

## Interrogantes marginales que suscita el DNU 669/2019

Autor:

Machado, José Daniel

Cita: RC D 1336/2019

### Encabezado:

Analiza el autor el DNU 669/2019 (B.O. 30/09/2019), indicando que el art. 1 -en cuanto modifica el inc. 2, art. 12, Ley 24557-, incurre en una notable confusión al utilizar el RIPTE como si fuera una tasa de interés, expresando que ello evidencia la intención del "decretador" de esterilizar el art. 2, Ley 26773, en cuanto establece desde cuando son debidos los intereses, norma que, vale decirlo, mantiene su plena operatividad y vigencia. Finalmente, se refiere a la retroactividad sine die de la nueva redacción del art. 12, señalando por un lado la afectación de derechos adquiridos y por otro, la configuración de una situación paradójica derivada de la posible aplicación del RIPTE sobre el IBM de las indemnizaciones que no se ajustan por RIPTE, supuesto sobre el que se expidió la CSJN en el precedente "Espósito".

### Sumario:

1. El fin de las adjetivaciones. 2. Ni el RIPTE es una tasa de interés ni el DNU deroga el art. 2 de la Ley 26773. 3. La aplicación retroactiva sine die de la nueva redacción del art. 12 - La aplicación del RIPTE sobre el IBM de las indemnizaciones que no se ajustan por RIPTE. 4. Juguetes perdidos.

### 1. El fin de las adjetivaciones

El fascista Pierre Drieu La Rochelle, inmenso escritor al igual que nuestro fascista Lugones, suicidas ambos -al tercer intento el francés, al primero el gran Leopoldo que, intolerante al fracaso y en especial en lo relativo a su muerte, se confió al infalible cianuro- afirmó alguna vez que *"Se es humano en la medida en que le hacemos trampa a nuestros dogmas"*.

La frase que alguna vez escuché, o leí, o me contaron, volvió a mi mente ante algunas medidas en que el gobernante en finiquito se entregó, siquiera tarde, a cierta heterodoxia económica y a una discreta y culposa sensibilidad social. Le está haciendo trampas a su dogma, pensé. Y en eso estaba cuando, sin darme tiempo a terminar el pensamiento ni arribar a la conclusión de La Rochelle, escuché, o leí, o me contaron que al humanista debutante le dio la necesidad y urgencia de dictar un decreto.

Pero como con el autor francés estaba no pude evitar recordar, ahora, otra de sus breves, su propia celebración de la acción escrita poco después de que Lugones convocara a "la hora de la espada": *"El tiempo de los sustantivos ha pasado, este es momento de los verbos"*. Y ganas me dieron de parafrasearlo subrayando que, ante la evidencia del presente y la inminencia electoral, "ha pasado el tiempo de los adjetivos" puesto que los sustantivos ya hablan por sí solos. Con decir que Mauricio Macri ha emitido un DNU relativo al régimen de prestaciones de la LRT uno ya puede, sin más y sin error, suponer su finalidad e intuir su contenido.

El mismo día -el último de septiembre- en que el Papa Francisco declara que *"el mundo es cada vez más cruel con los excluidos"* el Señor Presidente suscribe un DNU por medio del cual, en curioso ejercicio de la piedad, disminuye la reparación que las ART deben pagar por los daños de causa laboral. Alega en su Mensaje, en síntesis, que el actual sistema de cálculo las coloca en riesgo de "sostenibilidad". Por supuesto no se priva del habitual cinismo neoliberal de predicar que todo esto, es decir, el efecto de que las víctimas terminen cobrando menos, no persigue otra finalidad que la de beneficiarles ... en el largo plazo. Curioso razonamiento que parece responder a la matriz sádica del tipo *"porque te quiero te aporreo"*, máxima que inspiraba a progenitores y maestros hasta bien entrado el siglo XX. Ya saben: *"Algún día me lo vas a agradecer"*. Nada nuevo, claro, pero pocas veces dicho con tanta ausencia de pudor.

