En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de marzo del año dos mil catorce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"T. F. R. c/ L. S. ART S.A. s/ accidente (Expte. Nº 288 - Año 2013)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. Nº 93/08), en apelación. Los Sres. 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. 170.

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

1 – Antecedentes

Han sido radicadas las presentes actuaciones por ante esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. 139) contra la sentencia dictada en primera instancia, el cual le ha sido concedido a fs. 140. Los fundamentos del recurso obran a fs. 144/150, habiendo sido contestado oportunamente su traslado por la contraria (conf. fs. 152/155 vta.).

2 – La Sentencia

La sentencia recurrida declaró la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la Ley 24.557. Asimismo, hizo lugar a la demanda condenando a L. S. A.S.A. a abonar a F. R. T., dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de Trece Mil Ochocientos Setenta y Ocho Pesos con 80/100 ($ 13.878,80.-), con más los intereses a la tasa activa del B. D. C. S.A. desde la fecha del accidente (14/07/07) y hasta el efectivo pago. Las

costas fueron impuestas a la demandada, regulándose los honorarios de los profesionales actuantes.

Para resolver las inconstitucionalidades planteadas por la actora, tuvo en cuenta la a quo la jurisprudencia que ha declarado inconstitucional la intervención de la Justicia Federal dispuesto por la L.R.T., así como la de las comisiones médicas, lo cual quedó ratificado por la CSJN a partir del caso "Castillo". A ello agregó la doctrina sentada por el Máximo Tribunal en el caso "L." con respecto a que debe descartarse que el tránsito previo del trabajador por el andarivel del diseño sistémico, incluso cuando hubiese percibido prestaciones dinerarias, suponga un acto propio que inhiba luego el planteo de inconstitucionalidad.

En base al porcentual de incapacidad laboral parcial y permanente fijada por el perito médico del proceso (11,5%) determinó el resarcimiento por incapacidad parcial y permanente (art. 14, inc. 2° a), LRT), fijándolo en la suma de $ 13.878,80.-

3 – <u>Los agravios de la parte actora</u>

3.1 – <u>Inconstitucionalidad del Art. 14 inc. 2° a) in fine de la Ley 24.557, del Art. 16 del Dec. 1694/09 y del Art. 17 inc. 5° de la Ley 26.773</u>

Esgrime la recurrente que la decisión de la a quo no se ajustó al criterio que aplicó correctamente en la sentencia dictada en lo autos: "A. c/ P. A. S.A. s/ Accidente", del 16/05/2013, donde resolvió no aplicar los topes fijados por el art. 14, inc. 2° a) in fine de la Ley 24.557 sino los previstos por el Dec. 1694/09, decretando de oficio la inconstitucionalidad del art. 14, inc. 2° a) in fine de la LRT y del art. 16 del Dec. 1694/09 que impide su aplicación retroactiva.

Insiste en que se agravia porque la a quo debió decretar la inconstitucionalidad de oficio del Art. 14, inc. 2° a) in fine de la LRT y

aplicar la norma más favorable a la actora, esto es, las pautas del Dec. 1694/09 con excepción de su art. 16.

Agravia también a la actora que la sentenciante no aplicara el reajuste dispuesto por el art. 8 y el art. 17 inc. 6 de la Ley 26.773 al monto resarcitorio, luego de decretar de oficio la inconstitucionalidad del Art. 14, inc. 2° a) in fine de la Ley 24.557, del art. 16 del Dec. 1694/09 y del art. 17 inc. 5° de la Ley 26.773.

Sostiene que dado que los autos pasaron a sentencia antes de la vigencia de la Ley 26.773, su parte no tuvo la oportunidad procesal de solicitar la inconstitucionalidad de las mencionadas normas y de allí el reproche que se hace a la a quo por no haber realizado el control de constitucionalidad.

Concretamente pide se declare la inconstitucionalidad del Art. 14, inc. 2° a) in fine de la Ley 24.557, del Art. 16 del Dec. 1694/09 y del Art. 17 inc. 5° de la Ley 26.773.

Afirma que el Art. 16 del Dec. 1694/09 y el Art. 17, inc. 5° de la Ley 26.773 son inconstitucionales porque violan el principio de progresividad, que impone valorar las normas jurídicas a la luz de su contenido de progreso e invalida los contenidos de regresión y siendo el mismo una derivación natural del principio protectorio.

El principio protectorio -según la queja- se expresa en tres reglas generales: a) In dubio pro operario (art. 9 LCT), b) La regla de la norma más favorable para el trabajador, en caso de que exista más de una norma para aplicar y c) La condición más beneficiosa; que indica que nunca se aplicará una norma que signifique un retroceso para los beneficios adquiridos por un trabajador.

