



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

“COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL C/ESTADO NACIONAL PODER EJECUTIVO NACIONAL S/ACCION DE AMPARO”

EXPTE. N° CNT 36004/2019

JUZGADO N° 76

DICTAMEN N° 54.576

Señor Juez:

Vienen las presentes actuaciones a este Ministerio Público Fiscal, a fin de que emita opinión acerca de la procedencia de la acción intentada y de la medida cautelar solicitada en los términos del decreto de fs. 50.

En la especie, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal inicia demanda con fundamento en la ley 16.986 y Art. 43 de la Constitución Nacional contra el Decreto de Necesidad y Urgencia 669/2019, en procura de obtener un pronunciamiento que declare la nulidad por inconstitucionalidad del mentado decreto por constituir una normativa violatoria del orden jurídico constitucional (arts. 1, 5, 14, 14bis, 16, 17, 18, 28, 31, 33, 75 inc. 22, 99 inc. 3 y 109 de la Constitución Nacional) que lesiona con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta el *“derecho de propiedad y trabajo de los abogados...como el derecho de todos los trabajadores en su conjunto, incluidos los abogados trabajadores en relación de dependencia, de acceder a una justa indemnización, cundo pudieran verse afectados por una enfermedad o incapacidad laboral...”* (fs. 18vta./19).

En líneas generales, expone que la accionada mediante la modificación del art. 12 de la Ley 24.557 introducida a través del aludido **DNU 669/2019 –Publicado en B.O el 30/09/2019-**, ha decidido recortar el cálculo de las indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, erigiéndose en legislador sin estar dadas la causales de *“necesidad y urgencia”* que justifiquen su actividad legislativa, y motivado por *“una cuestión de riesgo/ crisis económica que atravesarían las aseguradoras. Agrega que la “arbitraria e infundada alteración en la forma de cálculo del ingreso base a fin de determinar las indemnizaciones por incapacidad laboral...”*, se *“...vale de la falaz –y por tanto sólo aparente- argumentación de una elevada litigiosidad, desconociendo desde ya la también elevada siniestralidad existente en el ámbito laboral, para afectar los referidos derechos, desnaturalizando abiertamente el espíritu del legislador...”* (fs. 32).

Resalta que en *“...orden al tenor de los derechos en juego, y en atención al principio de progresividad que rige la materia, es que la LRT en el artículo 11 inc. 3 dispuso que el Poder Ejecutivo Nacional se encuentra facultado a mejorar las prestaciones dinerarias establecidas en la ley 24.557 cuando las condiciones económicas financieras generales del sistema así lo permitan...”*, pero que ello en modo alguno puede *“...ser interpretado, a contrario sensu, como una facultad para disminuir –socavando así*

cualquier atisbo de progresividad- las prestaciones dinerarias so pretexto de las condiciones económico financieras generales del sistema...” (fs. 31).

Asimismo, solicita el dictado de una medida cautelar con base en las razones expuestas, y en los términos del art. 230 del código ritual que disponga la “... *suspensión de la fuerza ejecutoria del DNU atacado, fundado en el peligro que implica que durante el transcurso del tiempo que demande la resolución definitiva del presente amparo, los legítimos derechos reclamados, en representación de los abogados de la matrícula, y de los trabajadores expuestos a riesgos en el ámbito laboral resulten burlados por la aplicación de la norma que por esta acción se impugna.*” (fs. 42)

I- Procedencia de la acción:

En cuanto a la vía procesal elegida por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, he de señalar que el art. 43 de la CN dispone que “*toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley*”.

Se ha afirmado que corresponde el ejercicio de la acción de amparo a tenor del nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, destacando que tal remedio procesal no puede tener ya un carácter residual sino que debe considerárselo la vía principal y excluyente de otras carentes de celeridad cuando se advierte la existencia de una accionar arbitrario o ilegítimo (Conf. cita en Borsalino Nely Anita c/PEN y Otro s/Amparos y Sumarísimos”, Sent. Def. N° 127662, Sala II, CFSS, 18/11/08).

Sobre ello, el Máximo Tribunal ha expresado que, si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de controversias (Fallos: 300:1033), su exclusión por la existencia de otros recursos administrativos y judiciales no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 299:358, 305:307; 307:444, entre otros). Más allá del análisis de los restantes presupuestos de la normativa constitucional la procedencia de la acción impone examinar con carácter previo la cualidad exigida respecto a la arbitrariedad y/o ilegalidad, que deben ser “manifiestas”.

Por ilegal debe entenderse todo aquello que se opone a la ley (en sentido material) y por “arbitrario” lo que responde a un criterio de falta de razonabilidad y de justicia (entre otros calificativos que pueden denotar su configuración).

La Constitución Nacional para la procedencia de la acción expedita y rápida de amparo, exige que ambas actitudes (actos y omisiones ilegales o arbitrarias) resulten manifiestas.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

La jurisprudencia y doctrina especializada han indicado que debe tratarse de algo “descubierto, patente, claro”, requiriéndose que los vicios citados sean inequívocos, incontestables, ciertos, ostensibles, palmarios, notorios e indudables.

Además predicen que la turbación al derecho constitucional sea grosera, quedando fuera del amparo las cuestiones opinables (CSJN, Fallos 306:1253; CNCiv, Sala E, 7-11-86 ED, 125-143; íd, CNCiv, Sala C, 4-12-85 ED, 118-248; CNTrab, Sala V, 29-12-89, LL, 1990-C-88) y Sagües, Néstor Pedro “Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo” 4ta.Ed. ampliada T°3, pág 122-23, Ed. Astrea, Bs As. 1995).

Vale recordar que estas exigencias ya se encontraban legisladas en la Ley Nacional de Acción de Amparo N° 16.986. En tanto que, el Código Civil y Comercial de la Nación prevé, en su artículo 321 inc. 2° que será procedente el juicio sumarísimo cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección.

El primer artículo de la mentada ley 16.986 legisla que, para la procedencia de la acción de amparo, el acto cuestionado debe ser manifiestamente ilegal o manifiestamente arbitrario, es decir, basta una de estas razones, para la viabilidad de la acción (aparte, claro está, de los demás recaudos exigidos por la ley).

Puesto que la norma emplea la disyuntiva “o” no es necesario que la conducta impugnada sea, simultáneamente, ilegal y arbitraria. Es suficiente, entonces, la existencia de uno solo de esos motivos. (Sagües, Néstor Pedro “Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo” 4ta. Ed. ampliada T°3, pág. 117, Ed. Astrea, Bs As. 1995).

Cabe recordar que los Tratados Internacionales con validez constitucional, obligan a adoptar las medidas necesarias para garantizar el progreso y la plena efectividad de los derechos humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos -art. 22-, Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales -art. 9-, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre -art. 16-, entre otros).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su art. 26 (Cap. III “Derechos Económicos, Sociales y Culturales) que los Estados partes se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que derivan de las normas económicas, sociales, sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la medida de los recursos disponibles.

