

# **TRES VERSIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY 26.773 A LOS DAÑOS ANTERIORES A SU VIGENCIA**

por JOSÉ DANIEL MACHADO

SUMARIO: 1. Presentación del tema. 2. Descripción de los resultados a los que se arriba. 3. Los fundamentos de las distintas vertientes. 3.1. El análisis semántico. 3.2. El artículo 3° del Código Civil y las atribuciones del legislador ordinario. 3.3. La perspectiva constitucional. De lo que el legislador quiso o dijo a lo que la Constitución le permita querer o decir. 4. Precedentes de la Corte Suprema. 5. La perspectiva procesal: la aplicación de oficio y los institutos procesales. 6. Los intereses.

*La aplicación en el tiempo de la ley 26.773 es motivo de amplios debates doctrinarios y distintas soluciones jurisdiccionales. El autor agrupa las respuestas dadas y las analiza con visiones de tipo tanto teórico como práctico.*

## **1. Presentación del tema**

Hasta donde se ha expresado la doctrina de los autores y fallos, pueden identificarse diferentes tendencias relativas a la cuestión que consigna el título, esto es, aplicar o no la ley 26.773 a los siniestros anteriores pendientes de cancelación y, en caso de responder afirmativamente, con qué alcances corresponde hacerlo:

- a) Incluyendo sólo el ajuste por RIPTE sobre los “pagos adicionales” que el sistema de riesgos prevé para las incapacidades

mayores<sup>1</sup> y sobre la suma de \$ 1.800 que el DNU 1694/2009 fijó como piso resarcitorio por cada punto de incapacidad permanente;

- b) agregando *también* el ajuste por RIPTE del resultado de todas las fórmulas por incapacidad permanente o muerte, y
- c) agregando *además* la nueva reparación adicional de “otros daños” (el 20% del art. 3º de la ley 26.773).

Todas estas soluciones presuponen diferentes perspectivas de abordaje del tema. En esta colaboración prestaré atención al fundamento de cada una de esas perspectivas en tanto opino que, como ocurre generalmente, *la posición desde la cual se formula el interrogante* prefigura el contenido de la respuesta. Para entendernos, no es lo mismo preguntarnos: ¿qué intención tuvo el legislador?, ¿qué dice la ley en cuanto texto?, ¿qué *podía* decir el legislador a la luz de la doctrina constitucional?

## 2. Descripción de los resultados a los que se arriba

Sobre los resultados el panorama nos presenta lo que, renunciando a toda originalidad, podríamos denominar con Carlos Toselli posiciones “amplia, intermedia y restringida”, aunque, ciertamente, cada una de ellas presenta internamente variados matices que consignaremos en la medida en que resulten pertinentes a la exposición<sup>2</sup>.

a) *La postura intermedia*, tendencialmente mayoritaria hasta ahora<sup>3</sup>, supone la aplicación del RIPTE a las consecuencias económicas de los accidentes anteriores toda vez que el deber de resarcir a cargo de la ART –o el empleador no asegurado– no se hubiere extinguido por

<sup>1</sup> Incorporados por el decreto 1278/2000, sus valores fueron incrementados en 2009 y corresponden a las contingencias de muerte –\$ 120.000–, incapacidad absoluta (66% o más) –\$ 100.000– e incapacidad parcial permanente superior al 50% –\$ 80.000–.

<sup>2</sup> TOSELLI, Carlos, *Régimen integral de reparación de los infortunios del trabajo*, Alveroni, Córdoba, 2013, ps. 390 y ss.

<sup>3</sup> Me baso en los fallos conocidos de las jurisdicciones más habitadas, tales como Mendoza, Santa Fe, Córdoba y la Justicia Nacional del Trabajo. Provincia de Buenos Aires no arroja por el momento datos suficientes como para sustentar siquiera una tendencia.

el hecho del pago. Para así decidir, esta corriente entiende que ello es un mandato específico que emerge del artículo 17.6 de la ley 26.773, formando excepción a la regla del artículo 17.5, ya que este último sólo refiere a “las prestaciones en dinero previstas *en esta ley*”, es decir al incremento del 20% dispuesto por el artículo 3º, que sería entonces el único concepto aplicable a los siniestros cuya primera manifestación incapacitante ocurriera luego de la publicación de la nueva ley en el Boletín Oficial.

El artículo 17.6, en cambio, refiere a “los importes previstos por incapacidad permanente previstos *en las normas que integran el sistema de reparación...*”, lo que indica un conjunto más amplio que el concernido en el apartado anterior, puesto que “el sistema de reparación” no puede ser otro que el definido por el propio artículo 1º de la ley 26.773 en su párrafo segundo, es decir: “A los fines de la presente, se entiende por régimen de reparación al conjunto integrado por esta ley, por la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557 y sus modificatorias, por el Decreto 1694/09, sus normas complementarias y reglamentarias, y por las que en el futuro las modifiquen o sustituyan”.

