

Reproducido en [www.relats.org](http://www.relats.org)

**APLICACIÓN INMEDIATA DE LAS NORMAS CON  
MOTIVO DEL DICTAMEN DEL CÓDIGO CIVIL Y  
COMERCIAL DE LA NACIÓN**

**EL FANTASMA DE LA INTERPRETACION  
OBJETIVA**

**Diana Cañal**

**2017**

***Un mundo complejo.***

El derecho del trabajo en general y la justicia que lo aplica en particular, hijos de una vertiente ideológica universal que alumbrara el Constitucionalismo Social, y más tarde el de los Derechos Humanos Fundamentales, pasan por una de sus tantas crisis.

Esta, tiene de novedoso tanto el referido marco normativo, que es la expresión más coincidente hasta la fecha con la ideología que prohíja al DT, cuanto un mercado que presenta un grado de volatilidad y de fragmentación, nunca visto antes. El primero expresado en titularidades del capital<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup>PIKETTY, Thomas; *“El capital en el siglo XXI”*; Ed.Fondo de Cultura Económica, 2015: “(...)El Juego de los más pobres (...) Sin embargo, es más que evidente que los sobresaltos de los precios y los salarios, de los ingresos y lo patrimonios, contribuyen a forjar las percepciones y las actitudes políticas, y que a cambio estas representaciones engendran instituciones, reglas y políticas que4 acaban por modelar los cambios económicos y sociales. Es posible, e incluso indispensable, tener un enfoque a la vez económico y político, salarial y social, patrimonial y cultural. Ya dejamos atrás los combates bipolares de los años 1917-1989. Lejos de estimular las investigaciones sobre el capital y las desigualdades, los enfrentamientos en torno al capitalismo y comunismo más bien contribuyeron a esterilizarlas, tanto entre los historiadores y los economistas como entre los filósofos. Es el momento de dejar eso atrás, incluyendo la forma que adoptó la investigación histórica, que a mi parecer todavía lleva la marca de esos enfrentamientos pasados. (...) Me parece que los investigadores en ciencias sociales de todas las disciplinas, los periodistas y los comentaristas de cualquier medio, los militantes sindicales y políticos de todas las tendencias, pero principalmente todos los ciudadanos, deberían interesarse seriamente por el dinero, su comportamiento, los hechos y las evoluciones

evanescentes e indescifrables, y el segundo en multitud de sujetos interpuestos y aún sucesivos, para quienes el trabajador presta su labor. Ambas características, intravinculadas.

Todo ello dificultando las cadenas de responsabilidad, tanto para la identificación de los sujetos, cuanto para el cumplimiento de las obligaciones en sí mismas.

Justamente, estos dos factores de la modernidad: un derecho constitucional más favorable que nunca, y una complejidad comercial y financiera crecida exponencialmente, generan un grado de fricción enorme. Se tensaron los factores de tal modo, que se paraliza el engranaje, en principio, en favor del más poderoso de la ecuación en lo fáctico. He aquí la crisis.

Y es muy lógico. Dado que hoy se produce la paradoja de que bajo este nuevo paradigma constitucional, el derecho comercial ha perdido un lugar de supremacía jerárquica, siendo desplazado por otros: el derecho del trabajo y el derecho del consumidor. Ambos, fueron colocados en el nivel del orden público, ya no como una cuestión meramente conceptual o aún fáctica (propia del Orden Público Económico<sup>2</sup>), sino de normativa constitucional. Cabe aclarar, que en el caso del derecho del trabajo, era ya una conquista

---

que lo rodean. Quienes tienen mucho nunca se olvidan de defender sus intereses. Negarse a usar cifras rara vez favorece a los más pobres.”; Págs. 647-649.

<sup>2</sup>**CSJN**, ACORDADA 36/2009 del 09/09/2009: “(...) 1) Que esta Corte como Máximo Tribunal del Poder Judicial de la Nación y en ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales que el confieren los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, debe adoptar en los casos que llegan a su conocimiento y resolución, decisiones que tienen gravitación en el desenvolvimiento de las actividades económicas que se realizan en el país (...)”

Nota publicada en el CIJ (Centro de Información Judicial -Agencia de Noticias del Poder Judicial)-“La Corte creó una unidad para analizar el impacto económico de sus sentencias: Mediante la acordada 36/09, firmada este miércoles, la Corte Suprema de Justicia de la Nación creó la Unidad de Análisis Económico, un organismo que analizará y proyectará el impacto económico o financiero de sus resoluciones.

La flamante unidad tendrá a su cargo la realización de estudios de índole económica necesarios para atender los requerimientos en la materia y la evaluación de los efectos que podrían producirse en las variables económicas, como consecuencia de las decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en expedientes en trámite ante el Máximo Tribunal.

Asimismo, podrán solicitar a reparticiones competentes en la materia los informes que se estimen necesarios para el cumplimiento de sus funciones, entre otras facultades.” <http://www.cij.gov.ar/nota-2271-La-Corte-creo-una-unidad-para-analizar-el-impacto-economico-de-sus-sentencias.html>

**DUARTE**, David, “Análisis económico del derecho y derechos sociales: la colonización de los Derechos Sociales a través de una ciencia sin conciencia”, Cap 2.9, Págs. 335/382, de la Obra “Estudios Críticos de Derecho del Trabajo-AAL”, Dir. Moisés Meik, Ed Legis Argentina, 2014. El autor, en un análisis crítico del AED, introduce que “el Análisis Económico del Derecho (“AED”) se instaló en el debate de la economía a partir de la década de 1960 con los trabajos de Ronald Coase y se expandió en varias universidades de Estados Unidos. Las ideas de Coase –en síntesis- se apoyan en dos postulados que como verdades reveladas sostienen por un lado que no puede ser indiferente al orden jurídico la búsqueda del óptimo económico, según permitan comportamientos más aproximados con ese óptimo. Por otro lado, **suponen que las instituciones jurídicas tienen un fundamento económico, que es el de abaratar los costos de transacción(...)**” –, lo puesto de resalto me pertenece-

del Constitucionalismo Social, que ahora se termina de profundizar, prestándose en especial atención a su eficacia.

Este nuevo orden normativo, no depende ya de lo que resulta *razonable* para un grupo, sino de la *racionalidad* misma del sistema<sup>3</sup>, en su máxima expresión: la Constitución Nacional (que refleja, ni más ni menos, lo que fue razonable para otro grupo de poder o aún el mismo, al tiempo de la constituyente<sup>4</sup>).

Merced a ello, es que hoy podemos ver que “en defensa del consumidor”, por dar un ejemplo cotidiano, quien aparece en la relación comercial suscribiendo un pagaré para acceder a una suma con la que abonará las cuotas del televisor, la deuda en el mercadito del barrio, etc., es quien será especialmente protegido por la justicia.

Así, al intentar el acreedor ejecutar la carta de pago, el juzgador inspirado por el artículo 42 de la CN, investigará la causa de esa deuda conforme los artículos 36 y 37 de la ley 24240 del 13/10/93, modificada por la ley 26.361, sancionada el 12 de marzo de 2008. Acto procesal, que puede llegar a fulminar con la nulidad al instrumento de crédito, cuando antes resultaba de ejecución inmediata<sup>5</sup>.

Este proceder judicial, no hace más que poner las normas de forma o adjetivas, personificadas en el caso por el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, al servicio de la mayor jerarquía constitucional ya referida, del derecho del consumidor.

---

<sup>3</sup>GUASTINI, RICCARDO, “*Problemas de Interpretación*”, ISONOMIA Nº 7/ Octubre 1997, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/problemas-de-interpretacin-0/>  
Del mismo autor: “*Una teoría cognoscitiva de la Interpretación*”, ISONOMIA Nº 29/ Octubre 2008, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/una-teoria-cognoscitiva-de-la-interpretacion-0/>; “*El escepticismo ante las reglas replanteado*”, ISONOMIA Nº 11, 2012, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-escepticismo-ante-las-reglas-replanteado/>

<sup>4</sup> Ib. 2; CAÑAL, DIANA R., “*Decisiones Judiciales. La relación entre normas de fondo y forma: Una mirada desde el Derecho del Trabajo*”, Ed. ERREPAR, Octubre 2011.

<sup>5</sup>Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 30 Secretaría Nº 59, a cargo del Dr. Sebastián I. Sánchez Cannavó, en Expediente Nº 7551/2016 YZA, MARCELO RODOLFO c/ HERRERA, LUCIO ATILIO s/EJECUTIVO; Expediente Nº 8223/2016 BANCO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES c/ ARCE, ROMINA FERNANDAs/EJECUTIVO, Buenos Aires, 11 de mayo de 2016-MR.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 16, Secretaría Nº 32: Expediente Nº 28763 /2014 BANCO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES c/ GIMENEZ, CLAUDIA MARGARITA s/EJECUTIVO Buenos Aires, 10 de diciembre de 2014.MF Buenos Aires, 30 de junio de 2016. MR.

## ***La resistencia práctica al nuevo paradigma constitucional.***

Aunque pudiera parecer una verdad de Perogrullo, cuando hablamos de un paradigma constitucional que lleva nada menos que veintidós años (¿había el lector reparado en ello?), ha tenido que insistirse en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (fecha de entrada en vigencia, el primero de agosto de 2015) en la supremacía constitucional, al declarar a la Constitución Nacional como fuente del derecho.

Así, el artículo primero nos dice lo siguiente:

**ARTÍCULO 1.-Fuentes y aplicación.** *Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la **Constitución Nacional** y los **tratados de derechos humanos** en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho (la negrita me pertenece).*

Si esto fue necesario para los redactores de la reforma, a pesar de que podía interpretárselo como una puesta en riesgo de sus prestigios personales (en honor a la verdad, quien suscribe ha admirado y admira en particular, la sapiencia de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, dicho sin desmedro de otros), es evidente que se encontraron en la encerrona de que el nuevo paradigma constitucional, es muchas veces solo una proclamación, carente de la máxima efectividad<sup>6</sup>.

Se refuerza la idea en el artículo segundo:

**ARTÍCULO 2.- Interpretación.** *La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los*

---

<sup>6</sup>CAÑAL, DIANA R., "Los paradigmas normativos e interpretativos: relojes que suelen atrasar", 12<sup>º</sup> Jornadas de Los cambios de paradigma y sus efectos, su abordaje interdisciplinario, Revista Spes Nro. 34, Octubre 2012.

CAÑAL, DIANA R., "El fenómeno del desajuste entre los paradigmas normativos e interpretativos en el Derecho. El caso de los derechos humanos fundamentales en América Latina. La cuestión del trabajo y los problemas procesales"; Publicado en Libro "Temas de direito do trabalho, processo do trabalho e direito à saúde: abordagem à luz dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais", Ed. Dois de Julho, Bahia, Brasil, 2015.

***tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento***(la negrita me pertenece).

Como vemos, aquí se repite la alusión al paradigma constitucional de los DDHHFF, al invocar a los tratados del artículo 75 inciso 22 de la CN, convocando a su vez las ideas de jerarquía y sistema<sup>7</sup>, cuando refiere a una interpretación coherente con “todo” el ordenamiento.

Es que sin un sistema jerárquico, no habría modo de destrabar hipótesis de duda<sup>8</sup>. De hecho, que siempre se trata de la tensión entre el derecho de uno y el de otro, por eso el “sistema” prevé una organización interna a través de los principios normativos que encierran un determinado contenido valorativo, el del paradigma constitucional de turno.

Siguiendo esta idea, vinculemos a su vez, lo previsto en los artículos 12 y 11, en ese exacto orden:

**ARTÍCULO 12.-Orden público.** *Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.*

*El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.*

Recordemos, que el orden público en la organización jerárquica, implica la instauración de un máximo nivel de relevancia. Como una meseta superior, en la que a su vez, habrá una jerarquía interna. De ahí, las prejudicialidades, en donde aunque se diese el choque de cuestiones derivadas de

---

<sup>7</sup>**Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III**, S.I. Nº 63.585 del 30.6.14 en autos “ACEVEDO, JUAN BARTOLOMÉ C/ ESTANCIA LA REPÚBLICA S.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE – ACCIÓN CIVIL”: Nótese, cómo en este decisorio, precisamente y antes de la entrada en vigencia del Código Nuevo, se aludía a la jerarquía, y al paradigma de los sistemas humanos, como un sistema normativo, una “racionalidad”. Este argumento fue introducido en dicha sentencia, a fin de explicar con mayor claridad a quienes en medios gráficos, criticaban el concepto de la *jerarquía de valores*, mudada con el nuevo paradigma.

**Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III**, S.D. del31/08/2016en autos “SOSA, GLADYS ESTER C/FUNDACION CIENTÍFICA DE VICENTE LOPEZ Y OTRO S/ DESPIDO”: aquí se destaca el orden de prelación normativa entendido sistémicamente.

<sup>8</sup>**FAVOREAU, LOUIS**, “*Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del Derecho*”, Volumen 59, Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia”.

normas de orden público, las que pertenezcan al derecho común deben ceder, por ejemplo, ante el penal.

A su vez, el artículo once dice:

**ARTÍCULO 11.- Abuso de posición dominante.** *Lo dispuesto en los artículos 9° y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante **en el mercado**, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales (la negrita me pertenece).*

En este punto, ya queda claro que el nuevo código está dando cuenta del fenómeno de la evanescencia y complejidad de las relaciones comerciales, al que aludíamos al comienzo. Aquello de los capitales *históricos y volátiles* de Thurow<sup>9</sup>, ha alcanzado hoy unos niveles de perfección, que es necesaria una norma cerrojo como la que prevé el código nuevo en el artículo 7 in fine.

Precisamente, esta norma es una de las claves que motivan estas líneas, al establecer que “las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución **con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo**” (la negrita nos pertenece), lo que claramente obedece a la condición de orden público del derecho del consumidor.

Sin embargo, esto es visto con desagrado por algunos, como una subversión del orden legal por parte de los juzgadores. Sin embargo, es exactamente lo opuesto. En estos decisorios a los que se hizo referencia, ni siquiera fue necesario el decreto de inconstitucionalidad alguna, tratándose de argumentaciones fundadas en el sistema normativo vigente, interpretado claro está, en el marco jerárquico previsto por la CN. De hecho, algunas de estas decisiones de la justicia comercial fueron convalidadas por la Cámara<sup>10</sup>. Sin embargo, no es igual la suerte de los trabajadores.

---

<sup>9</sup>THUROW, LESTER C., "El futuro del capitalismo", Editorial Vergara, Buenos Aires, 1996.  
Ibidem 1 y 2

<sup>10</sup>Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial SALA F: Expediente N° 36020/2014 EV "BARENBAUM, CLAUDIO MARCELO c/ AMONINI, LILYANN GRACIELA s/EJECUTIVO". Buenos Aires, 12 de mayo de 2015.

### ***En el ámbito laboral***

En efecto, en nuestra disciplina la resistencia es mayor, lo cual es bastante lógico. Ya no se trata de regulaciones propias del ámbito comercial, sino de una esfera que se independizó hace mucho del mismo. Pero que por la propia naturaleza de ambos, resultan interdependientes de manera necesaria.

El problema, es cómo se maneja esta vinculación. El mercado por su lado, está acostumbrado a ver al trabajo como una parte más de su engranaje, y a pensarlo a su merced. En cambio, le es mucho más sencillo aceptar aunque sea a regañadientes, regulaciones que mejoren la posición del consumidor, porque al fin y al cabo, sus operadores aún en la mayor jerarquía, **son** consumidores, a la vez que también empleadores.

En cuanto a los obligados a dirimir los conflictos, inconscientemente si se quiere, se asimilan a la posición de *consumidor no trabajador*, lo que explica la tendencia a resistir el cambio, aunque se trate del cumplimiento de normativa constitucional.

Esta nueva crisis, lo que pone en evidencia entonces es el problema ideológico, psicológico y solo finalmente jurídico, que le hace brindar muchas veces a los intérpretes de la normativa conclusiones contrarias a derecho, como es el caso de las reglas de aplicabilidad inmediata de las normas, previstas por el Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 7 (vigente a partir del 1 de Agosto de 2015).

Nótese, que si bien este artículo parece un calco del anterior, en sus dos últimos renglones supera toda duda interpretativa. Veamos, primero qué decía el antiguo artículo 3 del Código Civil:

**ARTÍCULO 3.-** *A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún 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.*

Y ahora, el nuevo código dispone lo siguiente:

**ARTÍCULO 7.- Eficacia temporal.** *A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.*

*La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.*

*Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, **con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo** (negrita me pertenece).*

Contamos de tal suerte, con la versión tradicional de la irretroactividad como regla, salvo que expresamente se la prevea. Y, aún así, la retroactividad no será pertinente si afecta derechos amparados por garantías constitucionales.

Para el final del artículo, una vez más, los redactores del nuevo código han evitado la habitual omisión del Principio de Progresividad incorporado constitucionalmente, en los incisos 19, 23 y 22 del artículo 75; en el P.I.D.E.S.C. -arts. 5.2 y 2.1-; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -art. 26-; y el Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana -art. 1º-, al señalar que las normas más favorables al consumidor provenientes de leyes supletorias, son aplicables a los contratos en curso de ejecución.

Es decir, que luego de expresar la vigencia evidente del nuevo paradigma constitucional, que entre sus pilares contiene principios tales como el *pro homine* y el de progresividad, los que en su carácter de súper normas, deben orientar al intérprete, el nuevo Código Civil y Comercial toma postura por la aplicación de la progresividad en la intertemporalidad.

Evidentemente, el nuevo código no ha querido correr el riesgo de soluciones contrarias a la racionalidad del sistema,

proclamando de manera expresa cuál es la recta interpretación.

Al decir de le estimada Kemelmajer de Carlucci<sup>11</sup>: “(...) las fuentes dialogan: las leyes especiales, los microsistemas, no existen en el aislamiento, en el vacío, sin interrelación alguna; al contrario, sin perjuicio de sus reglas específicas, pueden acudir al CCyC como instrumento de integración al sistema. Piénsese, por ejemplo, en los principios de buena fe, de interdicción del abuso del derecho, del fraude a la ley y de la irrenunciabilidad anticipada y general de los derechos (arts. 8/13); todos se aplican a estatutos cerrados, como la Ley de Seguros, la Ley de Concursos, el Código de la Navegación, la Ley del Ambiente, etc. Esa función de cohesión es posible, ciertamente, por la incorporación expresa en el CCyC de los principios que emanan de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos. Claro está, esta “nueva exégesis” se consolidará con el auxilio de la jurisprudencia que se forjará al interpretar y aplicar sus disposiciones” (...)

Mientras tanto, para el caso del trabajador quien goza de una doble protección, por su condición de tal y como consumidor, no se le reconoce la primera en muchísimas oportunidades.

Es más, no sería de extrañar que se tome la salvedad expresa del artículo séptimo del CCN, como una negación de su aplicabilidad a los trabajadores, olvidando que su condición de sujeto protegido **es anterior a la primera ley del consumidor**, y ha sido redundantemente consagrada por los dos últimos paradigmas constitucionales. Esta analogía entre el sujeto trabajador y consumidor, fue motivo de análisis para la suscripta en el fallo “Persico”<sup>12</sup>, del año 2012.