Por su parte, el “Protocolo de San Salvador” (adicional a la Convención) garantiza en su art. 9° el Derecho a la Seguridad Social al disponer que *“Toda persona debe gozar de la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios necesarios para llevar una vida digna y decorosa”*.

La Declaración Universal sobre Derechos Humanos, por su parte, postula el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure al núcleo familiar la salud, el bienestar, la alimentación, la asistencia médica y los servicios sociales; y los derechos a acceder a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez, u otros casos de pérdida de su subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que es propio de la interpretación indagar lo que las leyes dicen jurídicamente, sin que esto signifique apartarse del texto legal; pero tampoco sujetarse rigurosamente a él cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere (Fallos 283:239; 303:612, entre otros), por lo que ella debe realizarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que informan a aquéllas (Fallos 235:256; 301:1149).

La primera regla de interpretación, por tanto, consiste en dar pleno efecto a la intención del legislador y además la exégesis de la norma requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no lleve a la pérdida de un derecho, o el apego a la letra no desnaturalice la finalidad que ha inspirado su sanción (Fallos 310:464 y 500; 312:2075).

Por ello, analizando el caso bajo estudio, a la luz de lo preceptuado por la resolución 203/19, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, se puede concluir que la afectación de los derechos de carácter alimentario de personas en situación de vulnerabilidad, implica ignorar los principios que informan el Derecho de la Seguridad Social y el derecho del trabajo.

Vale recordar que, la actuación de la Administración no es revisable judicialmente salvo que se violen expresas disposiciones legales, reglamentarias o que exista manifiesta irrazonabilidad y/o ilegalidad afectando derechos a terceros, situación que se podría advertir en la especie, conforme los parámetros explicados y las reseñas ut supra realizadas.

El escrutinio judicial sólo puede ser atendible si la contradicción con el ordenamiento jurídico resulta palmaria (arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y los daños alegados no sean susceptibles de posterior reparación). De lo contrario, se afectaría la eficiencia del obrar administrativo, ingresando el Poder Judicial en una esfera de gobierno que le está vedada por limitaciones funcionales –que resultan del principio de división de poderes– e incompetencia técnica especializada. (CSJN, “Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/Estado Nacional -P.E.N.- s/Daños y Perjuicios-(incidente)” 8-10-1991, Fallos 314:1213).



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En este sentido, el Alto Tribunal del país ha señalado que el amparo no procede respecto de la actividad administrativa sino cuando esta es inequívoca y manifiestamente ilegal, porque la razón de la institución de aquel no es someter a la supervisión judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, si no para proveer de remedio inmediato contra la arbitraria invasión palmaria de derechos reconocidos por la Constitución Nacional. El remedio excepcional del amparo es obvio que está reservado para aquellos casos de arbitrariedad o actuación ilegal manifiesta y en principio, sin remedio previsto por la ley (ST Chaco, Sala I, “M.M. y otro” 19-10-81, BJCH, 1961-I-177).

A mi modo de ver, la pretensión *según sus términos* encuadra en lo previsto por los arts. 43 de la Constitución Nacional (–en el cual se canaliza la acción, ver fs. 3 pto. I), y en los preceptos legales reglamentarios de aquél. Véase que, más allá de la suerte que pueda llegar a tener la pretensión, se cuestiona con –sustento en normas de raigambre constitucional que protegen el trabajo y la salud de los trabajadores–, la legalidad del DNU 669/19 por ocasionar con la modificación al modo de calcular el IBM para la determinación de las indemnización por infortunios laborales, una incidencia peyorativa a derechos que poseen naturaleza alimenta para un colectivo que podría ser caracterizado por su situación de vulnerabilidad; lo cual justifica, a mí criterio, el trámite celérico de la vía sumarísima, máxime si se tiene en cuenta la amplitud del texto constitucional y que no subyace una disputa fáctica que justifique un intenso trámite de cognición.

II Legitimación:

Cabe reiterar que la presente acción de amparo es promovida por el representante legal del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

Refiere la actora sobre el tópico en su demanda que la “...*Constitución Nacional autoriza la defensa de los derechos de incidencia colectiva, facultando a las asociaciones que propendan a esos fines a asumir la representación de sus pares. Y es indudable la representación que de los abogados tiene el CPACF por imperio de la Ley N° 23.187. Por el artículo 43 de la Constitución Nacional, al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, en su carácter de titular de derechos de incidencia colectiva, le asiste la facultad para accionar en resguardo de los derechos y garantías de los abogados que lo conforman.*” (fs. 26. Agrega además que la “...*ampliación de la legitimación para interponer acciones colectivas no solo ha sido reconocida por la moderna jurisprudencia –liderada por la CSJN en la postura expuesta por el Dr. Lorenzetti en el caso “Mujeres por la Vida” (Fallos 329:4593), en el considerando 10 del voto del Dr. Maqueda en el caso “Defensor del Pueblo” del 26 de Junio de 2007 (330:2800), o en el caso “Halabi” (CSJN: 270.XLII. 24/02/2009)– logrando un reconocimiento expreso a este Colegio, sino también, por la doctrina altamente especializada.*” (fs. 26)

Refiere además, que “...acción no tiene por objeto el daño concreto que un letrado sufre en su esfera patrimonial o un abogado/trabajador que se ve impedido de acceder a una retribución (como abogado) o indemnización (como abogado- trabajador) justa, establecida por Ley, sino todos los elementos homogéneos que tiene la pluralidad de profesionales, al verse afectados por la misma normativa. La sola lectura del Decreto impugnado revela que alcanza por igual y sin excepciones a todo el colectivo que en esta causa representa el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.” (fs. 28. Precisa que al ser “...indiscutible la afectación a la dignidad, propiedad, y trabajo de los abogados matriculados en el CPACF, **no se justifica que cada uno de ellos promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia 669/2019**, no existe duda alguna que la naturaleza colectiva de los intereses involucrados, lleva a la indefectible conclusión de que lo más eficiente resulta ser una Acción de Clase, encontrándose a tal efecto legitimado el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal como ente público no estatal creado por la Ley N° 23.187, cuya finalidad, entre otras, es representar a todos los abogados que ejercen en el ámbito territorial de la Capital Federal.” (fs. 28/28vta.).

Al respecto debe mencionarse que, el reconocimiento de la legitimación activa en procesos colectivos que se susciten en función del art. 43 de la Constitución Nacional, y de los arts. 14, 240 y 241 del Código Civil y Comercial de la Nación y demás normativa vigente, implica la obligación preliminar del tribunal actuante de certificar la definición de la clase o colectivo en función de los cuales se reclama, precisando su real existencia o presencia en el juicio conforme al objeto perseguido, previamente a conferir traslado de la demanda o sustanciar la acción deducida. Asimismo, rige en relación a este tópico e la acordada 12/16 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –del 05/04/2016–, mediante la cual se aprobó un reglamento de actuación en procesos colectivos.

