



NEUQUEN, 17 de diciembre de 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados:
**"SEVANI ELENA ZULEMA Y OTRO C/ ASOCIART ART S.A.
S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"**, (JNQLA5 EXP N°
509881/2017), venidos en apelación a esta **Sala
III** integrada por los Dres. Fernando Marcelo
GHISINI y Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia
de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y,
de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr.
Ghisini, dijo:**

I.- La sentencia de primera instancia de fs. 386/392, hizo lugar parcialmente a la demanda de consignación interpuesta por ASOCIART ART S.A., a quien condenó a abonarle a A.M.S. y a Cintia Ayelen Salazar en partes iguales la suma consignada (de \$3.550.118,70) y la diferencia de \$675.186,30, con más los intereses del modo que determinó, impuso las costas en el orden causado y reguló los honorarios de los letrados intervinientes.

Para resolver de este modo, juzgó que el tema a decidir fincaba en resolver quienes son los beneficiarios de las prestaciones previstas por la ley 24.557, derivadas del fallecimiento de Alexis Marangel Pino, ocurrido en el marco de un incidente de trabajo.

En segundo y tercer orden estableció que resultaba necesario esclarecer el importe del IBM y si resultaba procedente la demanda de consignación.

Para desentrañar el primer punto, fijó que el conflicto se enmarca en el artículo 18 de la ley 24.557 (que renvía al artículo 53 de



la ley 24.241) y remite a establecer la medida del derecho a la percepción de las prestaciones frente a la vocación de la hija del trabajador, A.M.S. (representada por su progenitora) y de Cintia Zalazar, quien invoca su calidad de concubina.

Luego de despejar la condición de hija de A.M.S., se abocó a establecer la situación de Cintia Zalazar. Para ello, formuló una interpretación armonizadora de la ley 24.557 respecto del Código Civil y Comercial, que reguló el instituto de la unión convivencial, acordándole derecho por su condición de compañera de vida y concubina, unión que consideró acreditada a partir de las informaciones sumarias tramitadas por Juzgado de Paz, credencial de la obra social validada por la prueba de informes recabada y la declaración de los testigos Buchile y Fuentes.

Razonó que para el causante tanto su hija como su concubina son su familia y de acuerdo con las pautas que surgen de una interpretación conforme al nuevo paradigma constitucional, resulta abstracto el debate en torno a los cuatro o cinco años, por cuanto el Cód. Civ. y Com. exige solo dos y del mismo modo que la convivencia -o no- en común no es un recaudo exigible.

Posteriormente la *a quo* juzgó que en este particular marco de incertidumbre, la A.R.T. obró con arreglo a derecho al proceder a la consignación, no obstante lo cual luego de analizar la prueba recabada, determinó que existe una diferencia -en menos- de \$675.186,30 entre el



importe que por ley corresponde por la prestación de los artículos 11 ap. 4 inc. "c" y 15 ap. 2 de la ley 24.557, así como el artículo 3 de la ley 26.773, por lo que condenó a abonar la referida diferencia en la forma señalada en el primer párrafo.

II.- El fallo es recurrido en los términos del artículo 42 de la ley 921 por la progenitora de A.M.S. a fs. 402/408, por la representación legal acordada por el artículo 26 del Código Civil y Comercial.

La apelación se centra fundamentalmente en dos agravios concretos.

El primero de ellos se vincula a la denuncia de violación del principio de congruencia, por cuanto la magistrada resolvió el caso a partir de las previsiones del Código Civil y Comercial, sin que ninguna de las partes haya invocado la aplicación de tal normativa. En ese orden de ideas, señala que el artículo 53 de la ley 24.241 es la regla específica para la solución del caso y que no se acreditó que la Sra. Zalazar hubiera convivido por lo menos cinco años en forma inmediata con el trabajador.

Por otro lado, destaca que aun con apego a la figura de la unión convivencial, no se encuentra adecuadamente tratado que se han cumplido los recaudos de los artículos 510 y 511 del mismo cuerpo legal.

En definitiva, denuncia que el conflicto fue sustraído del marco normativo formulado por las partes y que no corresponde la aplicación oficiosa de la figura de la unión convivencial, por cuanto ello produce un cambio



en los alcances de las pretensiones de las partes, con afectación del principio de congruencia.

La restante crítica al pronunciamiento gira en torno a la forma de imposición de costas, por cuanto a juicio de la recurrente debieron ser cargadas a la ART, ya que quedó demostrado que el pago fue insuficiente, por lo que no cumplió con la nota de integralidad. Afirma que debió litigar para obtener el reconocimiento de su derecho y que por tal motivo corresponde que las costas sean impuestas a la parte vencida.

A fs. 410/414 se encuentra agregada la réplica de la co-demandada Zalazar al recurso antes referido. Con acentuación en el primer agravio, solicitó que se lo declare desierto y expuso las razones por las cuáles el fallo resultó ajustado a derecho, sin que se haya violado en modo alguno el principio de congruencia.

A fs. 415/417 vta., contestó la expresión de agravios ASOCIART A.R.T. S.A., ceñida al agravio tocante a su parte, esto es, el referido a la forma de imposición de costas. Pidió que se declare insuficientemente fundado el recurso y afirmó que existieron vencimientos parciales y mutuos, por lo que la distribución de costas en el orden causado resultó correcta.