Basa también su agravio sosteniendo que producido un siniestro laboral con anterioridad al inicio de la vigencia de la nueva ley, en tanto la obligación que surge del mismo no se encuentre extinguida, corresponde aplicar a sus consecuencias subsistentes la nueva regulación.

Para el supuesto de que esta Alzada entendiera que no le asiste razón a la recurrente para plantear la inconstitucionalidad en cuestión, solicita el tratamiento y decreto de oficio de la misma, lo cual no les está vedado a los jueces.

4 – Tratamiento de los agravios

4.1 – Inconstitucionalidad del Art. 14 inc. 2° a) in fine de la Ley 24.557

La recurrente plantea que la a quo debió declarar la inconstitucionalidad de oficio del Art. 14 inc. 2° a) de la L.R.T. y aplicar las pautas previstas en el Dec. 1694/09 con excepción de su art. 16.

Comienzo mi análisis constatando que ninguna observación ni petición sobre su constitucionalidad realizó en la demanda la parte actora sobre la norma cuestionada en sus agravios. Esta observación tiene su razón de ser dado que en su escrito inicial la reclamante peticionó concretamente la declaración de inconstitucionalidad de varios artículos de la L.R.T., sin mencionar el Art. 14 inc. 2° a) in fine.

A fs. 118/y vta. obra el Alegato que presentara la parte actora y nada se dijo allí sobre la inconstitucionalidad en tratamiento.

Lo hasta aquí analizado hace aplicable también, con respecto a la posición asumida por el reclamante de autos, los postulados de la doctrina de "los propios actos". Y ello es así porque no es posible asumir una actitud y sostener inicialmente y durante todo el proceso una postura y/o conducta determinada y luego -al agraviarse de la sentencia- volver sobre sus propios pasos y esgrimir otra posición considerando inconstitucional una norma que en ningún momento cuestionó, pudiéndolo haber hecho en tiempo y forma.

Corresponde destacar que la tesitura seguida por la CSJN y la SCJBA impide volver respecto de todo tipo de conductas, sean judiciales o extrajudiciales (conf. CCCTrelew, Sala A, 30/09/08, SDL N° 62/2008).

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, daré una respuesta a la queja en tratamiento.

Conforme expresara al emitir mi voto in re *"C., N.I. c/ M. A. A. S.A. s/ Accidente"* (Sent. 04/02/2014, Reg. SD N° 01/14), tengo en cuenta que se peticiona la inconstitucionalidad bajo análisis, pero ninguna demostración clara, concreta y terminante realiza el apelante tendiente a acreditar que el artículo en cuestión viola normas constitucionales. Hace sí una mención a que -a los efectos del cálculo indemnizatorio- se deberían aplicar las pautas del Dec. 1694/09, pero es de advertir -conforme lo analizaré más adelante- que el art. 16 del mismo impide su aplicación al caso de autos, dado que la actora ha reconocido que su primera manifestación invalidante ocurrió el día 14 de Julio de 2007 (conf. fs. 8).

Otra cuestión a considerar es que rige en el caso el Art. 12 de la LRT, el cual no fue tachado de inconstitucional por la reclamante. Por lo tanto, hay que ajustarse al cómputo de ese límite y a las Resoluciones congruentes de la AFIP que tampoco han sido cuestionadas por la apelante (conf. CSJN, 23/03/2010, caso "Berti").

En el citado precedente, la CSJN indicó que el planteo de la cuestión constitucional debe ir acompañado por un planteo de inconstitucionalidad respecto de la forma de calcular el VMIB, es decir, del Art. 12 y de las respectivas Resoluciones de la AFIP de cada etapa histórica que limitan el aporte a la Seguridad Social con una incidencia desajustada en relación con el carácter reparatorio de una indemnización por accidente de trabajo.

Es por ello que una de las enseñanzas que deriva de este pronunciamiento -reiteradamente señalado por el voto mayoritario- es que no es suficiente plantear la inconstitucionalidad del "tope" indemnizatorio, sino que el mismo debe ir acompañado con igual reproche de la forma de calcular el Ingreso Base con los límites previsionales dispuestos por el Artículo 12 de la L.R.T.

Por lo tanto, queda en claro que a la luz de la doctrina sentada por nuestro Máximo Tribunal y no habiendo la parte actora cuestionado el Art. 12 de la L.R.T., la pretendida inconstitucionalidad deviene improcedente. Y ello así porque -reitero- el agravio no ha determinado con nitidez e individualizado cuáles son los derechos y/o garantías constitucionales vulnerados por la norma que se tacha de "inconstitucional.

Es que no basta con la tacha de "inconstitucionalidad", es necesario la demostración clara, terminante y precisa de la injusticia que surge del sistema que se impugna. Nada de ello se ha cumplimentado por la actora y de allí que no pueda determinarse o valorarse el ataque o la violación de derechos de raigambre constitucional.