Precisamente, un caso de equidistancias interpretativas, rayanas con lo esquizofrénico, tuvo cabida con el dictado de la ley 26.773. Así, en materia de competencia, llevó a muchos a declarar prontamente la incompetencia de la

---

<sup>11</sup>KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, Prólogo al *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.

<sup>12</sup>CNAT, SALA III: SD N° 93.315 “Pérsico, Rubén Gustavo C/ Argentoil S.A. Y Otro s/Despido”, de fecha 23/11/2012.

justicia del trabajo en virtud de la opción por el derecho común (art.4 y 17).

Para hacerlo, muchos operadores jurídicos aplicaron de modo inmediato la ley supletoria por su carácter adjetivo, en olvido no solo de que la forma no puede entrar en contradicción con el fondo (art.28 CN<sup>13</sup>, en una de sus formulaciones), sino también de que era una regla violatoria del principio de progresividad en varios sentidos (aparta del juez especial, y de las pautas interpretativas propias, que hoy por hoy regula el artículo 1709 del Código Nuevo), y por lo tanto inconstitucional.

Pero en cambio, curiosamente, en relación con las mejoras previstas en la ley, como el RIPTE, la aplicación inmediata por el carácter adjetivo se esfumó, y junto con ella la regla del in dubio (art.9 LCT), y por supuesto, la progresividad. Esa misma que el Código Nuevo procura que no se olvide en el caso de los consumidores.

Cabe destacar que el dictado de la ley 26.773, tuvo lugar en vida del Código Civil anterior, dado que el nuevo Código Civil y Comercial entró en vigencia el primero de agosto de 2015. Pero en uno y en otro caso, el paradigma constitucional era el mismo, justamente lo que el nuevo código vino a reforzar.

### ***El origen de un argumento persistente: las razones emotivas, o lo que es igual, las preferencias afectivas.***

Para entender la mentada resistencia, es muy interesante poder analizar los hilos teóricos, que surcan las décadas y los siglos, y nos permiten advertir constantes en el pensamiento.

Recordemos que el 26 de Octubre de 1971, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, fijó doctrina en el Fallo

---

<sup>13</sup> **GELLI, MARÍA ANGÉLICA**; “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”; Segunda Edición ampliada y actualizada, Ed. LA LEY

**CAÑAL, DIANA R.**; “Una Visión Pragmática del Derecho”; Ed. ERREPAR, 2011; “Decisiones Judiciales: La relación entre las normas de fondo y de forma”; Ed. ERREPAR, 2011.

**CNAT, SALA III**: SD Nº 92785, de fecha 26/09/2011, AUTOS “CONTRERAS VANESA LILIANA Y OTRO C/ SOLUCIONES INFORMATICAS S.R.L. Y OTRO S/DESPIDO”; SD Nº 93620, 28/06/2013, Autos “SANCHEZ WALTER AMERICO C/ MAPFRE ARGENTINA ART S.A. S/ ACCIDENTE – ACCIÓN CIVIL”; SD Nº 93740, 30/09/2013 “FARIAS ELISABET SONIA C/ GALENO ARGENTINA S.A. S/ DIFERENCIAS DE SALARIOS”; SI Nº 63128, 27/09/2013, “ESPINDOLA SERGIO EMANUEL C/ BERGALLO MARIA GABRIELA Y OTROS S/ ACCIDENTE- ACCION CIVIL”, SD del 31/08/2016 en autos “SOSA, GLADYS ESTER C/FUNDACION CIENTÍFICA DE VICENTE LOPEZ Y OTRO S/ DESPIDO”, entre otras.

Plenario N° 169, en autos “ALEGRE, CORNELIO c/ MANUFACTURA ALGODONERA ARGENTINA s/ ACCIDENTE”, en los siguientes términos: “*En caso de haberse optado por la acción de derecho común a que se refiere el artículo 17 de la ley 9688, es aplicable el artículo 1113 del Código Civil, modificado por la ley 17711*”.

Si refrescamos, esta última ley ingresa la teoría del riesgo creado de los jueces franceses<sup>14</sup>, lo que tornaba a la antigua opción por el derecho común de la ley de accidentes, mucho más favorable que antes para el trabajador, dado que no pesaba toda la carga de la prueba sobre sí.

Para entonces, la reforma constitucional que ingresara el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, introduciéndonos en el paradigma universal del Constitucionalismo Social, llevaba catorce años. Y, aunque parezca mentira, en este plenario de jueces especialistas en la materia, casi pierden los trabajadores la opción por el artículo 1113 segunda parte, del Código Civil, modificado por la ley 17711.

Recordemos, que seis, de quince, camaristas consideraron que como el Código Civil al que hacía alusión el artículo 16 de la ley 9688 era el de 1869, no era válido interpretar que la opción podía alcanzar la norma reformada (se expidieron por la afirmativa, coincidente con la opinión del entonces Procurador Dr. Humberto A. Podetti, los doctores: Juan C. Goyena, Oreste Pettoruti, Justo López, Armando D. Machera, Mario E. Videla Morón, Manuel G. Míguez, Amadeo Allocati, Guillermo C. Valotta, Alfredo C. Córdoba; y por la negativa votaron los doctores: Juan B. Fleitas (h.), Marcos Seeber, Oscar F. Guidobono, Guillermo C. R. L. Eisler, Jorge A. F. Ratti, y Osvaldo F. Rebullida).

Si memoramos, difícilmente la doctrina triunfante en el plenario pudo haber sido otra, cuando el artículo 14 bis de la CN consagra los beneficios de la seguridad social, con carácter integral e irrenunciable. Sin embargo, por poco el resultado no fue adverso y, por ende, contrario a derecho.

De aquí en más, la tendencia **contraria al derecho vigente** se radicalizó. Así, diez años después, se dicta el Fallo

---

<sup>14</sup>ORGAZ, ALFREDO ORGAZ, “*La Culpa: (Actos Ilícitos)*”; Ed. Lerner, Buenos Aires, 1.970.

Plenario N° 225, "PRESTIGIÁCOMO, LUIS C/HAROLDO PINELLI SA" del 19 de mayo de 1.981, según el cual "La ley 21034 no es aplicable a los accidentes anteriores a su vigencia, aun cuando la incapacidad de ellos derivada se haya consolidado con posterioridad".

Para entonces, vale recordar, se encontraba vigente el artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación, que tanto como el actual artículo 7, rezaba que "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes".

Norma esta que es un festival para las lecturas ideologizadas, sin apego al derecho vigente. Enfermedad que se cura, si este último prevé pautas muy específicas y concretas a nivel de los principios jurídicos, sesgando la posibilidad del *per que me piace*.

Tengamos presente que para 1981, el grado de precisión brindada al intérprete desde los principios normativos, era muy superior al de 1971. Ya no solo se disponía del artículo 14 bis de la CN, sino también del artículo 9 de la LCT, un gran principio normativo: ante la duda, el juez debe brindar la solución más favorable al trabajador.

Este es, precisamente, un principio universal (el *favor debilis*), muy caro del Constitucionalismo Social, que le permite al juez superar vaguedades, ambigüedades y hasta lagunas normativas: "debe" escoger la solución más favorable al trabajador.

Sin embargo, no fue esta la postura de la mayoría en el plenario, en donde se desató un debate sobre la causa fuente, y la inseguridad jurídica.

El dictamen del entonces Procurador General del Trabajo, Dr. Jorge G. Bermúdez, referenciaba una ausencia de norma específica, lo que ya evidencia que su análisis habría de prescindir del rol interpretativo del principio normativo del artículo 9 de la LCT.

Ahora bien, ante la ausencia de norma "específica", el razonamiento no debía detenerse allí, puesto que para salvar el escollo interpretativo, correspondía utilizar el artículo 9 de la

LCT, oficiando como norma “especial” de un nivel superior. Es decir, un principio normativo del área, encargado de orientar al intérprete.

Recordemos que para la doctrina y la jurisprudencia dictada en vigencia del anterior Código Civil, en conflictos interpretativos la ley especial desplazaba a la general.<sup>15</sup>

Sin embargo, es antigua la cosmovisión que entiende a los principios como de carácter discrecional. Error este que se funda en la aparente falta de consecuencia jurídica. Decimos “aparente”, porque no es así. Precisamente en razón de que estamos ante un **sistema** normativo, donde la sanción está ubicada en otra parte del mismo. Entre otras, el juicio político del juez.

Todo ello en razón de que conforme a la noción de sistema, se trata de un todo en donde existe una organización interna y jerárquica que, además, se supone cerrada, dada la existencia de una norma de clausura (art.19 CN). Un sistema de esta especie, se retroalimenta, por eso no puede existir una conducta indicada como la debida, sin la consecuente sanción. Por ende, es obligatoria la aplicación de los principios.

De no admitirse esta conclusión, toda norma que no tenga la estructura cerrada del tipo penal, no sería más que una admonición, y en ese nivel estaría entonces la propia Constitución Nacional.

Esto es claramente un absurdo, que tal vez se vincule con la incorrecta extrapolación del debate Dworkin/Hart<sup>16</sup>. En el mismo, ante un *hard case* con ausencia de norma específica, según Hart el juez estaría obligado a ser discrecional, y para Dworkin correspondería aplicar los principios. Pero no está hablando de principios normativos, sino morales, y además se trata de un modelo jurídico mayoritariamente de *common law*. Es decir, un sistema abierto plenamente a la interpretación

---

<sup>15</sup> “Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado”, Director BUERES, Alberto J.; Ed. Hammurabi SRL; pág. 559: análisis del artículo 963 CCCN

<sup>16</sup>REVISTA SPES N°36 : “DERECHOS HUMANOS”, 26/09/2014,pág. 57/65.

jurisprudencial, con los consecuentes cambios de criterios vinculables a la política de turno<sup>17</sup>.

Los principios normativos, por el contrario, no son disponibles sino obligatorios, y los hay en todos los niveles, como es el caso del de progresividad con la última reforma constitucional, o como norma especial laboral, en el del *in dubio pro operario*<sup>18</sup>.

Sin embargo, la mayoría de la Cámara lo ignoró en 1981, perdiéndose en disquisiciones innecesarias. Porque es claro que el accidente opera como causa fuente, mas con él se abre un continuo de consecuencias. ¿Por qué motivo el accidente operará como un ancla que agote el derecho aplicable a ese momento?, o ¿por qué habrá de interpretarse lo contrario, tomando las secuelas del siniestro –incluido el proceso judicial-como parte de un continuo?

La segunda pregunta, tiene más motivos jurídicos para ser atendida.

En efecto; en primer lugar, porque es exactamente lo que decía el artículo 3 del Código Civil: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán **aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes**“. Con lo cual, la Ley 21034 no era la ley vigente al momento del accidente, pero la incapacidad que no se definió enteramente para entonces –o no se indemnizó-, es una de estas situaciones jurídicas existentes para el tiempo en que esta última entrara en vigor. En segundo lugar es, precisamente, porque un principio de la ley especial así lo dice. Y si recordamos, aquél Código Civil, tenía como principio que la ley especial, desplaza a la general. Con lo cual, era un principio general del derecho común, el que otorgaba preeminencia al principio especial laboral, conforme a la cita número 39.

Así lo vio el Dr. Zuanich, al establecer en su voto que la indemnización debía ser calculada al momento en que se consolidara la incapacidad de manera completa. Ello en atención a que la acción resarcitoria la generan el accidente y la incapacidad remanente que generalmente no coinciden en

---

<sup>17</sup> Para mayor información, fallo Acevedo. Ib 6.

<sup>18</sup> Ver Ib 6, sentencia “Sosa”

el tiempo, sin ambos elementos, el trabajador no puede perseguir el cobro del crédito indemnizatorio.

A su vez, el Dr. Guibourg brindó una respuesta al interrogante, resultando evidente que tampoco seguía el mandato normativo del 9 de la LCT (como había sucedido con Bermúdez), precisamente por el carácter del contraejemplo que utilizó para fustigar la postura de Zuanich. Se preguntó entonces, si una víctima podría quedar desprotegida, en caso de que fuera dada de alta luego de la derogación de una norma en particular, que resultara ser más beneficiosa, lo que debería ser admitido de seguir la tesis expuesta por Zuanich.

Así, el camarista expresó textualmente: “La tesis expuesta por el doctor Zuanich constituye una doctrina sólida y coherente, pero estimo que su premisa (que la causa determinante del crédito sólo se perfecciona con la consolidación de la incapacidad) puede tener consecuencias jurídicas más amplias que una diferencia en los topes indemnizatorios. Supóngase, en efecto, que la ley 9688 fuese lisa y llanamente derogada, y que la protección del trabajador accidentado se canalizara exclusivamente a través de la Seguridad Social (obras sociales, jubilación por invalidez parcial u otros medios que no incluyeran indemnización por incapacidad definitiva). ¿Habría de admitirse que la víctima quedara desprotegida porque fue dada de alta luego de la derogación? La premisa mencionada llevaría a responder afirmativamente, ya que el derecho al resarcimiento no habría llegado a nacer.”

También mencionó que este tema tenía “un considerable trasfondo de equidad”, advirtiendo que “el notorio retroceso del salario mínimo vital respecto de los niveles reales de remuneración tiende a deprimir excesivamente los topes indemnizatorios que se calculan sobre su base”. Aunque concluyó que este es un problema de competencia legislativa, que establezca “una relación económica razonable entre incapacidad y resarcimiento tarifado”, y no que deba ser aceptada una pauta genérica sobre la vigencia intertemporal con ámbito de “consecuencias abiertas”

Cabe recordar en el punto, que la reforma de 1957 al introducir el artículo 14 bis a la CN, vuelca la regla de la

equidad. Alude a condiciones dignas y equitativas de labor, las que en opinión del voto analizado, generan “consecuencias abiertas”.

Ya se vislumbraba en este voto la doble vertiente que habría de continuarse hasta nuestros días: por un lado, flagelar con la falta de objetividad a quien aplica la norma más favorable (por razones pretendidamente “emotivas”, “afectivas” o “ideológicas”<sup>19</sup>), y por el otro, afirmar que es una cuestión ajena al juez, que debe atender el legislador.

---

<sup>19</sup>**CNAT, SALA III:** SD de fecha 26/09/2011, AUTOS “SALOME, RICARDO ROQUE C/ KODERER, ANA LAURA Y OTROS S/ DESPIDO”. Cito al respecto: “(...) los codemandados realizan un contrapunto entre lo que, consideran, es la “verdad objetiva”, por un lado, y el “dogmatismo de la ideología”, de la cual estaría teñida, en su opinión, la sentencia de anterior grado. Así, manifiestan que cada etapa histórica tuvo gobiernos de distinta índole, cada uno con su propia ideología, la cual influyó en sus actos y en las decisiones judiciales, especialmente sobre las dictadas por el fuero del Trabajo. Agrega que la sentencia en crisis, fue “dictada durante un gobierno al que se califica insistentemente popular porque contienen sus decisiones notoria influencia de ese modo de pensar y su contenido dogmático como tienen todas las ideologías sin distinción”. Agregan que la sentencia también sufre del “escepticismo que evidencia la Juez de Grado, escepticismo que la hace dudar de las constancias probatorias obrantes en autos, tanto documentales como testimoniales”, y que la misma habría determinado una inconstitucionalidad de oficio recurriendo para ello a “decisiones no especializadas en derecho laboral, como la que cita de la Convención Internacional de los Derechos Humanos (CIDH)”. Esgrime que, en virtud de tal cita desacertada, habría incorporado intereses, y costas en beneficio del actor, imponiéndolas a la demandada. Tanto el dogmatismo de la ideología que la influye, como su escepticismo, sostienen, nublarían la verdad objetiva que surge de las pruebas ofrecidas. Más aun, sostiene que la juez de anterior grado estaría admitiendo una postura ideológica y dogmática al disponer: “El escenario expuesto entonces, nos obliga, en el marco del paradigma normativo/interpretativo de derechos humanos por el que transitamos en el presente, a articular la realidad a la que nos enfrenta nuestro tiempo con la protección que merece el trabajador en cuanto ‘señor del mercado... y no esclavo de este’. Desviándose, entonces, del principio de congruencia, la juez de anterior grado habría realizado un uso exagerado de *iuravit curia*. Mencionan que se habrían “retorcido las pruebas” a los fines de obtener una sentencia acorde con su ideología. La cuestión obedecería, explican, a su dogmatismo populista. Cabe referir, entonces, que en su parte plenamente específica (el uso erróneo de la prueba), por lo dicho con anterioridad, este agravio deviene abstracto. Ello, por cuanto, habiendo analizado las probanzas producidas, ya hemos referido de qué manera la acreditada prestación de tareas no veía desvirtuado su carácter laboral. Ahora bien, debe referirse, con respecto al resto de los comentarios, que la sentencia en crisis se encuentra apoyada plenamente en el derecho vigente, pero que recibe la habitual e injustificada crítica de ideológico cuando, en realidad, sería dogmático e ideológico no aplicar plenamente el mismo. Desde 1994, el paradigma aplicado en la sentencia es el vigente, el cual no hace más que profundizar el que se encontraba desde 1957, de Constitucionalismo Social. Los argumentos de los apelantes, en todo caso, podían tener la pretensión de enmarcarse en la constitución liberal o clásica de 1853, lo que ciertamente los deja fuera del derecho vigente. Aunque ni siquiera en este contexto puede vislumbrarse que las probanzas aportadas por los contrarios fueran del todo convincentes, debido a los graves defectos que ya se consignaron *ut supra* en cuanto al supuesto contrato de sublocación, y a lo referido en las pruebas testimoniales. Más aun, los comentarios de los codemandados son de suma gravedad, puesto que una cosa es oponerse, y otra muy diferente es pretender que el derecho vigente no es tal, azotando a los que sí lo tienen correctamente por vigente, tanto legisladores como jueces. Entonces, no solamente se observa que el bloque de constitucionalidad vigente incluye los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en el mismo nivel jerárquico que la Constitución Nacional, sino que distintos instrumentos a nivel local recuerdan esta jerarquía. Así, el art. 1 del Código Civil y Comercial enuncia: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, **conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte**. A tal efecto, se tendrá en cuenta la **finalidad** de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho” (la negrita me pertenece). Sobre ello mismo, y la noción de coherencia e interrelación del sistema, vuelve el art. 2 del mismo cuerpo normativo, el cual establece: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta **sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos**, de modo **coherente** con todo el ordenamiento” (la negrita me pertenece, una vez más). Entonces, estas normas están dando cuenta, nuevamente, del paradigma obligatorio que debe ser aplicado en el caso, de su jerarquía y coherencia. Por otra parte, la existencia innegable de estas normas porta un deber positivo y otro negativo. El último tiene que ver con no realizar acciones que impidan o restrinjan el ejercicio de los derechos establecidos, mientras que el primero consiste en garantizar dichos derechos. Así, afirma Gialdino, que “La obligación de garantizar o de realizar los derechos humanos, contrariamente a la tratada en el punto anterior, de respetar, pone en cabeza de los Estados una conducta activa, un deber ‘positivo’, que asegure la ‘existencia’

Nótese entonces, que en momento alguno se contempla en el voto del Dr. Guibourg, la consideración de que, aún cuando hubiese sido derogada la ley 9688, habría un punto fijo normativo: el artículo 9 de la LCT. Por el mismo, resultaría obligada la interpretación de la aplicación inmediata de toda norma adjetiva **más favorable**. En ese caso, no podría afectar al demandante una derogación que lo colocara en peor situación de aquella en la que se encontraba hasta ese momento.