La amplitud de la legitimación activa se halla en el texto introducido por la reforma de 1994 en el referido art. 43 de la Constitución Nacional, que admite y reconoce la calidad de legitimados activos al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones, para oponerse a cualquier forma de discriminación, y para luchar por la protección del usuario, el consumidor o los derechos de incidencia colectiva que asisten a los miembros de una comunidad, colectividad, sector o estamento determinado.

Esta habilitación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones se extiende hacia todas las acciones colectivas en las que se deduzcan pretensiones asentadas en derechos de índole difusa como así también, derechos de incidencia colectiva y/o referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial.

Empero, se establece que la ampliación del universo de los sujetos legitimados para accionar tras la reforma constitucional de 1994 –entre los que se encuentra el Defensor del



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Pueblo de la Nación— no se ha dado para la defensa de todo derecho, sino como medio para proteger derechos de incidencia colectiva.

La legitimación activa y el reconocimiento para actuar en nombre colectivo, no se extienden a sujetos que no reúnan las condiciones señaladas por la norma constitucional. Ello descarta el empoderamiento colectivo de quienes han pretendido alegar tal estado al tiempo de deducir acciones colectivas, extralimitando las condiciones necesarias para su reconocimiento según los términos del art. 43 de la Carta Magna y normas concordantes.

En nuestro ordenamiento jurídico se reconoce a las asociaciones un rol de índole representativa, que las habilita a intervenir judicialmente en pos de la tutela de los derechos colectivos de sus integrantes. En este sentido, conforme explique la Corte Federal en la doctrina del caso “Halabi” (CSJN 270.XLII, del 24/02/2009) en materia de legitimación procesal cabe distinguir tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, tal el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente, entre otros. 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”, lo que justifica la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicten.

En la especie, el litigante se encuentran asistido de legitimación para accionar, pues se verifican a su respecto, los elementos aludidos por la Corte, esto es, la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales (el DNU 669/2019); la pretensión está concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar mediante acciones de la primera categoría; la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto.

Teniendo en cuenta los objetivos perseguidos el accionante (conforme documental acompañada) que atañen en forma directa a los intereses involucrados en autos (tanto respecto de los trabajadores víctimas de infortunios laborales, como de los abogados en ejercicio de su profesión), lo dispuesto por el art. 43 párrafos segundo y tercero de la Constitución Nacional y doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, considero que el accionante se encuentran debidamente legitimados para accionar en defensa de dichos intereses.

III- Principios basamentales a tener en cuenta:

La evolución histórica, principalmente a partir de la segunda Guerra Mundial, ha dado surgimiento a una nueva concepción de derecho, el denominado Derecho Social.

La tradición jurídica ha calificado a las distintas ramas del derecho en el esquema romano germánico, asignándole el carácter de público o privado según quienes sean sus protagonistas: el Estado o los particulares.

Este derecho procura la regulación de las relaciones humanas no ya como individuos, sino como integrantes de lo social.

Este proceso de socialización de la actividad privada, unido al rol que tiene el Estado y a la circunstancia que los titulares del derecho sean las personas físicas no frente a otro particular o individuo, sino ante la sociedad en cuanto tal o a través de la actividad del Estado, es mérito suficiente para darle la asignación de social a esta rama del Derecho (Chirinos Lino Bernabé, ob. cit., pág 89).

La caracterización de este nuevo sistema jurídico está dado por el hecho que las normas participan del carácter de orden público. Esta característica, fue acompañado también por el marcado intervencionismo estatal para su aplicación, y la restricción a la autonomía de la voluntad de las partes. Todo ello porque está en juego no solo el interés del individuo sino el de la propia sociedad (ob. cit).

Gustav Radbruch ha concebido la idea que sostiene que “El Derecho social no es simplemente la idea de un derecho especial destinado a las clases bajas de la sociedad, sino que envuelve un alcance mucho mayor. Se trata en realidad de una nueva forma estilística del Derecho en general. El Derecho social es el resultado de una nueva concepción del hombre por el Derecho” (Radbruch Gustav, “Introducción a la Filosofía del Derecho”, México, 1978, 3. Ed., pág. 157).

Algunas de las manifestaciones principales del Derecho social son el Derecho de la Seguridad Social y Derecho del Trabajo.

El primero nace como consecuencia de la evolución hacia el reconocimiento más profundo del ser humano. Como individuo y como social, como responsable primigenio de su propio destino y como partícipe solidario en el destino de sus prójimos, en el proceso de socialización de la humanidad basado en la autonomía y libertad de los individuos (conf. Chirinos Lino Bernabé, ob. cit., pág 100).

La nueva concepción social del derecho debe interpretarse como un sistema con presupuestos teóricos y no como una simple acumulación de normas con fin y destinatario comunes.

La idea central en que el Derecho Social se inspira no es la idea de igualdad de las personas sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen, la igualdad deja de ser punto de partida del derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico (Radbruch Gustav, “Introducción a la Filosofía del Derecho”, México, 1978, 3. Ed., pág. 162).

Esta desigualdad puede verse entre individuos ligados entre sí por determinado vínculo jurídico o en aquellas situaciones objetivas que a las personas les tocan en suerte.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

De este modo se advierte la existencia de individuos en una situación de mayor desventaja o vulnerabilidad que otros por diferentes motivos: discapacidad o enfermedad, vejez, imposibilidad de subsistencia digna, etc.

La concepción igualitarista del Derecho Social propicia que estas personas o sectores en situación de vulnerabilidad, por esta sola causa y con fundamento en su natural dignidad humana, deben tener una mayor protección por parte de la comunidad, expresada principalmente a través de su forma institucional que es el Estado (Sosa Rodolfo Alberto, “Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales”, UNLP, Año 6, 2008 No. 39).

Radbruch sostiene que si quisiéramos traducir al lenguaje jurídico, la enorme revolución que estamos presenciando en los hechos y en las ideas, diríamos que la tendencia hacia un derecho social, va excavando la rígida separación entre el derecho privado y el derecho público, entre el derecho civil y el derecho administrativo, entre contrato y ley. Ambos tipos de derecho penetran el uno en el otro recíprocamente dando lugar a la aparición de nuevos campos jurídicos, que no pueden ser atribuidos al derecho público ni al privado, sino que representa un derecho enteramente nuevo (Radbruch Gustav, “Introducción a la Ciencia del Derecho”, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930).

Estos conceptos se aplican tanto al campo de la Seguridad Social, como al laboral, donde, amén de intercalarse relaciones privadas con relaciones públicas, todas ellas tienen la misma finalidad: reconocerle al afectado por una contingencia social el derecho a gozar de una prestación que pueda cubrir las necesidades producidas (Chirinos Lino Bernabé, ob. cit., pág. 97).