He destacado supra que la queja refiere que la norma en cuestión es inconstitucional por resultar contraria al "principio protectorio" constitucional. Sin perjuicio de que he explicado ya la sinrazón de tal afirmación, tengo en cuenta que tampoco explica, ni demuestra, ni da los fundamentos en los que se sostiene la misma. O sea, no surge dónde radica la violación de normas constitucionales que justifique la pretendida declaración de inconstitucionalidad.

Ocurre 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 actora para avalar su petición.

Los fundamentos expuestos me conducen a concluir proponiendo al Acuerdo el rechazo del agravio. Es mi voto.

4.2 – <u>Inconstitucionalidad del Art. 16 del Dec. 1694/09 y del Art. 17 inc. 5° de la Ley 26.773</u>

El Art. 16 del Dec. 1694/09 dispone: *"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 24.557 y sus modificaciones cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha". Este decreto fue publicado el día 06 de Noviembre del año 2009.

A su vez, el Art. 17 inc. 5° de la Ley 26.773 dice: *"Las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero y en especie de esta ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esta fecha"*. Esta ley fue publicada el día 26 de Octubre del año 2012.

Debe tenerse en cuenta que el control de constitucionalidad está condicionado a que el peticionario acredite su interés legítimo. Es necesario que la norma cuya constitucionalidad se cuestiona resulte ineludiblemente aplicable para resolver el caso y que esa aplicación lesione en forma directa y real un derecho legítimo del interesado. Es por ello que nadie puede impugnar la constitucionalidad de una norma, a menos que sus derechos estén efectivamente afectados o amenazados con la aplicación de ella. Si la parte no prueba que la aplicación de la norma tachada de inconstitucional le ocasiona un perjuicio concreto, o si pretende que esa declaración alcance a una norma que fue previamente invocada en sustento de sus derechos, los tribunales deben desestimar el pedido de inconstitucionalidad por carecer el peticionario de interés legítimo.

Las peticiones judiciales y las decisiones de los tribunales no pueden ser abstractas ni referirse a cuestiones de interés doctrinario pero carentes de aplicabilidad al caso concreto porque no se vinculan con los derechos debatidos por las partes. Este principio general, elaborado por la jurisprudencia de la Corte Suprema, obedece a que nadie puede requerir el ejercicio de la potestad jurisdiccional si no acredita un interés legítimo resultante de los derechos que le son reconocidos (conf. BADENI, G., "Tratado de Derecho Constitucional", T. I, pág. 458, La Ley, 3ª. edic.).

Anticipo que, en el caso, no aparece explicado ni demostrado por la peticionante dónde radica claramente la inconstitucionalidad que le imputa a las normas que impugna y cuál es su "interés legítimo".

Tampoco advierto ataque o violación alguna los principios "protectorio" y de "progresividad" mencionados en la queja, dado que la situación de la actora se produjo y se encuadró en tiempo y forma durante la vigencia de la legislación anterior, o sea que no quedó desprotegida legalmente sino que quedó al amparo de los parámetros de la legislación que le era aplicable. Lo que ocurre es que, tanto el Dec. 1694/09 como la Ley 26.773, se sancionaron con posterioridad y de allí su inaplicabilidad.

Además de lo expuesto sobre el "interés legítimo" que debe tener quien pretende la declaración de inconstitucionalidad, es menester tener presente que tal declaración es de carácter excepcional y que sólo debe admitirse ante la imposibilidad de encontrar otro remedio para el caso en tratamiento.

Estamos aquí ante una actora que sufrió su primera manifestación invalidante el día ***14 de Julio de 2007*** y he remarcado que el Dec. 1694/09 fue publicado el día ***06 de Noviembre de 2009*** y la Ley 26.773 el día ***26 de Octubre de 2012***.

Se advierte, a la luz de la pretensión del reclamante, que la cuestión está referida a la aplicación *retroactiva* de la ley, ya que ello es lo que sucede cuando, como en el caso, se subsume un hecho bajo una ley posterior e inexistente al momento de suceder el evento dañoso.

Tuve oportunidad de expedirme en un caso similar resuelto por este Cuerpo (*"N., A. c/ M. A. ART S.A. s/ Accidente"*, Sent. 05/12/2013, Reg. SD N° 94/13) y en esa oportunidad expresé que el principio de irretroactividad de la ley impone la intangibilidad de las situaciones jurídicas individuales desarrolladas bajo la vigencia de una ley. Significa que las leyes solamente rigen para el futuro, y que sus disposiciones no pueden alterar las relaciones jurídicas producidas válidamente conforme a la legislación

sustituida. Con tal alcance, la irretroactividad de la ley, es un presupuesto básico para la seguridad jurídica (conf. BADENI, G., ob. cit., T.II, pág. 752).

