la convicción de certeza y razonabilidad acerca de las conclusiones a las que el perito arribara sobre el tema en cuestión. Esas mismas circunstancias calificativas y la falta de elementos de juicio en contrario son los que han llevado consecuentemente a la Jueza a quo a relativizar y desestimar los fundamentos de la impugnación oportunamente planteada por la recurrente y que me conducen también a proponer al Acuerdo que se considere parcialmente desierto el agravio analizado ya que no logra reunir en su totalidad los requisitos que exige la norma del art. 268 del ritual (conf. art. 269 CPCC). Es por ello que mi voto conduce a la desestimación de la queja.

2) <u>Conclusión</u>.

En virtud de lo expuesto y concordando con el voto precedente del Sr. Juez Dr. Vivas, corresponde revocar la sentencia en crisis en cuanto declaró la inconstitucionalidad del Art. 16 del Decreto 1694/2009 y del Art. 14, ap. 2, inc. a in fine, de la Ley 24.557, sustituido por el art. 6, ap. 2, inc. a) in fine, del Decreto 1278/2000, el cual resulta aplicable al caso de autos y confirmarla en todo lo demás que fuera materia de agravio.

3) <u>Adecuación de costas y honorarios</u>.

Teniendo en cuenta la revocación parcial de la sentencia propuesta en mi voto y lo normado por el art. 282 del CPCC, comparto los fundamentos vertidos en el voto precedente por el Sr. Juez Dr. Vivas al proponer que no es procedente adecuar las costas y honorarios fijados en la primera instancia.

4) <u>Las costas de la alzada</u>.

Coincido con el Sr. Juez Dr. Vivas en que, atento el resultado del recurso interpuesto, las costas de la Alzada deben ser impuestas en el orden causado (conf. art. 72 CPCC).

Con respecto a los honorarios que le corresponden a la Dra. M. C. por su intervención en la Alzada y ajustándose los mismos a las pautas que fija la Ley Arancelaria para el caso, es procedente que se regulen en el porcentual propuesto en su voto por el Sr. Juez Dr. Vivas.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**.

<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1. REVOCAR PARCIALMENTE el pronunciamiento dictado a fs. 318/323 vta., en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 16 del Decreto 1694/09 y del art. 14, ap. 2, inc. a) in fine, ley 24.557, sustituido por el art. 6, ap. 2, inc. a) in fine, del Decreto 1278/2000, el que resulta aplicable al caso de autos, confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravio.

2. IMPONER las costas de Alzada en el orden causado (art. 72, del CPCC).

3. REGULAR los honorarios por la actuación profesional en la presente Instancia de la Dra. Mariana Clement en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc. de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

Atento compartir los fundamentos vertidos en su voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la Dra. María Inés de VILLAFAÑE no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de mayo de 2013.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. REVOCAR PARCIALMENTE el pronunciamiento dictado a fs. 318/323 vta., en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 16 del Decreto 1694/09 y del art. 14, ap. 2, inc. a) in fine, ley 24.557, sustituido por el art. 6, ap. 2, inc. a) in fine, del Decreto 1278/2000, el que resulta aplicable al caso de autos, confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravio.

2. IMPONER las costas de Alzada en el orden causado (art. 72, del CPCC).

3. REGULAR los honorarios por la actuación profesional en la presente Instancia de la Dra. M. C. en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc. de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /13.SDL.