III.- Comenzaré por dar tratamiento al planteo introducido tanto por Cintia Ayelen Zalazar como ASOCIART ART S.A., tendientes a que se declare desierto el recurso deducido por Elena Zulema Sevani en representación de A.M.S., por



cuanto el examen de fundabilidad es secuencialmente anterior y determinante en relación a la apertura de la vía impugnatoria.

Una lectura inicial de la presentación recursiva permite establecer que los argumentos en ella contenidos, sintéticamente enunciados en el capítulo anterior, resultan inteligibles y por lo tanto traspasan el umbral mínimo de fundabilidad que se exige a los fines de ingresar al tratamiento sustancial de la apelación, sin perjuicio de la suerte que en definitiva corran, por lo que corresponde desestimar la petición de declaración de deserción.

Ingresando al tratamiento de la crítica que la señora Cintia A. Zalazar formula en torno a la sentencia, corresponde analizar en primer lugar si se trasgredió el principio de congruencia al resolver la contienda con apego a las reglas emanadas del Código Civil y Comercial.

El presente caso refiere a la consideración de uno de los límites en la aplicación del brocardo *iuria curia novit* o, dicho en un lenguaje sencillo, la regla que indica que corresponde a los magistrados aplicar correctamente el derecho, de acuerdo con los hechos debidamente alegados y probados por las partes.

Tal máxima aparece limitada por la imposibilidad de transfigurar los alcances de la pretensión, desviando el objeto inmediato hacia otro diferente, por la sencilla razón de que en tal caso se generaría la afectación del derecho



de las partes a formular peticiones y ofrecer prueba.

El principio de congruencia aparece así como una regla eminentemente lógica, diseñada para que exista correlato entre lo debatido en un proceso judicial y lo resuelto.

Claro está que tal principio fue acuñado y modelado al calor de una visión decimonónica del proceso judicial, erigido fundamentalmente a partir de los postulados de los valores predominantes de la sociedad que fueron recogidos por los diferentes Códigos, entre los que podemos ubicar sin ninguna dificultad el redactado por Vélez Sarsfield, aprobado por ley 340.

El proceso Civil fue entonces pensado como un reglamento para la disputa de una contienda privada, con un magistrado que sólo se dedicaba a controlar -frente a cada queja puntual de cada parte-, la legalidad del proceso, que resultaba un terreno en que las partes a través del contradictorio podían modular lícitamente su duración y fundamentalmente restringir los alcances del debate.

Tal cosmovisión resultaba plenamente consistente con una perspectiva liberal asociada a la predominancia de la autonomía de la voluntad y del derecho de propiedad.

Sin embargo, el proceso de constitucionalización del derecho privado derivado de la irrupción progresiva del paradigma de la plena vigencia de los derechos humanos, demostró rápidamente las insuficiencias del molde



procesal para dar adecuada respuesta jurisdiccional a los conflictos que se presentan en un contexto más amplio.

Vale decir, que muchos de los principios que constituían postulados inflexibles comenzaron a colisionar abiertamente con reglas imbuidas del atributo del orden público de protección, producto de la inadecuación de las reglas adjetivas al ordenamiento jurídico sustantivo.

Ello está produciendo en muchos casos, y con certeza esto ocurrirá durante algún tiempo más, respuestas jurisdiccionales formales que desatienden el cambio del paradigma del Estado Legal de Derecho, antes referido, con anclaje en una perspectiva puramente privatista del proceso.

Ahora bien, desde aquella perspectiva podría argumentarse que el presente caso solo comporta un reclamo de naturaleza patrimonial, que por lo tanto debe y puede lícitamente resolverse con una mirada estanca del Código Procesal. Sin embargo, a poco que se analice la causa última de la pretensión y el origen de la legitimación, se advierte que nos hallamos frente a un debate con un fuerte costado de seguridad social.

Esto es así no sólo por cuanto la propia ley de riesgos del trabajo remite a la ley 24.241, para establecer el orden de prelación y concurrencia sobre las prestaciones de la ley 24.557 y 26.773, sino fundamentalmente porque sólo ello explica, que el derecho nazca por derecho propio en cabeza de los legitimados que



por ley se establecen y no resulte equiparable a cualquier otra indemnización adeudada a los damnificados indirectos, conforme las reglas del Código Civil y Comercial.

Parados en este punto, considero que en la sentencia de la anterior instancia no se ha trasgredido en modo alguno el principio de congruencia, por cuanto al resolver ha considerado precisamente los hechos y pretensiones de cada una de las partes, aun cuando antepuso una construcción de la solución del caso, atendiendo a los valores que dimanar del ordenamiento jurídico -integrado por el Código Civil y Comercial-, para establecer una recta pauta de aplicación al presente caso.

Si se analiza con detenimiento la remisión que efectúa el artículo 18 inc. 2 de la ley 24.557 al orden establecido por el artículo 53 de la ley 24.241, se advierte que la regulación tiende a dar cobertura a una contingencia -en el caso el fallecimiento del trabajador- desde la particular óptica y significación que tal concepto tiene en el campo de la seguridad social.

De manera que, este singular campo del ordenamiento jurídico siempre tuvo un nivel superior de flexibilidad, para reconocer la condición de beneficiarios de las prestaciones establecidas en sus distintos subsistemas a personas que el Derecho Civil no preveía para la liquidación del patrimonio post-fallecimiento.