Tomando las normas de nuestra Carta Magna, el art. 18 de la misma establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Está consagrando aquí el principio de la irretroactividad de la ley penal. Ahora bien, cabe preguntarse si esta irretroactividad absoluta que prescribe la Constitución se aplica sólo en materia penal o es extensiva a otras ramas del derecho.

Si tomamos las garantías específicas que enuncia el art. 18, las mismas no se aplican exclusivamente en materia penal. El juzgamiento por jueces naturales, la prohibición de imponer a una persona la obligación de declarar contra sí mismo, la descalificación del arresto dispuesto por autoridad incompetente, la inviolabilidad de la defensa en juicio, la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, son garantías otorgadas a las personas, cualquiera sea la naturaleza del marco jurídico en que se desarrollan sus actividades. Por ello, no resulta constitucionalmente razonable limitar la garantía de la irretroactividad absoluta de la ley al ámbito penal (conf. BADENI, G., ob. cit., T.II, pág. 753).

Interpretando los principios del originario Código Civil (arts. 3, 5, 4044 y sus notas) la CSJN entendió que: a) El principio de la irretroactividad de la ley establecido por el art. 18 de la Constitución es aplicable solamente en materia penal; b) El principio de la no retroactividad en materia civil no es impuesto por la Constitución, sino por la ley; c) El legislador puede atribuir efectos retroactivos a una ley civil siempre que no lesione derechos adquiridos y d) El legislador puede disponer que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existente, pero no puede arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, porque en este

caso se estará vulnerando la inviolabilidad de la propiedad prevista en el art. 17 de la Constitución (CSJN, Fallos, 137:47).

La ley 17.711 derogó los arts. 5 y 4044 del Cód. Civil y sustituyó el art. 3 por el siguiente: *"A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias"*.

Si bien el nuevo texto del art. 3 no se refiere a derechos adquiridos, la distinción entre éstos y los derechos en expectativa subsiste. Por ende, si bien las leyes civiles pueden ser retroactivas cuando así lo establezcan expresamente, ellas no pueden afectar los derechos adquiridos que, como tales, están definitivamente incorporados al patrimonio de una persona.

Marienhoff, compartiendo la opinión de Llambías, enseñaba que un derecho se adquiere cuando se cumplen todos los presupuestos exigidos por la ley para su imputación a favor de una persona en calidad de prerrogativa jurídica individualizada. En tal sentido se había expedido la CSJN señalando que, cuando bajo la vigencia de una ley el particular cumplió todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un derecho, debe considerarse que hay un derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por la ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual (conf. CSJN, Fallos 296:719). Hay derecho adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo que así lo disponga, pues esa sentencia o acto administrativo se limitan a reconocer un derecho para que se haga efectivo (conf. CSJN, Fallos 296:726 y 305:900). Distinguiendo los conceptos de derecho adquirido y derecho ejercido, Marienhoff sostenía que el segundo era una consecuencia de la preexistencia del primero igual

que el derecho reconocido en un acto judicial o administrativo (conf. MARIENHOFF, M.S., "Derecho adquirido y derecho ejercido", La Ley, 1989-B, 776; BADENI, G., ob. cit., T.II, pág. 771).

Badeni considera que la irretroactividad de la ley civil tiene fundamento constitucional y no simplemente legal y en materia patrimonial ella está impuesta por el art. 17 de la Ley Fundamental, al declarar que la propiedad privada es inviolable (ob. cit., T.II, pág. 773).

El principio que estoy analizando tiene plena aplicación en materia laboral respecto de relaciones laborales concluidas, aunque dichas leyes establezcan nuevos beneficios para el trabajador. Siguiendo a Badeni, el mismo entiende que las leyes laborales no son necesariamente de orden público y, aunque lo fueran, no pueden aplicarse retroactivamente respecto de relaciones contractuales debidamente concluidas porque, al margen de lesionar el derecho de propiedad, proyectan un cono de inseguridad jurídica sobre las relaciones sociales (conf. ob. cit., T.II, pág. 774).

Es de advertir que, en el caso -dice Foglia- al momento de producirse el daño quedaron definitivamente consolidados los derechos de las partes, esto es, quién, porqué y por cuanto se es acreedor y las mismas respuestas recíprocas, e inversas, para el deudor. En aquel momento se adquirió el derecho al crédito y el deber de la deuda, independientemente de que el pago, esto es la cancelación de la obligación, se produzca con posterioridad.

