

Expediente nro. 8.595/2.013

SENTENCIA INTERLOCUTORIA Nº 62.970 CAUSA Nº 8595/2013 “ASTUDILLO, WALTER GUSTAVO C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE-ACCIÓN CIVIL” - JUZGADO Nº 30-.

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 28.06.2013 reunidos en la Sala de Acuerdos los señores miembros integrantes de este Tribunal, a fin de considerar el recurso deducido contra la sentencia apelada, se procede a oír las opiniones de los presentes en el orden de sorteo practicado al efecto, resultando así la siguiente exposición de fundamentos y votación.

La doctora Diana Regina Cañal dijo:

Contra el auto de la primera instancia de fs 25/26, se alza la parte actora a fs. 27/28.

El a quo se pronunció desestimando el planteo de inconstitucionalidad del artículo 46 de la LRT, pues entiende que el reclamo de las prestaciones médicas y dinerarias que surgen de la aplicación de la Ley 24.557, debe realizarse en el Fuero Federal de la Seguridad Social como lo prevé dicha ley.

Asimismo declaró, apartándose del dictamen fiscal, la incompetencia de la Justicia Nacional del Trabajo para entender en la presente acción que reclama la indemnización por daños y perjuicios y daño moral, con fundamento en la normativa civil, en función de lo dispuesto en la ley 24.557, y la ley 26.773, ordenando el archivo de la causa.

Previo al tratamiento de la cuestión debatida, en torno a la competencia, me expediré sobre la formalidad del recurso presentado por el actor.

En la vista conferida, el Fiscal de la segunda instancia dictaminó a fs. 36, que la parte actora no interpuso un recurso materialmente admisible, y que por ende, debería considerarse firme la decisión de la primera instancia a fs 27/28.

Sin embargo, observo que el Sr. Magistrado de la primera instancia entendió que el escrito presentado revestía tal carácter, concediendo la apelación a fs. 32.

Así, vale recalcar que en el marco actual del paradigma de los Derechos Humanos Fundamentales (art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), el acceso a la justicia es considerado un derecho prioritario, pues es el que asegura el ejercicio eficaz del resto de las prerrogativas.

Este, es un marco normativo superador del constitucionalismo social, no solo el aspecto adjetivo del derecho (carácter que sin duda alguna, tiñe al derecho procesal) es el principal protagonista, como instrumento asegurador del acceso a la justicia de quienes se encuentran en peores condiciones (principio pro homine e in dubio pro operario), sino también la eficacia del derecho.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha desarrollado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales. En tal sentido, “la obligación de los Estados no es sólo negativa -de no impedir el acceso a esos recursos- sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos. A tal efecto, **los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la**

USO OFICIAL

Expediente nro. 8.595/2.013

justicia” -<http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accesodesci-ii.sp.htm>-
(la negrita nos pertenece).

Desde esta lógica normativa, debe además observarse, que este es un caso particular, donde está en juego la salud de un trabajador. Por ello, el rigorismo formal debe ceder en una interpretación más beneficiosa para este sujeto de preferente tutela.

No comparto en el punto la exégesis del Fiscal General, toda vez que le encuentro asidero lógico que tanto el juzgador cuanto el fiscal de la primera instancia, interpretasen que el escrito de fs. 27/28, no podían tener otro destinatario que los jueces de esta Cámara. Y que, en consecuencia, estamos ante un recurso.

Mucho más es posible llegar a esta conclusión si obligados como estamos a hacerlo, analizamos el sentido del recurso.

De otro modo, por una simple falla formal, caeríamos en la tan vedada denegatoria de acceso a la justicia.

En tal escrito recursivo, la parte expresó que su pretensión se respaldaba en el principio del juez natural, y que según el artículo 20 de la Ley de Ordenamiento Laboral, es el juez laboral el que debe entender en todas las causas vinculadas a un contrato de trabajo aunque se funden en disposiciones de derecho civil.

Asimismo, mencionó que si bien su reclamo es en el marco de la normativa civil, subsidiariamente reclama las prestaciones de la Ley 24557, con lo cual, si un juez civil fuese el juzgador, y este entendiera que no están configurados los presupuestos de atribución de responsabilidad civil “debería abocarse a tratar la petición de las prestaciones dinerarias sistémicas de la LRT para la que no tiene competencia (...)”