En oposición a esta postura, y en la misma lógica del Dr. Zuanich, votó el Dr. Fernández Madrid, quien lúcidamente afirmó que “en el caso de incapacidad permanente, ésta es una consecuencia de una relación o situación jurídica existente (el accidente) en los términos del artículo 3 del Cód. Civil. De ahí que la medida del daño resarcible debe ser fijada aplicando la

---

en la ‘realidad’ del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Corte IDH, “Godínez Cruz”, 176; OC- 11/90, 34; “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros”, 151). Asumir obligaciones en materia de derechos humanos resulta, en este sentido, asumir la labor de “traducir en la realidad” esos derechos (Com/Niño, Obs. Gral. 6, 2, y7, 3), de asegurar su “realización práctica” (CD Mujer, art. 2º .a), de hacer “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas” (Com/DESC, Obs. Gral. 5, 9). “El Estado, en suma, no puede limitarse a “permanecer pasivo”, y no hay razón para distinguir entre actos y omisiones (Corte EDH, “Sovtransavto Holding v. Ukraine”, 25/7/2002, 96 y sus citas; “Airey v. Irlanda”, 9/10/1979, 25), ni entre esfera pública y privada: “las obligaciones positivas deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita” (Corte IDH, “Huilca Tecse”, 76, *infra* 5.1.6). Luego, cobran toda su potencialidad, en el presente contexto, los principios de efectividad (cap. 1, 5.1) y de progresividad dinámica (cap. 1, 7.1)”. (GIALDINO, Rolando E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*; Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013). Es decir, el hecho de que el estado nacional haya suscripto diversos tratados internacionales y, mediante el procedimiento adecuado de reforma constitucional, les haya dado la jerarquía más alta, lo compromete a hacer plenamente efectivo su cumplimiento. De lo contrario, dicha jerarquía se volvería exclusivamente eufemística. Por ello, considero que es necesario recordar una vez más de qué manera está construida la misma y en qué se apoya. (...) Pero no puedo abandonar el punto, sin una reflexión final. Existe en la teoría general del Derecho un binomio, el de la Racionalidad y la Razonabilidad. Conforme al mismo el juez/operador al que se ataca en este agravio, la Señora Jueza de primera instancia en la especie, debe verificar cuál es el derecho vigente: lo que justamente llamamos racionalidad del sistema (organización jurídica dada por los principios normativos, en el marco del paradigma constitucional de turno), y luego aplicarlo de manera razonable. Es decir, adecuándolo al momento en que debe emplearlo, que refleja necesariamente una variación en relación con el momento de su creación (vgr. la calificación de persona como la unión de óvulo y espermatozoide en el Código de Vélez, resultaba irrazonable como criterio excluyente en las postrimerías de ese Código). La razonabilidad es la válvula de adaptación, pero nunca de transformación. Luego, lo que hoy constituye la racionalidad del sistema, o lo que es lo mismo, el derecho vigente, no es más que el fruto teórico de un dato fáctico: quienes ganan, generan un derecho positivo a su medida, y ésta está dada, por lo que ese grupo consideró razonable, que termina convirtiéndose en racionalidad (GUASTINI, RICCARDO, “Escepticismo y cognitivismo en la teoría de la interpretación” *Doxa*(Alicante), s.d.). Digo con esto, que el derecho es ideología cristalizada, reglas de juego consolidadas, que mientras que no sean derogadas, resultan la racionalidad del sistema y, por lo tanto, obligatorias. El desacuerdo con el derecho vigente, válido por cierto, no habilita a los operadores del sistema (y mucho menos al juez, que jura defender la Constitución Nacional) a negarlo. De hacerlo, impondría SU ideología, por encima de su obligación. Y esto, nos lleva a los fallos de la CIDH. Recordemos que una norma del sistema (el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) dispone que los tratados de Derechos Humanos que especifica “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional” tengan jerarquía constitucional. Lo que, debe integrarse, en consecuencia, con el principio de Progresividad (CADH art. 26; PIDESC art. 2.1; PIDCP art 5; y Protocolo de San Salvador arts. 1 y 2) que a su vez implica atender la interpretación más favorable que haya recibido cualquiera de estas normas al tiempo de su interpretación. Esto es lo que hace, justamente, la juez de anterior grado al citar la sentencia de la CIDH. De manera que lo que sostiene el apelante sería ideológico en términos de *lege data*, lo cual es inadmisibles. Por el contrario, si fuera una propuesta de *lege ferenda*, sería válido.” (Sic).

ley vigente en el momento en que se consolidó dicha incapacidad.”

Sin embargo, la saga de los argumentos “ideológicos” continuó triunfando. Así, reaparecen con el FALLO PLENARIO N° 277 - "VILLAMAYOR, JOSÉ DOMINGO C/LA FRANCO ARGENTINA SA. S/ACCIDENTE" – del 28 de febrero de 1.991, el que fijara la siguiente doctrina: "La reforma dispuesta por la ley 23643 al art. 8 de la ley 9688, no es aplicable a los infortunios laborales ocurridos con anterioridad a la fecha de su vigencia".

Contó el mismo con el dictamen del entonces y actual Fiscal General Dr. Eduardo Álvarez, quien consideró que una interpretación contraria, implicaría caer en la hipótesis de la vedada retroactividad. Con lo cual, intentaba blindar su argumento de que el orden público en sí mismo no importaba retroactividad, debiendo encontrarse específicamente establecida.

Por cierto, que esta conclusión entraría en abierta contradicción con la letra del artículo 3 del CC, en su primera parte. Recordemos una vez más: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. Sin embargo, se ajustaría a la segunda parte del artículo, que se abría a la interpretación de una manera muy peligrosa cuando decía: “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”.

Como vemos, será el intérprete, en definitiva, quien diga si se ve afectada una garantía constitucional, o cuál sujeto dispone de una garantía jerárquicamente preeminente.

Respondiendo al galimatías que implicaba esta norma, el Dr. Álvarez dirá que: “Así planteada la cuestión, no cabe duda de que se trata de elucidar si la ley 23.643 tiene o no efecto retroactivo, porque no es válido a mi modo de ver, alegar la posibilidad de una aplicación inmediata en función del concepto de la "situación jurídica existente" a la que alude el

Código Civil”. En función de ello, consideró ilícito el fraccionamiento temporal entre el hecho y sus consecuencias.

Todo lo cual, nos coloca ante la evidencia de un manejo discrecional del concepto de consecuencia, ciertamente ideológico, dado que si vamos a considerar que cuando una consecuencia de una situación jurídica previa (vgr. el accidente), es alcanzada por una ley nueva, esto sería una aplicación retroactiva, se terminaría anulando el concepto de consecuencia en sí mismo, perdiendo el artículo su sentido.

Ciertamente, destaco que no se hizo tampoco en Villamayor aplicación de la regla del artículo 9 de la LCT, a pesar del esfuerzo interpretativo que evidenciaba una duda.

Pero en este fallo plenario, nos vamos a encontrar con un votante, el Dr. Morando, que sí tiene presente el mandato del artículo 9 LCT, pero para desplazarlo, por considerar que su resultado constituye un sofisma, en línea de pensamiento idéntica a la de Guibourg en “Prestigiácomo”, cuando le saliera al cruce a Zuanich.

El mismo dice textualmente: “A mi juicio, este enfoque merece algunas objeciones. El art. 9° de la ley de contrato de trabajo establece el método para resolver conflictos derivados de la concurrencia de dos o más normas vigentes, igualmente aptas para regular una determinada institución de derecho del trabajo. Ordena la aplicación de la más favorable para el trabajador, aun cuando sea de un nivel jerárquico inferior. El art. 9° ley de contrato de trabajo no es una norma de derecho transitorio, función que cumple subsidiariamente, en derecho del trabajo, el art. 3° del Cód. Civil. Su invocación a ese efecto, implica la introducción de un elemento extrasistemático y conduce a otro sofisma: utilizar la pauta de elección de la norma aplicable entre dos o más vigentes y concurrentes, para sostener la vigencia de una norma. El razonamiento es el siguiente: si la ley A estuviera vigente sería más favorable que B; en los casos de concurrencia de leyes se debe preferir la más favorable; luego, la ley A está vigente. La vulnerabilidad de este argumento queda en evidencia si se pregunta a quienes lo sostienen si, en caso de que la ley 23.643 fuera menos favorable que el régimen que vino a sustituir, utilizarían el art. 9° de la ley de contrato de trabajo para negarle eficacia,

en una situación idéntica.”

Empero, este razonamiento también tiene apariencia de sofisma, dado que olvida que el sistema normativo tiene una racionalidad imperativa, que prohíbe poner en peor posición al sujeto especialmente protegido: ley penal más benigna, in dubio pro operario etc. Lo cual, ya en el paradigma constitucional actual resulta menos discutible, cuando se da la hipótesis de un caso en plena secuela del proceso judicial, donde la efectividad del derecho no sería posible sin aplicación del principio de progresividad.

De todos modos, el Dr. Guibourg volverá, en “Villamayor”, sobre sus pasos de “Prestigiácomo”, retomando la idea de que en todo caso se está ante un problema legislativo. Refiere la existencia de un fuerte reclamo de equidad “en el cuerpo social cuando el legislador permite, con su inactividad durante largo tiempo, que la garantía legal se degrade por vía de la desvalorización de la moneda sin contrarrestar ésta con una adecuada movilidad de los parámetros de cálculo”.

Hace entonces su aparición en escena el argumento del pensamiento “fuertemente emotivo”, ese mismo que se ha empleado hoy en día, solo que bajo un paradigma constitucional diferente.

Su argumentación en la línea de la retroactividad, hizo referencia a dos tesis interpretativas que aceptaban la aplicación retroactiva de la norma. Una de ellas, más abarcativa, y la otra más estrecha. La tesis máxima se fundamentaba en la interpretación de “consecuencias” del art. 3, como aplicable a cualquier reclamo judicial pendiente de sentencia definitiva.

Sobre ello, refirió que la aplicabilidad de una norma legal dependía de la aparición del hecho determinante de la obligación. La segunda justificación de tal postura, residía en el “mayor valor” que cabía conferirle a la nueva normativa, en términos valorativos. Al respecto, se preguntó cómo podría estarse seguro de si la retroactividad era valiosa. Este argumento fue el esgrimido en “Prestigiácomo”, seguido luego en este plenario por el Dr. Morando.

El razonamiento, entonces, podía limitarse a las reformas favorables al trabajador, preservando los derechos adquiridos frente a modificaciones *in peius*, tal y como sucede en el sistema penal. En tal sentido, observó que la aplicación de un principio como “retroactividad de la ley penal más benigna” en el ámbito laboral, traería aparejada una serie interminable de consecuencias, hasta llegar al punto que “el propio respeto de la cosa juzgada podría volverse injustificado”.

Lo que por cierto, parece en sí mismo un *argumento emotivo* de fuerte impacto, que sin embargo implica pasar por alto aspectos que hacen a la congruencia, y omite evaluar circunstancias de la realidad en sí misma en la que queda inserta dicha traba, que habilitan modificaciones en beneficio de unos y otros (ley Martínez Raymonda en favor del deudor, y ley 23928, en beneficio del acreedor), así como modificaciones de los intereses, también en uno y otro sentido.

Luego, el Dr. Fernández Madrid, una vez más en minoría y a favor de la aplicación inmediata, a los argumentos sostenidos en “Prestigiácomo”, agregó que “tratándose de leyes que cubren contingencias de la seguridad social, buscan remediar situaciones afligentes y su aplicación inmediata resulta de la necesidad que se intenta reglar, la ley lleva en sí la vocación de su aplicación a las situaciones en curso de resolución...lo que la ley indemniza son incapacidades no meros accidentes por lo que la ley aplicable no puede ser otra que la vigente al tiempo en que se determine la existencia de la causa que origina la reparación”. Para concluir, que “el juez determina la incapacidad y sus alcances y efectúa (determina) la liquidación respectiva, tratándose (...) de una circunstancia sobreviniente al accidente, que puede consolidarse bajo una ley distinta de la vigente al momento del infortunio (...)”

A su turno, el Dr. Capón Filas expresó, entre otros argumentos, que si la norma emite directivas para su aplicación opera el art. 3, por lo que, si un accidente de trabajo ocurrido en la vigencia de una ley anterior aún no obtuvo respuesta jurídica o la emitida continúa en discusión, es un supuesto de “consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, siendo la nueva ley de aplicación inmediata.

Nos preguntamos entonces, cuál sería el fundamento para admitir, por ejemplo, como consecuencia del contrato de alquiler los sucesivos pagos alcanzados por normas indexatorias, o la alícuota de la ART para estar más en tema (que va recibiendo incrementos, que se pretenden vedados en la indemnización del trabajador<sup>20</sup>), y no así las secuelas propias en la salud, con motivo de un accidente, como tampoco el incremento de la base de cálculo de la indemnización.

Más aún, si recordamos que la segunda parte del artículo 3 del CCN, rezaba “A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”. Recordemos, que estamos ante la consecuencia de un contrato, y nada menos que de trabajo, en plena vigencia del artículo 14 bis.

No obstante, se observa una interpretación discriminatoria según la materia, para fenómenos secuenciales de la misma especie, donde una norma posterior por ejemplo, prevea indemnización.<sup>21</sup>

En efecto, reflejemos la seguidilla: I) el contrato de alquiler, celebrado en el punto A, habilitaría de todos modos incrementos en el futuro B; II) lo mismo sucedería con el contrato de seguro, y los incrementos de las alícuotas; III) el accidente acontecido en tiempos de la ley A, no puede recibir los beneficios en el incremento indemnizatorio vigentes en el tiempo B.

Todo esto resultaba y resulta, contrario a derecho. Como se verá más adelante, cuando el análisis haya abarcado hasta la Constitución vigente en nuestros días, tenemos una sumatoria de normas que forman un *crescendo* normativo, lo que implica la imperatividad de resolver de la manera más favorable para el trabajador. Es decir, que el marco de objetividad, a medida que pasó el tiempo se fue consolidando cada vez más.

---

<sup>20</sup>CNAT, Sala III, S D del 30/11/2016 en autos “MASULLO, ARIEL OSCAR /PROVINCIA ART S.A. S/ACCIDENTE-ACCIÓN ESPECIAL”, entre otras.

<sup>21</sup>O bien, obsérvese lo que sucede en materia de intereses. En este punto se devela la lógica crematística habitual en los deudores: si se trata de mejoras para el trabajador, el siniestro opera como un anclaje, dejando secuelas del mismo en un pasado, en el que no estaba vigente la reforma. En cambio, si se trata de intereses, se iza el barrilete, para que el viento lo lleve lo más adelante posible, en un futuro en donde se termine pagando menos. Francamente, macchiavélico.

De este modo se sale del falaz argumento de la “falacia”, porque no es que la ley del tiempo A que no se encuentra vigente sería más favorable que la del tiempo B, y por eso se torna vigente de conformidad con el artículo 9 de la LCT (lo que implicaría que ignoramos lo que significa que una norma se encuentre vigente), sino que en todos estos casos lo que se discute, es si la ley del tiempo B, que está “vigente” y es la más favorable, debe aplicarse para resolver una “consecuencia” del accidente acaecido con anterioridad a su vigencia.

La pregunta sería entonces, ¿cuál fue en todos los plenarios de referencia, la norma del tiempo B (el de las consecuencias), que se encontraba vigente?. Y aquí, si nos detenemos, la ley 21034 que se declaró en “Prestigiácomo” no aplicable a los accidentes anteriores a su vigencia (1981) no contenía ninguna norma de derecho transitorio especial, lo que nos devolvería a las reglas del Código Civil (art.3), que refieren la inexistencia de retroactividad si la norma específica nada dice.

Sin embargo, el razonamiento no podía terminar aquí, puesto que el artículo 9 de la LCT, sí lo establecía, tal y como lo viera Zuanich, de modo que hay norma específica. Recordemos que se trata de un principio normativo, precisamente de carácter interpretativo, que abarca todas las normas de jerarquía inferior de la especialidad.

Asimismo, tengamos presente, que esta “retroactividad”, no solo no viola principios constitucionales, sino que los asegura (art.14 bis), tal y como reclama, una vez más, el propio art.3 del Código Civil.

Luego, en “Villamayor” (1991), estamos en la misma situación, al declararse inaplicable la reforma prevista por la ley 23643 del artículo 8 de la ley 9688, a los accidentes anteriores a su vigencia.

Así, resulta curioso que en la misma posición estamos hoy a pesar de contar con el agregado del artículo 75 inciso 22, de la reforma constitucional de 1994.

A esta altura del relato, si volvemos al principio, nos debe quedar mucho más claro el uso “interesado” (“emotivo”)

que se hizo del derecho desde “Prestigiácomo” hasta nuestros días, donde la solución contraria al trabajador se instala, a pesar de que el derecho ordene lo contrario, y cada vez más.