Es por ello que *"derecho adquirido"* y *"pago"* son dos conceptos diferentes con dos momentos distintos y, generalmente en la responsabilidad por daños, en la mayoría de los casos, el pago es posterior al infortunio.

De allí que señalar, como lo hace el quejoso, que *"…producido un siniestro laboral con anterioridad al inicio de vigencia de la nueva ley, en tanto la obligación que surge del mismo no se encuentre extinguida, corresponde aplicar a sus consecuencias subsistentes la nueva regulación…"* (fs. 158), es -para mí- equivocado ya que se confunden dos planos diversos.

Hemos visto supra que el art. 3 del Cód. Civil se refiere a "*las relaciones y situaciones jurídicas existentes"* y de la que aquí se trata no es existente, sino consolidada y consumida jurídicamente en el momento del infortunio, momento en el que se define la virtualidad obligacional en todo su esplendor. El hecho que perduren algunos créditos/deudas solo importa que hay pagos pendientes, no la relación crediticia en sí misma que se agotó incorporándose a los patrimonios respectivos.

Por ello, la ley vigente al momento del daño es la que rige la vida obligacional y cualquier alteración de la regla jurídica bajo la cual se consolidó la obligación, importa una afectación del derecho de propiedad, sea del acreedor o del deudor. A lo que cabe agregar que la retroactividad debe ser expresamente establecida, lo que no sucede con las dos normas en cuestión (conf. FOGLIA, R.A., *"La aplicación del índice RIPTE a contingencias ocurridas antes de la vigencia de la ley 26.773"*, DT 2013 (noviembre), 3025).

No tengo dudas de que en el caso estamos ante un "derecho adquirido" que pretende ser alterado por leyes que no regían en el momento que se concretó. A los fines de determinar que existe derecho adquirido y que, por lo tanto, se encuentra vedada la aplicación de una nueva ley, es necesario que su titular haya cumplido -bajo la vigencia de la norma derogada o modificada- todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata, aun cuando falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo (conf. CSJN, in re *"Costa"*, 12/09/96, Fallos 319:1915). La doctrina que puede extraerse de este fallo es la siguiente: la ley nueva o su interpretación no puede alterar, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de una legislación anterior, pues en caso contrario, el principio de irretroactividad adquiere jerarquía constitucional y se confunde con la garantía de inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Carta Magna

(conf. PALACIO de CAEIRO, S.B., "Constitución Nacional en la Doctrina de la CSJN", pág. 567, La Ley 2011).

La doctrina de los derechos adquiridos, fue la posición mantenida por el ministro Petracchi en la causa *"A."*, donde afirmó que cualquiera sea el criterio de conveniencia o eficacia económica o social que el legislador arbitre, en el dictado de una ley, aquél encuentra como valla infranqueable las prescripciones de la Constitución Nacional. Allí dijo: *"Si al momento de extinguirse la relación laboral sin indemnización -en el caso, por participación de los dependientes en huelgas-, tal modo de extinción del contrato de trabajo estaba legalmente previsto, y una ley posterior prevé el derecho de preferencia de los empleados despedidos por aquella causal de ingresar a tales puestos o de lo contrario ser indemnizados, se alteran los efectos de actos jurídicos concluidos con arreglo a una determinada legislación, desconociendo la garantía constitucional de la propiedad"* (CSJN, 24/11/98, Fallos, 321:3081).

La queja hace referencia también a la norma del inciso 6°) del Art. 17 de la Ley 26.773 la cual, según dice, debe ser analizada en conjunto con la del inciso 5°) del mismo a fin de acceder a su pretensión.

Si bien los incisos en cuestión son preceptos diferentes, de lo que se trata es de indagar si el primero contiene una regla general y el segundo una excepción, o si ambos se refieren concatenadamente a la misma situación. Y en este sentido es dable señalar que las excepciones a la regla general de entrada en vigencia de una ley deben ser expresamente establecidas, no cabe presumirlas ni interpretarlas por el mayor beneficio para la víctima, porque este principio es ajeno a la materia de que se trata (entrada en vigencia de un precepto jurídico). En definitiva, se debe determinar si el inc. 6° es una excepción al inciso 5°. Por ello el inciso 6° debe ser necesariamente correlacionado con el 5°. Es indudable -y sigo en este punto a lo expuesto por Foglia en el artículo supra citado- que el ajuste del inciso 6° es una disposición "atinente" a las prestaciones de la Ley 26.773 (conforme lo

expresa el inciso 5°), ya que el índice en cuestión antes no era aplicable al plexo legal, cuya vigencia difiere a los infortunios posteriores. El inciso 5°, que es una disposición general específicamente destinada a regular el ámbito temporal de vigencia y aplicación de la ley, establece qué régimen de prestaciones en dinero y en especie de la Ley 26.773 se aplicará a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produzca luego de la publicación de la ley en el Boletín Oficial. Dicha norma en sí misma, es general y no contiene ninguna excepción, la que, conforme se dijo, debe ser expresa.