Sin embargo, con la reforma del ordenamiento civil del año 2015 se generó una figura que trastocó la regulación, puesto que



reconoció el hecho social de las uniones basadas en relaciones afectivas de carácter singular, público y notorio, estable y permanente, afianzadas por la convivencia y la comunidad de un proyecto de vida (art. 509, Cód. Civ. y Com.).

Como se advierte, la regulación civil tiene un carácter más amplio que el de la ley 24.241, por cuanto no exige la convivencia por cinco años (o dos en caso de existencia de descendencia en común).

La cuestión pasa por establecer si la conviviente tiene derecho en las condiciones fijadas por la *a quo* (con arreglo a la amplitud del digesto civil) o si en forma indispensable debían acreditarse los extremos del artículo 53 de la ley 24.241.

También debe indagarse si el juez puede o incluso si debe analizar el caso subsumiéndolo al tándem leyes 24.557/24.241 o bien si su tarea -conforme el paradigma vigente- incluye la de analizar en forma evolutiva y armónica los diferentes instrumentos.

Para responder ambos interrogantes, tomaré algunas herramientas que enuncié adrede al comienzo, por cuanto interpreto que el cambio de paradigma obliga al magistrado a analizar todo el elenco de fuentes que forman el ordenamiento jurídico, tarea de una marcada complejidad superior a la que tenía a su cargo en el modelo del Estado legal de derecho.

En definitiva, no resulta lícito que el juez tolere una hipótesis de *subinclusión* normativa por apegarse excesivamente a la letra de la ley, si una lectura de todo el orden



jurídico permite establecer un adecuado rebalanceo de los datos fuertes y débiles de cada norma.

Para explicarlo, nada mejor que analizar el propio texto del artículo 53 de la ley 24.241 con una perspectiva teleológica. La inclusión de la conviviente, adicionando el recaudo de antigüedad, respondió a la necesidad de dotar de estabilidad a una relación frente a situaciones de conflicto con otras personas con vocación de ser consideradas beneficiarias.

Se tornó anacrónico y particularmente injusto continuar analizando en forma estricta tal lapso, cuando el Código Civil y Comercial rebalanceo con acento en una mayor amplitud la forma de considerar al conviviente. Basta la prueba del proyecto en común y la convivencia en las condiciones que se señalan en el título III, del Libro Segundo del Código Civil y Comercial.

De la misma manera que ha perdido sentido la alusión del mismo precepto a la noción de "culpa" en la separación personal o divorcio, coincido con la *a quo* en la integración de fuentes que preserva el espíritu de la regla, conforme los principios de Seguridad Social.

Desde otro plano analítico, cuadra señalar que la noción de familia ha variado significativamente y con ello el alcance de la noción de cargas -que es indisociable de aquella- elaborada por el subsistema previsional.

Corresponde señalar -siguiendo a Rolando Gialdino- que el fundamento ontológico de todo el ordenamiento positivo del derecho



internacional de los derechos humanos se enraíza en la dignidad de la persona humana (aut. cit, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones", p. 5, Ed. Astrea).

Este fundamento aparece difuminado a lo largo de la mayoría de los instrumentos internacionales y recogidos en diversos fallos de la Corte IDH (vgr. "Gelman", sent. del 24 de febrero de 2011, serie C N° 221, entre muchos otros).

En el caso "*Trabajadores Cesados del Congreso*" (sent. de 24 de noviembre de 2006, serie C N° 158), la Corte IDH resolvió que la interpretación del artículo 26 -relativo a la recepción de los DESC- debe hacerse teniendo en cuenta la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales, y de conformidad con el referido principio pro homine.

La Corte IDH ha establecido que "[...] el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio [...]" (Corte IDH, causa "*Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*", Serie C No. 239, sent. del 24 de febrero de 2012, parágrafo N° 142).

Conforme tales pautas, se encuentra fuera de debate en el marco del presente proceso la condición de compañera del difunto trabajador invocado por la Sra. Zalazar, circunscribiéndose el mismo a una cuestión relativa a la elongación temporal que, en mi criterio y con fundamento tanto en la interpretación convencional de los



artículos 1.1, 17 y 24 de la CADH, así como la pauta hermenéutica evolutiva, se ha tornado insustancial.

De tal modo y con arreglo al esquema de fuentes, anteriormente mencionado, resulta inexacto que la magistrada haya violado de algún modo el principio de congruencia, o cuanto menos que haya obrado de tal forma en una comprensión de tal directriz procesal que respete el nuevo esquema la integración y prevalencia de fuentes.

En el caso, no existe incongruencia por cuanto la a quo efectuó una adecuada integración de las fuentes, sin que en tal cometido se hayan visto alterados los alcances o límites del debate, que siempre giró en torno a determinar si la Sra. Zalazar tenía o no acceso a la prestación en forma conjunta con la menor A.M.S.

De modo que la solución del caso propiciada en primera instancia debe permanecer, en este punto, inmodificada.

En un segundo orden, se agravia la recurrente por la imposición de las costas en el orden causado, argumentando que el pago por consignación no fue íntegro y que por lo tanto, debe aplicarse el principio general de la derrota del artículo 68 del C.P.C.C., dado que debió interponer una demanda para resguardar la integridad del derecho reconocido en la sentencia.