Una variante curiosa por la que se arriba al mismo resultado es la ensayada por la doctora Gabriela Vázquez (con adhesión del Dr. Vilela) en su voto para la causa “Orue c/Consolidar ART” donde, pese a manifestar que el decreto 1694/2009 y la ley 27.663 no eran aplicables al caso por razones temporales, adopta la actualización del sistema resarcitorio previsto en dichas normas *por analogía* (pero sin el 20% del art. 3º) habida cuenta de la inequidad del sistema reparador originario de la ley 24.557 a la luz de la doctrina de la Corte Suprema en “Lucca de Hoz” y la necesidad de encontrar un *parámetro razonable* para actualizar las prestaciones del DNU 1278/2000<sup>4</sup>. El mismo razo-

<sup>4</sup> CNAT, sala I, 3-5-2013, “Orue, Gustavo Adolfo c/Consolidar ART SA”, D. T. 2013-2069, nota 19. El primer voto de la Dra. Pasten de Ishiara, en cambio, propuso el rechazo de la pretensión del 20% por razones procesales y en tanto no había formado parte del debate. La disidencia entonces radicó en la aplicabilidad temporal de las reformas, a lo que la Dra. Pasten respondió afirmativamente. El recurso de la Dra. Vázquez a la analogía diacrónica, que en pocas palabras consiste en aplicar una ley ulterior a los hechos, se sustenta en la razonable presunción de que el legislador ha creído que la nueva norma es más justa que la que deja sin efecto, máxime cuando esta última tampoco puede aplicarse por su notoria inconstitucionalidad.

namiento, en verdad, ya había sido dado por las salas III y IX de la CNAT con motivo de la aplicación del decreto 1694/2009 a los infortunios anteriores<sup>5</sup>.

Al interior de esta vertiente predomina, a su vez, la idea de que el RIPTE ha de aplicarse tanto a las sumas fijas incorporadas por el DNU 1278/2000 y mejoradas por el decreto 1294/2009 (esto es a los “pagos adicionales” previstos para las incapacidades mayores y al piso de \$ 1.800 por cada punto de incapacidad) como al resultado de las fórmulas resarcitorias de los diferentes grados de incapacidad permanente. Con la diferencia, según expone claramente Ricardo Giletta, que mientras las sumas fijas deben ajustarse siempre desde el 1º de enero de 2010, los resultados de las fórmulas se ajustan conforme a la variación habida en el RIPTE *desde la fecha ulterior en que debieron ser abonadas y hasta el último ajuste semestral publicado*<sup>6</sup>.

b) *La postura amplia* coincide plenamente con lo desarrollado hasta aquí en orden a la aplicación del RIPTE a los siniestros anteriores, pero a la vez entiende que el artículo 17.5 resulta *inconstitucional* al excluir a los siniestros anteriores del mayor beneficio resultante de legislación social progresiva. El efecto práctico que se alcanza con ello es que *también* corresponde aplicar el artículo 3º de la nueva ley a los siniestros de fecha anterior a su vigencia (o sea, el 20% imputado a “otros daños”)<sup>7</sup>.

Se argumenta para ello que es irracional y arbitrario sujetar la economía del resarcimiento a la circunstancia de que el siniestro se haya “manifestado” antes o después de un acto formal; que significa tratar desigualmente sin motivo válido (discriminar) a personas en idéntica situación; que la incapacidad no resarcida debe entenderse como “consecuencia pendiente” en el sentido del artículo 3º del Código Civil; y

<sup>5</sup> CNAT, sala III, 27-4-2012, “Cabrera Rojas, Orlando c/QBE ART SA”; y sala IX, 26-10-2012, “Disner, Ana c/Provincia ART SA”; ambos sumariados en *Revista de Derecho Laboral*, Nº 2013-1, *Ley de Riesgos del Trabajo – IV*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 403.

<sup>6</sup> GILETTA, Ricardo, *La aplicación del índice RIPTE. Una novedad con dificultades de interpretación en el sistema de la ley 24.557*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, Nº 2013-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 113 y ss.

<sup>7</sup> BARREIRO, Diego y FORMARO, Juan, *El ajuste por RIPTE establecido por la ley 26.773*, en D. T. 2013-2016 y ss.

que las directrices constitucionales en orden a que la reparación (incluso la sistémica) debe tender a la integralidad y que la legislación social progresiva puede y debe aplicarse a las contingencias anteriores aparecen mejor servidas por una interpretación que potencie el resarcimiento y no por aquella que lo minimiza o restringe<sup>8</sup>.

En reciente fallo de la sala VI de la CNAT para la causa “Lorenz, Olinda c/Liberty ART” (del 27-5-2013), Juan Carlos Fernández Madrid, en voto al que adhiere la doctora Craig, utiliza estos argumentos a la par de recordar que el caso no puede ser resuelto sino con parámetros similares a los que en su momento determinaron, por abrumadora mayoría de la jurisprudencia nacional, la inconstitucionalidad del decreto 1649/2009 en tanto no se hizo cargo de la inequidad e insuficiencia que infectaba al resarcimiento del régimen anterior.

c) *La postura restrictiva*, en cambio, niega la posibilidad de que la ley sea aplicada a contingencias anteriores. Entiende que el artículo 17.5 es el que verdaderamente define el ámbito de aplicación temporal de la reforma y que el artículo 17.6 sólo regula la medida o importe de las prestaciones a cargo del responsable, en una suerte de actualización automática de su contenido, pero que se aplicará únicamente a los siniestros futuros en tanto así lo dispone el apartado que le precede. En otras palabras, mientras un apartado (art. 17.5) circunscribiría *a qué siniestros* se aplicará el ajuste, el siguiente (art. 17.6) define *sobre qué prestaciones y en qué oportunidad* recaerá la actualización<sup>9</sup>.

Mario Ackerman entiende que “pareciera” que el reajuste solamente “debería” corresponder respecto de los pagos adicionales y las demás sumas fijas o montos mínimos<sup>10</sup>. En esta opinión la relación entre los apartados en conflicto del artículo 17 no es del tipo regla y excepción, sino de ámbito de aplicación temporal, el primero, y ajuste económico

<sup>8</sup> ARESE, Mauricio César, *Cuestiones procesales de la ley 26.773*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2013-1, *Ley de Riesgos del Trabajo – IV*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 356 y ss. TOSELLI, ob. cit., ps. 390 y ss.