Tenemos ya, apenas a 5 días de conocerse el DNU 669/2019, una verdadera catarata de comentarios que coinciden en destacar la inconstitucionalidad de su forma y la inequidad del contenido -acaso inconstitucional también, en tanto retroactivo y regresivo- a la par de la inadmisibles preferencias que se otorgan a la rentabilidad financiera de las ART por sobre la adecuada reparación de las víctimas de los daños a la salud

No se trata entonces de seguir sumando adjetivaciones, ni nombres al conteo de autores que se inclinan por el rechazo de este desquicio, en listado tendencialmente unánime y que incluye -según Ámbito Financiero- al mismísimo Colegio de Abogados de Buenos Aires. Pero hay un par de asuntos que hasta ahora no veo que ocupen la atención de los colegas y que me motivan a escribir estas prematuras líneas sobre la cuestión. El primero tiene que ver con el tema de los intereses, asunto sobre el cual el DNU discurre en modo ambiguo, tal que puede inducir a equívocos al lector desprevenido. El segundo, con las impensadas proyecciones que puede tener la aplicación retroactiva de la norma, dispuesta por su art. 3.

## **2. Ni el RIPTE es una tasa de interés ni el DNU deroga el art. 2 de la Ley 26773**

El art. 1 del Decreto -en cuanto modifica del inciso 2 del art. 12, LRT- incurre en una notable confusión al utilizar el RIPTE como si fuera una tasa de interés. Algo así, para ser deliberadamente grotesco, como si dijera que "*la tasa de interés será igual a la variación del precio de la docena de bananas*".

Y es que dicho índice, el RIPTE, no es ontológicamente una tasa. "Mide" otra cosa, la evolución de la remuneración que justifica su sigla, lo que en todo caso lo asimila por analogía a un método de comparación que sirva para el ajuste intertemporal de un capital. Y, por otra parte, si como impone el Código Civil y Comercial los intereses judiciales han de ser los resultantes de entidades bancarias fiscalizadas por el Banco Central, resulta evidente que esta venerable institución nada tiene que ver en el cálculo y publicación del RIPTE en la que sí interviene, como dice ahora el inciso 1, el Ministerio de Salud y Desarrollo Social.

Pero más importante todavía es que las funciones de uno y otro son distintas. El RIPTE, aplicado a un capital, se propone *mantener incólume su significación económica* mediante la técnica de comparar el valor pretérito de una prestación -el salario- con su valor actual. Como dije antes es, en definitiva, un sustituto del ajuste por inflación y su resultado, por ende, *no hace más onerosa la deuda* ni robustece correlativamente el crédito, de manera que nada contiene en sí mismo que lo asemeje a una indemnización.

El interés, mientras tanto, cumple la función de resarcir al acreedor por la privación del disfrute del capital causada por la *mora debitoris*. Esta función genérica obliga a considerar que cuando se selecciona la tasa o razón aplicable habrá que tener en cuenta si se va a aplicar sobre un capital previamente potenciado (como sería el que resulta tras la aplicación del coeficiente RIPTE), en cuyo caso puede ser un interés puro que solo indemnice la pérdida de los frutos esperados de la colocación financiera del capital (esa utilidad que devino imposible al no disponerlo en tiempo). O bien, si se aplica sobre un capital nominal (sin ajuste de ningún tipo) corresponderá aplicar alguna tasa activa que indemnice también la pérdida de significación económica incluyendo la desvalorización monetaria sucedida o esperada, además del interés puro o ganancia propiamente dicha.

Ahora bien, desde Parménides de Elea, que filosofó en Magna Grecia unos 500 años antes del Cristo, se tiene como axioma el llamado *principio de la identidad y la diferencia* según el cual una cosa no puede, a la vez, ser ella misma y otra distinta. Esa verdad irrefutable de la filosofía presocrática ha sido puesta bajo amenaza por la extraviada pluma que ha redactado el decreto en análisis. Porque, si lo entiendo bien, se asigna al RIPTE la titánica misión de ser simultáneamente dos cosas diferentes y de algún modo incompatibles.

El rodeo literario consiste en inventar una tasa de interés que no existe, la "*equivalente al RIPTE*", con lo cual este último vendría a cumplir además de la función que le es propia -ajustar el capital- la de indemnizar por la privación de su disponibilidad. De allí, de ese "dos por uno" deviene conceptualmente la diferencia peyorativa a la que refiere la colaboración de Horacio Schik que acompaña estas líneas. Por supuesto, es difícil creer que se trate de un error y no de una "avivada" de lobista.

¿Padecía el sistema ahora sustituido de un defecto similar? No, puesto que si bien aplicaba meramente un

interés sobre el IBM escogía a la "tasa activa", a la cual le es connatural incluir las previsiones sobre la inflación esperada además del interés puro (como ganancia del depositante), de modo que ella sí -suficiencia o insuficiencia aparte- está diseñada para cumplir el doble rol compensatorio-resarcitorio.