Paradójicamente, muy atrás en el tiempo, en el FP “Alegre”<sup>22</sup>(1971) al que ya hiciera referencia, encontramos las palabras del dictamen del Dr. Humberto Podetti, que provocan la reflexión en este punto. Nos dijo entonces:

*“Es evidente que con la reforma del art. 1113 Ver Texto se ha ampliado notablemente los supuestos de responsabilidad objetiva, con lo que la excepción al sistema del Código Civil representado por la ley 9688 Ver Texto no tiene ya los alcances que se le reconoció en relación con el texto de aquél, anterior a la sanción de la ley 17711 Ver Texto. Sin embargo, dentro de supuestos como los del art. 1113 Ver Texto , donde hay posibilidades excusatorias de parte del dueño de la cosa que al menos teóricamente son más amplias que la estrictez consagrada en el art. 4 Ver Texto ley 9688; o la atenuación patrimonial del deudor (art. 1069 Ver Texto párr. 2º, añadido por la ley 17711 Ver Texto ), dejan aún margen de actuación al sistema de la Ley de Accidentes del Trabajo (véase Centeno, "Los accidentes del trabajo frente al nuevo art. 1113 Ver Texto del Código Civil", DT 1970-600/601: Fernández Madrid, "El art. 113 Ver Texto del Código Civil y la ley de accidentes del trabajo" cit. ps. 399/400). Hay, entonces, situaciones en las que se justifica la opción por uno u otro sistema resarcitorio, según que las circunstancias fácticas permitan prever un resultado más conveniente.”*

*“Al sancionarse la ley 9688 Ver Texto por los motivos ampliamente expuestos en la doctrina, y a los que ya hice sucinta referencia (ver supra ap. 1), se pretendió establecer un régimen indemnizatorio que diera mayores seguridades para la reparación de los daños del trabajo. Pero la circunstancia, ulterior, de que en importante medida la legislación civil sobre daños haya evolucionado*

---

<sup>22</sup>Fallo Plenario N° 169, en autos “ALEGRE, CORNELIO c/ MANUFACTURA ALGODONERA ARGENTINA s/ ACCIDENTE”, 26/10/1971, **Publicado:** JA 12-1971-438, Citar ABELEDO PERROT N°: 2/15437

*hacia la responsabilidad objetiva, en ventaja de las víctimas de aquéllos, no puede llevar a la conclusión de que la opción de demandar la reparación de un accidente del trabajo o enfermedad profesional según el derecho común, se limite a lo dispuesto en el art. 1109 Ver Texto CCiv. y no alcance al art. 1113 Ver Texto de éste. Resultaría así que, póngase por ejemplo, el peatón que sufre un accidente automovilístico estaría en mejores condiciones que el trabajador víctima de un infortunio laboral.”*

*“En orden a la interpretación de las leyes, ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, por encima de lo que ellas parece decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país; en esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas cuando al interpretación razonable y sistemática así lo requiere (Fallos 263:227 Ver Texto) (3). No deben interpretarse las leyes conforme a la desnuda literalidad de sus vocablos, ni según rígidas pautas gramaticales, sino computando su significado jurídico profundo (Fallos 265:242 Ver Texto ) (4); y al efecto ha de tenerse en cuenta el contexto general de aquéllas y lo fines que las informan (Fallos 264:152 Ver Texto ; 265:256 Ver Texto [5])”*

*“Conforme esas pautas jurisprudenciales, considero que cuando el art. 17 Ver Texto ley 9688 autoriza a optar por la acción que pudiere corresponder según el derecho común, es allí donde se halla la esencia del mandato legislativo. La mención que sigue ("por causa o negligencia del patrón"), se explica en función del estado que la legislación vigente en el año 1915 de sanción de dicha ley, conforme también su interpretación jurisprudencial y doctrinaria entonces prevalecientes. Al variar dicha legislación, como resalta el nuevo texto del art. 1113 Ver Texto CCiv. y la derogación del art. 1133 Ver Texto , debe considerarse válida la norma que prevé la opción, aun cuando referida a lo que se rige en la actualidad. Es así que la finalidad de la ley queda*

*satisfecha, armonizada con los preceptos respectivos que contemporáneamente rigen en materia de responsabilidad por daños. En ese orden de ideas, sostiene Fernández Madrid que para que la remisión del art. 17 Ver Texto "tenga sentido actual debe comprender tanto las hipótesis de culpa sujeta a prueba del art. 1109 Ver Texto, como las de culpa presunta del art. 1113 Ver Texto (el dolo no es materia de controversia). Y debería arribarse a la misma solución aun cuando se entendiera que la responsabilidad por el riesgo de la cosa no es una hipótesis de culpa, pues no es posible acudir a un sistema sin vigencia para establecer los derechos a la indemnización civil de los accidentados en la industria (ámbito que debe ser especialmente protegido). De lo contrario se pondría a dicho sector en una situación eventualmente desfavorable con relación al resto de los habitantes del país" ("Los accidentes del trabajo frente al nuevo art. 1113 Ver Texto del Código Civil" cit., p. 399). Aun cuando ahora, con la reforma sancionada por la ley 18913 Ver Texto (6), el campo de aplicación de la ley 9688 Ver Texto se ha ampliado, excediendo a los que se desempeñaban en las industrias que contemplaba el art. 2 Ver Texto de aquélla, la observación sigue siendo válida, en cuanto al sector trabajadores dependientes, a los que como tales no cabe desconocerles expectativas de derechos inferiores a las de como simples sujetos de la legislación civil."*

*"Considero del caso concluir señalando que, si se admite el principio de la norma y de la condición más favorables en la aplicación del derecho del trabajo (conf. García, Alonso, "Derecho del trabajo", t. 1, 1960, Barcelona, p. 252 y ss.; como Krotoschin, "Tratado" cit. t. 1, n. 16, p. 67), surgiría como una incongruencia que por aplicación del art. 17 Ver Texto (cit.) se desconociera la posibilidad de ampararse las víctimas de un infortunio laboral o sus derechohabientes en hipótesis de la ley civil que ofrezcan mayores beneficios que la ley especial". (Sic)*

En conclusión, no se le escapaba a Podetti, aún antes de la vigencia de la LCT, que el sistema normativo como tal, reclamaba una lectura en el marco de todo el espectro normativo, obviamente inclusivo de la constitución -para

entonces en el paradigma del Constitucionalismo Social, artículo 14 bis-, así como hoy lo sostiene Kemelmajer.

Asimismo no puedo dejar de resaltar lo sucedido recientemente en la Cámara Civil y Comercial de la ciudad de Trelew, Provincia de Chubut, con motivo de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial.

Justamente, para impedir su aplicación inmediata a las causas en curso, el 15 de abril de 2015, se reunió en pleno y de oficio, pronunciando la doctrina del Acuerdo N° 194<sup>23</sup>, en los siguientes términos: *"Una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los códigos Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó"*.

Es decir, los jueces de Trelew echaron el ancla para quedarse en el marco del artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación, para toda tramitación posterior de las causas. La pregunta, es si esto es posible.

Sobre el tema, sintetiza Kemelmajer<sup>24</sup> que “el acuerdo de la Cámara de Trelew, implica, en contra de lo dispuesto por el art. 7 que: (i) el Código Civil y Comercial no se aplique a los expedientes que se encuentran en las instancias superiores al momento de la entrada en vigencia de este nuevo Código, postergando su aplicación inmediata sin bases legales; (ii) consagrar la regla de la aplicación diferida del Código Civil después de su derogación si el expediente se encuentra en una instancia ulterior”.

Para concluir que esta solución es errónea, Kemelmajer afirma algo que venimos sosteniendo hace tiempo: que estamos ante una norma adjetiva o de forma, de aplicación inmediata.

---

<sup>23</sup><http://www.saij.gob.ar/plenario-sobre-nuevo-codigo-civil-comercial-interpretacion-previsto-art-7-ley-26994-nv11117-2015-04-15/123456789-0abc-711-11ti-lpsedadevon>

<sup>24</sup>**KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída**; “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”, LA LEY, 22/04/2015, 1  
Ver sucesivamente a este artículo de la destacada jurista los artículos : **RIVERA**, Julio César, “Aplicación del nuevo código civil y comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el congreso)”, LA LEY 04/05/2015, 04/05/2015, 1; y **KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA**, “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, Ed., LA LEY, 02/06/2015, 1.

Ante la afirmación de que de seguirse su opinión, se viola el derecho de defensa, refiere puntualmente que el mismo “juega poco y nada. Las llamadas normas de transición o de derecho transitorio no son de derecho material; son una especie de tercera norma de carácter formal a intercalar entre las de dos momentos diferentes. A través de esa norma formal, el juez aplica la ley que corresponde, aunque nadie se lo solicite, pues se trata de una cuestión de derecho (*iura novit curia*), todo lo cual no impide que invite a las partes, si lo estima conveniente, a argumentar sobre cuál es la ley aplicable, si se trata de una cuestión dudosa”<sup>25</sup>.

Luego, nos parece esclarecedora la distinción que en torno a la noción de consumo jurídico evoca la jurista, en posición opuesta a la esgrimida otrora por el Dr. Morando en Villamayor. La misma nos dice que “La noción de consumo que subyace en el art. 7 fue tomada por Borda de la obra de Roubier, quien distingue entre leyes que gobiernan la constitución y la extinción de una situación jurídica, y leyes que gobiernan el contenido y las consecuencias. Cada fase se rige por la ley vigente al momento de esa etapa; el consumo o el agotamiento debe analizarse según cada una de esas etapas, en concreto, para cada tipo de situaciones, siendo imposible una formulación en abstracto, para todo tipo de cuestiones (...) El hecho de que se haya dictado una sentencia que no se encuentra firme no tiene influencia sobre cuál es la ley aplicable”.

Lo esclarecedor, es ver dos especies distintas, derivadas de un mismo hecho: por un lado, la de las normas que regulan nacimiento y muerte de la situación jurídica (constitución y extinción, respectivamente), y normas que regulan contenido y consecuencias. Luego, en cada etapa habrá una ley que rija, con su respectivo consumo y agotamiento.

Y he aquí, la joya de la corona, y que explica **que se pretenda ocultar lo objetivo con el ropaje de lo emotivo,**

---

<sup>25</sup>KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, Ed., LA LEY, 02/06/2015, 1.

cuando no es así, justamente desde el mismo lugar que se critica: el matiz político, de los intereses en juego.

Evoca Kemelmajer las palabras del español Federico de Castro, al decir que la cuestión de la aplicación de la ley en el tiempo "tiene un evidente matiz político: unos proclaman la necesidad de no detener el progreso y otros protestan y se defienden contra el trastorno de las innovaciones"<sup>26</sup>. Refiere la autora, que "la evidencia indiscutida de este aserto es el gran debate que tuvieron dos maestros de nuestro derecho civil: Guillermo Borda y Joaquín Llambías. El primero quería abrir los casos de aplicación inmediata de la ley 17711; el segundo, declarado contradictor de la reforma de 1968, hizo todo lo posible por diferir su aplicación".

Con lo cual, de nuevo el subconsciente hizo su obra, finalizamos con lo que comenzamos. ¿Recuerdan? En el año 1971, casi se pierde la votación en el FP "Alegre", que habría instaurado el absurdo de que, al ejercer la opción por el derecho común, los trabajadores no pudieran disfrutar del beneficio de la teoría del riesgo.

Teoría que, en cambio, los jueces civiles franceses mucho tiempo antes, habían creado pretorianamente para resolver el caso de las viudas de los trabajadores que murieron al estallar las calderas de las galerías Lafayette<sup>27</sup>.

Esos jueces hicieron un adecuado uso del *iura novit curia*, de la actuación oficiosa del juez, y de los márgenes de la congruencia. Y con ello, llevaron al derecho hacia un nuevo nivel, el que no puede ser desconocido justamente hoy, en plena vigencia del paradigma constitucional de los DDHHFF.

He de señalar que estas últimas palabras, fueron inspiradas por quien me introdujo en la teoría del riesgo en el Derecho del Trabajo, el mencionado Dr. Humberto Podetti, cuya fundamentación en "Alegre", dudo mucho hoy se atrevieran a tildar de ideológica.

---

<sup>26</sup>Ib. 20

<sup>27</sup>Ib 12

### ***Un círculo nada virtuoso***

Llegamos al 2016 bailando en la misma baldosa, diez y veinte años después, en los sucesivos plenarios, todo esto fue silenciado por el voto mayoritario, para reproducirse en nuestros días, en un marco normativo aún más protectorio.

Se explica ahora, en el esquema de las mejoras indexatorias que devienen en una mejor reparación de la ley 26773, que para evitar su aplicación a hechos anteriores a su vigencia, pero que aún no han obtenido sentencia (clara consecuencia del siniestro), se retomen los argumentos de “Prestigiácomo” y “Villamayor”. Los cuales, recalco, no solo son contrarios al derecho vigente en su paradigma – constitucionalismo social-, sino además ajenos al actual, y que para hacerlo, se pretenda objetividad al desplazar el derecho vigente. En suma, un mero desplazamiento del argumento: una falacia.

Máxime, en nuestros días donde la norma adjetiva es decir, el artículo 963 del CCCN (ver asimismo artículo 1709 del CCCN) precisa los alcances del art 31 de la CN, al establecer una prelación normativa que nos dice: *“Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) **normas indisponibles de la ley especial y de este Código**; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.”* ( lo puesto de resalto me pertenece)

Por qué decimos esto, porque entendemos que el artículo 9 de la LCT es una **norma indisponible** de la ley especial, y aún si no se compartiese este argumento el código se ha encargado muy bien de mostrar, que son indisponibles las disposiciones que surgen sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos. De lo cual se deriva que, no está en manos del juez decidir arbitrariamente la no aplicación del principio de progresividad.

Asimismo, es importante destacar que en el marco de la nueva ley lo primero que discutimos, no fueron los beneficios sino, qué casualidad, si el trabajador podía reclamar por el derecho común en la justicia del trabajo. ¿No se parece al Plenario “Alegre”? Recordemos, se resolvió afirmativamente, porque era la aplicación inmediata de la norma adjetiva.

Nuevamente, lo expresado en el fallo “Acevedo”<sup>28</sup>, del registro de esta sala, cobra relevancia.

Ello, toda vez que el Fiscal General, Dr. Álvarez -quien también lo era al momento del Fallo Plenario “Villamayor”- sostuvo en defensa de la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 26.773, que dicha disposición legislativa, *“puede producir cierto asombro pero no implica, a mi modo de ver, una vulneración a garantía constitucional alguna(...)”* porque *“la versación de la Justicia Nacional en lo Civil no podría ser cuestionada dogmáticamente sobre la base de preferencia afectivas (...) es bueno que admitamos que los equívocos de los legisladores o la perplejidad que nos depara alguna de sus ocurrencias no siempre redundan en normas inconstitucionales, y la función jurisdiccional no está pensada para reemplazar nuestros criterios por los del Poder Legislativo, que es soberano, aunque nos parezcan más decantados y profundos y muchas veces esa sensación subjetiva tenga carácter de verdad”*.

He aquí los dos muertos vivos: *la inexistencia de objetividad, y el deber de abstenerse por ser una cuestión eminentemente legislativa*.

En abierta contradicción con esta postura, desde “Alegre” claro está, pasando por “Prestigiácomo” y “Villamayor”, a nivel de sistema jurídico, se fueron reforzando los principios normativos en niveles constitucionales, generales y especiales, respectivamente (todo reafirmado por el Código Civil y Comercial de la Nación como fue tratado *ut supra*), obligando a reconocer, en una interpretación de buena fe, que cuando se elige la norma más beneficiosa para el trabajador, no se hace ni más ni menos que aplicar el derecho vigente.

---

<sup>28</sup>Ibidem 4

Ello, precisamente cuando se escoge la opción interpretativa que otrora emanaba solo del artículo 14 bis de la CN, luego de él y del artículo 9 de la LCT, y hoy de estos dos y del Principio de Progresividad (artículo 75 incisos 19, 23 y 22 –P.I.D.E.S.C. (arts. 5.2 y 2.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26), y el Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana (art. 1º)- de la C.N.), en donde estas normas operan como capas de protección que se fueron sumando. Lo que aleja de toda posible tacha de emotividad y nos acerca a la **objetividad**.

A su vez, el decreto de inconstitucionalidad y aún de oficio en ejercicio del *iura novit curia*, sí implica la intervención del juzgador en el caso en concreto (al menos en un modelo continental como el nuestro), precisamente como la máxima expresión de dicho principio, en un obligatorio ejercicio de control de constitucionalidad en un modelo difuso.

Reitero que para comprender la interpretación de las normas no se puede obviar el análisis sistémico, en donde los principios normativos, generales y especiales, de fondo y de forma, del paradigma vigente, son el “GPS” que ordena la jerarquía interna de valores que resuelve el caso concreto, y siempre en el plano jurídico, no subjetivo.

Es por ello que en “Acevedo” debí fundamentar en estos términos, invocando conceptos de teoría general que avalan la decisión en los términos diseñados por el derecho vigente.

Por esto, además de lo apuntado en el Acápite V, señalé *“qué es un principio. Entenderé por tal a una norma jurídica, integrada por la conducta descrita (antecedente), y su consecuencia jurídica (consecuente), pudiendo encontrarse ambas ubicadas en diferentes partes del sistema jurídico, básicamente de tipo continental. De ello se deriva que estamos ante un sistema cerrado, en el que rige la regla de clausura (art.19 CN)”*.

*“Esto, es muy importante, porque convierte a los principios en normas jurídicas y, en consecuencia, obligatorios”*.

*“Luego, en un sistema de esta especie, tenemos normas de tres tipos si se quiere. Sustantivas o de fondo, adjetivas o de forma (cuya caracterización fue el eje de la confrontación intelectual entre el dictamen de la Fiscalía General y el primer voto en la sentencia “Virgili” citada precedentemente), y una suerte de “súper normas”, que hasta donde alcanzo a visualizar hoy, serían de carácter adjetivo. Ni más, ni menos, que los principios”.*

*“Porque cuando el intérprete “anda como perdido”, en la enramada del derecho, lo que lo orienta es subir de nivel, y buscar qué pauta, qué indicación, le brindan los principios”.*

*“Así, si dudamos entre un derecho constitucional y otro, en pos de verificar su jerarquía, la propia organización interna de la Constitución Nacional, en el marco del paradigma de los DDHHFF, le indicará a través de un principio (pro homine), qué camino debe seguir. De allí que esta Corte pudo decir en “Vizzoti”, que el trabajador era “el señor de todos los mercados”, lo que claramente implica privilegiar el artículo 14 bis por sobre el 17 de la Constitución Nacional. Porque es inexacto, lo reitero, que los valores constitucionales están todos en un mismo nivel, lo que solo podía decirse de un periodo de “legalismo constitucional” (esta Sala III, in re: “A.A.M. c/ Espumas del Plata SRL s/ medida cautelar”, S.I. N° 62.493 del 31.07.12, y en sentido contrario, nota al fallo mencionado: “Reintegro de la Obra Social al ex empleado que padece HIV, por Emiliano A. Gabet, pub. en Revista Derecho Del Trabajo, N° 11, noviembre de 2012, pag. 3043), donde se sostuviera que “el derecho a la salud tiene el mismo rango constitucional que el resto de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional”.*

*“Ciertamente, esta jerarquía es muy distinta de la que podría pensarse en un constitucionalismo clásico (Favoreau, Louis, “Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del Derecho” Volumen 59, Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia)”.*

*“Y si esta duda se le perfila al juez en un nivel inferior al constitucional, (en nuestro caso, el de la*

*normativa laboral), deberá encontrar en principio la solución en los principios de la disciplina, que de tal suerte resultan, jerárquicamente superiores, y si no encuentra la salida, subirá a la Constitución”.*

*“De modo que los principios tienen la dura tarea de orientar al intérprete ante la duda. Pero no de manera disponible, sino obligatoria. Porque son ni más ni menos que normas “jurídicas”, con la previsión (en alguna parte del sistema que, recordemos, se presume cerrado) de consecuencias para quienes no los apliquen. Entre otras, la máxima posible, el juicio político, dado que el juez está obligado a aplicar las normas con arreglo a la Constitución Nacional, así como a declarar la inconstitucionalidad de oficio de aquéllas contrarias a la misma, dado el control difuso de constitucionalidad que rige a este sistema continental”.*

*“Características todas estas, que nos alejan de la interpretación que del carácter de los principios hicieran Dworkin y Hart, más cercanas a un sistema de commonlaw”.*

*“De manera que si un principio es una norma jerárquicamente superior, porque es la herramienta que brinda el derecho para resolver el enigma interpretativo, cuanto más si se trata de un principio que se encuentra en la cúspide del sistema mismo. En nuestro caso, los tratados con jerarquía constitucional, que nos introdujeron de lleno en el paradigma de los derechos humanos fundamentales”.*

*“Esto demuestra la centralidad de lo adjetivo, al tiempo de efectivizar o no los derechos. Estos pueden verse negados cuando el juez laboral, al interpretar el paradigma de los DDHHFF lo hace desde el derecho clásico, o cuando, como sucede en la ley 26773, directamente se desplaza al trabajador hacia un proceso civil con sus propias normas y principios. En ambos casos, se produce un resultado peyorativo, que atenta contra derechos fundamentales”.*