En el inciso siguiente (6°), la norma se refiere a la forma de actualizar los créditos emergentes de los infortunios cuya primera manifestación invalidante es posterior a la entrada en vigencia de la ley, por el período 1 de Enero de 2010 al 26 de Octubre de 2012. Luego de ello rige el ajuste periódico general del artículo 8, conforme reza la segunda parte de ese precepto (inc. 6°). El citado inciso, a continuación de la norma o regla general, no se califica como excepción de la regla general de aplicación sino como parte de la misma. Y en este sentido, y corroborando lo dicho, cabe señalar que cuando la norma quiso establecer una fecha de entrada en vigencia distinta respecto de determinadas prestaciones, lo dijo expresamente. Tal es el caso del inciso 7° que reza: *"Las disposiciones atinentes al importe y actualización de las prestaciones adicionales por Gran Invalidez entrarán en vigencia a partir de la publicación en el Boletín Oficial de la presente, con independencia de la fecha de determinación de esa condición"* (ver FOGLIA, R.A., ob. cit. y conf. mi voto in re *"Naufal"* cit.*)*.

En atención a lo expuesto y fundamentado, he de concluir proponiendo al Acuerdo el rechazo de los agravios bajo análisis, en virtud de que no corresponde declarar en este caso la inconstitucionalidad del Art. 16 del Dec. 1694/09 ni del Art. 17, inciso 5°) de la Ley 26.773. Es mi voto.

5 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada corresponde imponerlas a la parte actora que resulta vencida en el recurso que le ha sido concedido (art. 69 CPCC).

Con respecto a los honorarios de los letrados actuantes por ante esta Alzada, corresponde regular los del apoderado de la parte demandada, Dr. J. G., en el 30% del importe que le corresponda por su actuación en la anterior instancia y los del apoderado de la recurrente, Dr. E. M. C., en el 25% del monto que le corresponda en concepto de honorarios por su labor en la instancia de origen (arts. 5, 13, 18, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.), sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder.

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

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

El Sr. Vocal preopinante se ha expedido suficientemente sobre los antecedentes fácticos de la presente causa.

1.

Se agravia la parte actora por considerar que la sentencia de grado debió decretar la inconstitucionalidad de oficio del art. 14, inc. 2, in fine, LRT, aplicando la norma más favorable al trabajador, es decir, el Dec. 1694/09, con la salvedad de su art. 16.

El art. 3 del mencionado Decreto señala: “Establécese que la indemnización que corresponda por aplicación del artículo 14, inciso 2, apartados a) y b), de la Ley Nº 24.557 y sus modificaciones, nunca será inferior al monto que

resulte de multiplicar pesos ciento ochenta mil ($ 180.000) por el porcentaje de incapacidad".

Tal como lo ha señalado esta Cámara en otro precedente similar al de autos, la actora solicita inicialmente la indemnización en el marco de la ley 24.557 planteando la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22, 46 y 49 pero nada dice respecto a la cuestión del tope. De este modo, el proceso se encontraba planteado con una aceptación expresa por parte del actor del tope legal existente al momento del accidente y al interponer la demanda (cfr. esta Cámara, in re "C., N.I. c/ M. A. A. S.A. s/ Accidente, SDL 01/14).

Si la sentencia no declara de oficio la inconstitucionalidad del artículo 16 del decreto 1694/09, la decisión de grado no tiene en el agravio sostén alguno más que la disconformidad de la parte pues en definitiva se determinó el resarcimiento por la IPP conforme la norma vigente al tiempo de aquélla, sin justificar mínimamente dónde radica la violación de normas constitucionales que justifiquen la declamada inconstitucionalidad de la norma de referencia (cfr. esta Cámara, fallo citado).

2.

Se agravia también la actora, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del art. 16, Decreto 1694/09, el que prevé que sus disposiciones entran en vigencia a partir de su publicación y que se aplicarán a los accidentes y enfermedades cuya primera manifestación invalidante ocurran desde entonces, norma que fuera publicada el 06.11.2009. En el mismo sentido, solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 17, inc. 5°, ley 26.773, la que fuera publicada el 26.10.2012.

En cuanto a la primera de las normas citadas, es dable señalar, más allá de lo expuesto por el Sr. Juez de voto anterior en cuanto a la falta de interés legítimo y a la ausencia de afectación de los principios protectorio y de

progresividad, que la norma cuestionada adquirió vigencia con posterioridad a la primera manifestación invalidante del actor (14.07.2007).