Si bien podría considerarse que la ausencia de ataque a la conclusión de la sentencia que admitió la demanda por



consignación, torna infundado el agravio que hace eje en el principio de la derrota, lo cierto y concreto es que aun sin apartamiento de la regla del artículo 71 del Código Procesal, debe admitirse parcialmente el agravio.

La crítica asociada a la ausencia de integralidad del pago debe tener, en mi opinión, incidencia en la forma de distribución que indica el artículo 71 del C.P.C.C. (art. 54, ley 921), dado que sin la interposición de la demanda, el crédito derivado de la insuficiencia de la consignación se hubiera visto irremediablemente cercenado.

De tal modo, resulta procedente compensar las costas hasta el límite de lo consignado por la ART, y confirmar hasta tal concurrencia la imposición de las costas en el orden causado e imponer las costas a ASOCIART ART S.A. sobre el monto de \$675.186 en concepto de capital con más los intereses que se determinen en la instancia del artículo 51 de la ley 921.

IV.- En virtud de lo considerado, propongo al Acuerdo admitir parcialmente el recurso de apelación deducido por Elena Zulema Sevani en relación a la distribución de costas y rechazarlo en todo lo restante.

Las costas de Alzada se imponen en el orden causado, en atención al resultado del tratamiento de los agravios y la medida en que han sido estimados y desestimados (arts. 17 y 54 ley 921; arts. 68 y 279, C.P.C.C.).

Se regulan los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado



y a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

Tal mi voto.

El Dr. Medori, dijo:

I.- Habré de disentir con el voto que antecede y a propiciar que se revoque parcialmente la sentencia, reconociéndose como única legitimada para percibir la totalidad de las prestaciones dinerarias previstas en los arts. 11 ap. 4) inc. "c", 15 ap. 2) de la Ley de Riesgos de Trabajo, y 3 de la Ley 26773, a la hija del trabajador fallecido, A.M.S., confirmándose la imposición en el orden causado de las costas devengadas en la instancia de grado.

II.- Partiendo que los agravios reúnen los recaudos del art. 265 del CPCyC, hallo razón al planteo recursivo de la hija del trabajador, en función de que el caso bajo examen cae bajo la órbita de aplicación exclusiva de las leyes especiales N° 24.557 y N° 24.241 -por remisión de la primera a la segunda para definir a los causahabientes del causante y el orden de prelación a los fines de la percepción de prestaciones dinerarias -al comprobarse que la jueza incurre en incongruencia cuando justifica su conclusión de que hija y "concubina" concurren en partes iguales a la percepción de las acreencias, es decir, 50% para cada una de ellas, por decidir respecto a cuestiones que no fueron objeto de controversia, así como resultar improcedente que se haya configurado un conflicto normativo que requiera ser abordado por vía interpretativa o de armonización de fuentes, como



consecuencia de lo regulado en el Código Civil y Comercial a partir de agosto de 2015 bajo el régimen de "Uniones convivenciales", cuyo art. 510 estipula como requisito que se mantengan la convivencia durante un período no inferior a 2 años, cuando el sistema de la antes citadas leyes especiales lo fijan en 5 años.

Anticipar que en el caso, el análisis y solución será el resultado de ponderar primordialmente el interés superior de la niña, desde que, frente a un presunto interés del adulto se debe priorizar el del niño por aquella pauta interpretativa que nos brinda la Convención Internacional y cuya tutela debe prevalecer como factor primordial en toda relación judicial, tal como lo ha exigido el Tribunal Superior de Justicia en toda tarea dirigida a justificar una decisión que afecte a un sujeto vulnerable, en la causa "MEDIAVILLA MARTÍN Y OTRA C/ AMBAR CIA MINERA S.A. S/DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES" (Expte. N° 7279 - Año 2009-Acuerdo N° 17 del 19 de junio de 2018, TSJ Sala Civil).

A.- En lo que resulta de interés para el presente caso, donde se configura el fallecimiento del trabajador asegurado, la regla del art. 18° contenida en la Ley de Riesgos de Trabajo N° 24557 -sustituido por art. 9° del Decreto N° 1278/2000 B.O. 03/01/2001- es clara cuando expresa que "a los efectos de esta ley" se debe considerar "derechohabientes" "a las personas enumeradas en el artículo 53 de la Ley N° 24.241, quienes concurrirán en el orden de prelación y condiciones allí señaladas. ...".



Es también precisa y clara la norma remitida, el art. 53 de la Ley 24241, cuando regula que:

“En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante: a) La viuda; b) El viudo; c) La conviviente; d) El conviviente; e) Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos hasta los dieciocho (18) años de edad;...

“... En los supuestos de los incisos c) y d) se requerirá que el o la causante se hallase separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos (2) años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes. ...”.

1.- Que para acreditar su legitimación la niña A.M.S. acompañó Acta de nacimiento de la que resulta que, nacida el 23 de abril de 2006, fue reconocida por el padre el 14 de junio de 2012 cuando contaba con 6 años (fs. 2), y que al momento del fallecimiento de aquel -acaecido el 22-11-2016 fs. 3- tenía 10 años de edad; como bien se analiza y concluye en la sentencia, su calidad de causahabiente no fue cuestionado, y así se concluyó reconocerla.



Al mismo fin, la Sra. C.A., S. se presenta como parte invocando su calidad de "conviviente" del causante (fs. 73/74), aportando la Información sumaria N° 067/2017 fechada el 20 de febrero de 2017, en la que intervienen los Sres. Huacalan y Sepúlveda respecto a la existencia de una unión de hecho con el causante desde abril de 2011 (fs. 70).