En orden a todo lo señalado, resulta evidente que el Derecho de la Seguridad Social y el del Trabajo se encuentran enmarcados dentro del denominado Derecho Social.

La temática en análisis participa del campo de los derechos sociales. Contiene elementos específicos del derecho de la seguridad social y del derecho laboral, más allá de la relación que pueda guardar con otros aspectos del mundo jurídico.

En este punto, corresponde reconocer un derecho, aun cuando no haya sido exigido expresamente ni acordado, porque es deber del Juez no apartarse de la verdad jurídica objetiva y esclarecer los hechos, más cuando correspondería su otorgamiento por la simple aplicación de las disposiciones legales vigentes.

El preámbulo de nuestra Constitución Nacional postula la promoción del bienestar general “para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”.

Todas las contingencias sociales a las que puede estar expuesto un individuo deben ser atendidas. El carácter integral que reviste esta temática así lo exige.

En relación a la justicia social como principio rector del Derecho de la Seguridad Social, cabe reconocer el concepto esbozado por la CSJN: “es la virtud que ordena al hombre a hacer posible el libre perfeccionamiento integral de los demás hombres. Es la

obligación de quienes forman parte de una comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella, sin el cual se tornan ilusorios o no alcanzan plena satisfacción los derechos y las virtualidades auténticamente humanas de los integrantes de aquellas.

En el marco de esta forma de justicia no puede hablarse con propiedad de contraprestación porque el primordial y suficiente bien del que participa el integrante de la comunidad no es un bien particular apropiable individualmente, sino un bien común que es de todos porque es del todo comunitario del que cada uno es parte integrante” (Fallos 300:836).

El principio de equidad reviste carácter vital en la tarea del intérprete quien debe evitar que la aplicación de una norma configure una injusticia extrema.

La vigencia del principio pro homine implica un “*criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria ... Los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, al limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos*” (conf. Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de Hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en AAVV “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales”, PNUD, Bs. As., 1988, Editores del Puerto, p. 163/164).

En el mismo temperamento cabe destacar el principio de razonabilidad vinculado a “la necesidad que las prestaciones de toda naturaleza respondan a la magnitud y extensión de las contingencias resguardadas” (Chirinos Bernabé Lino, “Tratado de la Seguridad Social”, LL, 2009, T.1, pág. 62).

La Constitución Nacional a través del art. 14 bis reconoce los derechos de la seguridad social. La reforma de 1994 jerarquizó una serie de instrumentos internacionales que ampliaron dicho reconocimiento.

La trascendencia conferida por la norma suprema y los Tratados Internacionales se ve plasmada en la organización del Sistema de la Seguridad Social Nacional, que, pese a ser preexistente a la última modificación constitucional, comenzó a cumplir un rol más protagónico a partir de ella.

El mentado art. 14 bis dispone que: “*El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o*



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

El Estado es quien debe garantizar el goce de los beneficios de la seguridad social y le incumbe, en ejercicio de su potestad legislativa, plasmar en la ley los derechos y obligaciones para realizar esa obligación de garantía.

Los “beneficios” consisten en las prestaciones resultantes de la cobertura de las contingencias que puedan afectar a la persona, provengan ellas tanto de regímenes de carácter contributivo como asistencial. La cualidad de “integral” que la Constitución impone a esa cobertura, implica que debe ser amplia y total en relación con el conjunto de contingencias incluidas en el sistema, abarcándolas globalmente. El carácter de “irrenunciable” parece indicar, una obligatoriedad que no admite voluntad en contrario, respecto a la incorporación al sistema y al goce de sus beneficios (conf. Bidart Campos, G., “Principios constitucionales del derecho del trabajo individual y colectivo y de la seguridad social en el art. 14 bis”, TySS, 1981-p. 481 y ss.).

Sentados algunos de los principios que iluminan al derecho de la seguridad social, que la judicatura no puede dejar de lado al momento de resolver la procedencia de la medida cautelar, tampoco puede dejar de soslayarse los principios del Derecho del Trabajo, entendidos como aquellas ideas fundantes, que contribuyen a delinear la identidad de esta disciplina:

En otros se puede mencionar:

Principio protectorio:

Parte del reconocimiento que la relación social que el Derecho del Trabajo pretende regular jurídicamente traduce una marcada desigualdad socio-económica de carácter estructural entre el empleador dueño de los medios de producción y el trabajador aportante de la fuerza de trabajo, el principio protectorio procura atenuarla, introduciendo desigualdades jurídicas compensatorias en favor del trabajador.

En virtud de este principio, el trabajador -indudable destinatario de la protección- se convierte en un sujeto que debe recibir una preferente tutela jurídica del ordenamiento jurídico laboral.

En nuestro ordenamiento jurídico el principio protectorio ha quedado consolidado en el derecho positivo a nivel constitucional, desde que el art. 14 bis de la Constitución Nacional

a establecer que “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”; (ii) la regla in dubio pro operario; y (iii) la regla de la condición más beneficiosa (arts. 7º/9º LCT).

Principio de irrenunciabilidad:

Por aplicación de este principio el trabajador ni aun con el concurso de su propia voluntad puede éstos aceptar modificaciones in pejus de los derechos que han adquirido. ((cfr. Art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Principio de progresividad:

Este principio intenta reducir progresivamente el estado de desposesión en el que se encuentran los trabajadores en el orden socioeconómico, imponiendo en favor de ellos el aumento sostenido y unidireccional de los niveles de tutela jurídica existentes.

Fundamentalmente impide toda posibilidad de reducción regresiva de las conquistas sociales normativamente alcanzadas, estableciendo un vallado inexpugnable a cualquier pretensión de retrogradar -por vía legislativa y aún interpretativa- los derechos de los trabajadores.

De ese modo, el principio de progresividad procura la garantía de la conquista de un estado, transformándose en una válvula que impide el regreso a estadios del pasado, asegurando un mínimo de dignidad existencial a los trabajadores.

La CSJN ha aplicado el principio de progresividad en numerosos y reconocidos precedentes “Vizzoti c. Amsa” (sent. del 14/9/2004, Fallos: 327:3677) y “Aquino c. Cargo” (sent. del 21/9/2004, Fallos: 327:3753).

En ese sentido, ha señalado calificada jurisprudencia: “Los fines de la legislación laboral responden a un principio protectorio en beneficio del trabajador, con el objeto de mantener el equilibrio entre las partes contratantes por la debilidad de aquél frente a su empleador, principio que encuentra fundamento constitucional en el art. 14 bis de la Constitución Nacional”. Conf. SCBA, in re “Garzón c. El Mangrullo Hotelera Conosur S.A.” (sent. del 10/9/1985) y Ac. 69.458, “Ruiz Soriano c. Gerez” (sent. del 17/3/1998).

En la causa “Araujo c. El Chatarral S.A. (sent. del 27/4/1999) sostuvo el mismo Tribunal: *“El principio protectorio, de consagración constitucional (art. 14 bis), tiene como fin mantener el equilibrio entre quienes están vinculados por un contrato de trabajo en atención a la diferencia de fuerzas que media entre los empleadores y los obreros”*. Resaltando adecuadamente esa doble dimensión, ha dicho la SCBA: *“El principio de progresividad o de desarrollo progresivo de derechos implica no sólo una obligación positiva sino, también, una obligación negativa: el Estado, una vez que ya ha cumplido con la obligación de actuar para dar satisfacción al derecho social, pasa a estar obligado a abstenerse de atentar contra la realización dada al derecho social (principio de “prohibición de retroceso social” o de “prohibición de evolución reaccionaria”)*. Conf. SCBA, “Sosa, Marta Beatriz y otros s/ Inconstitucionalidad ley 11.761”, sent. del 29/10/2008. Juan Ignacio Orsini 501 UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

El principio de progresividad ha sido positivizado a nivel internacional en el art. 19 ap. 8 de la Constitución de la O.I.T., así como en los arts. 2º del PIDESC y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En el orden nacional, lo contemplan (además de las normas internacionales mencionadas, art. 75 inc. 22, C.N.) el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional (21) y 39 ap. 3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Por otra parte, ha sido frecuentemente invocado en los últimos tiempos por la CSJN para desactivar y descalificar constitucionalmente normas positivas regresivas, al punto que ha sido calificado por el Tribunal como un principio arquitectónico, adjetivación a todas luces acertada, desde que su ausencia haría tambalear la estructura del Derecho del Trabajo.

Principio de indemnidad:

Este principio implica, que el trabajador debe salir indemne (ilesos, incólume, intacto) del contrato de trabajo.

IV- Medida Cautelar:

En cuanto a la medida cautelar solicitada, señalo que la naturaleza de la cuestión transita por facetas de hecho y prueba, privativas de las facultades del Juez que conciernen principalmente a la verosimilitud del derecho y peligro en la demora, de estricta estirpe jurisdiccional. Pero, en aras de dar mi parecer, en los términos del artículo 31 ley 27148, he de propiciar que se haga lugar a la cautela bajo examen.

Preliminarmente, he de señalar que la pretensión debe considerarse incluida en la excepción del inciso 2 del artículo 2 y del inciso 3 del artículo 4 de la Ley 26.854, lo que revela que no existe obstáculo para el análisis pleno de los requisitos de la medida (conf. FGT Dictámenes Nro. 64.860 del 16/10/15 en autos “Mardones Edgardo Nahuel c/ Ministerio de Educación de la Nación s/ Medida Cautelar” Expte. Nro. 53.044/15 del registro de la Sala VIII, entre muchos otros.).

Si bien, no puede soslayarse que la medida innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado y que, al configurar un adelanto de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, justifica una mayor prudencia al apreciar los recaudos que hacen a su admisibilidad (Fallos T. 331, P. 466); tampoco puede desconocerse que para decidir la admisión de una pretensión cautelar, no es menester efectuar un examen de certeza del derecho invocado, sino que sólo se exige una suficiente apariencia de verosimilitud en el planteo, de conformidad con la naturaleza, contenido y alcances del acto cuestionado. El juicio de conocimiento, en tales casos, no excede el marco de lo hipotético, ya que no corresponde avanzar en la acreditación exhaustiva de los extremos fácticos alegados, cuando con ello se puede comprometer la solución del fondo del asunto.

Cabe tener presente que la finalidad de las medidas precautorias no es otra que asegurar la eficacia práctica de la sentencia y su fundabilidad depende un análisis de mera

probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, mas no de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal (cfr. CSJN 314:695 entre otros).

Al respecto, la ley 26.854 en su artículo 13 establece que la “...suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurran simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditar sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles”

Sobre la base de dichas premisas, considero que en el singular caso concreto que nos reúne se verifican prima facie los presupuestos legales de los artículos 195 y 230 del CPCCN , y los pertinentes de la ley 26854; exigibles por el ordenamiento adjetivo para el progreso de una medida cautelar como la solicitada.

En efecto, en la especie la parte actora reclama la suspensión del decreto mediante el cual el Ejecutivo dispuso modificar el cálculo para la determinación del monto resarcible de los infortunios laborales consagrado en el art. 12 de la ley 24.557, previendo la utilización de la tasa de variación índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles romedio de los Trabajadores Estatales), en vez de la tasa activa del Banco Nación que se utilizaba actualmente.

En los considerados del DNU se argumenta que “la manera que ulteriormente evolucionaron las variables macroeconómicas que inciden en las tasas bancarias, ha determinado que ese método de ajuste no alcance el fin pretendido y comprometa la estabilidad y continuidad del sistema instituido en beneficio de los trabajadores”. Además, se señala que “los incrementos desmedidos de las potenciales indemnizaciones como consecuencia de la aplicación de la tasa activa” prevista en la Ley referida Ley de Riesgos del Trabajo “son perjudiciales para la necesaria solvencia del sistema”. Finalmente, se afirmó allí que la “presente medida se dicta en uso de las facultades emergentes del artículo 99, inciso 3 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.”

Dicho ello, vale recordar que la Constitución Nacional 1853/60 estableció un sistema republicano de gobierno, vale decir que nuestros constituyentes se basaron en el principio de la división de poderes ideado por Montesquieu en su célebre obra "El Espíritu de las Leyes".

A la luz de estos principios constitucionales ha de entenderse pues, que la facultad que pueda tener el Poder Ejecutivo de dictar disposiciones de carácter legislativo ha de ser excepcional y absolutamente restringida. Ello emerge del precitado art. 99° inc. 3, establece que establece –en lo que aquí interesa- que “*El Poder Ejecutivo no podrá en*



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

En consideración a lo expuesto, cabría entender por “necesidad” aquella situación en la cual, de no intervenir el Poder Ejecutivo con premura, podría ocasionarse un riguroso perjuicio al interés social, por ende, solamente la actuación del Ejecutivo habría de disminuir o anular los efectos disvaliosos propios de determinadas circunstancias fácticas.

Lo realmente trascendente es delimitar en qué supuestos puede surgir esa necesidad, es decir, si se trata de un dato plenamente objetivo en relación con determinadas materias que pueden ser calificadas universalmente como necesidades de una actuación urgente (por ejemplo, catástrofes naturales), o bien por el contrario, el concepto se refiere a necesidades relativas que son evacuadas desde la óptica de una determinada idea política o programa de gobierno.

O bien, postular la ausencia total de discrecionalidad por parte del Poder Ejecutivo en relación a las circunstancias que podrían derivar en la necesidad de un DNU, por tanto, las razones de su viabilidad debieran ser objetivamente apreciables por cualquier observador, independientemente de la política que se siga.

Aunado a esto, debe existir siempre la “urgencia”, que obliga al Poder Ejecutivo a la realización de determinadas acciones, las cuales no dependen de su voluntad, sino que responden a la “necesidad” y ambas nociones juntas deben estar direccionadas hacia un fin específico.

En este contexto, y abonando el humo de buen derecho que la cautela exige, se advierte que dictar el DNU 669/2019 el Poder Ejecutivo Nacional, se arrogó facultades legislativas vedadas por el artículo 99 inciso 3° de la CN, toda vez que las genéricas manifestaciones expresadas en los considerados del decreto –antes resaltadas- carecerían a mí juicio de razonabilidad y justificación para sortear la intervención del Congreso tal como lo exige la Carta Magna.

Asimismo, no puedo dejar de soslayar que la Corte Federal en el precedente “Verrocchi” (Fallos 322:1726), resolvió que para que el Presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, es decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes (considerando 9º). Tales extremos resaltados por el Alto Tribunal, no aparecerían configurados en el presente caso, si se tiene en cuenta la referida generalidad que presenta las causas de emergencia invocadas en los considerados del referido decreto, y que el Congreso Nacional en la actualidad se encontraría cumpliendo normalmente con su actividad legislativa.

Asimismo, la doctrina ha señalado que “...*el DNU no implica un ejercicio arbitrario del Poder Ejecutivo que, bajo el argumento de razones de urgencia y conveniencia, decide omitir la intervención del Congreso en el tratamiento de una temática determinada, pues, a la postre, no la omite, sino que la provoca, la fuerza. En tal sentido, el Congreso se verá obligado a expedirse no pudiendo guardar silencio.*” (J. Torti Cerquetti “Suplemento Especial. Desburocratización y Simplificación de la Administración Pública”, Marzo 2018, Editorial ERREIUS)

De esta manera, no aparecería claramente configurado en la especie la existencia de algún fundamento objetivo que justifique la necesidad y menos la urgencia que se invoca en los mentados considerados, como para obviar las pautas sentadas por el art. 99 inc. 3 de la CN sobre el uso de los DNU por parte del PEN, y las previsiones que sobre el tópico sentó la Corte Suprema; tanto en el referido precedente como en el fallo “Consumidores Argentinos c/ EN –PEN- Dto. 558/02 –ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”, donde sostuvo que “La facultades para dictar un DNU son admitidas en condiciones de rigurosa excepcionalidad para limitar y no para ampliar el sistema presidencialista” (considerandos 1 a 10), y que “Los jueces pueden controlar la existencia del estado de necesidad y urgencia, la que no es igual a la mera conveniencia política.” (considerandos 11,12,13).

La accionada ha señalado además como fundamento de la cautela que el acto que impugna ha implicado una regresividad inconstitucional a “...los legítimos derechos de propiedad, y trabajo, de los trabajadores afectados por una enfermedad o accidente laboral, entre ellos los abogados que laboran en relación de dependencia, así como la dignidad, propiedad y trabajo de los profesionales abogados, en el ejercicio de la abogacía propiamente dicho.”



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En este sentido, no puedo dejar de señalar que los considerados del mentado decreto refieren que: *“...mediante la aplicación de tasas financieras ha llevado a desnaturalizar los derechos de los trabajadores beneficiarios del sistema, haciendo que las indemnizaciones que les corresponden, legalmente orientadas a la finalidad reparadora de los daños sufridos por ellos, generen rendimientos financieros disociados del daño a reparar y ajenas al propósito que inspira la norma”*... *“resulta necesario asegurar la continuidad de las condiciones de sostenibilidad del Sistema de Riesgos del Trabajo, propiciando la protección de los asegurados y trabajadores mediante un sistema financieramente viable, mediante garantías técnicas que permitan actuar ante un posible deterioro de la situación patrimonial de las Aseguradoras”*... *“la situación descrita crea incentivos adversos para el propósito mismo del sistema ya que el descalce entre el rendimiento financiero de los activos de las Aseguradoras y la ultra utilidad en favor de los beneficiarios resultante de la actualización de sus pasivos, fomenta la litigiosidad...”* y *“la perjudicial asimetría de tratamiento entre los pasivos y activos de las compañías de seguros podría provocar un riesgo sistémico que la presente medida busca evitar”*.

Cabe recordar que los Tratados Internacionales con validez constitucional, obligan a adoptar las medidas necesarias para garantizar el **progreso y la plena efectividad de los derechos humanos** (Declaración Universal de los Derechos Humanos -art. 22-, Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales -art. 9-, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre -art. 16-, entre otros).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su art. 26 (Cap. III “Derechos Económicos, Sociales y Culturales) que los Estados partes se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que derivan de las normas económicas, sociales, sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la medida de los recursos disponibles.

La Declaración Universal sobre Derechos Humanos, por su parte, postula el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure al núcleo familiar la salud, el bienestar, la alimentación, la asistencia médica y los servicios sociales; y los derechos a acceder a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez, u otros casos de pérdida de su subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad.

Un acabado estudio acerca de los derechos sociales –puntualmente los aquí involucrados–, en cuanto a su ejercicio y tutela, requiere hacer una necesaria referencia a las nociones de progresividad y no regresividad.

Sobre ello distintos Instrumentos Internacionales establecen la obligación de los Estados de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales - Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc. El Protocolo de San Salvador –protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos– define la noción de progresividad como “*el criterio de avance paulatino en el establecimiento de condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural*”. La nota al artículo 11 define a las medidas regresivas como “todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido”.

Podemos hablar entonces de una doble responsabilidad de los Estados: por un lado están obligados a avanzar en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, de modo de satisfacerlos cada vez con mayor intensidad –**principio de progresividad**–; por el otro les está prohibido todo retroceso en esta área, lo que implica que una vez que un derecho social ha sido reconocido, pueda en el futuro –salvo casos excepcionales– ser desconocido –principio de no regresividad–.

Abramovich y Courtis expresan al respecto que la obligación asumida por el Estado es ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido (cfr. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, ed. Trotta, Madrid, 2002, pág. 94).

El principio de progresividad que comentamos ha tenido recepción jurisprudencial expresa por parte de la Corte Suprema de Justicia. Así, en materia previsional se ha entendido, con sustento en el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en función del art. 75, inc. 22 C.N. y art. 75, inc. 23 C.N., que por aplicación de dicho principio queda descalificado todo accionar gubernamental que en la práctica produzca un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos. Dijo la Corte en el caso “Sánchez”:
“La consideración de los recursos disponibles de cada Estado conf. arts. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, mas no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes (conf. art. 29 de la convención citada)” Resolución del 28-7-05, causa S 2758 XXXVIII: “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajuste varios”.

Del precedente dictado por Tribunal Supremo en autos “A.T.E. c. Municipalidad de Salta s/ acción de inconstitucionalidad”, en lo que aquí interesa, puede concluirse que el principio de progresividad impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente regresivo –o sea ir para atrás en materia de derechos– tal como lo era el decreto en cuestión con su quita salarial, requieren la consideración más cuidadosa y deben justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos provistos y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En suma, estas medidas serían regresivas, salvo que el Estado cumpla con la carga de probar las circunstancias que justifican la excepcionalidad de la restricción para poder ser consideradas aceptables. Esto es una derivación del principio pro homine, que por un lado requiere amplitud para determinar el alcance de los derechos y, por el otro, requiere en su otra cara, un carácter restrictivo para medir limitaciones a los derechos, libertades y garantías.

Ahora bien, el mentado DNU modifica el art. 12 de la ley 24.557, estableciendo que “...desde la fecha de la primera manifestación invalidante y hasta la fecha en que deba realizarse la puesta a disposición de la indemnización por determinación de la incapacidad laboral definitiva, deceso del trabajador u homologación, el monto del ingreso base devengará un interés equivalente a la tasa de variación de las Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE) en el período considerado” (art. 2); mientras que la norma en examen, sin tal modificación, prevé actualmente que ese período se aplica un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta (30) días del Banco de la Nación Argentina. La confrontación de la medida que se impugna con el referido principio de progresividad es así flagrante si se pondera la desproporción que en el país se da entre el aumento de los salarios y la tasa de interés que paga el Banco Nación. En consecuencia, la modificación introducida por el DNU en cuestión reduciría sensiblemente lo que se pagaría por indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, implicando ello un manifestó e inconstitucional abandono por el estado a la protección de sujetos de preferente tutela constitucional (conf. art. 14bis CN , y CSJN fallos: Vizzoti, Fallos: 327: 3677 –2004–; Aquino, Fallos: 327: 3753 –2004–; Pérez, Fallos: 332:2043 –2009–; Álvarez , Fallos: 333: 2306 –2010–, entre otros); invirtiendo la prevalencia normativa y garantizando la rentabilidad de las ART, en detrimento de créditos –prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo- que “...gozan de las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos...” y son además “...irrenunciables...” (art. 11, inc. 1, ley 24.557)

Lo expuesto supra, aunado a las propios considerandos del decreto pondría de manifestó el abandono de la protección de sujetos de preferente tutela constitucional (conf. art. 14bis CN , y CSJN fallos: Vizzoti, Fallos: 327: 3677 –2004–; Aquino, Fallos: 327: 3753 –2004–; Pérez, Fallos: 332:2043 –2009–; Álvarez , Fallos: 333: 2306 –2010–, entre otros), invirtiendo la prevalencia normativa y garantizando la rentabilidad de las ART, en detrimento de créditos derivados de infortunios laborales que “...gozan de las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos...” y son además “...irrenunciables...” (art. 11, inc. 1, ley 24.557).

En tal sentido, ha sostenido reiteradamente la CSJN que “...el principio de progresividad o no regresión, que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas [el cual] no solo es un principio arquitectónico del Derecho

Internacional de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia” (Fallos 338:1347, 24/11/2015, causa: “Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c. Poder Ejecutivo Nacional y otro”).

Acentuando aún más la confrontación con el mentado principio, el Decreto 669 en el artículo 3° del DNU postula su aplicación todas las causas en trámite, promoviendo una aplicación inmediata y en consecuencia retroactiva, afectando derechos adquiridos de los damnificados y contradiciendo de alguna forma el precedente “**Espósito**” de la Corte sobre la no aplicación de nueva normativa a causas anteriores.

En su artículo 7, el Código Civil y Comercial de la Nación señala, en lo atinente al tema de la irretroactividad o, lo que es casi lo mismo, la vigencia temporal de la ley: “Eficacia. Alcance temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las 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”.

Resulta imperioso resaltar entonces que que en nuestro sistema jurídico las leyes no pueden ser retroactivas excepto que así lo diga la propia norma, pues en ningún caso dicha retroactividad puede ser implícita.

Asimismo, no puedo dejar de hacer notar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derechos adquiridos, ha dicho que “el derecho queda adquirido desde que se han cumplido los requisitos sustanciales y formales previstos en la ley” (CSJN, 28-12-76, L. L. 1977-B-378). Además, ha sostenido que: “ni el legislador ni el juez podrán, en virtud de una ley nueva o de su interpretación arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, pues en este caso, el principio de la no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de propiedad reconocida por la Ley Suprema” (CSJN, 24-3-94, L. L. 1995-A-155).

A lo expuesto, cabría mencionar teniendo en cuenta la doctrina de la Corte Federal sentado en el fallo “Berçaitz”, que la norma bajo examen al introducir –como bien lo dan cuenta los considerados del decreto- una preferencia normativa respecto de entidades privadas violenta violentando el principio constitucional de justicia social, vale decir, la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el “bienestar”, esto es “las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad”, al agravar aún más la notoria desigualdad que media entre la persona que trabaja y las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo.

Cabe resaltar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido, con arreglo al art. 26, Convención Americana no solo los derechos al trabajo (conf. “Lagos del Campo vs. Perú”, 31/08/2017) y a la seguridad social que garantice condiciones que aseguren “la vida, la salud y un nivel económico decoroso” (“Muelle Flores vs. Perú”,



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

6/3/2019, Serie C N° 375, § 183), sino también reafirmado el principio de progresividad en cuanto “impone la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados”, lo cual, asimismo, “resulta justiciable” ante “las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos” (ídem: Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 1/7/2009, Serie C N° 198, §§ 102/103; Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 23/8/2018, Serie C N° 359, § 81).

La verosimilitud del derecho también se encuentra configurada al verificar que las indemnizaciones en cuestión se liquidan tomando en consideración un "Ingreso base", que conforme al apartado 1 del Art. 12 de la Ley 24.557 -to ley 27348- equivale al promedio mensual de todos los salarios devengados por el trabajador durante el año anterior a la primera manifestación invalidante (es decir, la fecha en que el accidente o la exteriorización de la enfermedad profesional impiden prestar servicios) o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor.

Los salarios mensuales tomados a fin de establecer ese promedio se actualizan mes a mes aplicándose la variación del índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables).

Resulta oportuno recordar que antes del dictado del Decreto 669/2019, el apartado 2 del Art. 12 de la Ley 24.557 establecía que "*...desde la fecha de la primera manifestación invalidante y hasta el momento de la liquidación de la indemnización por determinación de la incapacidad laboral definitiva, deceso del trabajador u homologación, el monto del ingreso base devengará un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta (30) días del Banco de la Nación Argentina*".

El decreto impugnado sustituye ese método de actualización y prescribe que "*...Desde la fecha de la primera manifestación invalidante y hasta la fecha en que deba realizarse la puesta a disposición de la indemnización por determinación de la incapacidad laboral definitiva, deceso del trabajador u homologación, el monto del ingreso base devengará un interés equivalente a la tasa de variación de las Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores (RIPTE) en el período considerado*".

Asimismo, el Art. 3 del Decreto 669/2019 dispone que "Las modificaciones dispuestas en la presente norma se aplicarán en todos los casos, independientemente de la fecha de la primera manifestación invalidante".

A esta altura puede señalarse que resulta sorprendente las afirmaciones vertidas en el considerando del decreto. De ellas se infiere que la mirada del Poder Ejecutivo de la Nación, acerca de situación sobre la realidad del riesgo de trabajo les permitió concluir que

- a- La modalidad de actualización reemplazada que había sido incorporada al régimen de Riesgos de Trabajo por la Ley 27.348, es decir, la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta (30) días del Banco de la Nación Argentina si bien tenía la finalidad de evitar o atenuar el impacto inflacionario en la cuantía del ingreso base, ha determinado en la actualidad que ella se desnaturalizara, debido a la evolución de esa variable lo que generó un rendimiento financiero alejado de la finalidad reparatoria de las indemnizaciones
- b- La evolución reseñada, según los mismos considerandos, generó un desequilibrio entre el rendimiento financiero de los activos de las ART y la tasa de interés vigente para las indemnizaciones que comprometían la finalidad del sistema reparatorio generando una distorsión e incentivos contrarios no solo a la finalidad referida en el punto anterior sino a la de arribar a acuerdos conciliatorios y cancelar juicios pendientes, de manera de disminuir los tiempos de pago al trabajador siniestrado o sus derechohabientes.

A ello debe agregarse que el art. 22 de la ley 27348 le confiere carácter de orden público al dispositivo que el decreto pretende modificar con carácter retroactivo.

En razón de tamaña infracción es dable recordar a los principios de orden público como aquellos que inspiran un ordenamiento jurídico determinado.

En algunas ocasiones se persigue resguardar ciertos intereses monetarios del Estado, como ocurre con las regulaciones de control de cambios o restricciones de transferencias. En otras salvaguardar intereses vitales de un Estado y el bienestar de sus habitantes.

De la textura del decreto en crisis pareciera que se intenta dar primacía a los intereses de las empresas aseguradoras por sobre los derechos y las limitaciones de los trabajadores accidentados en ocasión del trabajo.

Para el ámbito laboral, la expresión orden público persigue el resguardo de partes consideradas débiles y por ende personas de preferente tutela constitucional.

En la especie cabe hablar de orden público de protección.

El derecho del trabajo es tuitivo, al no existir un pie de igualdad entre las partes: relación trabajador/ empleador-empresario.

Las disposiciones del derecho laboral se deben caracterizar por el espíritu "protectorio" en favor del más débil de la relación, como es el sujeto trabajador. Frente a este postulado, aparece el concepto de orden público laboral, imponiendo con ello, la imposibilidad de incumplir, o de renunciar las normas del trabajo, pues son normas de orden público.

La concreta conceptualización de ese "Orden Público Laboral", se ha positivizado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, especialmente en las garantías de protección



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

del trabajo en sus diversas formas, en la justa retribución y el amparo contra el despido arbitrario. Diego M. Tosca puntualiza que, con el objeto de establecer mínimas condiciones de dignidad en la relación de trabajo, el poder estadual intervino coactivamente estableciendo ciertos parámetros que deben ser obligatoriamente observados en la celebración y ejecución del contrato. De poco habrían servido estas pautas legales si su contenido hubiere sido disponible por los particulares, o si sólo hubieren tenido operatividad supletoria. En esta hipótesis, el poder patronal habría seguido imponiendo peyorativas condiciones de trabajo. Por consiguiente, para obtener la finalidad y eficacia buscadas, la legislación laboral se presentó con características de imperatividad, "...de observación obligatoria por parte de los particulares, tornando para ello ineficaz lo pactado sin contemplar las condiciones mínimas establecidas por la norma y ordenando que la situación quede regida, de pleno derecho, mediante la normativa heterónoma..." (Tosca, Diego M; 2005, pág. 452).

De este modo, continuó dicho autor señalando que: "...mientras que en el Derecho común la disponibilidad suele ser la regla y la limitación la excepción, en el Derecho del Trabajo sucede lo contrario, dado que la casi totalidad de las condiciones en que se desarrolla el vínculo laborativo están impuestas, con un contenido mínimo, por la norma heterónoma de carácter obligatorio..."(Tosca, Diego M; 2005, pág. 453).

Asimismo, aseguró, que el orden público laboral es una derivación del principio protectorio receptado por el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna y que, al igual que el orden público general, presenta un carácter dinámico, morigerado por haber sido predispuesto – en la mayoría de las naciones- en la Norma fundamental del Estado, lo que ha hecho que su alteración no resulte, del todo, frecuente. (Tosca, Diego M; 2005)

Es decir, el orden público constituye una característica esencial del Derecho del Trabajo, sea como conjunto de principios fundamentales del mismo, sea en su faz funcional, como técnica que restringe la autonomía de la voluntad de las partes e impide que las mismas socaven los pisos mínimos predispuestos por las normas del derecho del trabajo. Asimismo, se ha previsto para el supuesto de violación de la prohibición, la sustitución automática de las normas nocivas por las tuitivas del empleado. De este modo, el orden público laboral elimina toda posibilidad de fuga del sistema por él creado.

El dictado de medidas cautelares exige la carga de acreditar prima facie la verosimilitud del derecho invocado y el peligro irreparable en la demora (CSJN, 23-11- 95, 'Grinbank c/ Fisco Nacional'; id., 25-6-96, 'Pérez c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad'; id., 16-7-96, 'Líneas Aéreas Williams SA c/ Catamarca, Prov. de s/ interdicto de retener'; id., 16-7-96, 'Frigorífico Litoral Arg. c/ DGI s/ declaración de certeza'). En orden a todo lo antes expuesto, encuentro que en la especie se configuraría el intenso humo de buen derecho para la viabilidad de la cautela *sub examine*.

Aun cuando podría discutirse la cabal configuración del *periculum in mora*, entiendo que no debería soslayarse la argumentación de fs. 43/44; y que, en todo caso, es criterio consolidado que la patente configuración de uno de los recaudos de toda medida precautoria –en el caso verosimilitud en el derecho– autoriza a morigerar o flexibilizar la constatación del restante –aquí, el peligro en la demora–.

Por todo lo expuesto, y sin que implique adelantar criterio alguno acerca de la suerte final de la controversia, soy de opinión que la medida precautoria resulta *prima facie* procedente; sin perjuicio de lo que podría llegar a decidirse de formularse otras alegaciones jurídicas o de acompañarse nuevos elementos en una temática que, por su esencia, no causa estado

En los términos que antecede, tenga por evacuada la vista conferida.

Fiscalía, 07 octubre de 2019.

Gabriel de Vedia

Fiscal Subrogante

Ante mí: Carlos A. Pietragalla
Secretario