Entonces el enunciado de la norma "*un interés equivalente a la variación de las RIPTE*" -aparte del doble defecto de concordancia en género y número, ya que el RIPTE es masculino y singular, puesto que se trata de *un* índice- debe ser entendida meramente como un modo de mantener estable la significación del IBM sin que, en sí mismo, signifique indemnización alguna por el transcurso del tiempo o el retardo en el pago.

¿Qué importancia tiene esta larga disquisición?

Yo creo que la "avivada" consiste en que se pretende, por el mismo precio, esterilizar el art. 2 de la Ley 26773 en cuanto resulta del mismo que los intereses son debidos "*desde que acaeció el evento dañoso o se determinó la relación causal adecuada de la enfermedad profesional*", puesto que es desde entonces que "se computará" el derecho a la reparación dineraria, independientemente del momento de la determinación del daño.

Esta disposición, que mereció el beneplácito de los autores, alineó a la LRT con la doctrina pacífica del Derecho de daños en similar sentido. En efecto, según explica Casiello la circunstancia de que la deuda genere intereses compensatorios *desde su origen* deriva del hecho de tratarse, en esencia, de lo debido en razón del disfrute del capital ajeno, lo que sucede incluso en ausencia de mora restitutiva<sup>[1]</sup>. Por lo mismo, en tanto precio que se cobra y se paga en concepto de fruto civil del dinero, es que en materia de hechos ilícitos se ha entendido desde el año 1958<sup>[2]</sup> que la mora se configura automáticamente "*desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de reparación*", ya que como indicó en su voto el Dr. Boffi Boggero, "*la ley no establece el requisito de la liquidez para que puedan correr los intereses, sino que exista una obligación cierta en sí propia, aun cuando pueda ser incierta en cuanto a su monto*" de modo que "*el crédito indemnizatorio nace así, puro y simple, sin necesidad de esperar «plazo legal» ni de supeditarse al requerimiento del acreedor*".

O sea que, en punto al comienzo del cómputo de los intereses, corresponde estar como *dies a quo* a la fecha del hecho generador de la responsabilidad, tal como lo ha consentido -incluso para los casos en que la Ley 26773 aún no se aplicaba- la CSJN en la causa "Espósito" (considerando 10, párrafo segundo).

Esta norma -el art. 2 de la Ley 26773- en tanto refiere a hipótesis distinta a la contemplada en el art. 12, LRT, mantiene su plena operatividad y vigencia. En efecto, el art. 12 regula la base de cálculo que constituye -multiplicado por 53- uno de los factores de la fórmula, pero no la fórmula en sí. Una vez que se aplica la misma (incorporándole los factores coeficiente de edad y porcentaje de incapacidad) tenemos el resultado indemnizatorio. Y es sobre el mismo que, recién, corresponde computar los intereses previstos por aquélla. Por supuesto, este interés, en la medida en que se asienta sobre un capital cuya variable remuneratoria ha sido previamente ajustada por RIPTE, deberá ser un interés puro que según la tradición jurisprudencial del fuero laboral ha oscilado históricamente entre el 6 y el 15 %, dependiendo de la estabilidad o inestabilidad de las demás circunstancias económicas.

Por fin, una vez determinado el crédito y si la deudora recayera en situación de mora en el cumplimiento de su obligación, deberá estarse a lo dispuesto por el inciso 3 del art. 12 (texto según Ley 27348, cuya sustancia no ha sido alterada por la nueva redacción impuesta en el DNU 669/2019) procediéndose a la capitalización o acumulación de aquéllos intereses puros devengados desde el accidente y aplicándose sobre el resultado, la indemnización consolidada, "*un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina hasta la efectiva cancelación*" el que, a su vez, se capitalizará semestralmente de acuerdo al art. 770 del CCC.

### **3. La aplicación retroactiva sine die de la nueva redacción del art. 12 - La aplicación del RIPTE sobre el IBM de las indemnizaciones que no se ajustan por RIPTE**

El art. 3 del DNU establece que "las modificaciones dispuestas en la presente norma se aplicarán *en todos los casos*, independientemente de la fecha de la primera manifestación invalidante".

La consecuencia más obvia de esta disposición es que las obligaciones por prestaciones dinerarias no canceladas a la fecha de entrar en vigencia el DNU, incluso aquéllas a las que les resultaría temporalmente aplicable la Ley 27348, se rigen por el nuevo criterio.