<sup>9</sup> En la Provincia de Córdoba siguen este criterio los camaristas de la ciudad capital Brain, Pérez y Maine, además de los Dres. Osvaldo Samuel (Villa María) y Cristian Requena (San Francisco).

<sup>10</sup> ACKERMAN, Mario, *Ley de Riesgos del Trabajo comentada y concordada*, 2ª ed. ampl. y act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 98.

de los importes del DNU 1694/2009, el segundo. En síntesis, opina que el propósito es ajustar los valores fijos de ese decreto entre enero de 2010 y la fecha de entrada en vigencia, para luego proceder al ajuste semestral del artículo 8° de la ley.

Daniel Brain, en su voto para la causa “Rodríguez, Rubén c/Provincia ART” (del 28-2-2013) va más allá y sugiere que no solamente la ley *no dice* que se aplicará retroactivamente, sino que *tampoco podría decirlo* –y mucho menos tácitamente– sin afectar la seguridad jurídica y los derechos de propiedad del deudor.

Descriptas así las tres conclusiones, pasemos ahora a lo que verdaderamente me interesa analizar en esta ocasión.

### **3. Los fundamentos de las distintas vertientes**

#### *3.1. El análisis semántico*

Gabriel Tosto, camarista y docente cordobés, es entre nosotros quien más ha desarrollado investigaciones relativas al “discurso jurídico”. Para esta escuela, el texto normativo es siempre masilla de interpretación en la medida en que el legislador se vale del lenguaje para comunicar sus autorizaciones y mandatos y el lenguaje es, por definición, una herramienta ambigua, polisémica, multívoca. Casi siempre es posible extraer de un mismo texto dos o más versiones semánticamente aceptables. Para este pensamiento la mirada del intérprete que aplica la norma (de modo semejante a lo que enseña la física cuántica, donde el observador forma parte del hecho observado y lo modifica), con toda su carga de intencionalidad y prejuicios o visiones del mundo, es parte inescindible de la norma misma en su operatividad práctica.

Sostienen que la “voluntad del legislador” no existe o no cuenta. La norma, una vez adquirida su vigencia formal, se emancipa de la intención de su autor y circula como soporte discursivo disponible para la defensa y solución de casos. Antes todavía, no hay tal “autor”, ya que la ley es producto de un órgano impersonal, histórico y colectivo al que resulta excesivo atribuirle propiedades psicológicas como el discernimiento o la intención. Los franceses hablan a este respecto de un “texto sin sujeto” o de un “texto-pretexito”, y Dworkin, en ácido

pasaje de su *Imperio de la justicia*, se pregunta si la intención que supuestamente cuenta es la del anónimo asesor que la redactó, la de los “lobbystas” que la propusieron o la de cada uno de los congresistas –suponiendo que todos pensarán igual– que la han votado ignorando, no pocas veces, de qué se trataba la cuestión.

Es innegable que este discurso sobre el discurso jurídico posee un fuerte atractivo. Es incisivo y mordaz, además de desmitificar, hasta cierto punto acertadamente, el tótem de rendirse ante lo que supuestamente “el legislador” quiso o repudió. De cualquier manera encierra el muy peligroso costado para la práctica del Derecho de asignar a los jueces unas competencias de las que ostensiblemente carecen bajo una Constitución republicana. Yo puedo compartir que la norma sea una *plataforma para la interpretación*, a condición de que se acepte que también supone *un límite* que no me permite afirmar que dice lo que me gustaría que dijese.

De allí que cuando Tosto afirma que el resultado interpretativo del fallo debe ser *acceptable* debemos entender que el mismo puede ser defendido argumentalmente ante “la comunidad de usuarios del Derecho” como una versión razonable, pero *con referencia al texto mismo de la ley*<sup>11</sup>.

Respecto de la cuestión que nos ocupa, todas las posturas arriba mencionadas pueden invocar con buenos motivos que superan ese *test de aceptabilidad semántica*. Tal vez por defecto de claridad en la redacción de los preceptos concernidos (los aps. 5 y 6 del art. 17), lo cierto es que autorizan a predicar desde la lengua castellana que tanto pueden establecer una relación de regla y excepción (según sostiene la postura intermedia), como referirse sucesivamente –según postula Mario Ackerman– al ámbito temporal de la reforma y luego al contenido económico de las prestaciones contenidas por dicho ámbito (y sólo a ellas).

La conclusión es un poco escéptica. Termina por confirmar lo que el análisis exegético se proponía refutar, a saber, que cada juez puede optar por asignar uno u otro significado –sin que haya *a priori* una

<sup>11</sup> TOSTO, Gabriel, *La ley y el tiempo. Las leyes en el tiempo. Las leyes a tiempo*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, N° 2013-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 99 y ss.

sola respuesta correcta— en la medida en que ambos resultan *acceptables* y sin más límite que el de la coherencia sincrónica<sup>12</sup>. Y en tanto no pueden ser tachados como arbitrarios, conducen al sistema al atolladero de tener que buscar una salida “por arriba” o “por otra parte”, puesto que no parece consistente con los valores de equidad y seguridad jurídica que los intereses de las partes queden sujetos al alea de una diáspora de criterios y del juzgado que ocasionalmente le toque en suerte o en desgracia.

### 3.2. *El artículo 3º del Código Civil y las atribuciones del legislador ordinario*

Constituye un clásico toda vez que hay un cambio legislativo que los autores discutan no ya sobre lo que la ley dice, suponiendo que fuese clara, sino sobre el alcance de sus competencias para definir el ámbito de aplicación temporal de la norma nueva.

Presentemos el problema de la mano de Gabriel Tosto, quien deslinda en el artículo 3º del Código Civil dos zonas claras o definidas y una franja gris, de la siguiente manera: “Claramente, aplicación inmediata remite a los hechos y relaciones futuras y la aplicación retroactiva, a los hechos y relaciones del pasado con consecuencias fácticas consolidadas y/o consecuencias jurídicas extinguidas. Sin embargo, en el continuo conceptual que va de una a otra construcción se encuentran los hechos y relaciones causadas en el pasado pero cuyas consecuencias fácticas estén aconteciendo y/o cuyas consecuencias jurídicas no se encuentren extinguidas”.

La cuestión entonces radica en precisar si los siniestros *causados* con anterioridad pero cuya evolución nosológica no ha concluido, o que habiendo concluido no ha obtenido aún respuesta resarcitoria, deben considerarse o no una *consecuencia pendiente* compatible con la regla de aplicación inmediata.

La tesis restrictiva se apoya técnicamente en la *voluntad del legis-*

<sup>12</sup> No podría adoptar una tesis en un caso y la antitética en otro caso contemporáneo, pero sí cambiar de criterio siempre que lo fundamente debidamente. En nuestro sistema la coherencia diacrónica no es una exigencia constitucional, ya que el juez no está obligado por sus precedentes.



*lador*, interpretando que lo que confiere a una norma su fuerza vinculante es su congruencia con una decisión política adoptada en el contexto del sistema republicano. Cuando esa voluntad es clara, no hay espacio para la interpretación judicial. El problema, ante el dilema en análisis, es precisamente que la voluntad legislativa, si nos atenemos al texto que la comunica, dista de ser clara.

Y en el intento de “salir por otra parte” del atolladero definido en el título anterior, los esmeros de la opinión restrictiva se dirigen a encontrar una *regla de reglas*, es decir, una *superregla o metarregla* que permita asignar prioridad a una de las versiones por sobre las otras.

Hasta aquí no tengo nada que objetar; es más, yo haré lo mismo más adelante. Mi diferencia es que en lugar de aceptar que esa *metarregla* es la Constitución Nacional y su jurisprudencia, los “restrictivos”, para denominarles de alguna manera, recurren al artículo 3° del Código Civil.

Desde esa perspectiva, se sostiene que conforme al art.3 del Código Civil el legislador *puede* –dentro de ciertos límites– asignar efectos retroactivos a las normas que dicta. Pero, si no lo hace, debe entenderse que las nuevas reglas rigen solamente respecto de los hechos futuros. Ésta es la inteligencia tradicional en nuestro derecho. Eduardo Álvarez, desde siempre, ha diferenciado entre el momento en que *nace* la relación obligacional de crédito y deuda, que es cuando ocurre el hecho que convoca la aplicación de una cierta norma, y el momento en que por medio de una pericia o sentencia se cuantifica o *declara* la existencia de la obligación. Con motivo de otros tránsitos normativos relativos a accidentes de trabajo, ha sido también la postura de la Corte Suprema en la causa “Escudero c/Orandi y Massera SA” y de la CNAT en el Plenario “Villamayor c/La Franco-Argentina”. En síntesis, la ley aplicable a los siniestros sería aquella que estaba vigente al momento de ocurrir los hechos dañosos, no la que ulteriormente rige al momento de la determinación y declaración del deber de resarcirlos.

Para esta doctrina es claro que el legislador *no utilizó la facultad que excepcionalmente tenía de declarar la retroactividad de la reforma*, salvo en lo que respecta a la prestación adicional por “gran invalidez” (art. 17.7). Es más, el artículo 17.5 y los antecedentes de la ley 26.773

indican que tuvo la intención contraria, más allá de la infeliz u horrenda redacción. Todavía más, podría afirmarse desde esta perspectiva que *si lo hubiera hecho* quedaría por escrutar si con ello no habría incurrido en la prohibición de afectar el (supuesto) derecho adquirido del deudor a liberarse en los términos en que la norma jurídica que impone la obligación preveía al momento del accidente.

Sobre este último aspecto, piedra basal de la interpretación tradicional del artículo 3º del Código Civil, no puede obviarse la refutación ensayada en esta colección por David Duarte<sup>13</sup>. Subraya el destacado jurista que en realidad lo que dicha norma impide es *el regreso sobre posiciones jurídicamente consolidadas*, lo que en el caso resultaría si se pretendiera resucitar un crédito extinguido por su pago, pero no supone en cambio premiar *al deudor moroso o recalitrante* que permanece en situación de incumplimiento –a veces por años– y perjudicar correlativamente al acreedor postergado. Sobra adjetivar lo que ello implicaría en términos de un ordenamiento que pretenda ser un sistema de valores presidido por la idea de equidad<sup>14</sup>. Enseña además Duarte que la prohibición de irretroactividad ha de entenderse, en este contexto, como imposibilidad de perjudicar los derechos de las víctimas insatisfechas pero no para otorgarles una mayor protección.

Lo que hay en estos casos, dicen Carlos Toselli y Miguel Maza, es *aplicación inmediata* de la nueva ley a las consecuencias pendientes de las relaciones jurídicas anteriores<sup>15</sup>. Hay que tener en cuenta que una cosa, estrictamente vinculada al principio constitucional de legalidad, es que la nueva normativa consagre una antijuridicidad a la que, obviamente, no podría exigirse que el agente se hubiese ajustado antes. Y otra muy distinta es que el comportamiento debido haya sido ya

<sup>13</sup> DUARTE, David, *La inaplicabilidad de la ley vigente al momento del infortunio por injusta*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, N° 2010-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 277.

<sup>14</sup> Recuerda Duarte, con cita del voto de Miguel Maza en la causa “Graziano”, la intervención de Guillermo Borda en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil –Córdoba, 1969– cuando se interrogó refutando a sus críticos: ¿Qué lógica tiene esto de permitir la supervivencia de algo que hoy se considera inmoral?

<sup>15</sup> MAZA, Miguel, su voto en la causa “Graziano” y *La aplicación del decreto 1694/09 a una contingencia anterior a su publicación*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, N° 2013-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 93.

exigible y se alteren únicamente las consecuencias imputadas<sup>16</sup>. La ley 26.773 no “crea” ninguna condición diferente del nacimiento del crédito, solamente adecua la cuantía de las prestaciones a las exigencias sobrevenidas de una reparación constitucionalmente satisfactoria.

Adviértase además que –según sus autores– la legitimidad de la LRT se fundaba supuestamente en cumplir el propósito de la *automaticidad y celeridad* en el reconocimiento del derecho y el pago de las prestaciones, a cambio de lo cual se imponía, en lógica transaccional, una tarifación simplificada del daño. Ahora bien, cuando aquel propósito de celeridad se frustró por la actitud del responsable que dilató injustificadamente el momento de la percepción, no puede reclamar a la vez la conservación del beneficio correlativo, esto es, pagar tarde y poco.

Por otro pero concurrente costado, no cabe prescindir de que el artículo 1º de la ley 26.773, que es lo más próximo a una directiva auténtica sobre lo que el legislador quiso o entendió votar como objeto o propósito de la enmienda, expresa que se ha seguido el criterio de reparar con “suficiencia, accesibilidad y automaticidad”, costado antitético con cualquier interpretación que propenda o favorezca tanto la “insuficiencia” como las dilaciones.

No puedo soslayar por fin esta otra observación. Si de intención del legislador o “espíritu de la ley” se trata, está clarísimo cuáles eran en 1995 y, sin embargo, algunos autores que entonces no vacilaron en cuestionar a la LRT hoy predicar que por sumisión republicana al Poder Legislativo debemos aplicar la ley 26.773 tal cual fuera pensada. Esto no me parece coherente, y si bien puede refutarse mi argumento afirmando que la diferente opinión se basa en que la LRT era *inconstitucional* (lo que ya implica presuponer que la reforma no lo es), ello

<sup>16</sup> El célebre axioma de Derecho Penal “ninguna pena sin crimen, ningún crimen sin ley” puede descomponerse así en dos momentos lógicos y cronológicamente distintos. Y si en dicho ámbito jurídico se tiene por cierto que las consecuencias ulteriores deben ser aplicadas a los hechos anteriores cuando resulten más benignas, y nunca cuando resulten más gravosas, su traslación al contexto patrimonial privado debiera traducirse como sigue: a) la calificación jurídica de la conducta como ilícita se rige por la norma vigente al tiempo de los hechos, y b) las consecuencias pendientes al momento de la modificación de la ley se rigen por la norma que fuere más favorable al acreedor.

dejaría en pie la pregunta de por qué razón, entonces, hemos de propiciar que en la práctica continúe aplicándose.

Menos entendible todavía es que muchos jueces que –no obstante la disposición similar que contenía el decreto 1694/2009– no dudaron en aplicarlo a las contingencias anteriores al 1º de noviembre de 2009, sean ahora remisos o vacilantes frente a una nueva circunstancia de un tránsito normativo con perfiles idénticos.

### 3.3. *La perspectiva constitucional. De lo que el legislador quiso o dijo a lo que la Constitución le permite querer o decir*

Un debate en torno a la recta interpretación del artículo 3º del Código Civil puede tener sentido ante la cuestión de la sucesión de leyes en el tiempo, pero siempre y cuando los contenidos normativos a confrontar (entiéndase: la ley nueva frente a la derogada o reformada) superen ambos, antes del cotejo, el test de congruencia constitucional. Es que sean cuales fueran las competencias o atribuciones que se reconozcan al legislador ordinario, incluso en la más amplia versión sobre los márgenes que tiene disponibles, es seguro que lo que no puede hacer es *decidir desde cuándo rige la Constitución Nacional*. No hace falta leer a Robert Alexy. No hace falta militar en ninguna escuela jurídica “crítica” o “alternativa”. Basta con leer las *Bases* de Juan Bautista Alberdi y sus fundamentos sobre lo que luego sería el artículo 28 de la CN: es la ley la que rige por autorización de la Constitución, no a la inversa.

No se trata en este caso de comparar una ley cuya constitucionalidad no haya estado en crisis con otra que la sustituye mejorando el nivel de protección de las víctimas. En tal caso el debate razonable debiera ser en torno a la existencia y alcances del *principio de progresividad* que condujera a una aplicación retroactiva de la ley más favorable, frente a la posición, fundada en el artículo 3º del Código Civil, de que esa retroactividad no puede afectar el (supuesto) derecho adquirido del deudor a liberarse en los términos de la ley vigente al momento en que dañó.

Pero aquí, en mi opinión, siquiera se dan las condiciones para que ese debate teórico tenga lugar. La ley 24.557, en cuanto concierne a

su esquema reparatorio, era indiscutiblemente inconstitucional, de suerte que consentir una aplicación ultraactiva a su derogación significa tanto como admitir y convalidar que para cierta categoría de sujetos (los dañados antes de octubre de 2012) la Constitución no regía.

Y ésta no es meramente una opinión autoral aislada. Que la LRT estaba viciada ha sido clamor unánime de la doctrina, incluyendo a quienes hoy pretenden que se siga aplicando a los siniestros anteriores. Pero además, el órgano judicial encargado de la interpretación constitucional de última instancia (y, por cierto, todos los tribunales inferiores) ha censurado sin vacilaciones el régimen especial, no sólo en cuanto concierne a la veda del acceso a la reparación integral (“Aquino”), sino también en cuanto *intrínsecamente* supone una reparación visiblemente insuficiente al desconsiderar los aspectos extrapatrimoniales del daño a la persona y valorar la incapacidad de ganancia de modo insatisfactorio (“Ascuá” y “Lucca de Hoz”).