El principio general que rige en la materia es el preceptuado por el art. 3, Cód. Civil, que sienta sus mieses en la irretroactividad de las leyes.

Y bien, cuando lo autoriza, por vía de excepción, lo hace siempre y cuando tal retroactividad no afecte garantías consagradas constitucionalmente.

Constituye doctrina reiterada del Supremo Tribunal Federal que, si bien una ley puede tener efectos retroactivos, ello es así bajo la condición obvia e inexcusable de que tal retroactividad no afecte garantías constitucionales. Ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de una legislación anterior, pues en este caso el principio de no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional (art. 3º del Código Civil) para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema (Fallos: 317:218; 330:1026, entre otros) (conf. esta Cámara, fallo “N.”, SDL 94/13, citando a C.S.J.N., F.110. XLVI., 26/08/2012, "R., S. E. c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Dr. Norberto Quirno") (cfr. Cámara Nacional del Trabajo, “Virgilli, fallo citado, del voto del Dr. Zas).

De allí que, admitir la inconstitucionalidad de la norma con fundamento en la retroactividad de la ley implicaría cercenar el derecho de propiedad del demandado, el que resulta inviolable en razón de lo preceptuado por el art. 17, CN.

La propiedad que protege la Constitución, dice Thomas M. Cooley, es toda aquella que tiene un valor que la ley reconoce como tal, y respecto de la cual el dueño tiene derecho a un recurso en contra de cualesquiera que pueda interrumpirlo en su goce. No tiene importancia el hecho de si la propiedad es tangible o intangible, o si el interés en ella es permanente o meramente transitorio. Agrega el autor citado que todo aquello que el

hombre produce por el trabajo de sus manos, o de su inteligencia, todo lo que obtiene en cambio de algo que es suyo, y todo lo que se le da, la ley lo protegerá en su uso, en su goce y en la manera de disponer de ello (cfr. Marienhoff, Miguel S, “"Derecho adquirido" y "Derecho ejercido": pretendidas diferencias en cuanto a su protección jurídica”, LA LEY1989-B, 776 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2008, 489; Cooley, Thomas M., "Principios generales de derecho constitucional en los Estados Unidos de América", traducción Carrié, Buenos Aires, 1898; Cooley, p. 306).

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación -siguiendo a Cooley- se ha pronunciado al respecto en sentido concordante con el expuesto, diciendo que el término propiedad, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad (CS, Fallos, 145:307, t. 145, ps. 307 y sigts., especialmente ps. 327 y 328, in re, "Bourdieu, Pedro E. c. Municipalidad de Buenos Aires s/devolución de sumas de dinero").

Lo transcripto expresa con precisión lo que ha de entenderse por propiedad de acuerdo con la Ley Suprema. Todo bien de carácter "patrimonial", integra, pues, el concepto de propiedad en el sentido constitucional del término. La Constitución Nacional garantiza la inviolabilidad de la propiedad (art. 17), cualquiera sea la naturaleza o especie de ella, vale decir ya se trate de una cosa o de un derecho. Para gozar de esa protección

constitucional basta con que el habitante sea titular del respectivo derecho, por haberlo adquirido conforme al orden jurídico, no siendo necesario, para gozar de esa protección, que el derecho adquirido sea, a su vez, ejercido o utilizado, pues nada de esto exige el art. 17 de la Constitución.

Lo que antecede está corroborado por el art. 2510 del Cód. Civil, que explicitando lo dispuesto por el art. 17 de la Constitución, dice así: *"El dominio es perpetuo, y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción*".

De manera que para que un derecho de propiedad -cualquiera sea su índole- goce de la protección constitucional basta con que se trate de un derecho adquirido, de un derecho que esté en el patrimonio de su titular, siendo irrelevante que ese derecho sea, además, un derecho ejercido.

Por tal razón, el derecho y el deber del demandado consistían -y consiste- en abonar lo que la ley vigente al tiempo en que nació el derecho del actor a su reclamo le imponía. De otro modo, se estaría violentando el precepto constitucional del derecho de propiedad (cfr. mi voto en "N., fallo citado).

En cuanto a la pretendida inconstitucionalidad del art. 17, inc. 5, ley 26.773, he tenido también oportunidad de expedirme al respecto.

En el fallo "N." citado antes, he señalado que el art. 17, inc. 6, ley 26.773, fue puesto en vigencia con posterioridad a la traba de la litis en estos autos, y en nada afecta al actor de estos autos, ni ocasiona lesión alguna a sus derechos. Lo que preceptúa la nueva ley es una nueva situación jurídica para aquellos hechos acaecidos después de los ocho días de su publicación en el Boletín Oficial. Ninguna pugna se advierte entre las normas de los incs. 5) y 6). Ello así, pues en ningún momento el inc 6) refiere ser una excepción del inc 5) ni realiza salvedad alguna al respecto.