Denuncia que ante la observación que le formulara la Aseguradora de riesgos de trabajo advirtió el error de fechas consignado en la Información sumaria que le acompañara, donde se había consignado el inicio de la convivencia en abril de 2012, la llevó a que la rectificara por otra en la que figura la de abril 2011; luego agrega que el noviazgo se inició en 2009 y que vivieron en la casa de la madre del causante en 2010, hasta que se mudan juntos a otra vivienda que les facilita el Sr. Pedro en 2011.

Aporta dos credenciales de obra social y mutual del trabajador fallecido, en la última de las cuales figura como "Carga de familia" -sin fecha de emisión- solicitando se oficie para que se informe sobre tales inscripciones, derivando de ello que se remitiera una constancia de Empadronamiento de Beneficiarios ingresado el 29 de abril de 2014 firmada por el causante, donde figura como concubina C.A.,S. (fs. 314).

Destacada por la misma parte la declaración de Facundo Fuentes, resulta de ella que no puede precisar fechas ni tiempo de convivencia que permite inferir el lapso de 5 años anteriores a la fecha del fallecimiento, y



en contrario se expiden los testigos Paye, Corsini, Sevani y Sandoval, sin que se aportara constancia documentada emitida por el trabajador en el que declarara o denunciara que estaba en concubinato desde abril de 2012, 2011 o anterior, ni de la que resulte fehacientemente el lugar de residencia común.

2.- En este punto estimo oportuno advertir que es la propia conviviente C.A.,S. la que luego de acaecido el episodio luctuoso, admite haber presentado un reclamo ante la Aseguradora de Riesgos de Trabajo para que le abonen las prestaciones de la LRT, adjuntando una Información Sumaria en la que se consignaba el inicio de la convivencia en abril de 2012, y que al ser observada, derivó en que se emitiera otra en la que se consigna abril de 2011, extremo que resulta avalado con la documentación agregada a fs. 55 y vta.

Así, y conforme los términos en que se formularan los planteos extrajudicial y el judicial, resulta que la conviviente C.A.,S no desconocía los recaudos contenidos en los arts. 18 de la ley N° 24.557 y 53 de la Ley N° 24.241, por los que estaba obligada a acreditar una convivencia de 5 años anteriores al fallecimiento del trabajador, y en tal sentido encauzó sus pretensiones y prueba.

Este análisis y conclusión, relevante en orden al abordaje de la crítica central que por incongruencia es dirigido al razonamiento de la jueza, resulta avalado por el contenido del alegato de C.A.,S -a partir de fs. 367vta y hasta fs. 370- donde recién introduce que el requisito



de acreditación contenido en las citadas leyes especiales debe resolverse de acuerdo a las nuevas modificaciones del Código Civil y Comercial, que regula la unión convivencial por la que se generaron nuevos derechos.

Con lo admitido en su formulación final, además de referir haber cumplido con la prueba de una unión por cinco años, destaca que en el caso **"el tema es el plazo"**, para aclarar que

"... cuando ellos hacen la pertinente denuncia de concubinos les dijeron que con 2 años era suficiente, por eso ellos siempre declararon que estaban en pareja desde abril del 2012, por lo cual le faltarían, de acuerdo a lo declarado, 5 meses para los 5 años", y que "el nuevo C.C.yC. modifica radicalmente la cuestión del concubinato, ya no existe más esa figura, y la reemplaza por la unión convivencial, la cual se demuestra con cualquier medio de prueba y es necesario para estar en unión convivencial, la convivencia por 2 años, plazo este que está sobradamente demostrado en autos que estuvieron juntos".

Y solicitar: "SE APLIQUE AL CASO DE AUTOS EL NUEVO PLAZO DE UNION CONVIVENCIAL DE DOS AÑOS ESTABLECIDO EN EL ART. 510 C.C. yC."

B.- Abordando entonces el primer agravio donde se cuestiona por incongruente la sentencia, al haberse apartado de lo que fuera materia de la litis, con crítica también al proceso de integración del marco jurídico en función de la fuente proporcionada por el Código Civil y Comercial en su art. 510, estimo oportuno



citar lo que Juan J. Formaro refiere acerca del mecanismo de cómo opera la asistencia y aplica de las normas del derecho civil en el plano laboral:

"a)El derecho civil tiene vocación de aplicabilidad en la esfera especial como derecho supletorio o subsidiario.

"b)No deroga las normas que conforman la especialidad, sino que llena sus carencias.

"c)Aquella aplicación supletoria tiene como límites la existencia de una norma laboral expresa distinta y la incompatibilidad de la norma civil - incluso en el supuesto de carencia de norma legal- con los principios generales del derecho del trabajo. En el primer caso hay incompatibilidad expresa, mientras que en el segundo existe incompatibilidad implícita.

"d)En ciertos casos puede existir remisión directa al derecho común (v. vg., arts. 24, 95 y 257, LCT) y en otros también remisión a conceptos de aquél (solidaridad, mora, fuerza mayor, etcétera).

"e)Eventualmente la aplicación supletoria podrá llevar asimismo a la adaptación del derecho civil a las exigencias del derecho del trabajo, de conformidad a sus principios especiales". (Incidencias del Código Civil y Comercial, N° 11, Derecho del Trabajo, Dirección Alberto J. Bueres; 1ra. Edición 1ra. Reimpresión, 2015, Hammurabi, José Luis Depalma editor, p. 32).