*“Esto significa que el aspecto adjetivo, incluyendo en este punto eminentemente al procedimiento judicial, puede resultar determinante para la realización de los derechos (efectividad, aspecto remarcadamente buscado por el nuevo paradigma), o para su negación”*

*“El punto que no logro poner en duda, porque me generacertezas, es aquel en que se afirma que así decidimos, “sobre la base de preferencias afectivas”. Cuando desplazar del juez natural, y más aún, impedir fallar bajo los principios propios de la materia laboral, no es ni más ni menos que incumplir con el derecho.”*

*“Pero hay también otra idea que resuena, a la que ya me he referido a fs50, cuando el autor al cual me refiero dice: “El derecho a la salud tiene el mismo rango constitucional que el resto de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional. Su invocación no puede afectar el ejercicio de los demás (propiedad, libertad de contratación, etc), debiendo ser interpretados y aplicados en armonía con el resto de los derechos y garantías afectados. Debe imperar la aplicación “razonable” de los derechos, y la invocación de los Tratados Internacionales no justifica ni valida soluciones derivadas de una interpretación forzada del derecho vigente” (todas las negritas y cursivas me pertenecen). “*

*“Donde se hace alusión a una “armonía”, que por cierto, solo puede ser traducida en “jerarquía”, la que precisamente la propia CN y con ella los tratados internacionales que la integran, establece.”*

*“Luego, se llama interpretación “forzada”, al respeto de esa jerarquía, que curiosamente el autor de referencia niega.”*

*“Por el contrario, negar los rangos que el derecho vigente establece, y pretender que todo está en un mismo nivel, que el intérprete de turno manejará a su antojo, conformando una subjetiva “razonabilidad”, sí que parece una “preferencia afectiva”.”*

*“Y, finalmente, también observo la idea sostenida por parte de la doctrina y de quienes han sabido ser jueces,*

*titulares de cátedra, doctrinarios, y lo más llamativo de todo, cultores algunos de ellos del positivismo jurídico (escuela que centra su análisis en el derecho vigente y el esquema de validez), tanto de que los principios normativos no son derecho (ver lo afirmado en sentido contrario en esta misma sentencia a fs 50), cuanto que el principio de progresividad es un invento interpretativo, obviamente, en el sentido de las “preferencias afectivas”.*

*“Este mismo grupo pretende también, que el bloque de convencionalidad no integra la racionalidad del sistema, es decir, el derecho vigente (...).”*

*“(... )Muchas veces, cuando se tacha de ideológico el respeto por el derecho, lo que se oculta es que se pretende vaciarlo desde una interpretación ideología, que desde la cátedra y la doctrina, sostiene un discurso contrario con lo mismo que enseña(...).”<sup>29</sup>*

### **Un círculo vicioso**

Como si todo lo dicho fuera poco, la saga continúa con “Espósito”. Y ahora sí, el hilo argumental regresa con plenitud en lo que le interesaba: que no se apliquen los beneficios para las causas en curso de la ley 26773.

Efectivamente, es la propia CSJN, la que termina recogiendo estos viejos argumentos, y lo hace cuando finalmente muchos de los jueces de la Cámara del Trabajo superaban la crisis sembrada por la interpretación del *status quo*, en torno a las reglas de intertemporalidad (art. 3 del Código Viejo y 7 del Nuevo), y comenzaba a hacer efectivo el paradigma constitucional de los derechos humanos fundamentales.

Hace su aparición en escena, el 7 de junio de 2016, el fallo de la CSJ, en los autos “Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente – ley especial”.

Esta misma Corte que diera cátedra sobre el apego al paradigma de los Derechos Humanos Fundamentales<sup>30</sup>, en “Espósito” objeta la decisión de la Sala VI de la CNAT (coincidente con las de muchas otras salas), que propició el

---

<sup>29</sup>Ver las cuatro ideas fuerza desarrolladas en el fallo “Acevedo”

<sup>30</sup> Ibidem 1, 2 y 3

reajuste del monto de condena según las modificaciones de la Ley 26.773, a un accidente ocurrido con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que aún no gozaba de la debida indemnización.

Consideró, que aún cuando se trataba del examen de cuestiones de derecho común, en principio, no susceptibles de revisión por la vía prevista por el artículo 14 de la Ley 48, hacía la excepción toda vez que “la sentencia apelada se apoya en meras consideraciones dogmáticas e incurre en un inequívoco apartamiento de las normas legales aplicables al caso juzgado (...)”

Seguidamente, realizó un *racconto* desde la sanción de la Ley 24557 en 1995, describiendo el tipo de prestaciones dinerarias que el sistema otorgaba para reparar los infortunios y enfermedades laborales, pasando por las modificaciones del Decreto de Necesidad y Urgencia 1278/00, el Decreto Reglamentario 410/01 y el Decreto 1694/09.

Resaltó que en dichos decretos se había estipulado que los beneficios se aplicarían a las contingencias previstas por la ley de riesgos, cuya primera manifestación invalidante se produjera a partir de la fecha de su entrada en vigencia.

Luego, arribó a la reforma de la Ley 26773 de octubre de 2012. Sostuvo que de su artículo 17.5, se desprende que estos nuevos importes “actualizados” sólo rigen para la reparación de contingencias cuya primera manifestación invalidante, haya ocurrido con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esta ley.

Así, afirmó que “(...) el texto del art. 17.5, al establecer que ‘las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero entrarían en vigencia a partir de la publicación de la ley en el Boletín Oficial, no dejó margen alguno para otra interpretación (...) la precisa regla que emana de este último precepto legal no puede dejarse de lado (...) mediante la dogmática invocación de supuestas razones de justicia y equidad (...)”

Para así decidir invocó el criterio de la Corte en el fallo “Lucca de Hoz”<sup>31</sup>, al que consideró de aristas similares al caso,

---

<sup>31</sup>Fallos: 333:1433, causa “Lucca de Hoz, Mirta Liliana cl Taddei, Eduardo Carlos y otro s/ accidente - acción civil”, L 515 XLIII, del 17 de agosto de 2010.

a diferencia de los supuestos fácticos en los resonantes casos “Calderón”<sup>32</sup>, “Camusso”<sup>33</sup>; y “Arcuri Rojas”<sup>34</sup>.

Refirió que en “Lucca de Hoz”, la Corte remitiéndose a los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, descartó el agravio de la parte actora que requería la prestación adicional, incorporada al régimen de reparación por el decreto 1278/00, toda vez que dicho decreto “no estaba vigente al momento de ocurridos los hechos que dieron motivo al reclamo”, y que *“el fallo judicial que impone el pago de una indemnización por un infortunio laboral solo declara la existencia del derecho que lo funda, que es anterior a ese pronunciamiento; por ello la compensación económica debe determinarse conforme a la ley vigente cuando ese derecho se concreta, lo que ocurre en el momento en que se integra el presupuesto fáctico previsto en la norma para obtener el resarcimiento, con independencia de la efectiva promoción del pleito que persigue el reconocimiento de esa situación y de sus efectos en el ámbito jurídico (Fallos : 314: 481; 315 :885); sostener lo contrario conllevaría la aplicación retroactiva de la ley nueva a situaciones jurídicas cuyas consecuencias se habían producido con anterioridad a ser sancionada (Fallos: ~14:481; 321:45)”*.

Destacó, que la Procuración General en “Lucca de Hoz” había dado cuenta de una serie de fallos en los cuales se constataba “la postura que invariablemente había adoptado el Tribunal”, descartando la aplicación retroactiva del Decreto 1278/00.

Luego, sostuvo que en el fallo “Calderón”, si bien el accidente que daba origen al reclamo ocurrió con anterioridad al dictado del DNU 1278/00, la declaración del carácter definitivo de las consecuencias dañosas, fue en vigencia del mentado decreto.

Entonces, diferenció que el carácter definitivo podía concretarse inmediatamente de producido el infortunio -como lo fue el accidente fatal que originó la causa “Lucca de Hoz”-,

---

<sup>32</sup> CSJN “Calderón, Celia Marta c/ Asociart ART S.A. s/ accidente”, sentencia del 29 de abril de 2014.

<sup>33</sup> Fallos: 294:434

<sup>34</sup> Fallos: 332:2454

*o bien con posterioridad, en vigencia de la nueva ley -como en el caso “Calderón”-.*

Además, resaltó que en el fallo “Calderón”, existieron cuestionamientos al art. 19 del decreto 1278/00, que establecía la fecha en la que este decreto entraría en vigencia, toda vez que no había fijado “una pauta suficientemente clara” acerca de la aplicación temporal de las disposiciones que incrementaban las prestaciones indemnizatorias de la ley de riesgos. Ello, habría dado lugar a planteos en los casos en los cuales, la incapacidad definitiva se había declarado en vigencia de la nueva ley, por lo que su aplicación no debía entenderse como retroactiva.

Al respecto, destacó que la Corte, en aquel fallo, había puesto *de resalto que esos planteos* “debían examinarse desde una perspectiva que tuviera en cuenta que el decreto de necesidad y urgencia en cuestión, según sus propios considerandos, perseguía fines “perentorios e impostergables”, y procuraba dar respuesta a la necesidad de mejorar el régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo “de inmediato” (cfr. punto 111 del dictamen de la señora Procuradora Fiscal al que la Corte se remitió).”

Así también, resaltó que en “Camusso” pudo aplicarse el entonces nuevo decreto –DNU 1278/00- porque se cuestionaba *“la invalidez constitucional del art. 8 del decreto 410/01 que reglamentó el art. 19 del decreto 1278/00 procurando establecer qué contingencias quedarían regidas por dichas modificaciones. El planteo de inconstitucionalidad se basaba en que ante el silencio del citado art. 19 correspondía aplicar las reglas del art. 3 del código civil -vigente a esa fecha- y dichas reglas no podían ser desvirtuadas mediante un decreto reglamentario (cfr. causa CSJ 624/2006 (42-A) /CS1 “Aguilar, José Justo c/ Provincia ART-s/accidente ley 9688”, sentencia del 12 de mayo de 2009).”*

Concluyó que a diferencia del artículo 19 del DNU 1278/00, el artículo 17 inc. 6 de la ley 26.773 estableció pautas precisas para determinar a qué accidentes o enfermedades laborales correspondería aplicarles las nuevas disposiciones legales en materia de prestaciones dinerarias, por lo tanto, se

excluye *“la posibilidad de acudir a las reglas generales de la legislación civil sobre aplicación temporal de las leyes.”*

En el mismo sentido, afirmó que *“tampoco es posible justificar tal apartamiento acudiendo a la doctrina de los precedentes *Arcuri Rojas* y *Camusso* (...) pues las circunstancias del sub examine difieren notablemente de las tratadas en aquellos casos.”*

En el supuesto de *“Arcuri Rojas”*, entendió que allí se invocaba un derecho de naturaleza previsional, en una *“situación de total desamparo”*, que no se verificaba en *“Espósito”*.

Al respecto señaló que: *“el derecho a una pensión que la actora reclamaba con motiva de la muerte de su esposo; y para reconocer ese derecho, que no encontraba sustento en la ley de jubilaciones y pensiones vigente a la fecha del deceso, la Corte, siguiendo un criterio que ya había adoptado ante situaciones similares (Fallos: 308:116 y 883; 312:2250), tuvo en cuenta un texto legal posterior más favorable a fin de evitar que la viuda quedara en una situación de total desamparo. Fue dentro de ese muy específico contexto que el Tribunal sostuvo que hubiera sido vano el esfuerzo del legislador para cumplir con la obligación impuesta por los tratados de derechos humanos de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales si por vía interpretativa se sustraía de esa evolución a quien hubiera quedado absolutamente desamparada en caso de aplicarse la legislación anterior que establecía un menor grado de protección (Fallos: 332:2454, considerandos 12 a 15).”*

Agregó que, *“esa situación de total desamparo no se verifica en el caso de autos. Por el contrario, es un dato no controvertido que las disposiciones de la Ley de Riesgos del Trabajo vigentes al momento del infortunio contemplaban el pago de una prestación dineraria destinada a reparar el daño ocasionado por la incapacidad laboral que el hecho provocó. Prestación a la que, incluso, la cámara le adicionó intereses desde la fecha del accidente en el entendimiento de que, de acuerdo con el “principio general de las obligaciones civiles”, los perjuicios sufridos por el actor por no tener a su disposición*

el capital desde ese momento podían compensarse mediante la imposición de tal tipo de accesorios.”

Por último, se refirió al fallo “Camusso”. Descartó su doctrina como pauta interpretativa en “Espósito”, ya que: *“(…) allí estaba en juego la aplicación de la ley 20.695, dictada en julio de 1974, que dispuso que los créditos laborales demandados judicialmente serían actualizados mediante los índices oficiales de incremento del costo de vida. A diferencia de la ley 26.773, la ley 20.695 establecía que su normativa sería aplicable "incluso a los juicios actualmente en trámite, comprendiendo el proceso de ejecución de sentencia y cualquiera sea la etapa en que se encuentre". Y agregó que, en definitiva, la Corte en “Camusso” resolvió que “la actualización con arreglo a la ley 20.695 de un crédito cuyo importe había sido establecido mediante una sentencia firme, pero estaba pendiente de pago, no implicaba una alteración sustancial de la cosa juzgada que menoscabara las garantías constitucionales de propiedad y de la defensa en juicio.”*

Ahora bien, en “Espósito”, la Procuración General de la Nación prohió una solución diferente a la adoptada por la Corte.

En efecto, la representante del Ministerio Público ante la Corte opinó que debía desestimarse la queja toda vez que la Sala VI *“realizó una interpretación razonable de la ley 26.773, y esgrimió fundamentos suficientes y acordes al principio protectorio (art. 14 bis de la Constitución Nacional), al de progresividad (art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y al de aplicación de la norma más favorable (art. 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 9 de la ley 20.744), sin que la mera discrepancia del recurrente pueda configurar un supuesto de arbitrariedad.”*

Al dictaminar, la Procuradora General no consideró violentados los Principios de Congruencia, ni de Irretroactividad de la ley, al aplicar el índice RIPTE al monto de condena.

En el primer caso, entendió que las normas –Decreto 1694/09 y Ley 26773- “estaban vigentes al momento del pronunciamiento de la primera instancia y, por lo tanto, estimó aplicable el principio *iura novit curia*.”

Remarcó que la Corte Suprema, tiene señalado que "*el principio de congruencia impone a los jueces y tribunales decidir de conformidad con los hechos y pretensiones deducidas. Tal limitación sin embargo, infranqueable en el terreno fáctico (congruencia objetiva), no rige en el plano jurídico donde la fundamentación en derecho o la calificación jurídica efectuada por los litigantes no resulta vinculante para el juez a quien, en todos los casos, le corresponde 'decir el derecho' (iuris dictio o jurisdicción) de conformidad con la atribución iura curia novit" (en M. 778., 1. XLVIII, "Monteagudo Barro, Roberto José Constantino c/ Banco Central de la República Argentina s/ reincorporación", del 28 de octubre de 2014).*"

Luego, refiriéndose al Principio de Irretroactividad, se remitió al dictamen de fecha 02/06/15 en autos CSJ 19/2014 (50-F)/CSI "*Figuroa, Héctor F. cl MAPFRE Argentina S.A. si accidente*", donde fue señalado que: "*el decreto 1694/2009 entró en vigencia el 6 de noviembre de 2009 y la ley 26.773 el 26 de octubre de 2012, previo al dictado de la sentencia de primera instancia, el 31 de julio de 2013. En consecuencia, estimo que la aseguradora no ha dado cumplimiento con las prestaciones del sistema y, en definitiva, no ha consumado la relación jurídica de cobertura de las prestaciones de la ley 24.557 con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen legal. En esas condiciones, entiendo que no se trata de la aplicación retroactiva de las normas, sino de la extensión de los efectos de esas disposiciones a una relación jurídica existente cuyas consecuencias no han cesado. En ese orden de ideas, el artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación -ley 26.994- establece que las leyes se aplican, a partir de su entrada en vigencia, a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes*".

Posteriormente, en respaldo a su opinión, *también citó la doctrina de los fallos "Calderón" y "Lucca de Hoz"*, aunque con alcances diferentes a los que hizo referencia la Corte.

En el caso “Calderón”, manifestó la Procuradora que: *“la Corte confirmó la aplicación del decreto 1278/2000 a un accidente laboral ocurrido con anterioridad a su entrada en vigencia. Remitiendo al dictamen de esta Procuración, concluyó que”... si el objeto del reclamo nunca pudo ser exigido antes de la declaración del carácter definitivo de la incapacidad laboral permanente, resultaba razonable que se aplique la norma vigente al momento que es exigible dicho crédito para su cobro*” (S.C. C. 915, L.XLVI “Calderón, Celia Marta cl Asociart AR.T. S.A s/accidente”, del 29 de abril de 2014). ”.

*Asimismo, expresó que: “esta Procuración en autos S.C. L. 115, L. XLVII “Lucca de Hoz, Mirta Liliana cl Taddei, Eduardo Carlos y otro si accidente - acción civil”, del 24 de mayo de 2013, sostuvo la aplicación inmediata del decreto 1694/09 a una relación jurídica existente, a pesar de que el infortunio había sucedido antes de su entrada en vigencia. Para ello, tuvo especialmente en cuenta la finalidad protectora de las normas que regulan la seguridad social, que se vincula con el principio de progresividad y el de la norma más favorable”.*

Resulta evidente que en el fallo “Espósito”, que el dictamen fiscal auspicia en su interpretación, la eficacia del paradigma vigente de los Derechos Humanos Fundamentales.

En efecto, resalta uno de los argumentos de la minoría en “Prestigiácomo” y “Villamayor”, por los que se pretendía la aplicación de las nuevas normas al tiempo del cálculo de la indemnización, porque resultaban más favorables a la hora de reparar el daño, encontrándose habilitados para así decidir, en los artículos 14 bis de la CN, y el 9 de la LCT. Recordemos nuevamente que, en aquel momento histórico (1981 y 1971, respectivamente), el paradigma normativo era de Constitucionalismo Social.

A estas normas, y en consonancia con la racionalidad actual (reforma constitucional de 1994), la Procuradora General agrega al entramado normativo de “Espósito”, el Principio de Progresividad de los derechos, contenidos en los diversos tratados internacionales que fueron reseñados, como reaseguro a una finalidad más protectora. En el mismo sentido de lo que venimos sosteniendo.

Asimismo, la representante del Ministerio Público Fiscal, resalta la idea de “consumo jurídico” que tratáramos en las palabras de Kemelmajer.

En sintonía con lo desarrollado aquí, en el punto VI, la PGN destaca que la norma vigente debe ser la vigente al tiempo en que, el objeto del reclamo se torna exigible, en un crédito para su cobro. Sostuvo que allí podemos dar por consumada la relación jurídica de cobertura, de las prestaciones dinerarias de la ley de riesgos, hasta que esto no suceda, subsiste una relación jurídica cuyas consecuencias no han cesado.