En ese fallo, se ha señalado que la Cámara Nacional del Trabajo, a través de su sala V, por mayoría, (causa 29740 - Expte. Nº 53199/12 , in re "V. D. E.c/ F. P. S. SA y otros s/ accidente acción civil", 18/04/2013), señaló que la ley aplicable es la vigente al momento en que el derecho nace, es decir, cuando se configura el presupuesto fáctico de operatividad del sistema de responsabilidad invocado, con independencia de la efectiva promoción del pleito. De allí que, la proyección de un nuevo ordenamiento normativo hacia el pasado, no resulta posible si por tal vía se altera el alcance jurídico de las consecuencias de los actos o hechos realizados en su momento bajo un determinado régimen legal, con grave afectación de los derechos adquiridos por el actor.

También he sostenido en el voto referido que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones antes citada, dicha normativa sólo puede regir para los accidentes ocurridos con posterioridad a los 8 días de su publicación en el boletín Oficial, ya que por aplicación del art. 3 del C. Civil las leyes rigen para el futuro, sin retroactividades implícitas, salvo disposiciones expresas, cuyo límite es la garantía constitucional de propiedad. No se trata de transgredir el principio de aplicación inmediata de la normativa procesal, sino de efectuar un análisis específico advirtiendo que esta pauta no se vulnera cuando la norma de fondo y de forma nacen en el mismo acto normativo. La nueva ley establece para el futuro una acción que no existía y le crea un proceso adjetivo que, accesorio de lo sustantivo, sólo puede regir con aquella pretensión de fondo (in re "Q. J. E. c/ S. C. A. d. P. S.A. s/ accidente - acción civil", 30.04.2013, Microjuris, MJ-JU-M-79542-AR, MJJ79542, MJJ79542).

En el mismo sentido interpreta la SCJBA que el art. 3º del Código Civil no consagra la retroactividad de la nueva ley, sino la aplicación inmediata aún a las consecuencias de las relaciones o situaciones existentes, o sea que la nueva norma rige para los hechos que están en curso de desarrollo, y no

para las consecuencias de los hechos pasados, que quedan sujetos a la ley anterior, pues juega la noción de consumo jurídico. Específicamente en materia laboral, en lo concerniente a la determinación del monto de la indemnización a percibir por el obrero víctima de un infortunio, se estableció que el tope máximo de la indemnización es el que fija la legislación vigente a la época en que se produce la incapacidad, que es su consecuencia, que determina su exigibilidad, sin que una ley posterior pueda modificar el crédito preexistente, ya que el fallo judicial que declara la previa existencia de tal consecuencia y determina sus efectos no equivale a la "consecuencia" misma (doctrina del art. 3º, cód. civil, causa L. 45538, del 15-8-89, cit. El Derecho, 23/12/2012).

Por ello, en modo alguno el principio protectorio se encuentra involucrado en esta cuestión desde que, ninguna duda cabe que la nueva ley 26.773 no es la aplicable al caso pues el hecho del accidente fue anterior a su sanción y puesta en vigencia.

2.

Las costas de la presente Instancia deberán ser soportadas por la parte actora, atento el principio objetivo de la derrota (art. 69 del CPCC), debiendo regularse los honorarios de los profesionales intervinientes en el modo en que lo hace el Dr. Fiordelisi.

Por tales razones, voto por la **AFIRMATIVA**

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

De compartir mis colegas de Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1.- CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo que ha sido materia de agravios.

2.- IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte actora que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC).

3.- REGULAR LOS HONORARIOS de los letrados actuantes por ante esta Alzada, de la siguiente manera: los del apoderado de la parte demandada, Dr. J. G., en el 30% del importe que le corresponda por su actuación en la anterior instancia y los del apoderado de la recurrente, Dr. E. M. C., en el 25% del monto que le corresponda en concepto de honorarios por su labor en la instancia de origen (arts. 5, 13, 18, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.), sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder.

4.- REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **DEVUELVASE.**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

Que el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por mi colega de Cámara, Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces de Cámara por haber alcanzado mayoría, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de marzo de 2014.

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.- CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo que ha sido materia de agravios.

2.- IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte actora que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC).

3.- REGULAR LOS HONORARIOS de los letrados actuantes por ante esta Alzada, de la siguiente manera: los del apoderado de la parte demandada, Dr. J. G., en el 30% del importe que le corresponda por su actuación en la anterior instancia y los del apoderado de la recurrente, Dr. E. M. C., en el 25% del monto que le corresponda en concepto de honorarios por su labor en la instancia de origen (arts. 5, 13, 18, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.), sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder.

4.- REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SDL. CONSTE.