Finalmente, expresó que la 26773 no establece la aplicación retroactiva, indicando que la Cámara se “expidió históricamente (...) reivindicando su competencia para intervenir en los infortunios laborales ocurridos con anterioridad a la sanción de normas que reformaban parcialmente el texto vigente, en el caso de la Ley 9688, sentando una doctrina pacífica y reiterada”. En tal sentido, el actor manifestó que los síntomas de la enfermedad denunciada, fueron antes de la reforma de la Ley de Riesgos del Trabajo –accidente del día 2 de septiembre de 2011-.

Citó fallos plenarios números 225, y 277, y el Dictamen Fiscal nro. 56.350 del 08 de febrero de 2.013 de la causa “Virgilli, Darío E. c/ Federación Patronal Seguros SA s/ Accidente- Acción Civil”, a fin de avalar su postura.

A los fines de resolver el presente recurso, haré un breve relato de los hechos.

El actor dijo que ingresó a trabajar para Marcelo Horacio Calderón, dedicado al rubro alimentación, el 26 de agosto de 2008. Allí cumplía tareas múltiples de 4 a 13 horas, percibiendo una remuneración de \$ 3800 (pesos tres mil ochocientos).

Siendo las 6:20 horas (AM), del día 2 de septiembre de 2011, sufrió un accidente durante la prestación de tareas, en su lugar de trabajo. El mismo se produjo mientras circulaba por una rampa – “que tiene hielo y agua”-, cargando dos baldes pesados con pollos, pesados, allí resbaló y cayó, provocándose un traumatismo en su hombro izquierdo.

Expediente nro. 8.595/2.013

En vistas de lo antedicho, e ingresando al análisis del planteo, cuando la nueva ley de accidentes (26.773), modifica el régimen de competencia en su artículo cuarto (complementado con el artículo 17 inciso 2), introduce escozor y desconcierto en el ámbito laboral.

Por un lado, porque a la inversa de lo que sucedía con su predecesora (cuya vigencia se mantiene, dado que la complementa, ver art. 1 in fine), no se veda el acceso a la acción con fundamento en el derecho civil.

En efecto, en el régimen de la 24557, solo era factible la vía del artículo 1113 del Código Civil en la hipótesis de dolo (de allí la retahíla de inconstitucionalidades sobre el artículo 39 inciso primero de la LRT, que culminara con el dictado de “Aquino”, CSJN del 21.09.04).

Hoy, en cambio, la vía queda expedita creando una acción nueva de derecho común, a costa de la pérdida del juez natural: se desplaza la competencia hacia el juez civil, quien además queda obligado a aplicar el derecho de fondo y de forma de su especialidad, y a interpretar de conformidad con los principios “correspondientes al derecho civil” (art.4 in fine y 17 inciso 2).

Por el otro, porque se reinstala el omnipresente problema del aspecto temporal, a fin de determinar cuáles reclamos caen bajo el periodo de vigencia de la nueva ley.

La ley 26773, rige plenamente desde el octavo día de su publicación. Es decir, que está vigente desde el 4 de diciembre de 2012, en virtud de no contar con norma alguna de aplicación inmediata. Lo que de todos modos no obstaculiza a que algunas normas de tipo adjetivo contenidas en la ley, sí resulten inmediatamente aplicables, aún por hechos anteriores.

Así lo entendieron por ejemplo, la Cámara de Trabajo de Córdoba, Sala X, el 21/12/12, in re “Martín, Pablo Darío c/ Mapfre ART S.A. s/accidente”, en la hipótesis del RIPTE (art.17, inc.6 de la nueva ley) y de la indemnización adicional de pago único (art.3 in fine, ib), la que a su vez remite al decisorio de su par mendocina, sala VII, in re “Godoy, Diego Maximiliano c/Mapfre Argentina, del 12/11/12”. Otro tanto, hizo la Sala VII, de la Cámara cordobesa in re “Ludueña, Prudencia Beatriz, c/ Asociarte ART S.A., el 15/3/13”, y la misma sala el 15/4/13, in re “Granero, Francisco José c/ Consolidar ART S.A.”, así como la Sala III, de igual jurisdicción, in re “Torres, Manuel Rodolfo c/ La Segunda ART S.A.”, del 4/3/13”.

En estos precedentes, se manejó el argumento capital de que, resolver de otro modo, implicaría violar lo normado por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, así como el 2.1 del PIDESC (a lo que personalmente agregaría toda la normativa nacional e internacional sobre discriminación), en la inteligencia de que se generaría una discriminación entre los propios trabajadores, quedando en mejor situación quienes se accidenten luego de la entrada en vigencia de la ley que los anteriores.

En el mismo sentido, la Justicia Nacional, el Juzgado Nacional del Trabajo N° 58, Sentencia 5.393 del 24/2/13, in re “Camargo, Roberto Adrián c/Mapfre Argentina ART SA y otro s/accidente, acción civil”), y S. D. N° 93.565 del 31.05.13, in re “Pisera, Juan Manuel c/ Euterna SA y otro s/ despido del registro de esta Sala III).

Súmase como argumento justificativo de la aplicabilidad inmediata por el carácter adjetivo, que se trata de mejoras en la situación del trabajador, por imperio del artículo 9 de la LCT y del principio de progresividad.

Expediente nro. 8.595/2.013

En este punto, es donde se nos parte la cabeza en relación con la competencia. Porque, ¿cómo podría ser más beneficioso para el trabajador sacarlo del juez natural, desplazándolo hacia otro fuero en donde, además, no se aplicarán los principios del derecho del Trabajo?

Bueno, ciertamente se ha querido que esto sea así, sin un justificativo en tal sentido.

Sin embargo, cabe reconocer que el Fiscal General brindó una respuesta que permite liminarmente, sortear el escollo.

Me refiero al argumento de que se trata de una acción nueva, con lo cual no podría regir la aplicación inmediata en casos donde los accidentes sean previos a la vigencia de la ley, puesto que el principio de aplicación inmediata rige “en tanto y en cuanto el derecho al que se aplica la nueva norma procesal hubiese existido con anterioridad a la creación de ésta, y no en aquellos casos, como el que nos reúne, en los cuales la misma ley prevé una acción que no existía y le prescribe un trámite específico” (dictamen 56.350, del 6/2/13, in re “Virgilli, Darío Ernesto c/ Federación Patronal Seguros S.A. y otros s/accidente-acción civil, CNAT”, criterio compartido no por unanimidad, en el decisorio de la Sala V, S.I. Nº 29.740, del 18/4/13, el que también fue sostenido por la Sala IX, S.I. 13.790, del 25/3/13, in re “Mendoza, Jorge Luis c/ Bruno, Gerardo Reinaldo y otro s/accidente, acción civil”, y por la Sala II, S.I. 63.509, del 21/3/13, in re “Sanabria, Gustavo Adolfo c/ Los Constituyentes SAT y otro s/ despido”).

De modo que acaecido un accidente en vigencia de la 26773, no cabe duda de que es la ley aplicable, no así si se trata de un evento anterior.

En el punto, es también interesante reflexionar qué sucede, si la norma que se invoca es el artículo 75 de la LCT. Pues aquí, más allá de todo otro fundamento normativo, este es suficiente para fijar indudablemente la competencia en nuestro fuero (CNAT, Sala VI S.I. Nº 35.435 del 22.04.13, in re “Medina, Celia Sofía c/ Mapfre Argentina S.A. y otro s/ accidente-acción civil; Sala X, S.I. 20.954, in re “Báez Coria, Aarón Abraham c/ Paseo La Vaca SA y otro s/ accidente acción civil).

Ahora bien, más allá de los atajos conceptuales, ¿qué pasa si estamos ante un reclamo que indudablemente, caiga dentro del período de vigencia de la nueva ley? Esto nos lleva de lleno al tema del desplazamiento de la competencia hacia la justicia civil, así como la imposición de normas y pautas interpretativas, exclusivamente civilistas.

Pues bien, antes que nada, no debemos olvidar que hoy por hoy y desde 1994, el paradigma normativo vigente (o la racionalidad del sistema, que es lo mismo), no es otro que el de los derechos humanos fundamentales. Con lo cual, si se albergasen dudas (porque de hecho, no todos los jueces han concluido del mismo modo), lo que habrá de zanjar la disputa interpretativa ha de ser el obligado control de convencionalidad (ver CSJN, in re “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otro c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, del 27/11/12).

Puntualmente, este Tribunal nos ha dicho en “Álvarez, Maximiliano y otro c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, A. 1023, XLIII, que “el decidido impulso hacia la **progresividad** en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art.2,1), sumado al **principio pro homine**, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Cardozo, Fallos 329:2265, 2272/2273, y Madorrán, cit. p 2004). Y esta pauta se impone aún con

Expediente nro. 8.595/2.013

USO OFICIAL

mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (Madorrán, cit. p.2004). Ya en el precedente Berçaitz, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, “concordante con la doctrina universal”; el “principio de favorabilidad” (Fallos: 289:430, 437; asimismo; Fallos: 293:26,27)."

De modo que, al pasar por dicho control, deberíamos poder establecer si es constitucional la norma que aparta del juez natural al trabajador que sufre un accidente, y escoge la habilitada vía del derecho civil. A tales efectos, debemos tener en cuenta el Informe presentado por los diputados firmantes del dictamen de minoría, en donde se sostuvo que “claramente, el limitar el acceso a la justicia al establecer opciones excluyentes entre ambos regímenes (de la ley y la reparación plena) es inconstitucional. Ello, en razón de que al establecer un régimen absolutamente tarifario y sin tener en cuenta el principio *alterum non laedere* atenta contra el artículo 16 de la Constitución Nacional. Incluso propios autores civilistas repulsan tal tarifación extrema que restringe el acceso a la justicia lo han hecho en los siguientes términos; ‘...es sin duda un sometimiento del derecho de los más débiles a las pretensiones económicas de los más poderosos, lo que es contrario a todo criterio de justicia. Se sacrifica el principio a favor del ser humano (*pro homine*) invocando razones como la previsibilidad de los costos, como si el ser humano fuera una cosa más, y no la razón de ser del sistema jurídico...Es el hombre el que constituye la sociedad, las empresas, la Nación, sin él nada hay en estas instituciones; es al hombre al que se debe proteger...Lo primero que se debe preservar en la sociedad es la vida y la salud de los hombres que la integran, y en el caso de ser dañados en su salud o, lo que es peor, muerto por algún accidente, el daño debe ser reparado por la norma especial o común según cuál sea la más beneficiosa para la víctima o sus derechohabientes’ (Trigo Represas, Félix A., López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, T II, p. 926, La Ley, Buenos Aires, 2004)”.

Del mismo modo, en la exposición de motivos de la ley en estudio se sostuvo que “por otra parte sigo entendiendo que es la Justicia del Trabajo la que debe intervenir. Obsérvese que la propia norma que estamos analizando cuando establece el cúmulo en el caso de dolo del empleador –artículo 1072 del Código Civil– no dispone la competencia en la Justicia Civil, sino en la del Trabajo. Por eso debemos tener cuidado con ello, más allá de lo que dispone, por ejemplo, no solamente el inciso 22 del artículo 75 de nuestra Constitución Nacional, sino también el artículo 36 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada en Bogotá en 1948, que establece que en cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para lograr una rápida solución” (Antecedentes Parlamentarios, ley 26773, N° 10, noviembre de 2012, La Ley, pág. 286, ap. 258).

Y si precisamente por esta última razón, no se viola “la garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos” (CSJN, Q.64.XLVI, “Recurso de hecho q.c.s.y.c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, del 25/4/12). Máxime cuando, no solo se desplaza la competencia, sino que se agrava la medida al disponer que el juez civil deberá aplicar el derecho sustantivo y adjetivo de “su” especialidad, así como los principios interpretativos de la misma.

De manera que la solución, habremos de encontrarla en el juego entablado entre tres principios centrales del paradigma vigente: 1) El del debido proceso, que implica la existencia de un juez natural, 2) el *pro homine* y su necesaria consecuencia, 3) el principio de progresividad.

Expediente nro. 8.595/2.013

Antes de adentrarnos en su análisis, vale aclarar qué es un principio. Entenderé por tal a una norma jurídica, integrada por la conducta descripta (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 “Vizotti”, 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 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), quien 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, pues en ese plano es en el que se encuentra (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.

Expediente nro. 8.595/2.013

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*.

Y esto, ¿qué tiene que ver con la ley de accidentes? Pues se vincula con lo que considero la evidente inconstitucionalidad en este nuevo paradigma (derecho vigente, que los positivistas, en particular, no podrían dejar de advertir dada su especial mirada sobre el derecho) del artículo 4 (y su complemento, el artículo 17, inc 2) que al crear la acción civil, prevé que sea el juez con competencia en esa materia quien atienda la cuestión. Y más aún, aplicando las normas de fondo, de forma y los principios del derecho civil.

Es desasosegante la oscuridad del legislador en el punto, que ha dejado de ver uno de los poquísimos puntos cero (quiero decir con esto, aspectos de acuerdo **total** entre diversas corrientes doctrinarias, ideológicas, políticas), que brinda el Derecho del Trabajo, siempre cruzado por las disputas. Me refiero a la **desigualdad** entre los contratantes.

El desacuerdo solo perdura en torno a la medida de esa desigualdad, y a si la misma desaparece en el área colectiva (lo que por cierto, no comparto), pero no en torno a su omnipresencia en la extrema generalidad de los casos. No todos son Bruno Gelber, quien podría tal vez, estar en mejores condiciones de imponer una condición.

El trabajador está “sometido” al empleador, al juego de la oferta y la demanda que se instala en los volubles períodos de escaso, mediano o pleno empleo. A consecuencia de los mismos, se atreverá o no a reclamar lo que necesita, a negociar una renuncia aun cuando no quiera hacerlo, se resistirá a ser testigo en la causa de un compañero, etc. Todos conocemos este dato de la realidad.

De allí que el legislador, en una suerte de *affirmativeaction*, intenta mejorar la posición del que está en peor situación, a través de los principios del Derecho del Trabajo: *in dubio pro operario*, irrenunciabilidad, etc, y la madre de todos ellos: el principio de la **realidad**. Precisamente, la fuente a partir de la cual todos reconocen, derecha e izquierda, la existencia de la diferencia.

Este “mejoramiento” de la posición, es previo a todo proceso judicial, y por lógica, el intérprete deberá tenerlo en cuenta cuando el mismo se produzca.

Quiero decir con ello, que la “mejora” de la posición del trabajador, campea *a priori* con lo cual, ante un juicio sobreviniente (situación *a posteriori*) también debe ser operativo. Puesto que no es real, que por el hecho de que el proceso sea dirigido por el juez, las partes queden automáticamente en estado de igualdad. No existe en el proceso, lo que no existió antes, más allá de la ficción legal.

Recordemos lo que dijimos de los testigos; tengamos también presente las absoluciones de posiciones, en donde por la empresa depone un experto, que no es el caso del trabajador; las veces en que el trabajador no demanda a alguno de sus empleadores en una tercerización, para no quedar marcado en el circuito cerrado del mercado de trabajo de su especialidad, motivo por el cual se resiste a una citación de tercero, etc.

Consecuentemente, el juez debe mirar y guiar el proceso, imbuido de los principios de la especialidad, esos mismos que, por imperio de la nueva ley no resultarían aplicables, si el trabajador opta por la acción civil.

Expediente nro. 8.595/2.013

En cambio en el derecho civil (y no me refiero por cierto al Derecho del Consumidor, tan similar en su suerte al del Trabajo), las partes se presumen iguales en todo momento, y solo cuando sobreviene un hecho que revierte la situación (fuerza mayor, lesión enorme, etc), será dentro del proceso judicial, que el juez invertirá las cargas probatorias en beneficio del que se ha convertido en el más débil, habiendo dejado de ser un igual.

Con lo cual me pregunto, ¿cómo puede el legislador suponer que la desigualdad desaparece por el mero hecho de optar el trabajador por una acción civil, y que estamos ante un ciudadano más, igual a quien lo contrata o lo asegura?. El fuero específico, precisamente, tiene su razón de ser en esa relación despareja, que prevé una especial formación para quien juzga, completamente empapado por los principios de la disciplina.

Con la reforma, aunque quisiera el juez civil aplicar los principios de la especialidad (emulando por cierto al otrora juez comercial, Dr. Javier Fernández Moores, quien al desplazarse las causas laborales hacia el fuero comercial con la ley 24522, las resolvía aplicando los principios del Derecho del Trabajo, III Congreso Argentino de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Mar del Plata – Argentina, 27, 28 y 29 de Noviembre de 1997), no podría, porque le está expresamente vedado. Con lo cual, él también se vería en la necesidad de declarar la referida inconstitucionalidad.

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.

El desplazamiento del trabajador de su juez natural, atrae una serie de perjuicios para el mismo. Evidentemente, se trata de una *discriminación* en tres sentidos, aunque siempre en perjuicio del mismo sujeto.

Por una lado, la que indicáramos precedentemente, al señalar que queda en peor posición quien se accidenta dentro del periodo de vigencia de la ley, que el que lo sufriera antes de ella. Este último sujeto, no solo contará con el beneficio de una pacífica jurisprudencia que le permitirá reclamar por la vía del derecho común, sino que en caso de reclamar en el marco de la antigua ley de riesgos, tendrá derecho a que se le apliquen en su favor, los artículos 17 inc. 6 y 3, de la ley 26.773, por su carácter adjetivo.

Por el otro, porque quien se accidenta dentro de su vigencia, no tendría los beneficios normativos e interpretativos de la disciplina específica, con los que sí cuentan los trabajadores cuando reclaman por otras cuestiones.

En tercer y último lugar, porque como se sigue de lo dicho en el acápite precedente, se pretende una igualdad dentro del proceso civil, cuando ni siquiera la misma existía en el laboral, porque sencillamente en la realidad, el trabajador siempre está en peor situación. De manera que este desplazamiento de juez, normas y principios, no hace más que profundizar la brecha en perjuicio del trabajador.

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 DDHH lo hace desde el derecho clásico, o cuando, e como sucede en la ley 26773, directamente se desplaza al trabajador hacia un proceso

Expediente nro. 8.595/2.013

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. Como sería el caso de la nueva ley, de no desplazarse el artículo 4.

Al respecto, y con la mayor claridad, tiene dicho la Corte Interamericana que “Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. **El Estado no debe crear ‘tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios’**” (Caso LoriBerenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 143, negrita me pertenece).

En el mismo sentido se expidió en el Caso “Aritz Barbera y otros”, “Corte Primera de lo Contencioso Administrativo” Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C Nº 182, párr. 50.

Estas interpretaciones nos permiten conocer cuál es el estado de vigencia de los tratados, de manera que por imperio de los *principio pro homine* y de progresividad, deberemos concluir que al perderse el juez natural, se produce una violación del principio de igualdad y del debido proceso. El mismo no se preserva solo porque el desplazamiento del juez natural opera para el futuro, ni porque no se creen comisiones especiales de juzgamiento.

En efecto, si por imperio de la realidad misma (y ya no lo digo a nivel normativo, sino del suceder cotidiano) la relación del trabajador y su empleador, e inclusive de la ART, no es de pares, el hecho de perder el juez natural con su especial versación, implica invertir la regla del paradigma vigente de los DDHHFF, y que el sujeto especialmente protegido quede a merced del mercado, por pura discrecionalidad estatal (art.18 Constitución Nacional, arts.8 y 25 de la Convención Americana de DDHH).

He aquí un concepto que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha tenido particularmente en cuenta, toda vez que no siempre estamos hablando de jurisdicciones militares.

En efecto, según surge del Resumen Ejecutivo, sobre “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “*hay una relación directa entre la idoneidad de los recursos judiciales disponibles y la posibilidad real de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Sobre el particular, tanto la Corte IDH como la CIDH han comenzado a precisar aquellos elementos que componen el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana respecto a los procedimientos de índole social, que presentan algunas características diferenciales respecto de otros procedimientos criminales o civiles, además de compartir también algunos rasgos comunes*”.

“La Corte ha establecido que **la desigualdad real** entre las partes de un proceso **determina el deber estatal de adoptar todas aquellas medidas que permitan aminorar las carencias que imposibiliten el efectivo resguardo de los**

Expediente nro. 8.595/2.013

propios intereses. *La Comisión Interamericana también ha remarcado, que las particulares circunstancias de un caso, pueden determinar la necesidad de contar con garantías adicionales a las prescritas explícitamente en los instrumentos de derechos humanos, a fin de asegurar un juicio justo. Para la CIDH, esto incluye advertir y reparar toda desventaja real que las partes de un litigio puedan enfrentar, resguardando así el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación”.*

“A su vez, la jurisprudencia del SIDH también se muestra últimamente más firme y asentada a la hora de exigir la efectiva vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos económicos, sociales y culturales en su dimensión individual. En este aspecto, por ejemplo, la Corte IDH ha reconocido la necesidad de que los Estados diseñen e implementen mecanismos jurídicos efectivos de reclamo para la tutela de derechos sociales esenciales, como los derechos de los trabajadores”.

El Sistema Interamericano “ha identificado un principio de igualdad de armas como parte integrante del debido proceso legal, y ha comenzado a delinear estándares con miras a su respeto y garantía. Este principio es sumamente relevante, por cuanto el tipo de relaciones reguladas por los derechos sociales **suelen presentar y presuponer condiciones de desigualdad entre las partes de un conflicto --trabajadores y empleadores--** o entre el beneficiario de un servicio social y el Estado prestador del servicio. Esa desigualdad suele traducirse en desventajas en el marco de los procedimientos judiciales..” (negrita me pertenece”).

USO OFICIAL

Precisamente, ese desfasaje entre empleador y trabajador, o entre ART y trabajador, lo vemos en particular destacado en un aspecto procesal, cual es la gratuidad, que constituye ni más ni menos uno de los aspectos centrales del procedimiento laboral, y que hace realidad el acceso a la justicia. De hecho, que un proceso civil no contará el trabajador, con la garantía de acceso a la justicia que implica la gratuidad. Precisamente, el derecho del trabajo es hijo del Constitucionalismo Social (paradigma anterior al vigente), que con sus normas de corte adjetivo ha facilitado el acceso a la justicia.

En el caso “Cantos” (Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97) la Corte se abocó a decidir, entre otras cuestiones, si el monto que los tribunales argentinos le requerían al peticionario en carácter de tasa de justicia, al habersele negado el acceso a un beneficio de litigar sin gastos, resultaba compatible con los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la CADH. La Corte consideró que se trataba de una hipótesis de “obstrucción al acceso a la justicia, pues no aparecen como razonables, aún cuando la mencionada tasa de justicia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda. Esta Corte considera que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho (...). Este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. **También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales.** Esta última situación se agrava en la medida en que para forzar el pago procedan las autoridades a embargar los bienes del deudor o a quitarle la posibilidad de ejercer el comercio...”.

“Esta disposición de la Convención [8.1] consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que **los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden**

Expediente nro. 8.595/2.013

interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención...” (negrita me pertenece).

De tal suerte, la CIDH consideró violados los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Resumen Ejecutivo, sobre “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), lo que claramente sucedería con el trabajador que decidiera reclamar por la vía civil.

A la luz de todas estas interpretaciones, es evidente que el artículo 4 de la ley 26773, al desplazar la competencia sin justificativo alguno, colocando en peor situación al trabajador que ni siquiera será sometido a un proceso bajo los principios y reglas específicos del derecho laboral, viola el principio *pro homine* y resulta regresivo.

Asimismo, y no como un tema menor, destacamos que el juez de Primera Instancia ha realizado una ponderación sobre la constitucionalidad de una norma que se debate en el sub lite y, sin embargo, se declaró incompetente. En tal sentido, ya se ha expedido este Tribunal al decidir en los autos “Pera, Pedro c/ QBE Argentina ART S.A. S/accidente- ley especial” (sentencia nº 62.631): “Este Tribunal considera que el Sr. Juez de anterior grado, al emitir opinión con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 46 de la ley de Riesgos, asumió la competencia, lo que torna abstracto el planteo”.

Por los fundamentos hasta aquí expuestos, corresponde revocar lo decidido, y disponer la aptitud jurisdiccional de la Justicia Nacional del Trabajo, para entender en las presentes actuaciones, disponiendo que los autos corran según su estado, sin costas atento a la falta de controversia.

El Doctor Néstor M. Rodríguez Brunengo dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto de la Dra. Diana Regina Cañal.

Por todo ello, **el Tribunal RESUELVE:** : **I.-** Revocar la resolución de fs. 25/26, y disponer que los autos corran según su estado, **II.-** Sin costas.

Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase.

Néstor M. Rodríguez Brunengo
Juez de Cámara

Diana Regina Cañal
Juez de Cámara

Ante mí:

Stella Maris Nieva
Prosecretaria Letrada

Poder Judicial de la Nación

Expediente nro. 8.595/2.013

USO OFICIAL