A tenor de lo expuesto, y sin perjuicio de lo que se analizará en el punto siguiente, no se comprueba en el caso la



posibilidad de una remisión a las normas contenidas en el Código Civil y Comercial a partir de la autonomía que detentan los subsistemas de la seguridad social como los aquí involucrados, el previsional y el que aborda la siniestrabilidad laboral, que como en el caso, contienen remisiones entre sí, y son comprensivos de un régimen especial con expresas y claras prescripciones, sin que se compruebe la necesidad de redefinirlos ni ampliar sus límites por la vía de la supletoriedad o subsidiariedad de las reglas civiles.

Y en punto a la convencionalidad que caracteriza a las uniones convivencias, cabe citar la incidencia que el propio CCyCN reconoce al "orden público" en el párrafo primero de su art. 12, expresando "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público", cuando en la materia aquí debatida, la regla es el orden público que tiene en vista el principio protectorio, con restricción de la autonomía de la voluntad, que rige en el ámbito civil.

También, cuando el mismo CCyC se refiere a la "prelación normativa", en su art. 963 regula que: "Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código".



Como anticipara, no resulta permitido en el caso que las reglas civiles a las que la Jueza recurre para admitir la legitimación de la conviviente, puedan alcanzar o abarcar el campo de las leyes especiales involucradas en el régimen de la seguridad social que concretan la protección de una niña; máxime si se pretende que la reforma del CCyC ha importado la ampliación de derechos, porque de ser así toda interpretación debería conducir a hacer más efectiva la garantía de tutela a una persona vulnerable, que en el caso resulta ser la hija del causante, y no su limitación.

No puede pensarse que la constitucionalización del derecho privado, más allá de la relevancia de las fuentes incorporadas, conduzca a un resultado que lleve a la desprotección de los derechos de una niña, tratándose de un sujeto de preferente tutela constitucional y de las normas convencionales con jerarquía supra constitucional (art. 75 inc. 22 CN), tal como lo evaluó el Tribunal Superior de Justicia del Neuquén en la causa "MEDIÁVILLA MARTÍN Y OTRA C/ AMBAR CIA MINERA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES" (Expte. N° 7279 - Año 2009- Acuerdo N° 17 del 19 de junio de 2018, Sala Civil) al resolver también sobre la legitimación de una niña en un proceso de reparación de los daños sufridos con motivo del fallecimiento de su padre en el ámbito laboral:

"4.-... en torno al interés superior del niño ... dicho principio es un concepto complejo que ha ido adquiriendo un importante



desarrollo en la normativa internacional y local, perfilándose en una dimensión que tiene por objetivo la protección de la totalidad de los niños, niñas y adolescentes.

"En esta tónica, se recordó que el interés superior del niño, fue consagrado en la Convención de Derechos del Niño (Art. 3 CIDN) - elevada a rango constitucional por la reforma de la Carta Magna Nacional de 1994 por imperio del Art. 75, Inc. 22 de la Constitución Nacional- y sus alcances se precisan en la Observación N° 14 del Comité de Derechos del Niño.

También, se tuvo presente que es el principio que rige la responsabilidad parental legislada en el Art. 639, inciso a), del Código Civil y Comercial de la Nación y un concepto central en la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061 (Art.3°).

En el ámbito local, se dijo que se consagra en el Art. 47 de la Constitución Provincial y Art. 4° de la Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia N° 2.302.

También se expresó que a partir de la sanción de la Convención Internacional de Derechos del Niño (en adelante C.I.D.N.) en 1989, se ha ido conformando un plexo normativo que brinda precisas directrices en orden a la interpretación y alcances de su articulado y en particular, del principio del interés superior del niño establecido en el Art. 3 y que obliga a los Estados partes.

Se recordó que la C.I.D.N. establece en su Art. 3.1: "en todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones



públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Allí, se enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación en todos los derechos del niño, y lo entiende fundamentalmente, como un concepto dinámico y flexible que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto que nutre el caso particular.

El objetivo del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño, que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del infante (Cfr. Observación General N°5 párrafo 12, Comité Derechos del Niño).

Además, crea en sus Arts. 43 y 44 un órgano especializado para examinar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes, al que denomina: Comité de los Derechos del Niño.

Precisamente, se expuso que, para vigilar y analizar el cumplimiento de la Convención, el Comité se ha dado a la tarea de mantener una comunicación permanente con los Estados a fin de promover los derechos de la infancia y adolescencia internacional y para ello ha emitido hasta el presente 18 Observaciones Generales.



En lo que aquí interesa, resulta menester remitirse a la Observación General N° 14, del 29 de mayo de 2013: "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial".