La Corte, en cambio, enfoca su atención en el momento en que se declara definitiva la incapacidad, y afirma que la ley aplicable será la vigente en el momento del hecho, si es fatal como en el caso “Lucca de Hoz”, y en caso de una incapacidad parcial, cuando se la declare definitiva –aunque no especifica cuándo se la debe entender como definitiva-.

Con lo cual, según este razonamiento, en casos de muerte, la indemnización queda anclada en una norma que “seguramente” será menos beneficiosa que al momento de su ejecución.

Digo “seguramente” por lo expresado en el análisis del Fallo Plenario “Villamayor” –votos de los Dres. Guibourg y Morando-, y porque se supone que el legislador, en cumplimiento del 75 inciso 22 y 23, deberá sancionar leyes que aseguren el goce progresivo –no regresivo-, de los derechos. En el caso, que las indemnizaciones por daños a la salud logren, cada vez más, “recomponer la integridad patrimonial, psíquica y moral del trabajador abarcando a la persona humana en su plenitud”.

Lo que debió ser resaltado por la Corte, al hacer referencia al fallo “Arcuri Rojas”. Pues, resulta curioso que hayan considerado inaplicables las pautas interpretativas que subyacen del conocido fallo, que al resolver, recurre al expreso fundamento del principio de progresividad.

En efecto, el eje central en ese caso, fue el de evitar que la viuda quedara en una situación de total desamparo, disponiendo entonces aplicar un texto legal posterior más

favorable. A tal fin, la Corte sostuvo el argumento del actual paradigma de derechos humanos fundamentales, y allí reconoció que el Estado -en sus diversas funciones – debe “cumplir con la obligación impuesta por los tratados de derechos humanos de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, si por vía interpretativa se sustraía de esa evolución a quien hubiera quedado absolutamente desamparada en caso de aplicarse la legislación anterior que establecía un menor grado de protección (Fallos: 332:2454, considerandos 12 a 15)”

Sin embargo, acto seguido sostiene que, el “total desamparo”, no se daba en el presente caso. Justamente, este punto es muy interesante. Puesto que la Corte brinda en “Arcuri Rojas” el fundamento normativo, del que se aparta en Espósito, aunque pretendidamente también por razones objetivas.

Pero esa pauta de objetividad se pierde en este precedente, donde sin justificación se afirma como regla normativa, lo que fue un mero criterio interpretativo –“total desamparo”- (loable por cierto), pero que no emanaba de la norma, como lo entiende la Corte en “Espósito”.

Y en cualquier caso, el principio de la aplicación de la norma que propiciara la solución más favorable para el más vulnerable<sup>35</sup>, (pauta objetiva provista por el sistema, art. 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), imponía la solución contraria a la adoptada, y concordante con lo resuelto en el fallo “Arcuri Rojas”, como también en “Calderón” y “Camusso”, que la corte descarta. O bien, en los célebres fallos “Aquino”, y “Arostegui”.

Al efecto destaco los considerandos 13 y 14, además de los ya reseñados, en “Arcuri Rojas”, en el que la Corte sostuvo: *“Que sobre la base de la finalidad protectora de las disposiciones que regulan la seguridad social, esos fallos aplicaron la norma más favorable, exégesis que concuerda con el propósito del legislador de promover la progresividad de los derechos sociales, según ha sido preceptuado, más tarde, en*

---

<sup>35</sup>Corte Suprema de Justicia, Acordada 5/2009, en la que se adhiere a las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”, afirmado “el compromiso con un modelo de justicia integrador, abierto a todos los sectores de la sociedad y especialmente sensible con aquellos más desfavorecidos o vulnerables (Declaración de Brasilia, Puntos 13 y 13)” (Sic Acordada 5/2009).

*el art. 75, inciso 23, de la Constitución Nacional y en diversos tratados de derechos humanos reconocidos con jerarquía constitucional en las disposiciones del inciso 22 del artículo mencionado. (...)Que es el reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de esos derechos el que ha desterrado definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos en la materia (arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y considerando 101 del voto del Dr. Maqueda en Fallos: 328:1602).”*

La excepción posible, no es la de brindar la protección normativa solo en situaciones de total desamparo, sino “hasta el máximo de los recursos de que disponga” el Estado. Aspecto no analizado en el decisorio, y que es del mismo tipo del esgrimido en su momento para justificar los topes indemnizatorios<sup>36</sup>, hasta terminar limitándolos a un 30% en “Vizotti”.

También, debo destacar como otra curiosidad del fallo “Espósito”, la consideración de la doctrina de “Lucca de Hoz”, en la que apoya su decisorio la Corte.

Recordemos que esa causa, fue objeto de dos pronunciamientos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, y otros dos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el primer caso en que llega a la Corte, es por la queja que incoara la parte actora contra la sentencia de la Sala IV<sup>37</sup>, de fecha 20 de septiembre de 2006. Motivó el extraordinario –en lo que nos atañe-, el rechazo de la Sala IV de la inconstitucionalidad del monto resarcitorio previsto en la LRT. Y sumado a ello, que el tribunal entendió, que al no encontrarse reclamada la reparación integral en los términos del Código Civil, la judicatura no se encontraba habilitada para modificar el quantum indemnizatorio, según lo pretendía la esposa de la víctima.

Esto, motivó la presentación del recurso extraordinario por la actora, y que fuera concedido en este punto.

---

<sup>36</sup>Ver, entre otros, “Mastroiani, Ricardo Alfredo c/ Establecimiento Modelo Terrabusi Sociedad Anónima de Industria y Comercio s/ART. 245 LCT.”; 27/05/1999, CSJN; M. 341. XXXIII. RHE.

<sup>37</sup>CNAT, Sala IV, 20/09/2006, “Lucca de Hoz, Mirtha L. c. Taddei, Eduardo C. y otro”

La Corte, con fecha 17 de agosto de 2010, dicta la primera sentencia en la que “comparte y hace suyos por razón de brevedad “los fundamentos de la Procuración.

En esta oportunidad, en el dictamen<sup>38</sup> se rechazó la aplicación del Decreto 1278/00 porque, de sostener lo contrario, conllevaría a “la aplicación retroactiva de la ley nueva a situaciones jurídicas cuyas consecuencias se habían producido con anterioridad a ser sancionada.” Aunque admitió que la indemnización no lograba reparar en forma adecuada a la viuda, y opinó que debía calcularse nuevamente el quantum según la doctrina emanada de los fallos “Aquino” y “Arostegui”.

Así fue que, en el reenvío de la causa a la Cámara Nacional de Apelaciones para dictar un nuevo pronunciamiento, la Sala VII<sup>39</sup> se pronunció con fecha 3 de diciembre de 2010.

La misma, al recalcular el monto de condena, por inconstitucionalidad del artículo 15.2 de la Ley 24.557, consideró la actualización dispuesta en el Decreto 1694/09(B.O. 06-11-09), que había modificado el DNU 1278/00.

Al respecto la Sala VII dijo que toda vez que el Decreto 1694/09 tuvo como finalidad “mejorar las prestaciones dinerarias en concepto de incapacidad laboral permanente y muerte, actualizando las compensaciones dinerarias adicionales de pago único, eliminando los topes indemnizatorios para todos los casos y estableciendo pisos por debajo de los cuales no se reconocerá válidamente el monto indemnizatorio (...)”

No soslayó la Sala VII que el decreto en cuestión era posterior a la fecha del deceso del causante (ocurrido el 25 de julio de 1999), y a su vez del DNU 1278/00, al cual modificó, pero admitió que no obraba de impedimento para su aplicación en esa causa. Ello lo sostuvo en el marco de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Arcuri Rojas”, y

---

<sup>38</sup>PGN, 10/11/2008, “Lucca de Hoz, Mirtha L. c. Taddei, Eduardo C. y otros. Accidente-Acción Civil”, L. 515 XLIII

<sup>39</sup>CNAT, Sala VII, SD N° 43032, del 3/12/2010, “Lucca de Hoz, Mirtha L. c. Taddei, Eduardo C. y otro s. Accidente-Acción Civil”

afirmó que “(...) la posibilidad de aplicar la nueva legislación a casos regidos por regímenes anteriores ha sido admitida por esta Corte en Fallos: 308:116 y 883; 310:995; 312:2250 y 316:2054, precedentes en los que se extendió la aplicación de una norma posterior a los casos en que la muerte del causante se había producido con anterioridad a su vigencia” (...)

Esta vez, el segundo pronunciamiento de Cámara fue recurrido por la demandada, quien lo tildó de arbitrario, toda vez que aplicó retroactivamente el Decreto 1694/09, entre otros argumentos.

En un nuevo dictamen de la PGN en la causa “Lucca de Hoz”, de fecha 24 de marzo de 2013<sup>40</sup>, lejos de admitir el cuestionamiento de la aseguradora, consideró pertinente lo resuelto por la Cámara, y expresó:

*“la sentencia recurrida tiene adecuado sustento en las consideraciones de hecho y de derecho, como en la valoración efectuada de la prueba acompañada, por lo que no resulta descalificable en los términos de la excepcional doctrina de la arbitrariedad. Por otra parte, entiendo que el a quo no ha desoído el mandato dado por el Máximo Tribunal tendiente a resolver sobre la insuficiencia de la reparación y la inconstitucionalidad del arto 15 de la ley 24.557. En ese sentido, la instancia anterior ha concluido que el resarcimiento previsto en dicha disposición legal no resulta razonable ni satisface el derecho a una reparación adecuada (cfr. fs. 862). Lo expuesto sigue los lineamientos dados por V.E., sobre la base del dictamen emitido por el Ministerio Público, fundado en los casos Arostegui, Aquino y Díaz (Fallos 331:570, 327:3753, 329:473). A ese respecto, es dable destacar que de los fallos citados se desprende que el derecho a un resarcimiento equitativo encuentra fundamento en el principio general alterum non laedere, de raigambre constitucional y de aplicación a todo el sistema jurídico argentino. En dicha inteligencia, ha sostenido V.E. que la reglamentación que hace el Código Civil, en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y*

---

<sup>40</sup>PGN, 23/03/2014, “Lucca De Hoz Mirta Liliana c. Taddei Eduardo Carlos Y Otro Si Accidente - Acción Civil”, S.e. L. W 115; L. XLVII

*excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (Fallos 308:1118 y 327:3753).”*

En esta oportunidad, la Corte declaró, el 24 de junio de 2014, inadmisibile el recurso extraordinario por el art. 280 del CPCCN, por lo que desestimó la queja y señaló su concordancia con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal”. Es decir, también hizo suyo el argumento antedicho.

Entonces, resulta evidente que en “Espósito”, la Corte hace referencia al pronunciamiento del 17 de agosto de 2010, y la Procuración General, al fallo de la Corte de fecha 24 de junio de 2014, en particular al dictamen del 24 de marzo de 2013, seguido por el Supremo.

Sin embargo, de aquel dictamen al cual adhirió en sus argumentos la Corte, solo destaca que la Procuradora General había descartado la aplicación retroactiva del Decreto 1278/00, sin advertir que al mismo tiempo abrió la puerta para modificar el monto de condena al advertir la irrazonable suma a la que se arribaba con el cálculo del artículo 15 inc. 2. Y que indicó que se debía modificar el monto según “Aquino” y “Arostegui”.

Tampoco mencionó que en el segundo pronunciamiento –en el que también coincidió con lo dictaminado-, se admitió la aplicación retroactiva del Decreto 1694/09, priorizando la razonabilidad del quantum indemnizatorio en procura de *principio general alterum non laedere, de raigambre constitucional y de aplicación a todo el sistema jurídico argentino*.

Y que al considerar como doctrina aplicable la de los fallos “Aquino” y “Arostegui”, incorporaba como pauta interpretativa el mentado Derecho de Progresividad.

Contrariamente, la Corte en “Espósito” sostiene que el artículo 17 inc 5 no puede ser dejado de lado “mediante la dogmática invocación de supuestas razones de justicia y equidad.”

Pretendiendo, a su vez, que el desfasaje indemnizatorio entre la aplicación del decreto 1278/00 y la ley 26773, se soluciona con la aplicación de los intereses

impuestos por la Sala VII de la Cámara de Apelaciones del Trabajo en el fallo, cuando, técnicamente, debe entenderse que el coeficiente RIPTE, y los intereses responden a finalidades distintas como lo vengo sosteniendo.

Al respecto afirmó que: “(...)es un dato no controvertido que las disposiciones de la Ley de Riesgos del Trabajo vigentes al momento del infortunio contemplaban el pago de una prestación dineraria destinada a reparar el daño ocasionado por la incapacidad laboral que el hecho provocó. Prestación a la que, incluso, la cámara le adicionó intereses desde la fecha del accidente en el entendimiento de que, de acuerdo con el "principio general de las obligaciones civiles", los perjuicios sufridos por el actor por no tener a su disposición el capital desde ese momento podían compensarse mediante la imposición de tal tipo de accesorios.

Contrariamente a lo afirmado por el Tribunal Superior, que con “la actualización prevista por el RIPTE, lo que intenta es subsanar de alguna manera la depreciación que sufre el salario del trabajador, a los fines de que la indemnización sea representativa de la capacidad de ganancia perdida con motivo del daño, y la pérdida de valor de lo condenado en sí mismo hasta el momento de recaer decisión final. Es decir, busca comparar a través de sus índices, de qué modo se depreció el salario del trabajador desde el momento que sufrió el siniestro, hasta la fecha en que obtendrá una sentencia.”

“Mientras que por otro lado, los intereses tienen como finalidad el resarcimiento que se debe dar al acreedor por el daño producido, como consecuencia del retraso culpable del deudor, en el cumplimiento de la obligación.”

“De ello, se desprende que la causa y la finalidad que persiguen ambos institutos (intereses y actualización mediante el índice RIPTE), es completamente diferente, con independencia de que la depreciación monetaria que se procura corregir con la actualización, sea una variable para elevar los intereses (justamente, lo que sucede hoy en día, cuando cada visita al mercado lo demuestra).”

“Por lo tanto, ambas figuras no constituyen una sinonimia una de la otra, sino que por el contrario, se

complementan, ya que cada una de ellas, contempla una situación diferente.”

“En consecuencia, considero que al disponerse la aplicación del RIPTE y luego aplicarse la tasa de interés dispuesta por el acta 2601 de esta CNAT, no se configura una doble actualización del crédito.”

“Por dichas razones, considero que morigerar la tasa de interés, no resulta adecuado, y constituye un grave perjuicio para el trabajador, quien tuvo que iniciar un proceso judicial, y esperar el dictado de una sentencia, para poder percibir su crédito. Crédito que destaco, por su carácter alimentario, debe ser protegido.”

Finalmente, destaco otro aspecto llamativo de “Espósito”. Lo que tiene que ver con lo apuntado por la Corte sobre el fallo “Camusso”.

Certeramente, esta jurisprudencia que data del 21 de mayo de 1976, -contemporáneo al fallo plenario “Alegre” de 1971 al que ya hicimos referencia-, dice mucho más que lo señalado, en abierta consonancia interpretativa con el entonces vigente constitucionalismo social, y hasta el actual paradigma de los derechos humanos fundamentales.

Por ello, es altamente enriquecedor conocer las pautas interpretativas allí alcanzadas por la Corte, que gozan de evidente razonabilidad en nuestros días, dentro del marco de la racionalidad normativa vigente.

En efecto, en dicho fallo se decidió que *“la actualización con arreglo a la ley 20.695 de un crédito cuyo importe había sido establecido mediante una sentencia firme, pero estaba pendiente de pago, no implicaba una alteración sustancial de la cosa juzgada que menoscabara las garantías constitucionales de propiedad y de la defensa en juicio.”*

Entre sus argumentos sostuvo que, la actualización del crédito reconocido en una sentencia al momento del pago no implica un riesgo para la seguridad jurídica puesto que *“No existe una modificación sustancial en cuanto al monto del crédito reconocido en la sentencia: la ley establece tan solo la forma en que aquél debe ser calculado hasta el momento del*

*efectivo pago y adecua de una manera más realista la incidencia de la mora del deudor en el cumplimiento de su obligación. No son válidas las disposiciones legales que, sin desconocer la naturaleza de una decisión judicial, sólo actualizan el monto de condena. Lejos de menoscabar la autoridad de la cosa juzgada la salvaguardan, porque salvaguardan su justicia, sin la cual el más íntimo sentido de dicha autoridad, que es su sentido moral, no es concebible.”*

*Prosigue: “Que lo que la cosa juzgada busca fijar definitivamente, no es tanto el texto formal del fallo cuanto la solución real prevista por el juez a través de éste, es decir –en el caso- el resarcimiento íntegro del crédito del acreedor y su inmutabilidad a través de todo el proceso judicial”.*

*Asimismo, se sostiene en “Camusso” que “si la demandada hubiera cumplido debidamente sus obligaciones al tiempo del fallecimiento del empleado, no se habría visto compelida al pago de la indemnización actualizada. En estas condiciones, dependiendo la actualización de la propia conducta discrecional del deudor, resulta inaceptable cualquier planteo de inconstitucionalidad (...) En este momento de proceso inflacionario, es legítimo concluir que el Congreso de la Nación pudo razonablemente disponer la inmediata aplicación de la Ley 20.695 a las causas pendientes, aún en proceso de ejecución de sentencia, a fin de mantener la justa equivalencia de las prestaciones.*

*Por lo demás, quiero señalar algunos tramos del dictamen del PGN en “Camusso”. Sostuvo en 1976 que: “(...) no debe perderse de vista que, en primer lugar, las disposiciones de la ley 20695 vienen a privar al deudor moroso de un beneficio producto de su incumplimiento, cual es el de desobligarse transfiriendo un valor económicamente muy inferior al que hubo de entregar en caso de haber satisfecho en término su obligación. (...) En segundo lugar, si la actualización impuesta (...) altera numérica o nominalmente el monto de condenas firmes, en nada modifica, en cambio, la sustancia jurídica de lo decidido en esos pronunciamientos (...) Por último, es de señalar que el desmedro patrimonial que para el deudor deriva de aquella alteración no reviste, en términos económicos, entidad tal que permita entender configurada*

*lesión esencial a su derecho de propiedad, pues el aumento de la cantidad nominal no hace la deuda más onerosa que en su origen, y, además, la falta de oportuno pago por el empleador habrá permitido a éste no retirar de su giro las sumas que desde un principio adeudaba, las cuales, por tanto, ha podido mantener en su patrimonio con la posibilidad de actualizarlas a través del desarrollo de su actividad empresarial”.*

Insisto, al respecto la Corte nada dice. A *contrario sensu*, consideró que aplicar los beneficios indemnizatorios de la Ley 26773, a fin de actualizar la base salarial de las indemnizaciones, por accidentes laborales y enfermedades profesionales, al tiempo de su percepción efectiva, implica, reitero, “la dogmática invocación de supuestas razones de justicia y equidad”, que en todo caso será compensada con los intereses impuestos.

He aquí el hilo teórico que se renueva cíclicamente, el de las mayorías en los plenarios “Prestigiácomo” y “Villamayor”, el de la opinión del Fiscal General en el dictamen del fallo “Acevedo”, y el criterio de la Corte en “Espósito”. Por el mismo, se pretende que la aplicación del derecho vigente, con debida razonabilidad, obedece a meras “preferencias afectivas, ideológicas”, o meras “afirmaciones dogmáticas”.

### **Conclusiones**

Memoramos que esta obra estuvo lista al mes de ser solicitada, pero el dinamismo jurídico de la Argentina, fundado en la gravedad moral que hace que todo se pueda, aunque no sea válido, llevaba a renovar temas y argumentos.

Así, muchas veces, la realidad nos supera, con tanto vértigo, que no nos deja pensar. Y, cuando lo hacemos, como ahora, vemos esos ocultos hilos teóricos que responden a los mismos intereses de siempre, pero que se van enmascarando.

Recordemos la referida saga de plenarios de la justicia del trabajo, en donde salvo la opinión de honrosas minorías, la intertemporalidad siempre tenía un resultado adverso para los trabajadores, no pudiendo gozar de las mejoras que el derecho les brindaba.

Y, justamente, ya en el último minuto nos encontramos con una decisión de la CSJN en la causa "Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario" (Caso "Muiña"), 3 de mayo de 2017, CSJN", de carácter adjetivo (es decir, que debía responder a la constitución vigente, único reservorio sustantivo), relativa a delitos de lesa humanidad, en donde sus autores no pertenecen precisamente a ese colectivo protegido por los dos últimos paradigmas constitucionales, a quienes sin embargo se les aplica una mejora procesal.

En efecto, la misma se funda en la inveterada interpretación de la intertemporalidad, en beneficio de un sector que no solo carece de la mentada jerarquía protectoria, sino que al así resolver viola garantías constitucionales (artículo 7, párrafo dos in fine del CCCN: "(...) la retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales", ergo, mal puede hacerse por vía de interpretación).

Porque no estamos hablando de condiciones de reclusión, en donde ciertamente TODOS deben ser igualmente protegidos, sino que se cae en la contradicción de que sean delitos imprescriptibles, de carácter permanente, que en un 2 X 1, puedan ser reducidos ("Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad", incorporación con jerarquía constitucional, ley 25778).

Como vemos, en todos los casos y situaciones analizados en el transcurso de este largo año de intentar terminar esta investigación, llegamos a la misma conclusión: la falta de respeto por el esquema constitucional, el desconocimiento de su jerarquía de valores, tanto voluntaria cuanto involuntariamente, por una formación igualmente interesada en la que el derecho sirva a los intereses de turno, y no a los de la comunidad.

Entre estas falacias "académicas", se repite al infinito que no hay jerarquía de valores al interior de la Constitución Nacional (lo que es contradictorio con el cambio de paradigmas constitucionales), como también que el decreto judicial de inconstitucionalidad de las normas, no puede ser oficioso

(cuando es una obligación), y que los fallos de la Corte Suprema son vinculantes, cuando no es así.

Este problema técnico/ fáctico en la interpretación del derecho constituye una secante (punto en común), y lo prueba el hecho de que distintas áreas del derecho exhiben impactos análogos al mismo tiempo. Justamente, en los ámbitos de la realidad más sensibles: DDHHFF por el TERROR DE ESTADO y en el mundo del Trabajo.

En consecuencia, tengo entre mis manos el fallo “Bignone” y lo que acaba de notificarse en esta sala en el voto de la minoría en la causa “Fiorino Augusto Marcelo C/QBE Argentina ART S.A. S/ Accidente-Ley Especial”, del 25 de abril de 2017, donde como parte de esa secante considero útil reproducir aquí los argumentos sobre la no vinculatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como siempre, estos extremos de la realidad jurídica se tocan, el Derecho del Trabajo y el Derecho Penal, donde la realidad es el principio rector (recordemos la afortunada masiva reacción social contra el 2x1, del pasado 10 de mayo de 2017).

A continuación cito los argumentos desarrollados sobre la no vinculatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Suprema, por ser el mayor punto de conexión entre ambos casos:

“Dispuso, de tal suerte, que regresaran las causas a los tribunales de origen, a fin de que se dictasen por quien correspondiese, nuevos pronunciamientos “con arreglo al presente”. En el presente caso, resulta competente la Sala III, la cual presido.

“Ahora bien, resta esclarecer el alcance del concepto “con arreglo al presente”. ¿Qué significa esto? Que descalificado un decisorio por el Máximo Tribunal, cuando el mismo lo deriva a las instancias anteriores, es para que los nuevos jueces de la causa ajusten la decisión a su criterio.”

“Sin embargo, esto solo puede suceder, si este es coincidente con el del nuevo tribunal, dado que los fallos de la CSJN, en un modelo Continental como el argentino, no son

vinculantes. Dicho esto sin omitir la obviedad, del valor ilustrativo de los mismos. Ilustración esta que puede convencer a los jueces que no comparten su criterio, del error en el que se encuentran, o por el contrario, descubrir los mismos amparo en sus posturas, o colaborar con la propia Corte en la modificación de criterios, en la medida que un paradigma constitucional se va asentando y adquiere eficacia.”

“Justamente, me refiero al rol de la Corte que dictara, en aplicación directa del paradigma constitucional de los Derechos Humanos Fundamentales, fallos tales como “Vizzoti”<sup>41</sup>, “Aquino”<sup>42</sup>, “Arcuri Rojas”<sup>43</sup>, entre otros. Lo que sucedía muchos años después de que el mismo entrara en vigencia. Una muestra más, de que la eficacia interpretativa tarda en madurar.”

“La aplicación automática de un criterio de la CSJN, tiene que ver básicamente con la celeridad procesal, en un orden peligroso. Como sostuviéramos en el caso “Acevedo”<sup>44</sup>, la falta de claridad en este tema, provoca el efecto opuesto al *quietus*, no ya con la interpretación sobre las normas, sino sobre el sistema jurídico mismo, dejándolo al albur de los vaivenes políticos.”

“Así, en dicho precedente en el que me pronuncié sobre la inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley 26773, hice referencia a las distintas jerarquías de los órganos que surgen de la Constitución Nacional, como respuesta a lo dictaminado por el Fiscal General. Sostuve que “desde antecedentes clásicos como Montesquieu, se ha desarrollado la doctrina de los frenos y contrapesos (*checks and balances*), la cual estima, como basamento de la teoría y práctica republicana, que los tres poderes del Estado se hallan equilibrados. O, en su defecto, que se controlan entre ellos.”

---

<sup>41</sup>CSJN, “VIZZOTI, CARLOS ALBERTO C/ AMSA S.A. S/DESPIDO”; V. 967. XXXVIII, 14/09/2004. Recordemos aquella afirmación que hiciera la Corte en total consonancia con el paradigma de los Derechos Humanos Fundamentales: “**el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común**”

<sup>42</sup>CSJN, “AQUINO, ISACIO C/ CARGO SERVICIOS INDUSTRIALES S.A. S/ ACCIDENTE LEY 9688”, 21/09/2004

<sup>43</sup>CSJN, “ARCURI ROJAS, ELSA C/ ANSES”. RECURSO DE HECHO, A. 514. XL., 03/11/2009

<sup>44</sup>CNAT, SALA III, S.I. N° 63.585 del 30.6.14 en autos “ACEVEDO, JUAN BARTOLOMÉ C/ ESTANCIA LA REPÚBLICA S.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE – ACCIÓN CIVIL”: Nótese, cómo en este decisorio, precisamente y antes de la entrada en vigencia del Código Nuevo, se aludía a la jerarquía, y al paradigma de los sistemas humanos, como un sistema normativo, una “racionalidad”. Este argumento fue introducido en dicha sentencia, a fin de explicar con mayor claridad a quienes en medios gráficos, criticaban el concepto de la *jerarquía de valores*, mudada con el nuevo paradigma.

“Por tanto, resulta llamativo que, desde el citado dictamen se sostenga la supremacía del Poder Legislativo, afirmando que éste es soberano. En el punto, es obviamente admisible que se trate de un poder relevante, y digno de defensa y preservación en el sentido de su plasmación de, a su vez, la soberanía popular, ya que se ve conformado por el voto directo de la población.”

“Sin embargo, su relevancia y conformación no implica que esté situado, de manera absoluta, por encima de los otros poderes. Es decir, que no resista el control y censura de los demás ya que, por definición, estos controles hacen a la definición misma del sistema republicano.”

“Tampoco tendría sentido, en ese caso, el art. 112 de la Constitución Nacional, ni el control de constitucionalidad, cuya ejecución tienen obligación de efectuar, de manera difusa, los jueces de los diferentes estamentos.”

“No solo ello, sino que la conclusión a la que se arriba resulta aún más llamativa, al tiempo que en el dictamen mismo ante esta causa, ya se advierten posibles consecuencias negativas de realizar una prórroga de jurisdicción a la justicia civil. En el punto se menciona un posible “asombro”, “contradicciones y disputas no sencillas de resolver”, y lo que es más aún, una solución que el mismo Sr. Fiscal General identifica como “inconveniente”.

“Sin embargo, y en plena contradicción con el art. 120 de la Constitución Nacional, donde se enuncia como obligación del Ministerio Público acometer a la actuación de la justicia “en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad”, se establece que los “equivocos” generados por los legisladores no siempre redundan en normas inconstitucionales.”

“Debe resaltarse que, según la razonabilidad y la racionalidad misma del sistema, no es dable menoscabar la facultad que pueden tener los tribunales para articular un control de constitucionalidad, que hace a la defensa de los intereses de la sociedad toda. La Constitución Nacional no puede actuar por sí sola, ya que, si artículos como, gráficamente, el 28 (sobre reglamentación arbitraria de

derechos) o el 36 (sobre qué sucede con las consecuencias emanadas de los golpes de estado) no son puestos en práctica por un tribunal, permanecen lógicamente como letra muerta y pierden su propósito.”

“No nutren esta solución “versaciones dogmáticas”, ni pretensiones de soberanía absoluta por sobre el Poder Legislativo, ni “sensaciones subjetivas”, ni mucho menos “preferencias afectivas” (sic), sino que está apoyada sobre la base de la racionalidad misma del sistema, su *modus operandi*, y los principios fundamentales que lo inspiran. El hecho de que los distintos tribunales se puedan alzar, de manera difusa, y acometer un control de constitucionalidad que garantice la vigencia de los principios contenidos en ese instrumento, y en los tratados internacionales, de jerarquía constitucionalidad, y aplicación obligatoria, no facultativa, redundante en la ejercitación del sistema de frenos y contrapesos, puesto que resulta en la capacidad de ejercicio efectivo de estos controles.”

“Esto es así porque, contrariamente a lo que manifiestan la a quo y el Sr. Fiscal General, el actor ha identificado claramente, y de manera nada dogmática (sujeto a prueba, claro está, ya que en modo alguno se adelanta un resultado), el perjuicio al cual se vería sometido, de acometerse a un traslado de la competencia a la justicia civil.”

“Asimismo, manifesté en aquel precedente, lo que reitero en el presente, que “Si en un modelo como el nuestro, de tipo continental, con control difuso de constitucionalidad, los jueces no hacen su tarea sin temor a molestar al poder de turno, sea cual sea su color político, defendiendo la Constitución Nacional en sus exactos términos, se corre el riesgo de desvirtuar el sistema jurídico mismo.”

“Es decir, convertirlo en la práctica en el referido *Common Law*, donde desde un realismo jurídico (no positivismo, insisto), el derecho es lo que los jueces dicen que es (Holmes, Oliver Wendell Jr., *The path of law*, 10 *Harvard Law Review* 457 (1897); *The path of law and the common law*, Kaplan Publishing, New York, 2009; y la disputa Dworkin-Hart, *La decisión judicial: el debate Dworkin-Hart*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997). Agrego: en clara vinculación, muchas veces, con los designios del Poder Político.”

“Prueba de esto, es que la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha podido dictar en absoluta contradicción, varios fallos. En éstos, lo llamativo es observar cómo, si bien la racionalidad del sistema se mantuvo intacta (existiendo en todos los casos que se mencionan a continuación la Primera Enmienda, sobre libertad de expresión), la Corte varió la resultante fáctica según los intereses del poder político.”

“Solo como ejemplo, en **Dennis v. United States** (1951, bajo la presidencia del demócrata Harry S. Truman, y el imperio de la Comisión de Control sobre actividades subversivas) el acusado había organizado, en pleno macartismo, el partido comunista; por tal accionar, la Corte consideró que existía un **peligro sustancial**, en virtud del cual no importaba la cercanía del éxito de la acción (el hecho de tomar el poder por la fuerza) ni su posibilidad de concreción, de todos modos la acción era tenida por punible; mientras que en **Brandenburg v. Ohio** (1969, durante el mandato del republicano Richard Nixon, a seis meses del asesinato del demócrata Robert Kennedy y a casi seis años del de su hermano, el también demócrata John Fitzgerald Kennedy), se dio el caso de que el Ku Klux Klan pronunciara varios discursos en los que proponía “acometer a la acción” (siendo ésta una organización eminentemente racista, que ya había realizado matanzas, linchamientos y persecuciones); estas acciones, sin embargo, para la Corte no parecieron cumplir con el estándar de “peligro inminente”, siguiendo los vaivenes de la política interior y exterior norteamericana.”

“Asimismo, en el curso de cien años la Corte pudo mantener fijo el mismo criterio que beneficiaba a la clase dominante aún en presencia de una modificación legislativa (affirmative action), **la cual se hizo necesaria en virtud del carácter eufemístico de la enmienda ya existente (14, sobre igualdad).**”

“Así, antes de instalada la *affirmative action* en el universo normativo de la nación, en la causa, se dio el caso **Dred Scott v. Sandford** (1852, durante la presidencia de Millard Fillmore, primero antimasónico y luego whig), en el cual la Corte estadounidense falló que los estados no tenían potestad para decidir sobre la libertad o esclavitud de sus

habitantes, **y en Plessy v. Ferguson** (1896, bajo la presidencia del demócrata Grover Cleveland), en el que se indicó que sectores diferenciados para sentarse en los tranvías no constituían una violación del principio de igualdad, emergente de la ya referida Enmienda 14.”

“Con posterioridad a tal modificación, increíblemente, en **Hopwood v. Texas** (1996, bajo la presidencia del demócrata Bill Clinton), donde la Corte falló en favor de lo que varios estudiantes blancos consideraron una medida discriminatoria: la referida *affirmative action*. Es decir, se apoyó judicialmente su oposición vehemente a la existencia de un cupo mínimo en las facultades a ser ocupado por estudiantes afro-americanos.”

“Con lo cual y resumiendo, fuera cual fuese el contenido normativo, podemos rastrear a lo largo de nada menos que cien años, tantas variaciones judiciales, como fuera necesario hacer para satisfacer el *establishment*. Con lo que queda claro que un sistema jurídico de *common law*, resulta mucho más vulnerable a las presiones del poder, que al imperio del derecho.”

“De tal suerte, que lo que estamos mostrando es que el grado de opinabilidad y de subjetividad en un modelo continental como el nuestro y de control difuso, no tiene la amplitud que se quiere hacer creer, siempre y cuando se respete la racionalidad del sistema. Porque lo que estamos debatiendo en este punto no es “**cómo hacen derecho los operadores jurídicos**”, sino si el derecho habilita esto que hacen.”

“Precisamente, en el caso que nos ocupa, el sistema jurídico no autoriza la ausencia del control de constitucionalidad de oficio, ni tampoco de convencionalidad, ambos, como se sabe, son imperativos, con lo cual no se trata de una intromisión en la labor de otros poderes, **sino de la labor misma del poder Judicial.**”

“En este punto y en extremo vinculado a la racionalidad, o derecho vigente, encuentro un obrar curioso en parte de la comunidad académica del derecho. La cual, como se verá, por un lado sostiene que los tratados internacionales

no integran el derecho vigente, y que este a su vez carece de jerarquías, así como que los principios no son normativos, (todo lo cual tiene por finalidad, precisamente convertir en prácticamente inderrotable al sistema, puesto que marca un camino, que si es violado coloca a quien lo hace claramente fuera del derecho) dado que su derrotabilidad implica dejar librado al intérprete, totalmente la decisión, y que por el otro, en el marco de la universidad pública, investigue la posibilidad de “Un Procedimiento Laboral Formulario” (UBACYT).”

“Va de suyo entonces, que un modelo como el nuestro, que goza además de la riqueza del control difuso de constitucionalidad, en donde varias mentes realizan el análisis del ajuste de las normas a la Constitución Nacional, se convierte en un sistema abierto (leído exactamente desde la cibernética), en donde la entrada constante de energía le permite su lozanía, impidiendo que implosione.”

“En este sentido, dice la CSJN en la causa “Halabi”<sup>45</sup>, en el considerando N° 16 que “es innegable, entonces, que una inteligencia dinámica del texto constitucional, superadora de una concepción pétrea de sus directivas, conlleva la posibilidad de encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir.”

“En esta lógica, ha observado también el Tribunal<sup>46</sup> que la Constitución, “es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. **Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para los que fue dictada la Constitución**” (negrita me pertenece).”

“Pero esto no puede depender de vaivenes interpretativos ni políticos, sino de un pensamiento progresivo y colectivo, en el ajuste de la interpretación a la Constitución por la que se ha jurado. Solo en una contribución mutua, en

---

<sup>45</sup>CSJN, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. s/ ley 25.873, y DR 1563/04 s/amparo ley 16986”, H.270. XLII, Cons. N° 16.

<sup>46</sup> Ibidem 45

donde se respeten las jerarquías normativas, en el marco propio del sistema de independencia judicial, se puede asegurar este aire fresco.”

“Sin ir más lejos, la suscripta, cuando fuera juez de primera instancia (JNT N° 74), dictó Sentencia N° 2252, en la causa “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.s/ despido”, de fecha 27 de abril del 2006 (a casi 12 años de la reforma constitucional del 24 de agosto de 1994), en una interpretación contraria a la dominante, casi de modo absoluto, en todo el espectro de las instancias judiciales, concluyendo que los tickets canasta tenían naturaleza remuneratoria. Sin embargo, tras la revocatoria de la Cámara (esta misma Sala III), sorpresivamente recibió la convalidación de la Corte Suprema<sup>47</sup>.”

“Esta práctica judicial, lejos de conllevar un desconocimiento del rol del Máximo Tribunal de la Nación, no implicó más que el ejercicio de la independencia judicial. Ello, en la sincera convicción intelectual, de que la ley violaba el paradigma constitucional vigente.”

“Reitero, no se trató de un alzamiento contra la Corte, porque no era una figura posible, dado el modelo estructural de no vinculatoriedad de los fallos de la CSJN, así como de control difuso (ergo, oficioso) de constitucionalidad por todos los jueces de las diversas instancias<sup>48</sup>.”

“Como se anticipara, el nuestro no es por cierto ni un modelo de *common law*, ni tampoco uno mixto en sus diferentes variedades: (a) Corte Suprema (o tribunal equivalente) sin vinculatoriedad y Tribunal Constitucional vinculante, con control difuso antes de que se pronuncie, concentrado solo después de que lo ha hecho; b) Corte Suprema (o tribunal equivalente) sin vinculatoriedad, y Tribunal Constitucional vinculante con control concentrado; c) CSJN (o tribunal equivalente) sin vinculatoriedad en todos los temas, a excepción del tema constitucional; d) Lo mismo, agregando

---

<sup>47</sup> JNT N° 74, SD N° 2252, “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A. s/ Despido”, de fecha 27 de abril del 2006.

CNAT, SALA III, SD N° 88171 “Pérez, Aníbal Raúl C/ Disco S.A. S/ Despido.”, de fecha 10 de octubre de 2006.

CSJN, “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.S/Despido”, de fecha 1 de septiembre de 2009

CNAT, SALA IV, SD N° 94.383, “Pérez Aníbal Raúl C/ Disco S.A.S/ Despido”, de fecha 30 de octubre de 2009

<sup>48</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario”, Ed. Astrea, 4ª edición actualizada y ampliada, 2002, pág 99. El autor remite a la obra de Vanossi, “Teoría Constitucional”, t. II, pág. 354.

también el tema laboral como en Brasil con las *sumulas* vinculantes en material laboral. Reitero, el nuestro en cambio, es un modelo netamente continental, donde lo resuelto en un caso por la CSJN, es solo obligatorio para ese caso, siempre y cuando no sea un derecho de incidencia colectiva, y su efecto recaiga sobre otros sujetos, de todos modos representados en la causa.”

“Si observamos el fenómeno de la vinculatoriedad de menos a más, el maestro Sagüés nos ilustra, al señalar que por ejemplo en materia de Fallos Plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, la CSJN en autos “Gómez c/ García”, consideró que los planteos de inconstitucionalidad resultaban ajenos a la competencia del tribunal en pleno, convocado en virtud de la ley 18345. Así lo entendió, puesto que de admitirse tal tesis “por esa vía vendría a crear una interpretación general obligatoria de orden constitucional, ajena a las atribuciones naturales del referido tribunal”, y que **“como observa Fenochietto, ni siquiera tiene la propia Corte”**<sup>49</sup> (negrita me pertenece).”

“Justamente, y sin salvedad alguna por la materia de lo debatido, la suscripta ha considerado de inveterado como juez de primera instancia<sup>50</sup>, que el artículo 303 del CPCCN<sup>51</sup>, era una norma inconstitucional (criterio que admitía como factible Sagüés -aunque al parecer no compartía desde la práctica-, y que fue convalidado por la Ley 26.853 al derogar la norma), el que también sostengo en Cámara<sup>52</sup>.”

“A tal fin, justamente, siempre consideré como un argumento central, que era una contradicción que tuvieran los jueces atribuciones de legislador, y que pudieran las Cámaras lo que no podía la propia CSJN<sup>53</sup>.”

“Reitero, ninguna norma del sistema prevé el efecto de cosa juzgada expansiva de los fallos de la Corte, para quien no

---

<sup>49</sup>SAGÜÉS, Néstor Pedro, *“Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario”*, Ed. Astrea, 4ª edición actualizada y ampliada, 2002, pág. 100  
CNAT, SALA III, octubre 9-968 “Jerez, Gabriel c/La Vascongada S.A.”; JA Reseña de Fallos -19632-S, pág. 1018.

<sup>50</sup>JNT Nº 74, SD Nº 2441, “Balmaceda, Mario Héctor c/ Security Consultants Office SRL y otro s/ despido”, de fecha 12 de febrero del 2008.; SD Nº 2709 “Weiss, María Florencia c/ The Media Edge S.A. s/ despido”, de fecha 5 de febrero del 2010, entre otros

<sup>51</sup>Artículo derogado por art. 12 de la Ley Nº 26.853 B.O. 17/5/2013

<sup>52</sup>CNAT, SALA III, SD Nº 93068, “Velasqui, Rubén Teodoro C/ Compañía Industrial Cervecera S.A. S/ Despido”, de fecha 27 de abril de 2012; SD “ARMAS, PABLO MATIAS c/ MCV ARGENTINA S.R.L. Y OTRO s/DESPIDO”, del 29 de febrero de 2016, entre otras.

<sup>53</sup>COUTURE, Eduardo J. *“Estudios de Derecho Procesal Civil”*, Tomo I, “La Constitución y el Proceso Civil”, Ediciones Depalma, Bs. As. 1979).

fue parte del proceso, mientras que el efecto *erga omnes* sí estuvo previsto en la derogada reforma constitucional de 1949.”

“Tanto fue así, que en “Nación Argentina c/Luis E., Bemberg y otros”<sup>54</sup>, se afirmó que “las interpretaciones obligatorias de la Corte son las hechas después de haber entrado en vigencia la Constitución que así lo dispuso”, en clara referencia a la reforma indicada supra.”

“Señala entonces, en concreto Sagüés, que “antes y después de ese tramo (hasta 1949 y desde 1956 en adelante) los magistrados judiciales estarían en libertad de acción para seguir sus convicciones, con relación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”<sup>55</sup>.”

“A lo dicho debemos sumarle dos cosas. La una, el consabido principio general del derecho, de que “donde la ley no distingue, nosotros no debemos hacerlo” (convocado en la disidencia para la apertura del extraordinario en el caso “Davedere”<sup>56</sup>), la segunda, lo normado expresamente por el artículo 16, de la ley 48, en favor de nuestra postura.”

“El mismo reza que: “En los recursos que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón.”

“Es decir, si la CSJN, al dejar sin efecto un decisorio y remitirlo para que otra sala de la misma cámara dicte un pronunciamiento, desea que su postura sea seguida indeclinablemente, debe resolver sobre el fondo. Y si así y todo, le hubiese sido devuelto por no compartir su criterio el nuevo tribunal, deberá directamente ordenar su ejecución.”

“Aquí, el juez de la instancia inferior, no puede hacer otra cosa que asegurar que la causa llegue a primera instancia

---

<sup>54</sup>CSJN fallos 218-812

<sup>55</sup>ib 49

<sup>56</sup>CSJN, “Daverede, Ana M. c/Mediconex S.A. y otros S/ Despido”, del 29 de mayo de 2007. Fallo comentado: “Responsabilidad de socios y funcionarios”, Cañal, Diana, LA LEY 04/10/2007, 04/10/2007, 5 - LA LEY2007-E, 658 - DT2007 (noviembre), 1193

para llevar adelante la referida ejecución, ya ordenada por la CSJN, porque se encuentra definitivamente resuelta.”

“En hipótesis de este tipo, la Corte cierra los grifos, emitiendo un pronunciamiento sin pedir nueva decisión en función del criterio esbozado en otra causa. Como este puede ser disidente, resuelve de manera completa, y manda ejecutar.”

“Sin embargo, estos temas se han presentado muy confusos para la jurisprudencia de la propia Corte (no debemos olvidar el carácter adjetivo de la Ley 48<sup>57</sup>, que podría estar sujeto a revisión si se interpretase que viola el esquema sustantivo en materia de independencia judicial, emergente de la CN), la que se ha manifestado de manera “zigzagueante” (calificativo que, por lo claro, tomo de otros párrafos del referido libro de Sagüés), en uno y en otro sentido.”

“En favor de esta, mi postura, se manifestó la Corte en “Ferrocarril del Sud c/ Pedro II Draque y Cía”<sup>58</sup> y, en “Jorge Antonio”<sup>59</sup>. Puntualmente, en “Lopardo”<sup>60</sup>, considerando 7, sostuvo expresamente que se debe “(...) reconocer y hacer respetar el poder jurisdiccional que la misma Constitución ha otorgado a los tribunales inferiores, en tanto lo ejerzan razonablemente y dentro de las esfera de sus respectivas competencias, aunque sus decisiones en materias que le son propias no concuerden con precedentes de esta Corte”.

“Ver, asimismo, el debate plenario de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata<sup>61</sup>, en particular el voto del Dr. Nogueira, quien reitera lo que ya expresara, relativo a que “la única vez que tuvo fundamento la obligatoriedad de la jurisprudencia fue establecida por el artículo 95 de la Constitución de 1949. Dicha norma disponía, al final, que “(...)

---

<sup>57</sup>Ibidem 48

, págs. 470/473

<sup>58</sup>CSJN, Fallos 131-109, 131:105

<sup>59</sup> CSJN, Fallos 263-255

<sup>60</sup> CSJN, Fallos 304:1489

<sup>61</sup>CFALP, Fallo Plenario en autos “Claro, Abel Ángel c/ U.N.L.P. s/ revocación de acto administrativo”, en el que se ha convocado a Acuerdo Plenario a los fines del art. 297 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación respecto de la cuestión a decidir: “¿ A influjo del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “ROCHETEAU Jorge Eric y otros c/ Universidad Nacional de La Plata s/ impugnación de acto administrativo” del 8/5/12 debe dejarse sin efecto la doctrina plenaria sentada por esta Cámara en autos “Umek, Lidia María c/ Universidad Nacional de La Plata s/ impugnación de acto administrativo” del 15/03/11 (\*)?”. El Tribunal resolvió con los alcances del voto de la mayoría integrada por los doctores Reboredo, Pacilio, Vallefín y Compared y los del voto del doctor Schiffrin debe dejarse sin efecto la doctrina plenaria sentada por esta Cámara en autos “Umek, Lidia María c/ Universidad Nacional de La Plata s/ impugnación de acto administrativo” del 15/03/11. NOTA (\*): obra publicado en el sitio [www.pjn.gov.ar/Fueros Federales/Justicia Federal La Plata/Fallos Plenarios \(FP.11\)](http://www.pjn.gov.ar/Fueros Federales/Justicia Federal La Plata/Fallos Plenarios (FP.11). PODER JUDICIAL DE LA NACION En la ciudad de La Plata, a los 16 días del mes de abril del año dos mil trece. http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00002/00062009.Pdf). PODER JUDICIAL DE LA NACION En la ciudad de La Plata, a los 16 días del mes de abril del año dos mil trece. <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00002/00062009.Pdf>

Una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinarios y de casación, y para obtener la revisión de la jurisprudencia”. “Esta norma, sin embargo, nunca llegó a reglamentarse y, por lo demás, la Constitución fue derogada. Dado el estado de la cuestión, la “unidad de la jurisprudencia” que actualmente rige por delegación prohibida de ley y que no deriva expresa o implícitamente de la Constitución Nacional, o sea, de un órgano constitucional superior establecido por ella (Corte de Casación Nacional), carece de base normativa superior”.”

“Concluye que “ningún tribunal en nuestro país – incluida la Corte Suprema de la Nación- puede imponer la obligatoriedad de una interpretación de la ley dictada en un caso concreto. La pretendida “obligación”, no es constitucional (Núñez, Ricardo C. “El origen de la ley y la garantía de legalidad”, Revista La ley 54, pg.305; Sartorio, José, “La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad. Revista La ley, 96, pág.799).”

“He dejado para el final, el demoledor fallo de la CSJN, dictado in re “Nación Argentina c/ Luis E, Bermberg y otros “<sup>62</sup>, que destaca como se viera, que la regla de la vinculatoriedad no se encuentra vigente.”

“Este argumento, que hace a la racionalidad del sistema, es decir al derecho vigente en fondo y forma, es el que más me convence. Precisamente por aportar seguridad jurídica, que es el valor tanpreciado que ofrece un sistema continental, donde el juez se debe por entero al marco normativo siempre y cuando resulte conforme a la Constitución, impidiendo vaivenes interpretativos que, de existir, quedarán por fuera del derecho.”

“En este sentido, el derecho sustantivo de defensa en juicio (art.18 CN) se vería violentado por una norma de forma (o por la práctica en ese sentido), que previera la vinculatoriedad de los fallos *erga omnes*, abandonando el efecto *inter partes*, en razón de que el decisorio alcanzaría a quien no fue oído en el proceso.”

---

<sup>62</sup>CSJN fallos 218-812

“Esto, sí puede suceder y es una consecuencia necesaria, en virtud de lo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional reformada, segundo párrafo, conocido como acciones colectivas o de clase (denominaciones sobre las que no existe un acuerdo cabal).”

“Precisamente con este último aporte argumental, viene entonces a sumarse en favor de nuestra postura, una distinción formulada por la propia CSJN en el ya convocado caso “Halabi”.”

“Sintéticamente, recordemos que se trata del amparo interpuesto por el profesor y abogado Ernesto Halabi, tachando como inconstitucional la ley 25873 y su decreto reglamentario 1563/04, en la consideración de que sus disposiciones vulneraban las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la CN, al autorizar la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet, sin que una ley determinara en qué casos y con qué justificativos podía hacerse.”

“Sin entrar en mayores detalles que no vienen al caso, sí es relevante para el presente, tener en consideración que uno de los ejes de la discusión fue que al confirmar la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal la declaración de inconstitucionalidad de las normas en crisis hecha por la primera instancia, concluyó que la legitimación del actor “no excluía la incidencia colectiva de la afectación a la luz del segundo párrafo del artículo 43 de la CN, por lo que la sentencia dictada en tales condiciones debía “aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio”.”

“Con lo cual, al interponer su recurso extraordinario el Estado Nacional, cuestionando la inteligencia que cabe atribuir a la cláusula del artículo 43 de la CN, reabrió a nivel de la Corte el debate acerca de la posibilidad de que un decisorio tenga alcance *erga omnes*, excepcionalmente, si la naturaleza del derecho debatido tenía incidencia colectiva.”

“Memoremos lo que textualmente dice la Corte en el Considerando 10, al establecer el criterio general, en el mismo sentido de los lineamientos hasta aquí esbozados. A saber: “que la regla general en materia de legitimación, es que los

derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural (...)"

"En el Considerando 11 nos dice "que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art.43 CN) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado (...) Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponda al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular". "

"Más adelante, sintetiza que la CN "admite en el segundo párrafo del artículo 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados."

"En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea". Aclara, que en esos casos "hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño".

"Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase, en el ámbito específico que es objeto de esta Litis."

“Todo lo dicho, refrenda la hipótesis de que ninguna norma del sistema habilita la inteligencia de que los fallos de la CSJN son vinculantes para quienes no fueron parte del proceso. Y, por cierto, no nos encontramos tampoco ante una acción de clase, con lo cual este Tribunal no se encuentra obligado a fallar, según mi voto, en sentido contrario de lo que ha sido su interpretación habitual del tema, y sin que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Más Alto Tribunal permita dudar en torno de ese criterio.”

“Lo dicho, desde el aspecto normativo, me convence de la pertinencia de que el dictado de este nuevo pronunciamiento, debe realizarse con el debido respeto a la opinión del Alto Tribunal, que en este caso no comparto, y que por lo tanto impide un pronunciamiento “con arreglo” a la misma.”

“A tal fin, fundamento seguidamente la razón del desacuerdo, debida ab initio en el acuerdo con la opinión emitida por los jueces de la Sala VII.”

“Finalmente, considero pertinente recordar, que en causas de esta especie, cuando lo que se discute no es la suerte de todo lo declarado pertinente, sino solo de una porción (en la especie, las mejoras de la Ley de Riesgos), no es un argumento prudente afirmar que se adhiere al criterio de la Corte por celeridad procesal. Bien puede el requirente, recurrir a la ejecución parcial, siguiendo la causa su trámite. De manera que esto queda a criterio del justiciable, no de los jueces, obligados a respetar el derecho.”

“No lo es tampoco, porque nunca se sabe si no existe la posibilidad de que un criterio fijado por el Máximo Tribunal, no pueda ser luego modificado (el ya citado fallo “Pérez c/ Disco”, es una muestra). En todo caso, se contribuye a repensar el derecho y su debido ajuste al paradigma, hasta lograr su plena eficacia, precisamente lo que requieren los Tratados Humanos de Derechos Fundamentales con jerarquía constitucional, incorporados por la mentada reforma constitucional de 1994, en el artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna<sup>63</sup>.”

---

<sup>63</sup> Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional ([http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=63](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=63))

“Luego, porque mal puede el juzgador dejar a salvo un criterio y compartir lo que no comparte. Es una reflexión peligrosa, que se encuentra muy cerca del prevaricato.”

“Y finalmente, esto tampoco puede hacerse por una suerte de vinculatoriedad moral, porque en un modelo como el nuestro, el juez solo está obligado al respeto de la CN, por la que ha jurado. Y esto no implica falta de respeto alguno, sino ejercicio de la judicatura.”

“Convoco en este punto, una vez más al voto del Dr. Nogueira<sup>64</sup>, donde afirma que: “La dependencia de los jueces en el orden material, moral o funcional de los poderes públicos o de hecho, hace que desaparezca el poder de “decir el derecho”, arraigado a la tradición jurídica del sistema nacional. Me explico: en la perspectiva individual del “órgano-persona” se alcanzaría la disminución de ella cuando el juez permite que le aprese la telaraña de las jerarquías e influencias y abdique de su discernimiento y autonomía, o sea, de sus deberes inmanentes, que le lleva a quedar sojuzgado a “las sentencias por imperio” y a permitir la involución autoritaria enmarcada en los residuos del centralismo vertical de las estructuras político-administrativas absolutistas. Si ello aconteciera, patéticamente los jueces dejarían de ser jueces; serían sólo funcionarios obedientes a una jerarquía e influencia que suprime su conciencia moral e intelectual. Entiéndase, nada ni nadie puede obturar el libre ejercicio de su función judicial y sus atribuciones intrínsecas. A los jueces se les ha dado “(...) la atribución exclusiva de juzgar, no la de *legislar*, ni por vía de interpretación [...] Los jueces no pueden aumentar ni disminuir su jurisdicción y su competencia” (BIELSA, Rafael. *Los recursos judiciales y los actos de autoridad. Garantías*

---

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Declaración Universal de Derechos Humanos

Ley 23054 – Convención Americana sobre Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica

Ley 23313 – Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo

Decreto-Ley 6286/56 – Convención para la Prevención y sanción del Delito de Genocidio

Ley 17722 – Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial

Ley 23179 – Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

Ley 23338 – Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles Inhumanos o Degradantes

Ley 23849 – Convención sobre los Derechos del Niño

Ley 24556 – Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

Ley 24584 – Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad

Ley 26378 – Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

<sup>64</sup>Ibidem 61

*constitucionales y su protección legal*. Rev. La Ley 94, pp. 840 y 842).”

“La CSJN no ha dudado, históricamente en sus diversas integraciones, en que los efectos de los fallos son *inter partes*, en clara alusión al derecho de defensa en juicio y a su consecuencia necesaria, el acceso a la justicia, y su derivado final: la seguridad jurídica.”

“Digo así, porque seguridad jurídica, no es estrictamente conocer cuál es la regla interpretativa del tribunal, aún sin haber escuchado a la parte, sino la sujeción de los jueces al derecho vigente, y que en caso de considerar quien no fue parte de un proceso que un derecho de raigambre constitucional se ha visto conculcado, que esos mismos jueces resolverán en su caso, resultando posible que sea en un sentido diferente.”

### **Corolario**

Me he permitido este aporte argumental en torno a la no vinculatoriedad de los fallos de la Corte (y la inconstitucionalidad de oficio entre otros temas, que atañen al derecho todo) en este cierre, en la inteligencia de que como docentes universitarios y jueces, tenemos muchos de nosotros, la obligación de extremar la investigación en el análisis objetivo de las estructuras normativas para evitar que los vaivenes políticos, las cobardías personales y la vanidad, nos aparten de la labor que nos ha tocado desempeñar: MOSTRAR SINCERAMENTE QUE ES LO QUE EL DERECHO DICE, Y EN SU CONSECUENCIA APLICARLO.