Es así que la previsión de la reforma tocante a la “compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas” (art. 3º), que se traduce en un incremento del 20% de las prestaciones dinerarias, no puede sino entenderse como la aspiración, tal vez infructuosa, pero ciertamente inequívoca, de ajustarse a los requerimientos de aquella doctrina constitucional<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> SCHICK, Horacio, *Aplicación de las mejoras indemnizatorias dispuestas por el decreto 1694/09 y la ley 26.773 no canceladas a la fecha de su entrada en vigencia*, en D. T. 2013-2052. El artículo es una amplia anotación al fallo dictado por la sala que integro en la Cámara Laboral de Santa Fe en los autos “Gatti, Daniel c/Provincia de Santa Fe” fechada el 14-6-2013. Para mi sorpresa, el distinguido comentarista expresa allí que “no coincide con mis valoraciones” tras consignar un pasaje de mi voto en que desarrollo argumentos semejantes a los del presente artículo. Entiendo que su discrepancia se basa en un malentendido del tipo al que normalmente quedamos expuestos los jueces. Llamados a decidir casos concretos, fundamos nuestro parecer dentro de las necesidades de los autos. De allí que cuando yo describo la intención del legislador –mediante el 20%– de “adecuar la legislación a estándares mínimos de razonabilidad a la luz de la Carta Magna” no quiero significar que dicha intención se alcance o se cumpla por medio de la nueva prestación. Simplemente puntualizaba que es inaceptable que el legislador cuente con la competencia de establecer desde cuándo rige la Constitución a la que con la nueva ley dice someterse. Respecto a mi posición doctrinaria sobre la suficiencia o no del nuevo régimen reparador, puede verse el artículo publicado en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2013-1, donde sostengo que tendencialmente no habrá cuestión constitucional respecto de las incapacidades

Y por si todo ello fuera poco, *es el propio legislador material* (en este caso, tratándose de un proyecto aprobado virtualmente “a libro cerrado”, no es otro que el Poder Ejecutivo) quien en el mensaje de elevación al Congreso reitera los fundamentos que había ya enunciado al dictar el decreto 1694/2009 en cuanto a que la LRT “evidenció su imperfección estructural como instrumento de protección social, resultando imperativo alcanzar un estándar equitativo, legal y constitucional, operativamente sostenible”. Y a renglón seguido expresa que aquel diagnóstico de 2009 y no obstante aquella reforma, es decir, “en el momento actual” y ya con las reformas del decreto 1694/2009, no sólo subsiste sino que “...el régimen vigente ha profundizado el impacto en la sociedad de sus aspectos más negativos”.

Entonces, ¿cómo es posible pretender que un sistema al que se cargan tantas descalificaciones (imperfecto, inequitativo, inconstitucional, negativo o regresivo) sea oponible a los ya dañados antes del 26 de octubre de 2012? ¿Puede el legislador purgar la inconstitucionalidad de un sistema, al mismo tiempo que la confiesa, mediante el rodeo de establecer un ámbito de vigencia futuro? ¿No significaría ello coonestar oblicuamente la misma inconstitucionalidad que se predica como justificativo de la reforma?

Insisto: ésta no es una polémica entre “especialistas de la interpretación” que pueda resolverse en términos de preeminencia de un criterio sobre otro (lo semántico y lo histórico-político o, para ponerlo en términos clásicos, entre “la letra de la ley” y “la voluntad del legislador republicano”). Yo sostengo que aun asumiendo la hipótesis de que lenguaje e intención coincidieran en declarar que la ley rige para lo futuro, y que no quedara ninguna duda sobre eso, esa conclusión *es inaceptable desde una perspectiva constitucional*. Y lo es porque no cabe reconocer entre las competencias del legislador la de declarar que la Constitución Nacional, a la que dice ajustarse, sólo regirá a partir de la fecha en que así lo dispone.

Adviértase, por fin, que no he echado mano hasta aquí del *principio*

superiores al 50% pero sí, en cambio, respecto del segmento comprendido entre el 1% y el 50%, especialmente cuando se trate de casos en que los rubros extrapatrimoniales asuman una especial significación (daño moral, lesión estética, daño a la salud, etc.).

*de progresividad* como argumento que habilitaría, o impondría, la aplicación retroactiva de “la ley social más beneficiosa”, o sea, la que mejor se propone alcanzar los objetivos de protección de los derechos fundamentales de las víctimas. Este razonamiento, que hiciera “cabecera de playa” desde los votos de los ministros Zaffaroni y Petracchi en la causa “Aquino” y que fuera asumido por la totalidad de la Corte Suprema en la causa “Arcuri Rojas, Elsa c/Anses” (del 3-11-2009), conduce según los considerandos 12 a 15 de este último a descartar que por vía de interpretación se frustre el programa constitucional e internacional de Derecho Social conforme al cual los Estados deben avanzar en la adecuación de su legislación interna hasta lograr la plena efectividad de los derechos afectando hasta el máximo de los recursos disponibles<sup>18</sup>. Desde luego, no parece que haga diferencia relevante el que se trate en aquel caso de fondos públicos y en éste, el de las ART, de fondos de sujetos de Derecho Privado con fines de lucro, porque la naturaleza del beneficio pertenece en ambos casos al ámbito de la seguridad social.

Y no he echado mano a ese argumento porque entiendo que, a los fines del objeto de este análisis, resulta innecesario y nos introduce hacia una polémica sobre la existencia y alcances del principio de progresividad que conviene reservar, por sus enormes proyecciones, para otros debates y combates. Basta y sobra, para declarar la inconstitucionalidad del artículo 17.5 de la ley 27.663, con la consideración aquí ensayada: *no hay inconstitucionalidades “pro tempore” que puedan ser salvadas retroactivamente bajo el pretexto de su remedio legal para el futuro.*

<sup>18</sup> Adviértase que la Corte alude a una “vía de interpretación” sin que, en realidad, estuviera en juego en el caso ninguna “cuestión interpretativa” en punto a la fecha de vigencia de la ley 24.241. El dictamen de la procuradora fiscal Beiró de Gonçalvez –del que la Corte en pleno se aparta– había propiciado se rechace la queja con fundamento en que la actora se basaba en Derecho temporalmente inaplicable al caso, tales como los decretos 166/97 y 460/99 que ya no exigían –a diferencia de los anteriores– que el causante estuviera afiliado y hubiera aportado en los 5 años anteriores a su muerte. O sea, a nuestros fines, no estaba en duda ni lo que las normas decían, ni cuáles se aplicaban, ni cuál era la intención del legislador. Lo que la Corte decide es en base a un criterio general y abstracto, no casuístico, relativo a la necesaria aplicación de las leyes más beneficiosas sobrevenidas a los eventos anteriores a su vigencia.

De allí que quienes argumentan desde la *irretroactividad de la ley* en realidad, y seguramente de buena fe, lo que propician es la convalidación retroactiva de la invigencia de la Constitución para cierto tipo de víctimas.

#### 4. Precedentes de la Corte Suprema

La posición amplia que defiende este trabajo cuenta con sólido respaldo en precedentes del alto tribunal cuando, en su actual integración, ha debido expedirse a propósito de la aplicación de nueva normativa más favorable a siniestros anteriores. Y subrayo que, para expedirse favorablemente, recurrió a la técnica de interpretación consistente en analizar la *finalidad* de la ley según *sus fundamentos*.

Así, en la causa “Aveiro c/Consolidar ART” (del 22-12-2008) consideró que la especie ameritaba “atenerse menos a la literalidad de los vocablos que a rescatar su sentido jurídico profundo, prefiriendo la inteligencia que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos explícitamente” y que en el caso consistían –según los considerandos– en “dar satisfacción a necesidades impostergables del trabajador o sus derechohabientes”. Se anuló por consiguiente el fallo de cámara que había denegado la aplicación del decreto 1278/2000 a contingencias ocurridas con anterioridad a la fecha en que, según su artículo 19, el mismo entraba en vigencia<sup>19</sup>.

En la causa “Lucca de Hoz c/Taddei” (del 17-8-2010), en cambio, el procurador –cuyo dictamen comparte la Corte sin agregados– consideró inaplicable la pretensión de aplicar al caso el DNU 1278/2000 en tanto dicha norma no estaba vigente al momento de los hechos. Sin embargo, de la anulación del fallo de Cámara se sigue que *tampoco resultaría aplicable el régimen que sí estaba vigente* en tanto aplicarlo significaría apartarse de los lineamientos que según “Aquino” y “Aros-tegui” debe cubrir un resarcimiento constitucionalmente adecuado incluso en los términos de la legislación especial. Ignoro las vicisitudes y el resultado final de la causa, pero es claro que la Corte no dejaba al “tribunal que corresponda” más remedio que fijar un resarcimiento

<sup>19</sup> El DR 4010/2001 fijó su ámbito de aplicación a las contingencias cuya primera manifestación invalidante haya tenido lugar a partir del 1-3-2001.



asimilable a los requerimientos de integralidad. En ese contexto una solución como la que arriba comentamos como “curiosa” –el voto de la doctora Vázquez en la causa “Orue”–, es decir *la aplicación analógica de la ley temporalmente inaplicable*, sería la solución de mínima (entiéndase: la menos gravosa para el deudor) ante la alternativa de adecuar el contenido insatisfactorio/inconstitucional del sistema tarifado a las exigencias de la integralidad.

### **5. La perspectiva procesal: la aplicación de oficio y los institutos procesales**

Doy por sentado, a esta altura de las cosas y habiéndose expedido la Corte Suprema de modo categórico acerca de la *posibilidad* y el *deber* de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las normas incluso en defecto de instancia de parte, que no existen reparos a la tacha oficiosa del artículo 17.5 de la ley 26.773.

Dicha declaración, que encuentra su estación procesal oportuna en la sentencia, presupone por definición que *las partes no la hayan solicitado*, único escenario en que resulta consistente hablar propiamente de una consideración “de oficio”. Y desde luego, si la actora no lo solicitó, es evidente que tampoco se ha corrido traslado a la demandada.

De allí se sigue que la cuestión de la *congruencia* –como coherencia entre lo pedido y lo fallado– no debiera ser un obstáculo para la adopción de la doctrina que considero correcta. En rigor, si nos planteáramos en términos estrictos la cuestión, y ya que por definición la *ley sobrevvenida* es posterior a la traba de la litis, el debate sobre su aplicación a los autos en trámite carecería de sentido.

Además, el *principio de congruencia* refiere a los hechos de la causa, no al derecho aplicable, respecto del cual se ha entendido desde siempre bajo el adagio *iura curia novit* que los jueces tienen potestad que no proviene de la delegación de las partes ni está alcanzada por el principio dispositivo<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> En tal sentido, los fallos de los camaristas cordobeses Ferreyra, Nancy El Hay, Federico Provenzale y Gabriel Tosto en las causas “Carballo c/Mapfre ART” (del 1-3-2013), “Ferreyra, Ana c/Mapfre ART”, “Ferreyra, Rolando c/Provincia ART” (del 21-2-2013) y “Corzo c/Mapfre ART” (del 9-4-2013), respectivamente.

No desconozco que puede haber un límite constitucional a la aplicación del derecho *ex officio*, ya que no puede afectar el derecho de defensa de quien, inducido por la actora a defenderse en un cierto contexto jurídico postulado por ella, puede luego ver desbaratada su estrategia si el juez, al final de la partida, le cambia las reglas del juego introduciendo otro escenario normativo. Pero esta alternativa (que en su caso requiere de invocación y prueba de la afectación, mediante la identificación de las defensas y pruebas que el cambio de escenario le privó de alegar y producir) parece poco probable a propósito de la cuestión que venimos analizando.

Que la actora haya fundado su pretensión en la responsabilidad *sistémico-tarifada* de la ART nada dice acerca del alcance del resarcimiento *en sí*. Los hechos que fundan esa responsabilidad no se modifican porque lo haga posteriormente el régimen de consecuencias imputadas por el ordenamiento. Y entiendo que esa conclusión no cambia respecto del 20% en tanto, como toda fórmula tarifada de daños, no dejaba disponible a las partes la prueba de su apreciación en más o en menos. Ese porcentaje, en el nuevo diseño, es consecuencia inexorable e inelástica del daño y, como tal, no requería de prueba alguna que la demandada se haya visto impedida de producir.

¿Y la cosa juzgada? ¿Y el principio devolutivo? ¿Y la prohibición de *reformatio in pejus*?

La sentencia condenatoria de la primera o única instancia declara el derecho. Firme, posee los atributos de su *inmutabilidad o inalterabilidad* ulterior. Recurrída que fuera mediante remedios ordinarios o extraordinarios, los límites de su revisión están dados por los agravios de la parte vencida (o de ambas, en caso de éxito parcial) y por la imposibilidad de perjudicar los intereses de la apelante.

En síntesis, el órgano de revisión (Cámara o Superior Tribunal) solamente podría considerar materia recursiva la cuestión de la aplicación de la nueva ley *cuando la actora hubiere recurrido la sentencia de anterior instancia con base en la insuficiencia de la reparación*. En cambio, si el recurso hubiere sido propuesto únicamente por la demandada, es obvio que no podría modificarse en su perjuicio el contenido económico de la sentencia (prohibición de *reformatio in pejus*).

Otra cuestión interesante puede plantearse cuando el debate se suscita *al momento de cuantificar las consecuencias del pleito* mediante la planilla de liquidación que, ordinariamente, presentará la actora. Puede ocurrir que la misma se confeccione incluyendo el ajuste a la nueva normativa y que la demandada la cuestione, entre otros posibles argumentos, por incluir cuestiones ajenas a la controversia y su decisión. En tal caso, corrido el traslado de la impugnación, seguramente la actora responderá que no se trata de un *rubro no pedido* sino de la cuantificación de la condena conforme al Derecho vigente al momento en que corresponderá pagarlo.

Es claro que la liquidación constituye una fase complementaria de la sentencia y subordinada a su contenido. No puede distorsionar ni alterar la substancia jurídica del fallo firme. De cualquier manera, creo que es posible introducir el siguiente distingo:

- a) Si la sentencia –precedida o no por una pericia contable– ha sido clara en punto a la cuantificación de los rubros reclamados (por ejemplo, estableciendo un capital al que sólo resta adicionar intereses, o RIPTE e intereses), no parece que por vía de liquidación pueda desvirtuarse dicho contenido;
- b) en cambio, si se limita a declarar en términos genéricos la procedencia de la reparación tarifada sin especificar su *quantum* y remitiéndose a lo que corresponda conforme al sistema de riesgos del trabajo, la admisión ulterior de un debate incidental acerca de los alcances de este último no parece que venga a adulterar ningún elemento esencial del fallo.

## **6. Los intereses**

Claramente, una vez que se acepta que tanto las prestaciones resultantes de la fórmula como las “adicionales” deben ajustarse por el RIPTE y en tanto dicho mecanismo de *ajuste* supone un modo de mantener incólume el valor del capital, no resulta posible aplicar tasas de interés que en su composición incluyen también las expectativas de desvalorización monetaria según previsión que hacen los bancos al momento de acordar un préstamo. Ese esquema, que da lugar a alguna

variante de las llamadas tasas “activas”, supondría duplicar la carga inflacionaria sobre el deudor por dos vías diferentes.

De allí que –*a partir del momento en que corresponda considerar el RIPTE*– lo pertinente será la adición de lo que históricamente se ha denominado “interés puro” o “interés neto” y que significa un incremento de la deuda que busca resarcir la privación de la disponibilidad del capital en tiempo y la consecuente pérdida para el acreedor de su “fruto civil”. Su razón, que tradicionalmente se ubicó en el orden del 6 al 8% anual (SCJBA y CSJN respectivamente), se incrementó en tiempos hiperinflacionarios de la década de los 80 al 10, 12 o 15% (acta 1891 del 21-6-85, CNAT, dictada con motivo del llamado “plan austral”).

Desde luego, no parece que los tiempos que corren resulten asimilables, más allá de las dificultades objetivas y de la discusión sobre el grado de envilecimiento del signo monetario, a los descalabros de las décadas anteriores.

La tasa que se aplique, y que según Arese ha de fluctuar entre el 6 y el 12% anual, ha de aproximarse a la de las tasas de rendimiento puesto que tiende a resarcir esencialmente el lucro cesante o pérdida de ganancia que el deudor soporta al no haber podido invertir productiva o financieramente el capital<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> ARESE, ob. cit., p. 364.