Dicha observación general proporciona un esquema de textura abierta para evaluar y determinar el interés superior del niño. Este principio, al ser un concepto relacional, resulta flexible y adaptable. De este modo debe ajustarse y definirse de forma individual, en relación a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo como norte el contexto, la situación y las necesidades personales. Todo ello permite señalar que la flexibilidad domina e integra el concepto, permitiendo de este modo su adaptación a la situación de cada infante y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. (Cfr. GUZMÁN, NÉSTOR LEANDRO, "La motivación de la sentencia y el interés superior del Niño. Aspectos prácticos de la ponderación en el derecho de familia"; publicado en DFyP 2016 (junio), 18 La Ley, cita on line: AR/DOC/1130/2016)

En el punto 1.A.6 "El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que



adoptar una decisión que afecte a un niño, o a un grupo de niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

A su vez, es un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

Y, por último, determina que es una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

Además, cabe puntualizar que el interés superior del niño debe ser una "consideración primordial" en la adopción de todas las medidas de aplicación. Y dicha expresión impone una concreta obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción ya que el interés superior del niño es una consideración cardinal que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome.



La expresión "consideración primordial" implica que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. Ello encuentra su justificación por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz) que tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses.

Sumado a lo expuesto, este Tribunal Superior remarcó, en los antecedentes citados, que la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente este derecho. En este marco, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterio se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del menor frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

En resumen, se advierte que la norma contiene una pretensión bien definida que es ubicar el derecho del niño por sobre cualquier interés en juego.

La judicatura no tiene que establecer entonces una jerarquía axiológica para evaluar si el interés superior del niño tiene más peso que cualquier otro interés en juego. En este sentido, la norma ya lo define señalando que el



juez debe analizar, en un segundo orden y con una jerarquía móvil, las distintas cuestiones que pueden eventualmente debilitar el peso ya otorgado por la norma mediante una actividad de ponderación en el caso concreto. (Cfr. aut. y ob. cit. "La motivación de la sentencia y el interés superior del niño...") ...".

Finalmente, el Máximo Tribunal Nacional el 7 de junio de 2016 en el expediente "Recurso de hecho deducido por la demanda en la causa Espósito Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente-ley especial", decidiendo sobre la misma materia aquí involucrada sostuvo la improcedencia de recurrir a la legislación civil o interpretaciones fundadas en razones de equidad y justicia respecto a la aplicación de las normas contenidas en la Ley 26.773 -que reformó la LRT- cuando éstas eran precisas, sosteniendo:

"[...]8°) Que las consideraciones efectuadas en la causa 'Calderón' en modo alguno pueden ser tenidas en cuenta para la solución del sub lite, pues en este caso no cabe duda de que: a) la propia ley 26.773 estableció pautas precisas para determinar a qué accidentes o enfermedades laborales correspondería aplicarles las nuevas disposiciones legales en materia de prestaciones dinerarias; y b) **ante la existencia de estas pautas legales específicas quedó excluida la posibilidad de acudir a las reglas generales de la legislación civil sobre aplicación temporal de las leyes**".

"[...] En síntesis, la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los 'importes' a los que aludían los arts. 1°, 3°



y 4° del decreto 1694/09 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicaran a las contingencias futuras; más precisamente, a los accidentes que ocurrieran y a las enfermedades que se manifestaran con posterioridad a la publicación del nuevo régimen legal. El texto del art. 17.5, al establecer que 'las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero' entrarían en vigencia a partir de la publicación de la ley en el Boletín Oficial, **no dejó margen alguno para otra interpretación**".

"[...]9°) **Que la precisa regla que emana de este último precepto legal no puede dejarse de lado, como lo hizo el a quo, mediante la dogmática invocación de supuestas razones de justicia y equidad**". (el resaltado y subrayado me pertenecen).

Conforme el marco fáctico y jurídico expuesto se admitirá la crítica de la apelante cuando señala que régimen legal especial aplicable al caso es el que fija el plazo de cinco años de convivencia previo al fallecimiento del trabajador para obtener el reconocimiento de derechohabiente e improcedente admitir la legitimación de la conviviente en función de recurrir como fuente a la regulación del CCyC que en su art. 510 la limita a 2 años.

C.- A su vez, respecto al cuestionamiento por el que la jueza abordó y decidió el caso pronunciándose sobre hechos y el derecho que no fueron materia de controversia, se coincide con la apelante en que dentro del marco fáctico y jurídico bajo el que procede dirimir



este conflicto, la ausencia de una oportuna alegación en su postulado inicial, se ve perjudicada y obsta la posibilidad de que sea receptado en la sentencia que la conviviente estuviera exceptuada de acreditar una convivencia continuada durante los cinco años anteriores al fallecimiento del trabajador, como instara y ofreciera prueba a tal fin; ello por aplicación de dos principios rectores en materia procesal, el dispositivo y de congruencia, y el derecho constitucional a la defensa en juicio.

El de congruencia, de raigambre constitucional y expresa recepción constitucional y convencional (arts. 14, 17, 18 C.N., 8.1 Convención Americana de Derechos Humanos) y legislativa en el art. 163 del CPCyC inc. 6°, aplicable a toda resolución jurisdiccional, particularmente en una sentencia definitiva, que viene impuesto por la lógica formal a cualquier razonamiento por el que debe existir plena concordancia entre el objeto reclamado por la actora a las demandadas; la negativa y rechazo de estas últimas; y de sus fundamentos derivar los hechos expuestos por la primera y los articulados en la defensa por las segundas, lo que se reconoce como litis.