Según las reglas del CCC una ley puede tener efecto retroactivo pero solo: 1) si el legislador así lo dispone; y 2) si con ello no se violentan derechos "amparados por garantías constitucionales", proposición que sustituyó a la del viejo art. 3 del Velezano, el que refería a los derechos que se hubiesen adquirido al amparo de la legislación anterior.

Según la tradición de la CSJN -en causas tales como "Escudero, Adolfo c/ Orandi y Massera SA" del 28.05.91 (Fallos 314:481)- y de la CNAT en Plenario 277 "Villamayor, José Domingo c/ La Franco Argentina" del 28.02.91- en punto a que *los derechos se adquieren* en el preciso momento en que suceden los hechos que la norma prevé como presupuesto de su aplicación -tradición en la que cabe inscribir la doctrina de la Corte Suprema en la causa "Espósito" de 2016- el DNU que estoy comentando avanza sobre situaciones consolidadas por haber ocurrido antes de su entrada en vigor los accidentes y enfermedades en los que se origina el derecho al resarcimiento.

De tal suerte, no puedo sino coincidir con quienes afirman que el art. 3 del DNU agravia derechos adquiridos y que cuentan con "garantía constitucional" toda vez que se traduce en un detrimento del crédito ya devengado en favor de la víctima de un daño a la salud y, por ende, resulta inconstitucional más allá de las formas.

Ahora bien, la retroactividad aparece en el DNU consagrada sin límite retrospectivo alguno, con lo que naturalmente resultaría según su letra aplicable a *todos los siniestros sucedidos desde el mes de julio de 1996*, fecha en la que entró en vigencia el art. 12 de la LRT. De suerte que -en lo que seguramente es una consecuencia no prevista ni querida por el "decretador", pero resulta inequívocamente de su texto- en caso de que los jueces no declaren la inconstitucionalidad del art. 3 del DNU 669/2019 deberán aplicarlo a todos los siniestros pendientes de pago. Incluso a aquellos respecto de los cuales la doctrina de "Espósito" vino a proclamar que no se aplicaba el RIPTE, esto es, los sucedidos entre julio de 1996 y noviembre de 2012. Obvio, se trata de un remanente marginal de casos, pero la experiencia indica que no son pocos y, obviamente, se verían claramente beneficiados por la nueva norma al tener que calcularse el IBM con ajuste según RIPTE entre la fecha del accidente -o la primera manifestación invalidante de la enfermedad- y aquella en que la ART o el empleador no asegurado "pongan a disposición" el resarcimiento.

En menos palabras, todos los casos en que los jueces consideramos la inaplicabilidad del art. 12, LRT en su redacción originaria por envilecer el resarcimiento al calcularse sobre la base de una remuneración pretérita -que en ocasiones es de varios años y hasta de una década anterior a la fecha de su pago- encontrarían ahora una solución más justa y razonable y que haría innecesaria esa declaración de inconstitucionalidad.

Vaya paradoja.

#### **4. Juguetes perdidos**

Tentado estuve, lo confieso, de titular este artículo refiriéndome al DNU que lo motiva como "Decreto Bulacio", en línea con la moda de nombrar a las leyes a modo de homenajes a las víctimas en cuya tragedia se inspiran. Tentación mayor todavía cuando alguna lotería del infierno quiso que José Humberto, el muerto en el "accidente" de Ezeiza, tuviera el mismo apellido que otro Bulacio, Walter, asesinado por un garrote fácil y enfermo, para quien se escribió en los años 90 el más bello himno del que fuera capaz un músico argentino. Ese de Solari que lleva por título el mismo de este pasaje, aunque se lo conozca más por su primera estrofa, la de "banderas en tu corazón, yo quiero verlas" y que proclama en su final, como quien reza a una esperanza, "cuando la noche es más oscura, se viene el día en tu corazón".

Desistí por razones obvias. Este decreto no se hizo para conmemorar a ningún Bulacio. El de entonces ni el de ahora. No es un himno. No responde a la épica del trabajo sino a la patética del lucro. Casi se puede decir que su efecto, acaso su propósito, es el de perjudicar a los familiares del siniestrado en Ezeiza. Y no daba tampoco para bautizar al engendro con el nombre de los canchales que lo pensaron y escribieron, nombres saturados de "emes", a los que no cabe premiar con la estatura de nuestro rencor.



[1]

Casiello, Juan José: Código Civil y Comercial de la nación, dirigido por Alberto Bueres, Hammurabi, 2017, Tomo 3-A, pág. 318.

[2]

Plenario de la Cámara Nacional Civil en "Gómez c/ Empresa Nacional de Transportes".