Tal principio entonces, considerado en su efecto negativo, importa una restricción que en materia fáctica el tribunal no puede trasponer, y en punto a ello Eduardo Couture explica que "la sentencia, como acto, es aquel que emana de los agentes de la jurisdicción y mediante el cual deciden la causa o puntos sometidos a su conocimiento y que derivan en una



primera operación, de los términos mismos de la demanda, es decir que el Juez halla ante sí el conjunto de hechos narrados por las partes en sus escritos preliminares de demanda y contestación y las pruebas sobre esos hechos que las partes han producido para depararle la convicción de la verdad y permitirle efectuar la verificación de sus respectivas posiciones" (Fundamentos del derecho procesal civil" Ed. Depalma, 1981, págs. 277 y ss.).

Señala Jorge W. Peyrano que el empleo del principio *iura novit curia* por parte del magistrado "debe ser prudente y particularmente respetuoso de la congruencia, porque de no ser así fácilmente puede crear un verdadero estado de indefensión para las partes que han armado su estrategia sobre la base de normas que, a la postre, resultan inaplicables en virtud de la incidencia de aquél", y con cita de Loutayf Ranea recuerda que "si bien el juez, al dictar sentencia debe ejercitar el principio *iura novit curia*, cabe advertir que en su fallo está limitado por el principio de congruencia; en consecuencia, el juez debe aplicar la norma que sea aplicable al sub iudice, pero siempre enmarcado dentro de las situaciones presentadas por las partes" (cfr. aut. cit., "Iura novit curia: límite clásico al principio dispositivo" en "Principios Procesales", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011, T. I, pág. 373).

A su vez, del principio dispositivo se extrae que ninguna de las partes está obligada a probar acerca de una cuestión de hecho no articulada y al juez le está vedado



incorporar a su pronunciamiento circunstancias no afirmadas por ellas; por la razón lógica de que para el Juez no existen, aún cuando pudiera acceder a ellas por otros medios.

Procede entonces que se revoque la sentencia en cuanto fue materia de agravio, al configurarse la infracción procesal por la que la Jueza nunca pudo haberse apartado de la delimitación que los sujetos del proceso había dado al conflicto y abordara que el plazo a aplicarse no fuera otro que el regulado de manera especial contenido en las Leyes 24.257 y 24.241, bajo el que la conviviente debía acreditar sobre su condición, resultando en el caso que en definitiva se pronunció en función de lo invocado recién en el alegato y de manera subsidiaria - advertida la parte sobre la insuficiencia de la prueba que le proporcionaban los datos objetivos para concretar el recaudo legal- y que no procede convalidar, agravado porque en definitiva conduciría a afectar sustancialmente el patrimonio de una persona vulnerable que sí acreditó su calidad de derechohabiente, como lo es la niña de 10 años, hija del causante.

D.- En relación a la apelación por la imposición en costas devengadas en la instancia de grado, en virtud de la conducta asumida por la aseguradora de riesgos de trabajo, y al no haberse controvertido que la consignación de la aseguradora resultó procedente, aún parcialmente, no se comprueba infracción a la evaluación respecto a que sean cargadas en el orden causado (arts. 17 y 68, 2da parte del CPCyC).



IV.- Por todo lo expuesto, propiciaré el acuerdo que haciendo lugar a la apelación se revoque parcialmente la sentencia reconociéndose como única legitimada para percibir la totalidad de las prestaciones dinerarias admitidas en los términos de los arts. 11 ap. 4) inc. "c", 15 ap. 2) de la Ley de Riesgos de Trabajo, y 3 de la Ley 26773, a la hija del trabajador fallecido, A.M.S., rechazando su recurso respecto de la imposición en costas.

V.- Atento los términos en que prospera el recurso, la conviviente C.A.,S. deberá asumir el 50% de las costas devengadas ante este Tribunal en su calidad de perdedora, mientras que el restante porcentaje, las partes lo afrontarán en el orden causado (arts. 17 y 68, 2da parte del CPCyC).

VI.- Regúlanse los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de lo que se determine por su labor en la instancia de grado, a cuyo fin se computará la entidad económica del recurso, representada por el 50% del capital de condena e intereses que resulten de la planilla de liquidación a practicarse (art. 15 y 20 L.A.).

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el **Dr. Jorge PASCUARELLI**, quien manifiesta:

En el caso la disidencia se presenta en relación con el agravio del recurrente fundado en que la violación del principio de congruencia.

Teniendo en cuenta el contenido de las pretensiones deducidas en estos autos (entre



las que estaba planteada la existencia de una unión convivencial por lo cual la ART inició el proceso de consignación, contestó la Sra. Salazar y también la recurrente, controvirtiendo el cumplimiento del plazo necesario para su configuración) así como la materia sobre la que trata la cuestión entiendo que no hay afectación del principio de congruencia ni al derecho de defensa por cuanto la Sra. Jueza resolvió dentro del marco de las pretensiones deducidas y las contestaciones efectuadas considerando el orden público involucrado, de tal forma que mantuvo la correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado. A partir de ello es improcedente el agravio de la recurrente y comparto la solución propuesta por el Dr. Ghisini.

Tal mi voto.

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA, RESUELVE:**

1.- Admitir parcialmente el recurso de apelación deducido por Elena Zulema Sevani, y modificar la distribución de costas y rechazarlo en todo lo restante que fue materia de agravios, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas en la Alzada en el orden causado, en atención al resultado del tratamiento de los agravios y la medida en que han sido estimados y desestimados (arts. 17 y 54 ley 921; arts. 68 y 279, C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30%



de lo determinado respecto de los de la anterior instancia y a los que actuaron en igual carácter (art. 15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pasquarelli
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA**