

# DNU 70/2023

---

Bases para la Reconstrucción  
de la Economía Argentina

---



Santarelli, Fulvio G.

DNU 70-2023 : bases para la reconstrucción de la economía Argentina / Fulvio G. Santarelli - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2024.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-03-4686-9

I. Derecho. II. Título.

CDD 343.070982

Todos los derechos reservados

© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción

Tucumán 1471 (C1050AAC)

laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas

CASA CENTRAL

Tucumán 1471 (C1050AAC)

Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA

Figuroa Alcorta 2263 (C1425CKB)

Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444

Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

---

**Director Editorial**

Fulvio G. Santarelli

**Jefa de Redacción**

Yamila Cagliero

**Editores**

Nicolás R. Acerbi Valderrama

Jonathan A. Linovich

Elia Reátegui Hehn

Érica Rodríguez

Marlene Slattery

**Diseñadora Editorial**

Ileana Campagno Pizarro

## DERECHO PÚBLICO

El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 <i>Fernando R. García Pullés</i> .....	3
Populismo, decretos, Estado de derecho y mercado <i>Pedro A. Caminos</i> .....	7
El Poder Ejecutivo de la Nación dicta decreto de necesidad y urgencia para desregular y fomentar la actividad económica <i>Luis E. Dates - Santiago Maqueda</i> .....	15
¿Correspondía el dictado de un decreto de necesidad y urgencia para introducir las modificaciones contenidas en el decreto 70/2023 en el marco de energía, hidrocarburos y minería? <i>Julio C. Fonrouge Echagüe</i> .....	17
Un nuevo mercado eléctrico. Entre la vuelta a los marcos regulatorios, la desregulación y la transición energética <i>Francisco Pozo Gowland</i> .....	25
El decreto 70/2023. La derogación parcial del régimen de compra y contrata local nacional. El régimen de compra argentino y de desarrollo nacional de proveedores <i>Julio C. Fonrouge Echagüe</i> .....	38
Breves apostillas sobre el DNU 70/2023 y el sistema de seguro de salud <i>Manuel Castañón López</i> .....	42
DNU 70/2023: desregulación energética y transformación de empresas públicas <i>Juan José Carbajales</i> .....	46
Compliance y el decreto 70/2023 <i>Julio C. Fonrouge Echagüe</i> .....	52
El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 y su impacto en la contratación pública <i>Álvaro B. Flores</i> .....	55

La inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 <i>Nahuel Andreu</i> .....	63
DNU 70/2023. Un recorrido constitucional y civil. ¿Desregula y reinarás? <i>Macarena Baricco Prats - Lucas De Venezia</i> .....	73
El DNU 70/2023 y su impugnación judicial <i>Jorge A. Rojas</i> .....	85
Motosierra ¿también a la Constitución? Sobre el decreto 70/2023 y el Régimen de la ley 26.122 <i>Alejandro Díaz Lacoste</i> .....	94
De un problema, no hacer dos <i>Francisco J. Funes</i> .....	106
Duración del trámite ordinario para la sanción de las leyes. Un estudio empírico para el control de los DNU <i>Martín Oyhanarte (h.)</i> .....	108
 <b>DERECHO CIVIL Y COMERCIAL</b>	
Los contratos en dólares en la doctrina judicial y DNU 70/2023 <i>Pascual E. Alferillo</i> .....	121
Obligaciones dinerarias. Un análisis exegético según el régimen jurídico del DNU 70/2023 <i>Nicolás J. Negri</i> .....	129
Análisis del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023. Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina. Comentario a las modificaciones más relevantes en materia de tarjeta de crédito, contratos y prepagas <i>Juan Ignacio Cruz Matteri</i> .....	134
Las reformas a la Ley de Warrant del DNU 70/2023 y la digitalización de los valores negociables <i>Nicolás Malumíán - Mariana Scrofina</i> .....	138
Sobre las reformas al Registro Nacional de la Propiedad del Automotor dispuestas por el DNU 70/2023 <i>Oscar Agost Carreño</i> .....	141
El régimen de las obligaciones en el DNU 70/2023 <i>Roberto A. Vázquez Ferreyra</i> .....	148
La claridad es la elegancia de la ley. (A propósito del dec. 70/2023) <i>Luis F. P. Leiva Fernández</i> .....	152
Primeras notas concursales al DNU 70/2023 <i>Ángel Luis Moia</i> .....	155
La derogación de la ley de abastecimiento y los desafíos inmediatos del régimen de competencia <i>Marcos F. L. Nazar Anchorena</i> .....	164
Nuevo marco regulatorio para la actividad aerocomercial <i>Luis A. Arana Tagle</i> .....	169

Decreto 70/2023. Modificaciones en los contratos de alquiler. Análisis de la normativa comparada con la ley 27.551	
<i>María Paula Císaro</i> .....	180

## DERECHO LABORAL Y PREVISIONAL

La desprotección manifiesta frente a los despidos por causales de tratos discriminatorios que trae el DNU 70/2023	
<i>Iván G. Lupinacci</i> .....	189
Período de prueba según el DNU 70/2023	
<i>Álvaro Iriarte</i> .....	193
Período de prueba y régimen indemnizatorio por despido sin causa en el decreto 70/2023	
<i>Stella Maris Chiti</i> .....	200
Los “cinco colaboradores independientes” del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023. ¿Una invitación al fraude laboral?	
<i>Liliana Hebe Litterio</i> .....	204
Anotaciones de “Necesidad y Urgencia” sobre el “Fondo o Sistema de Cese Laboral” incorporado al DNU 70/2023	
<i>Juan Ángel Confalonieri (h.)</i> .....	207
Breve análisis de las razones y consecuencias de la prolongación del período de prueba. A propósito de las modificaciones del DNU 70/2023	
<i>María Sol Loredó</i> .....	218
Principales modificaciones relativas al DNU 70/2023 y su impacto en el derecho individual del trabajo y en el derecho de la seguridad social	
<i>Nadia García</i> .....	221
La entrega de los certificados laborales a la luz del DNU 70/2023. El futuro de las indemnizaciones a raíz de la modificación de las normas laborales	
<i>Santiago L. Sfeir</i> .....	238
DNU 70/2023: inconstitucionalidad y aplicación	
<i>Alberto Mansilla</i> .....	242
La “presunción de no existencia de contrato de trabajo” del DNU 70/2023	
<i>Liliana Hebe Litterio</i> .....	247
DNU 70/2023 y el régimen indemnizatorio laboral	
<i>Sergio A. Arce</i> .....	251
Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023. Reformas en materia laboral	
<i>Daniel G. Pérez - Marcela A. Fiocco</i> .....	259
Indemnización por despido incausado: cambios instrumentados mediante DNU 70/2023 “Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina”	
<i>Leonardo P. Ferraro</i> .....	282



# DERECHO PÚBLICO

---





# El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023

Fernando R. García Pullés (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. El contexto normativo.— III. Los fundamentos esgrimidos por el Poder Ejecutivo para el dictado del DNU y su impacto sobre los procedimientos de control.

## I. Introducción

El Presidente de la República, con el refrendo del Jefe de Gabinete y de todos y cada uno de los Ministros, dictó ayer un reglamento de necesidad y urgencia identificado como DNU-2023-70-APN-PTE.

El examen integral de la decisión no puede hacerse con ligereza, pues reclama una ponderación profunda de los fundamentos invocados para su adopción y la vinculación entre esos fundamentos y las medidas que se adoptaron, que —como en su momento expresara Germán Bidart Campos frente a la reforma constitucional de 1994— puede hacerse a esta altura “solo con lápiz”.

## II. El contexto normativo

Con esa advertencia, es posible realizar una aproximación al modo en que se ha decidido ejercer la facultad que la Constitución Nacional otorga al Presidente de la Nación en su artículo 99, inciso 3º, para emitir esta especial clase de “reglamentos legislativos”.

La manda constitucional es clara. Se dice en el precepto citado, en lo que interesa al caso

que: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insana-ble, 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 de 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, juntamente 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”.

El texto constitucional da cuenta de la máxima excepcionalidad de este modo de asunción de funciones legislativas por el Poder Ejecutivo, define con claridad los ámbitos a los que no puede acceder y establece un procedimiento específico para la emisión de esta clase de reglamentos y el trámite posterior que corresponde otorgarles.

Respecto de este último punto, la ley 26.122 dispuso la creación de una Comisión Bicame-

---

(\*) Profesor titular regular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y de posgrado en esa misma Facultad, profesor titular de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina — Buenos Aires y profesor titular de Derecho Procesal Constitucional y Control Judicial de la Administración Pública en el Máster de Derecho Administrativo de la Universidad Austral.

ral de Seguimiento de los decretos de necesidad y urgencia, los que concretan el ejercicio de la delegación legislativa —prevista en el art. 76 de la Ley Suprema— y los que disponen la promulgación parcial de las leyes sancionadas por el Congreso, es decir, aquellos que concretan el ejercicio del derecho a veto al que se refieren los arts. 78, 80 y 83 de nuestra Norma Fundamental.

El art. 10 de la ley 26.122 dispone que la Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, aclarando que ese dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado.

El decreto en examen instruye al Jefe de Gabinete a poner en conocimiento de su dictado a la Comisión Bicameral citada. Téngase en cuenta que, mientras se realice todo el procedimiento previsto por la ley 26.122 ya citada, las medidas adoptadas se encuentran vigentes y continuarán así hasta tanto no fueran derogadas por la mayoría de ambas Cámaras, o medie una decisión judicial general o particular en sentido contrario a su validez.

Recuérdese que el control sobre la existencia de las causales que justifican el dictado de los reglamentos de necesidad y urgencia fue reivindicado por el Poder Judicial de la Nación, desde el fallo “Verrocchi” de 1999, registrado en Fallos 322:1726, ocasión en que la mayoría de los miembros de la Corte Suprema sostuvieron: “Contrariamente a lo que sostiene el recurrente (fs. 87 vta./88), corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de este Tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia (conf., con anterioridad a la vigencia de la reforma constitucional de 1994, Fallos: 318:1154, considerando 9º) y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o

la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”.

Sin dejar de considerar las demás opiniones vertidas en esa oportunidad por otros Ministros del más Alto Tribunal, dígase que —desde entonces— el dictado de reglamentos de necesidad y urgencia quedó sujeto a dos controles diversos, a saber: el previsto expresamente por la Constitución Nacional —a cargo de la Comisión Bicameral y, en definitiva, del Congreso— y el contenido implícitamente entre las facultades otorgadas al Poder Judicial de la Nación como custodio último de la supremacía constitucional, en el ejercicio de la competencia de control que otorgan al Tribunal Supremo y a los tribunales inferiores los arts. 116 y 117 y la reglamentación de la jurisdicción derivada prevista en el art. 14 de la ley 48.

### **III. Los fundamentos esgrimidos por el Poder Ejecutivo para el dictado del DNU y su impacto sobre los procedimientos de control**

En una larga exposición de la situación por la que atraviesa el país, que se ha juzgado de una gravedad que ni siquiera podría equipararse con las recurrentes crisis de diverso tipo que viviera la República durante más de seis décadas, el Presidente de la Nación da cuenta de las razones por las cuales la coyuntura exige medidas de una urgencia tal que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes.

La extensa referencia al grado de descomposición económica, financiera, social e institucional que esgrime el Reglamento que nos ocupa es juzgada como presupuesto suficiente para la asunción de las facultades que, con la indicada excepcionalidad, otorga el artículo 99, inciso 3º de la Ley Suprema de la República.

Es preciso advertir, no obstante, que el control de constitucionalidad al que he hecho referencia, en el apartado 2 precedente, no se refiere únicamente a la constatación de la emergencia, pues debe también considerar la vinculación de esa situación con el contenido de las medidas que fueran adoptadas en cada caso.

Los fundamentos invocados en el reglamento se detienen a considerar esa vinculación res-

pecto de cada una de las medidas adoptadas, describiendo los juicios de valor que el Presidente y sus ministros les atribuyen como medios indispensables para paliar la situación de gravísima crisis que se invoca.

No es dudoso que este último será el territorio en el que habrán de desarrollar su actividad los órganos competentes para realizar los controles constitucionales previstos, a los que se aludiera en el apartado 2 precedente, pues parece difícil considerar que no exista una situación de grave emergencia en la República.

La diversidad de las medidas adoptadas, que guardan alguna reminiscencia con el espíritu que presidiera las disposiciones del Decreto de Necesidad y Urgencia 2284 del 31 de octubre de 1991, parecieran enfocadas a concretar un programa de gobierno preanunciado y que pareciera haber recibido el apoyo de la voluntad popular en las últimas elecciones nacionales.

No obstante, deberá tenerse en cuenta —como tuvo oportunidad de señalar respecto de otras decisiones de gobiernos nacionales y provinciales anteriores que invocaran el respaldo de las mayorías— que debe denunciarse la confusión entre democracia y principio de mayoría, porque si aceptáramos lisa y llanamente esa idea la democracia no sería más que el poder de la mayoría legitimado por el voto popular y todo le estaría consentido a la mayoría, mientras que nada que no fuera directa o indirectamente mediado o querido por ésta sería democráticamente legítimo, soslayándose así la máxima adquisición y el fundamento central del estado de derecho: la extensión del principio de legalidad al poder de la mayoría y, por consiguiente, la rígida sujeción a la ley de todos los poderes públicos, incluido el legislativo, y su funcionalidad a la tutela de los derechos básicos constitucionalmente garantizados (conf. FERRAIOLI, Luigi, “Derecho y Razón”, prólogo a la segunda edición).

En este marco, no podría ponerse en duda que la Constitución Argentina es fruto del valor central del derecho a la libertad que la anima, según se proclama expresamente en su preámbulo, como también que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascenden-

te— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre naturaleza instrumental (Corte Suprema, Fallos 316:479; 323:3229; 344:2868, del voto del Dr. Rosatti).

La concreción de esta delicada relación entre libertad, seguridad y derechos individuales y sociales, fue considerada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con motivo de la pandemia del Covid 19, en el documento del 9 de abril de 2020 que, entre otros temas, destacó que: “Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos...”, “En estos momentos, especial énfasis adquiere garantizar de manera oportuna y apropiada los derechos a la vida y a la salud de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación alguna, incluyendo a los adultos mayores, las personas migrantes, refugiadas y apátridas, y los miembros de las comunidades indígenas...” y que “Se debe velar porque se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras. Asimismo, se deben adoptar e impulsar medidas para mitigar el posible impacto sobre las fuentes de trabajo e ingresos de todos los trabajadores y trabajadoras y asegurar el ingreso necesario para la subsistencia en condiciones de dignidad humana. Debido a las medidas de aislamiento social y el impacto que esto genera en las economías personales y familiares, se deben procurar mecanismos para atender la provisión básica de alimentos y medicamentos y otras necesidades elementales a quienes no puedan ejercer sus actividades normales, como también a la población en situación de calle”.

El juicio de mérito —que supone un equilibrio entre la necesidad urgente de lograr un objetivo y la necesidad de postular las medidas que generen el menor sacrificio posible dadas las circunstancias de cada caso— no puede hacerse en abstracto, como tampoco con la celeridad

que el “tiempo real” de los exámenes pareciera exigir en estos tiempos de TICs.

Será preciso un examen puntual de cada una de las medidas adoptadas, así como del modo en que concretarían el logro de los objetivos pos-

tulados, así como corroborar su relación directa con la emergencia que se invoca para su adopción. Pero este juicio no puede hacerse con el lápiz del maestro Bidart Campos, sino con la medida y la reflexión que exigen, especialmente, los tiempos de extrema crisis y profundos disensos.

# Populismo, decretos, Estado de derecho y mercado

Pedro A. Caminos<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. Mito del mandato presidencial y populismo.— II. Por qué es un mito.— III. Los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte.— IV. Estrategias de litigio.— V. Estado de derecho y mercado: por qué los decretos de necesidad y urgencia son enemigos del mercado.

El día 20 de diciembre de 2023 el Presidente de la Nación dictó el decreto de necesidad y urgencia 70/2023 “Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina” que cuenta 366 artículos y tiene un amplísimo alcance en cuanto a las materias que regula, el impacto que tendrá en cuanto a la legislación, por la derogación de un gran número de regímenes jurídicos específicos, así como también un efecto directo en la vida de las personas en cuestiones tan cotidianas como los alquileres para vivienda, las condiciones de contratación y despido laboral y el precio del servicio de medicina prepaga.

## I. Mito del mandato presidencial y populismo

El debate público sobre los poderes del Presidente para gobernar por decreto, sobre todo cuando se trata de uno elegido hace poco tiempo, aparece asociado a un mito muy común en las democracias presidenciales. Se trata de lo que, hace más de treinta años, el politólogo estadounidense Robert Dahl denominó *mito del mandato presidencial* (1) Según el mito, la elección de un Presidente le confiere al elegido, además de la autoridad que la Constitución prevé para el cargo, la representación de todo el pueblo de la Nación, lo que debe entenderse como un mandato popular para llevar adelante las políticas de su preferencia y, en caso de oposición del Congreso, de los tribunales o de otros actores, es

esa voluntad popular, representada por el Presidente, la que debe prevalecer.

En su trabajo, Dahl sostuvo que la elaboración del mito del mandato presidencial fue parte de un proceso de *pseudodemocratización* de la figura del Presidente. En el diseño original de la Constitución estadounidense, la institución presidencial estaba concebida para ocupar el lugar que, en el modelo constitucional británico, ocupaba el monarca. Se trataba de un tipo de autoridad anti-popular, que tenía herramientas, como el poder de veto, para neutralizar o moderar la apasionada movilización popular propia de una democracia. Juan Bautista Alberdi tenía una visión similar cuando decía que los países hispanoamericanos necesitaban “reyes con el nombre de presidentes”. Sin embargo, a medida que se produjo un creciente proceso de democratización, no solo en los Estados Unidos, sino también en otros países, la concepción sobre la figura presidencial fue mutando. De ese modo, el Presidente pasó a ser un líder popular. La clave de su legitimidad radicaba en el apoyo de una mayoría de los ciudadanos y no en las complejidades del colegio electoral que todavía subsiste, con muchos problemas, en los Estados Unidos y que había sido concebido, precisamente, para desconectar al Presidente de las pasiones democráticas.

Para Dahl ese proceso no configuró una genuina democratización de la figura presidencial, sino una pseudodemocratización. Ello se debía a que el mito del mandato presidencial estaba asociado a un tipo de institución ejecutiva que, a su juicio, “no debería tener lugar en una república democrática”. Por un lado, esta visión del gobier-

(\*) Abogado. Docente de Derecho Constitucional (UBA).

(1) Dahl, Robert A., “Myth of the Presidential Mandate”, *Political Science Quarterly*, 105 (1990): 355-372.

no dejaba en un lugar subalterno, casi decorativo, al Congreso. Si las preferencias del Presidente, respaldadas por la voluntad popular expresada en la elección, siempre deben prevalecer: ¿para qué está el Congreso? Eventualmente, será un mero certificador de esas preferencias. En Argentina, a veces llamamos a esto “la escribanía”. El Congreso opera como un escribano que da fe legal de las políticas adoptadas por el Presidente. Y nada más.

Por otro lado, detrás de esta concepción, subyace una visión eminentemente populista de la democracia. El término “populismo” es proteico y, debo aclarar, no es utilizado por Dahl. Pero creo que, entendido del modo en que lo voy a definir a continuación, el concepto de populismo es adecuado para dar cuenta de las ideas de Dahl. En efecto, Dahl había señalado que detrás de la idea del mandato presidencial aparece una concepción puramente voluntarista de la democracia. Así, una democracia no es un complejo proceso de toma de decisiones que incorpora una amplia e inclusiva deliberación de todas las personas potencialmente afectadas con el fin de expresar sus preferencias y buscar acuerdos. No. Para la visión del mandato presidencial, la democracia es únicamente el gobierno de una voluntad colectiva que debe ser acatada. Esto, por supuesto, no deja lugar para los desacuerdos razonables, para la existencia legítima de la oposición, para el respeto de los derechos individuales y, mucho menos, para sistemas de control del poder y de responsabilidad de los gobernantes.

Cuando digo que las ideas de Dahl pueden ser presentadas como una crítica al populismo, me refiero a que esa concepción puramente voluntarista de la democracia, en los términos en que Dahl la caracteriza, se acerca bastante a definiciones contemporáneas de populismo. Me interesa señalar particularmente la descripción que hizo Jan-Werner Müller quien sostuvo que el populismo es una forma moralizante de imaginar la política. (2) Se trata de una manera de percibir al mundo político en el que se imagina a un pueblo como un sujeto colectivo puro y unificado (“los Argentinos de bien”, por ejemplo) que se opone a grupos que están fuera de él, normalmente mi-

noritarios (“la casta”, por caso). Habitualmente se asocia al pueblo como gente decente, que se esfuerza y trabaja, mientras que los grupos opositores son presentados como una élite corrupta que no trabaja, salvo para obtener beneficios, claro.

Un aspecto importante del análisis de Müller es que es que el populismo es esencialmente una concepción política representativa: el pueblo no actúa por sí mismo, sino que su voluntad es identificada y ejecutada por un líder que es infalible en esa tarea. Es precisamente porque se espera que el líder tenga esa capacidad que sus votantes lo eligen. Pero el populismo sí es anti-institucionalista: no son las instituciones formales las que representan, sino que es el líder quien lo hace. Otro aspecto relevante que Müller destaca es que, para el populismo, la voluntad del pueblo no admite oposición, ni matices ni tampoco ambigüedades. “Lo que el pueblo quiere” es un conjunto de políticas concretas, enunciadas por el líder. Quienes se opongan a ellas son enemigos, son parte de esos grupos minoritarios y corruptos. Fin.

## II. Por qué es un mito

En síntesis, el mito del mandato del presidencial es un insumo para el populismo en las democracias presidencialistas. Resta explicar por qué es un mito desde, al menos, dos puntos de vista: el de la teoría de la elección social y el de la teoría constitucional. Desde la teoría de la elección social, la idea del mandato presidencial es mítica porque, esencialmente, no existe ningún sujeto colectivo capaz de tener una voluntad en un sentido análogo al individual. Solo los individuos tienen voluntad y preferencias. De manera tal que la democracia, en el mejor de los casos, consiste en la agregación de preferencias individuales. La elección presidencial agrega las preferencias respecto de a quién cada votante prefiere ver en el Sillón de Rivadavia. Un aspecto importante de la teoría de la elección social radica en señalar que, incluso si los individuos tuvieran preferencias consistentes y transitivas, de todos modos, es posible que, al agregarlas, obtengamos preferencias colectivas intransitivas. El actual Presidente explicó esto recurriendo al Teorema de Arrow para sugerir que la democracia no era una buena forma de gobierno. Es curioso, o quizás no tanto, que lo haya olvidado una vez llegado a la Casa Rosada. En fin, la teoría de la

---

(2) Jan-Werner Müller, “The People Must Be Extracted from Within the People’: Reflections on Populism”, *Constellations*, 21 (2014): 483-493.

elección social señala que la voluntad colectiva o bien es inexistente, o bien está muy lejos de poder ser caracterizada como racional. Por esa razón, una elección no transmite ningún mensaje ni otorga ningún mandato, salvo, por supuesto, el de seleccionar a personas para ocupar diferentes cargos. (3)

La teoría constitucional parte de premisas un tanto diferentes, pero también arroja como resultado el carácter mítico de la idea del mandato presidencial. Si bien la teoría constitucional asume la existencia de un sujeto colectivo, el pueblo de la Nación, lo concreto es que, a diferencia del populismo, lo piensa como plural y heterogéneo. Los ciudadanos pensamos distinto, tenemos diferentes concepciones sobre la política, la economía, la sociedad y la ética. Por eso, el desacuerdo es un elemento central de una democracia constitucional y todo gobierno siempre tiene (debe tener) una oposición legítima. De ahí que la teoría constitucional les asigne un lugar central a las instituciones gubernamentales y a los procedimientos decisorios. Dado que los ciudadanos siempre tendrán discrepancias sobre aquello que configura al bien común, entonces la acción colectiva requiere de decisiones *a pesar del desacuerdo*.

Para la teoría constitucional, el único significado de las elecciones es el de seleccionar a personas para ocupar cargos en aquellas instituciones y, desde allí, cada uno de esos funcionarios partirá de su propia concepción sobre el bien común para comenzar un proceso de deliberación y compromisos que dará lugar a las leyes y normas que regularán la vida en común. Cada uno hace su aporte sincero y de buena fe, teniendo en cuenta que los demás también pueden aportar en el proceso. De ese modo, lo que define al poder del Presidente no es un mítico mandato inexistente que le permitiría monopolizar la representación del pueblo. Los poderes presidenciales vienen definidos por las atribuciones que la Constitución le confiere para que, ejerciéndolos, efectúe su aporte *en colaboración* con las demás instituciones. En definitiva, para la teoría constitucional, el pueblo decide a través del complejo procedimiento decisorio que involucra

(3) RIKER, William H., "Liberalism against Populism. A Confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice", Waveland, 1982.

la colaboración entre instituciones diferentes, compuestas por distintas personas con concepciones discrepantes sobre el bien común. Y, sobre todo, esas decisiones procuran acertar en el bien común, pero siempre son falibles y, por eso, siempre es legítimo que exista oposición, siempre es posible que una propuesta sea rechazada y siempre es posible, luego de que una medida sea adoptada, que ella sea modificada o derogada en el futuro. (4)

El mandato presidencial es un mito y, para contar con una democracia constitucional saludable, debemos exorcizarlo de los términos del debate público. Esto será un genuino cambio en nuestro país en el que la persistencia del mito es un innegable hilo conductor que asimila a prácticamente todas las gestiones de los últimos cuarenta años. La Argentina necesita un cambio de políticas. Pero todavía más necesita un cambio de instituciones. Y, para eso, es imprescindible que cambiemos la manera de pensar sobre las instituciones. Porque, como vimos, el populismo *no es un conjunto de propuestas políticas*, sino que es una manera de *pensar sobre la política*. Dejaremos atrás el populismo cuando colectivamente seamos capaces de pensar sobre la política en términos que no sean populistas. Allí radicaré el cambio genuino.

### III. Los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte

Demostrado el carácter mítico del mandato presidencial, podemos analizar al decreto en el marco que corresponde que no es otro que el de los poderes que la Constitución efectivamente le confiere al Presidente y no el de los que surgen de la imaginación populista. Los decretos de necesidad y urgencia son normas materialmente legislativas pero que, sin atravesar el procedimiento previsto para la formación y sanción de las leyes y sin obtener ningún tipo de mayoría en el Congreso, son dictados por el Presidente de la Nación,

(4) Para este tipo de concepciones, véase Dimitrios Kyrtsis, *Shared Authority. Courts and Legislatures in Legal Theory*, Oxford, Hart, 2015; Jeremy Waldron, *Political Theory. Essays on Institutions*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2016; Aileen Kavanagh, *The Collaborative Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024.

con algunos resguardos procedimentales que mencionaré en breve.

El punto máximo de la degradación institucional implicada en los decretos de necesidad y urgencia en la jurisprudencia de la Corte es, sin dudas, la sentencia dictada el 27 de diciembre de 1990 en el caso “Peralta, Luis Arcenio c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA) s/ amparo” (Fallos 313:1513). En esa oportunidad, la Corte sostuvo que la validez de un decreto de necesidad y urgencia se mantenía mientras el Congreso no adoptara medidas basadas en una política legislativa distinta a la seguida por el Presidente. Vemos aquí al mito del mandato presidencial en acción.

La Corte también afirmó que un decreto de ese tipo podía ser dictado siempre que una situación de grave riesgo social que requiriera la adopción de “medidas súbitas”. Elogió el secretismo en la toma de decisiones en aras de la efectividad con afirmaciones como la siguiente: “La pública deliberación previa de los pormenores técnicos malograría toda efectividad de las medidas políticas (...) Se produce así un cuadro donde la necesidad de un remedio es tan fuerte, como inoperante se haría él si fueran sus pormenores conocidos por los particulares, que usarían de inmediato tales noticias para perseguir su propio provecho individual, coartando toda posibilidad de solución en el campo de los intereses de la sociedad toda”. También denostó la actividad representativa del Congreso de este modo: “Debe reconocerse que por la índole de los problemas y el tipo de solución que cabe para ellos, difícilmente puedan ser tratados y resueltos con eficacia y rapidez por cuerpos pluripersonales”.

Los decretos de necesidad y urgencia, con el alcance que les dio la Corte en “Peralta”, tienen todos los vicios opuestos a las virtudes que tiene el principio de reserva de ley. Permiten las decisiones por sorpresa, pueden ser dictados sin ningún análisis o discusión, tienen en cuenta solamente el punto de vista del Presidente y, por lo tanto, tienen menos resguardos para evitar resultados ostensiblemente ineficientes o inicuos. Por lo demás, las supuestas virtudes que se les asignan para obtener resultados rápidos en el corto plazo, claramente se contrapesan en el largo plazo. Los defensores de los decretos de necesidad y urgencia suelen sostener que se trata de una

herramienta útil para la gobernabilidad que le permite al Presidente implementar las políticas públicas que estime apropiadas, *incluso si no tuvieran suficiente respaldo legislativo*. Esta es una visión miope del diseño institucional. Primero porque ignora que el punto de la Constitución es, precisamente, que las políticas públicas vengán precedidas de ciertos acuerdos materializados en decisiones institucionales y no de la voluntad de una única persona. Para eso, la Constitución habría adoptado una forma de gobierno monárquica y absolutista. Pero no fue esa la opción constitucional.

Pero, además, se trata de una visión miope porque vuelve imposible la generación de políticas estables que perduren en el largo plazo. Si cada Presidente que no construye coaliciones de apoyo a sus políticas en el Congreso puede gobernar mediante decretos de necesidad y urgencia, entonces cada cuatro años (o cada ocho, en el mejor de los casos), un nuevo Presidente con un nuevo programa político podría desarticular completamente las decisiones adoptadas por su predecesor y cambiar radicalmente el marco jurídico dentro del cual actúan las personas. En otras palabras, los decretos de necesidad y urgencia son enemigos del estado de derecho, presupuesto para el funcionamiento adecuado del mercado. No habrá capitalismo serio en la Argentina si insistimos en implementar programas de gobierno a través de decretos de necesidad y urgencia, por mucho que sus contenidos sean de liberalización de los mercados.

En la reforma constitucional de 1994 se decidió incluir una regulación específica sobre los decretos de necesidad y urgencia con el fin de imponer ciertas restricciones y dejar atrás la nefasta doctrina elaborada en “Peralta”. De ese modo, el artículo 99, inciso 3º, de la Constitución prohíbe que el Presidente dicte medidas de carácter legislativo, bajo sanción de nulidad absoluta e insanable. Esa posibilidad queda admitida, siempre que no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de partidos políticos, solamente cuando “*circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes*”. En ese supuesto, el Presidente podrá “*dictar decretos por razones de necesidad y urgencia*”.



De ese modo, los decretos de necesidad y urgencia están *prohibidos*. En cuatro materias, penal, tributaria, electoral y partidos políticos, la prohibición es absoluta. En otras materias, la prohibición es relativa en tanto y en cuanto el texto constitucional admite excepcionalmente su dictado. Esto significa que la cláusula habilitante, que se refiere a las circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir el trámite ordinario para la formación y sanción de las leyes, debe ser interpretada *de manera restrictiva*. Con igual criterio restrictivo deben evaluarse las razones de necesidad y urgencia invocadas para su dictado.

Por lo tanto, los fundamentos de un decreto de necesidad y urgencia deben identificar concretamente cuáles son esas circunstancias y de qué modo impiden el procedimiento ordinario para la sanción de las leyes. En ese sentido, la imposibilidad de alcanzar acuerdos políticos para aprobar cierta legislación con determinado contenido *no es* una circunstancia excepcional para el funcionamiento del Congreso. Por otra parte, que una Cámara no alcance el quórum para sesionar no es tampoco una circunstancia excepcional que impida el funcionamiento del Congreso pues la Constitución prevé un remedio para ello que puede ser impulsado por la minoría que desea sesionar. Ello surge de los artículos 64 y 66 de la Constitución. El primero admite que la minoría pueda compeler a la mayoría a dar quórum. El artículo 66 faculta a cada Cámara a dictar su reglamento y les reconoce el poder de sancionar a sus miembros. Por lo tanto, en el marco de sus propios reglamentos internos, y bajo apercibimiento de ejercer su poder sancionador respecto de sus miembros, la minoría de cada una de las Cámaras que deseara sesionar está en condiciones de intimar a la mayoría a dar quórum. Todo esto forma parte del funcionamiento ordinario del Congreso previsto en la Constitución.

Con respecto a las razones de necesidad y urgencia, no es suficiente que los fundamentos del decreto invoquen la conveniencia de adoptar cierta medida. Lo que se debe explicitar es por qué la medida resulta necesaria y urgente, es decir, por qué no es posible que el Presidente envíe el proyecto de ley al Congreso y espere a que la decisión sea adoptada por ese órgano. Esto sugiere que, en principio, las medidas adoptadas a través de un decreto de necesidad y urgencia deben tener un carácter de corto plazo o,

si se prefiere, debe tratarse de medidas *transitorias*. En otros supuestos, en los que el Presidente entienda que se requiere la adopción de una legislación permanente u orientada al largo plazo, corresponderá que la decisión sea adoptada por el Congreso. En ese sentido, las razones de necesidad y urgencias que motivan el dictado de un decreto deben identificar un estado de cosas que requiere la adopción de una medida que entre en vigencia con la mayor premura y que, en principio, tenga un carácter transitorio. Frente a la necesidad y urgencia de adoptar una medida de ese tipo, la existencia de una circunstancia excepcional que haga imposible seguir el trámite ordinario para la sanción de una ley puede ser superada a través de un decreto, siempre que no se trate de materia penal, tributaria, electoral ni de partidos políticos.

Finalmente, en lo que hace al procedimiento, la Constitución exige que los decretos de necesidad y urgencia sean dictados por el Presidente en acuerdo general de ministros, conjuntamente con el Jefe de Gabinete, quienes deberán refrendarlos. Dentro de los diez días del dictado del decreto, el Jefe de Gabinete lo someterá a la Comisión Bicameral Permanente la cual, dentro de los diez días de recibido el decreto, emitirá su dictamen que será inmediatamente considerado por cada una de las Cámaras. La Constitución prevé que una ley especial regulará los detalles de este procedimiento, cosa que se hizo con la ley 26.122.

Luego de la reforma de 1994, la Corte elaboró una nueva doctrina para implementar la regulación constitucional sobre los decretos de necesidad y urgencia. En “Verrocchi”, la Corte sostuvo que, en virtud del artículo 99, inciso 3º, de la Constitución el ejercicio de facultades legislativas por parte del Presidente “se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989”.

Sin embargo, en ese precedente, la Corte sostuvo que el Presidente quedaba habilitado para dictar un decreto de necesidad y urgencia siempre que concurrieran cualquiera de los dos siguientes supuestos: “1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por

la Constitución, vale 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”.

El lector apreciará que, en este pasaje de la sentencia, la Corte identificó lo que más arriba llamé, respectivamente, “circunstancia que impida el trámite ordinario de sanción de leyes” y “razones de necesidad y urgencia”. De acuerdo con mi criterio, ambos supuestos deben concurrir conjuntamente para que el Presidente pueda dictar un decreto de necesidad y urgencia. En cambio, la Corte consideró que se trata de supuestos habilitantes alternativos. Se trata de un criterio más permisivo que el que, según creo, surge de la interpretación literal del texto constitucional.

En cualquier caso, la Corte afirmó que el Poder Judicial puede controlar “el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia” y, al hacerlo, debe “descartar criterios de mera conveniencia ajenos a las circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”.

En la actualidad, la Corte utiliza en el criterio elaborado en “Verrocchi”. Aunque se trata, como dije, de un criterio que resulta más permisivo que el que considero apropiado, de todos modos, impone ciertos límites. Estas restricciones al poder presidencial apuntan a que la legislación sea adoptada en el ámbito institucional que corresponde, es decir, en el Congreso. Esto es fundamental para la construcción de un estado de derecho.

En esa línea, es importante lo resuelto por la Corte en otro precedente, “Consumidores Argentinos c/ EN-PEN-DTO 558/02-SS-LEY 20091 s/ amparo ley 16986” del 19 de mayo de 2010 (Fallos 333:633). En ese caso se analizó un decreto de necesidad y urgencia que había modificado el régimen legal de las compañías aseguradoras y de su

organismo de control, la Superintendencia de Seguros de la Nación. Los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni dijeron que las modificaciones adoptadas por el Poder Ejecutivo “no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector [asegurador], sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional”. De manera similar, la jueza Highton de Nolasco también tuvo en cuenta que “el decreto examinado contiene disposiciones de regulación permanente sobre la actividad mencionada (...) cuya aplicación excedería a la situación de emergencia en la que se pretende justificar su dictado”. El juez Maqueda, en su voto, compartió las palabras de Highton de Nolasco. Así, “Consumidores Argentinos” confirmó el criterio expuesto más arriba según el cual los decretos de necesidad y urgencia no puede, como principio, imponer regulaciones permanentes, pues deben atender a situaciones coyunturales a través de medidas transitorias.

En síntesis, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, los decretos de necesidad y urgencia que impongan cambios en la legislación *con vocación de permanencia* son inconstitucionales. Un decreto de ese tipo que se presenta a sí mismo como la base para la refundación del país tiene una innegable vocación de permanencia. Huelgan mayores comentarios.

#### IV. Estrategias de litigio

Si el decreto fuera ratificado expresamente por el Congreso, no será posible plantear su inconstitucionalidad en cuanto a la forma de adopción de las normas respectivas. Sin embargo, hasta tanto ello ocurra, es posible elaborar una pretensión ante los tribunales respecto a la invalidez formal del decreto. En esa línea, hay tres estrategias posibles para encarar dicho litigio.

En primer lugar, las personas que son parte en las diversas relaciones jurídicas que sean afectadas por las nuevas normas podrán plantear la inconstitucionalidad del decreto en casos concretos y específicamente en lo que hace a las disposiciones particulares que los afecten. Por poner un ejemplo sencillo y, probablemente, el que veremos en gran cantidad, pensemos en el despido de un trabajador. El decreto derogó normas que aumentaban el monto de la indemnización.

El empleador pretenderá pagar la indemnización con aplicación del decreto. El trabajador lo demandará y, en ese contexto, pedirá la inconstitucionalidad del decreto por resultar violatorio del artículo 99, inciso 3º, de la Constitución. Si obtiene la declaración de inconstitucionalidad, la sentencia no tendrá en cuenta al decreto y calculará la indemnización en base a la legislación que el decreto había derogado, incrementando el monto respectivo. Se trata del sistema clásico de control de constitucionalidad.

La otra estrategia posible es intentar un proceso colectivo sectorial. Por ejemplo, un sindicato o una central sindical podría, en representación de una clase de personas, los trabajadores, por caso, solicitar la declaración de inconstitucionalidad de las específicas disposiciones del decreto referidas al derecho de huelga o a la calificación de cierta actividad como esencial, con las consecuentes restricciones para la actividad sindical en ese ámbito. En este supuesto, estaríamos frente a lo que, en el caso “Halabi” (Fallos 332:111), la Corte denominó afectación homogénea de una pluralidad de intereses individuales. De modo que, quien quiera adoptar esta estrategia, deberá seguir los criterios elaborados en ese precedente y en su progenie, junto con las respectivas Acordadas sobre procesos colectivos.

Finalmente, es concebible intentar una acción que pretenda obtener una sentencia judicial que deje sin efecto el decreto de manera genérica. Es un tipo de remedio judicial muy excepcional, aunque no carece de antecedentes. Un ejemplo reciente de una sentencia que tuvo un efecto de ese tipo es el caso “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos 344:3636), referido a la ley que regula la composición del Consejo de la Magistratura de la Nación. En ese precedente, la Corte no dio mayores detalles sobre el modo en que se plantea un caso judicial que pueda dar lugar a una decisión con ese efecto. Sin embargo, tales consideraciones sí surgen del precedente “Colegio de Abogados de Tucumán” (Fallos 338:249). Allí, la Corte sostuvo que existía un derecho a que se respetara el procedimiento previsto para la modificación de normas constitucionales. Y que ese derecho otorgaba una legitimación procesal muy amplia que permitía plantear ante los tribunales la invalidez de las reformas que no siguieran tal procedimiento sin

necesidad de tener que probar otra afectación que no sea la de la propia infracción formal.

Frente a la magnitud del cambio legislativo con vocación de permanencia que se pretende imponer a través del decreto dictado recientemente, es posible postular que existe un derecho a que modificaciones de ese calibre tramiten el procedimiento que la Constitución establece para ello, pasar por el Congreso, y no un procedimiento que está concebido para otros fines, los decretos de necesidad y urgencia. Si bien soy escéptico de este tipo de remedios judiciales, lo concreto es que las herramientas para realizar un planteo de este tipo están disponibles.

#### **V. Estado de derecho y mercado: por qué los decretos de necesidad y urgencia son enemigos del mercado**

Finalmente, quiero sugerir que, si nuestro interés es el de crear las condiciones para que la Argentina cuente con un sistema económico capitalista serio y bien constituido, entonces debemos rechazar completamente la vía del decreto de necesidad y urgencia. La razón de ello es fácil de entender. En su obra *The Limits of Liberty*, el economista James Buchanan postuló que la asignación y definición de derechos de propiedad era un presupuesto para el funcionamiento del mercado. Esta idea no es especialmente llamativa. Lo que me interesa es que Buchanan sostuvo, con mucho tino, que esa definición era conceptualmente equivalente a contar con reglas de comportamiento claras. Si está bien especificado qué puedo hacer y qué no puedo hacer respecto de otros, entonces el requisito de tener derechos de propiedad asignados y bien definidos estará cumplido (5).

Con esa idea en mente, es relativamente sencillo conectar al ideal de estado de derecho con los presupuestos que se deben satisfacer para el adecuado funcionamiento del mercado. En efecto, de acuerdo con la célebre caracterización de Lon Fuller, dicho ideal se satisface dando cumplimiento a una serie de directivas que, en lo sustancial, indican que el derecho debe consistir en un sistema de reglas, claras, consistentes, esta-

(5) James M. Buchanan, “The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan”, University of Chicago Press, Chicago, 1977.

bles, públicamente conocidas, adoptadas o modificadas a través de procedimientos que permitan anticipar su sanción y que sean de aplicación prospectiva (6). La satisfacción del ideal de estado de derecho conduce a que las personas estén sujetas a reglas de comportamiento claras y bien definidas, lo cual les permite *planificar* su vida de acuerdo a sus propias preferencias (7). El mercado, como institución social que permite que las personas puedan satisfacer sus preferencias ofreciendo y adquiriendo bienes y servicios a través de intercambios voluntarios, requiere del estado de derecho.

El lector apreciará que un sistema normativo que admite los decretos de necesidad y urgencia está muy lejos de satisfacer las directivas que hacen al estado de derecho. ¿Cómo es posible que una persona pueda planificar su vida de acuerdo a sus preferencias si un Presidente puede, de un día para otro, modificar drásticamente la legislación que, hasta ese momento, regulaba el comportamiento de las personas? El procedimiento de adopción de un decreto de necesidad y urgencia es siempre opaco y sorpresivo, a diferencia de la publicidad que caracteriza a la sanción de una ley, aun cuando, debo reconocerlo, no siempre los legisladores honran este principio.

---

(6) FULLER, Lon L., "The Morality of Law", New Haven, Yale University Press, 1969.

(7) LAPORTA, Franciso J., "El imperio de la ley. Una visión actual", Trotta, Madrid, 2007.

Pero, sobre todo, los decretos de necesidad y urgencia garantizan la *inestabilidad*. El mercado exige estabilidad en las reglas claras y bien definidas que regulan el comportamiento de las personas. Si aceptamos la caracterización de Buchanan, la inestabilidad de las reglas *implica cambios permanentes en los derechos de propiedad de las personas*.

De ese modo, quienes pensamos que la Argentina necesita importantes cambios en la legislación en el sentido de liberalizar el sistema normativo vigente en una dirección orientada al mercado tenemos que rechazar que esas políticas sean adoptadas a través de un decreto de necesidad y urgencia. En este caso, *la forma no puede ser separada del fondo*. Quien quiere mercado, quiere estado de derecho y quien quiere estado de derecho no puede aceptar un decreto de necesidad y urgencia. De ahí que, retomando lo dicho en la primera parte de este artículo, el verdadero cambio que la Argentina necesita hacia un capitalismo serio y bien constituido requiere que dejemos atrás la forma populista de pensar sobre la política y las instituciones. Porque solamente con instituciones duraderas y estables podremos tener reglas de comportamiento duraderas y estables. Y solo así tendremos un mercado que funcione adecuadamente.

Por lo tanto, a la hora de evaluar el decreto de necesidad y urgencia 70/2023 no podemos separar a la forma del fondo.

# El Poder Ejecutivo de la Nación dicta decreto de necesidad y urgencia para desregular y fomentar la actividad económica

Luis E. Dates <sup>(\*)</sup>

Santiago Maqueda <sup>(\*\*)</sup>

**Sumario:** I. ¿Qué es un DNU? — II. ¿Cuándo entran en vigencia el DNU 70/2023 y sus reformas? — III. ¿Cómo continúa el trámite del DNU 70/2023? — IV. ¿Podrían dejarse sin efecto las derogaciones realizadas por el DNU 70/2023?

El 20 de diciembre de 2023, el Poder Ejecutivo de la Nación (“Poder Ejecutivo”) dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 de “Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina” (“DNU 70/2023”).

El DNU 70/2023 se publicó en el Boletín Oficial el 21 de diciembre de 2023.

El DNU 70/2023 declara la emergencia pública hasta el 31 de diciembre de 2025 en materia (i) económica, (ii) financiera, (iii) fiscal, (iv) administrativa, (v) previsional, (vi) tarifaria, (vii) sanitaria, y (viii) social.

En sus considerandos, el DNU 70/2023 sostiene que “con el fin de corregir la crisis terminal que enfrenta la economía argentina y conjurar el grave riesgo de un deterioro aún mayor y mucho más grave de la situación social y económica, se debe reconstruir la economía a través de la inmediata eliminación de barreras y restricciones estatales que impiden su normal desarrollo, promoviendo al mismo tiempo una mayor inserción en el comercio mundial”.

El DNU 70/2023 deroga, modifica o sustituye cientos de decretos y leyes que, a criterio del Poder Ejecutivo, restringen la libertad de comercio, industria y circulación de bienes, servicios y trabajo.

En concreto, el DNU 70/2023 desregula y elimina restricciones en las actividades de comercio exterior; régimen laboral; comercio nacional; régimen de empresas y sociedades del Estado; comercio mayorista y minorista; bancos; minería y energía; telecomunicaciones; agricultura, ganadería y régimen de tierras rurales; reglas generales de los contratos entre particulares; locación de inmuebles para vivienda y turismo; salud; industria farmacéutica, medicina prepaga y obras sociales; agencias de turismo; entidades deportivas; y registro automotor, entre otras.

A continuación, analizaremos algunas cuestiones sobre la naturaleza jurídica, vigencia, efectos y trámite posterior del DNU 70/23.

## I. ¿Qué es un DNU?

Un DNU es una medida de carácter legislativo que dicta el Poder Ejecutivo (Presidente de la Nación) cuando circunstancias excepcionales impiden seguir los trámites ordinarios para que el

(\*) Socio de Baker McKenzie.

(\*\*) Socio de Baker McKenzie.

Congreso dicte una ley. Esta facultad está permitida excepcionalmente por la Constitución Nacional, y faculta al Poder Ejecutivo a regular, derogar, modificar o reemplazar leyes del Congreso, salvo en determinadas materias como, por ejemplo, tributaria o penal (art. 99, inc. 3).

## **II. ¿Cuándo entran en vigencia el DNU 70/2023 y sus reformas?**

El DNU 70/2023 no estableció una fecha o plazo específicos. Por lo tanto, se aplica la regla general de 8 días corridos (Cód. Civ. y Com., art. 5), con lo cual entraría en vigencia el 29 de diciembre de 2023. Esto así, salvo que una modificación o aclaración del Poder Ejecutivo fije tal fecha o plazo. Las reformas y derogaciones surten efectos de inmediato con la entrada en vigencia del DNU 70/2023.

## **III. ¿Cómo continúa el trámite del DNU 70/2023?**

El Jefe de Gabinete de Ministros debe remitir el DNU 70/2023 a la Comisión Bicameral Permanente del Congreso; tiene 10 días corridos para hacerlo (Constitución, art. 99, inc. 3). La Comisión tendrá 10 días hábiles para dictaminar (ley 26.122, art. 19). La Cámara de Diputados y el Se-

nado deberán darle inmediato tratamiento, aprobando o rechazando expresamente, en forma total o parcial, el DNU 70/2023 (ley 26.122, arts. 21 y 22). Actualmente el Congreso está en receso. El Poder Ejecutivo podría convocar a sesiones extraordinarias. O bien el propio Congreso podría autoconvocarse, pese a que esta posibilidad no está expresamente prevista en la Constitución.

## **IV. ¿Podrían dejarse sin efecto las derogaciones realizadas por el DNU 70/2023?**

El eventual rechazo expreso del DNU 70/2023 por ambas Cámaras del Congreso implicará su derogación, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia (ley 26.122, art. 24). Este rechazo no debería dejar sin efecto las derogaciones realizadas por el DNU 70/2023. Sin embargo, esta es una cuestión debatible y no resuelta en forma definitiva por la jurisprudencia.

Las derogaciones podrían dejarse sin efecto si el Congreso aprueba una nueva ley reinstaurando las leyes o normas derogadas. Y, por su parte, el Poder Judicial podría dejar sin efecto las derogaciones si suspende o anula, total o parcialmente, el DNU 70/2023 en un caso concreto planteado por un afectado.

# ¿Correspondía el dictado de un decreto de necesidad y urgencia para introducir las modificaciones contenidas en el decreto 70/2023 en el marco de energía, hidrocarburos y minería?

Julio C. Fonrouge Echagüe (\*)

En concordancia a mi comentario sobre el Decreto 27/18 (1), cabe preguntarse si las reformas introducidas por el Decreto 70/23 al marco de energía, hidrocarburos y minería justificaban un decreto legislativo del tenor que nos ocupa.

Anticipo una respuesta negativa.

A continuación, expondré las derogaciones y reformas introducidas:

i) Derogación de las Leyes 24.523, que instituyó el Sistema Nacional de Comercio Minero, y 24.695, que creó el Banco Nacional de Información Minera sobre Equipamiento y Recurso Humanos.

ii) Derogación del Decreto 1.060/00, que estableció los plazos máximos de duración para los contratos de abastecimiento exclusivo de combustibles, cualquiera sea la modalidad co-

---

(\*) Abogado especializado en derecho administrativo económico, derecho del petróleo y gas, y derecho aduanero y de integración. Socio de JP O'Farrell Abogados, lidera los departamentos de derecho administrativo, energía, minería, telecomunicaciones y compliance.

(1) Ver FONROUGE, Julio Cesar (h.), "¿Un DNU para modificaciones en la Ley de Hidrocarburos y en el marco regulatorio sectorial del gas?", "Decreto de Desburocratización y Simplificación. Impacto en el mundo empresarial y en la gestión pública", pág. 135, Suplemento especial de La Ley, febrero 2.018.

mercial o jurídica empleada, que se celebren entre compañías petroleras y/o proveedoras de combustibles, y quienes explotan estaciones de servicio.

iii) Derogación del Decreto 643/03, de ampliación de transporte energético de alta tensión.

iv) Derogación del Decreto 1.491/02, de exclusión de los contratos de exportación por Potencia Firme y Energía Eléctrica Asociada y los Acuerdos de Comercialización de Generación relacionados con determinadas exportaciones, de lo establecido por la Ley 25.561 y el Decreto 214/02.

v) Derogación de la Ley 25.822, que ratificó y estableció de realización prioritaria el "Plan Federal de Transporte Eléctrico", instrumentado por las Resoluciones ex SE 174/00, 175/00, 178/00 y 182/00, que fuera incluido en el art. 49 y anexos de la Ley 25.565 y sus fuentes de financiamiento.

vi) Derogación del Decreto 311/06, que aprobó el otorgamiento de los préstamos reintegrables del Tesoro Nacional al Fondo Unificado, creado por el art. 37 de la Ley 24.065 y administrado por la ex Secretaria de Energía del M° de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, destinados al pago de las obligaciones exi-

gibles a dicho Fondo para el cumplimiento de sus funciones específicas y al sostenimiento sin distorsiones del sistema de estabilización de precios en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM), mediante el auxilio financiero al Fondo de Estabilización creado por Resolución ex SEE 61/92, en el marco del art. 36 de la Ley 24.065 y administrado por la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima (CAMMESA).

vii) Derogación de los arts. 16 al 37 de la Ley 27.424, de fomento a la generación distribuida de energía renovable integrada a la red eléctrica, para su autoconsumo por usuarios de las distribuidoras, con la obligación de los prestadores del servicio público involucrado de facilitar la inyección de la energía a sus redes, asegurando el libre acceso a la red de distribución, esto sin perjuicio de las atribuciones de las provincias en la materia.

viii) Otorgamiento de facultades a la Secretaría de Energía, dependiente del M° de Economía, para redeterminar la estructura de subsidios vigentes a fin de asegurar a los usuarios finales el acceso al consumo básico y esencial de:

1. energía eléctrica bajo las Leyes 15.336 y 24.065, sus complementarias, modificatorias y reglamentarias; y,

2. de gas natural según las Leyes 17.319 y 24.076, sus complementarias, modificatorias y reglamentarias, respectivamente.

Así las cosas: ¿era necesario un DNU para las modificaciones legislativas introducidas en materias energéticas y de minería? Desde ya, esto sin perjuicio de no discriminar el Decreto 70/23 que disposiciones obedecen a necesidad y urgencia y cuales no atento haber sido emitido conforme alcances de los incisos 1, 2 y 3 del art. 99 de la Constitución Nacional.

Ante todo, los DNU recaen sobre materias propias del Poder Legislativo, desde ya sin mediar delegación alguna (2); segundo, el prin-

(2) El artículo 76 de la CN dice: "Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La ca-

Cipio general es que el Poder Ejecutivo tiene vedado emitir (3); para su emisión y validez, deben observarse reglas de procedimiento de formación y que consiste en un acuerdo general de ministros y el refrendo del jefe de gabinetes, sin perjuicio de su control legislativo en términos de la Ley 26.122 (4); procede según el inciso 3 del art. 99 de la Constitución Nacional "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 de régimen de los partidos políticos" (5), léase en términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando circunstancias excepcionales de "grave riesgo social" avalen su emisión (6) (concepto

ducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa".

(3) El inciso 3 del artículo 99 de la CN establece: "3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en 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 de 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".

(4) Esto es, emitido el decreto, existe un control legislativo a cargo de la Comisión Bicameral y del Plenario de cada Cámara del Congreso, conforme alcances de la Ley 26.122.

(5) Es decir, las materias vedadas para su dictado en el marco de un DNU son: penal, tributaria, electoral y de los partidos políticos.

(6) En el precedente "Peralta" (Fallos: 313:1513), la CSJN expresó que, en el ámbito de la legislación de emer-



jurídico indeterminado que impone la mayor motivación y descripción de los antecedentes de hecho y derecho que imponen la necesidad y urgencia); dado su naturaleza legislativa, no exige el previo agotamiento de la vía administrativa, siendo impugnabile su legitimidad en forma directa por ante el Poder Judicial; y, finalmente, puede ser materia de control judicial en caso de corresponder (7).

En efecto, la Excma. Corte Suprema de Justicia destacó en el ejercicio del control de legalidad que los textos constitucionales —en lo que interesa, los arts. 99, inciso 3, y 100, inciso 13— no dejan dudas acerca de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace en condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de su práctica (8).

gencia, la validez constitucional de un decreto de necesidad y urgencia se encuentra condicionada a la existencia de una situación de grave riesgo social frente a la cual haya existido la necesidad de adoptar medidas súbitas cuya eficacia no es concebible por el trámite ordinario previsto en la Constitución para la sanción de las leyes (conf. args. también en Fallos: 333:1928). En concreto, en el citad precedente, la CSJN convalidó la constitucionalidad de un DNU —de sustancia legislativa— dictado en el contexto de una grave crisis económica y social, producida por la hiperinflación, siendo que la referida norma convertía contratos bancarios a plazo fijo en bonos de la deuda pública. Empero, es dable apuntar que el Congreso Nacional había declarado la necesidad de reformar el Estado y la emergencia económica, por medio de las Leyes 23.696 y 23.697.

(7) Conf. CANDA, Fabián O., "Decretos Legislativos: El control judicial de los decretos delegados y de necesidad y urgencia", RAP, 23/09/10, pág. 181, muy recomendable publicación en la materia.

(8) En los autos "C.2650.XXXIX. "Caligiuri, Rosa Clara c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionado s/ diferencias de salarios", sentencia de la CSJN del 26/08/08, en su voto en disidencia, el Señor Ministro Doctor Don Juan Carlos Maqueda dijo: "no debe soslayarse en el análisis del Artículo 99, inc. 3º de la Constitución Nacional que tal norma dispone un procedimiento para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia que integra dos voluntades. En efecto, se trata de un acto complejo en el cual debe concurrir la voluntad tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo. En tales condiciones se trata de un mecanismo de control político por el cual el Congreso de la Nación, en su condición de órgano constitucional representativo de la voluntad popular y cuya función propia y exclusiva es la sanción de la ley como instru-

Tal excepcionalidad me impone incluso ponderar que las condiciones de excepciona-

mento de reglamentación de derechos, mantiene su necesaria intervención poniendo en ejercicio la función de control en aquellos supuestos excepcionales en los cuales el Poder Ejecutivo asume funciones legislativas. El constituyente reformador de 1994 al establecer el procedimiento al que condiciona el dictado de decretos de necesidad y urgencia consagró en forma expresa que "(...) 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". A su vez, el inc. 13 del Artículo 100 de la norma fundamental dispone que corresponde al Jefe de Gabinete "(...) Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia (...)" y establece que aquel funcionario "Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente". 7º) Que, a la fecha el Congreso de la Nación ha dictado la ley reglamentaria especial por la que se creó la Comisión Bicameral Permanente y se dispuso el trámite y los alcances de la intervención del Congreso. Sin perjuicio de ello, y en atención a que en el caso de autos se encuentran cuestionados decretos de necesidad y urgencia dictados con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral, cabe analizar la situación de los mismos a los efectos de negarles o reconocerles validez conforme lo dispuesto por la norma constitucional. Al tiempo del dictado de los decretos sub examine la realidad político institucional puso en evidencia que el Poder Ejecutivo Nacional ejerció la facultad que le confiere el Artículo 99, inc. 3º de la norma fundamental sin haberse dictado la ley especial, lo que motivó varios pronunciamientos de este Tribunal respecto de las condiciones de validez y legalidad de aquéllos (Fallos: 318:1154; 322:1726; 323:1566, 1934; 325:2059, entre otros), razón por la cual resulta de suma trascendencia fijar los límites y las condiciones que debieron rodear el dictado de tal tipo de instrumentos a los efectos de considerarlos válidamente emitidos, sin el cumplimiento de los cuales quedarían fulminados por lo dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 99, inc. 3º de la Constitución Nacional, según el cual "(...) El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo". Por ello, la primera cuestión a dirimir en el caso es determinar de qué modo se concilia la facultad del Poder Ejecutivo Nacional para dictar decretos de necesidad y urgencia con el ejercicio del control a cargo del Congreso de la Nación, teniendo en cuenta que a la fecha del dictado no existía la Comisión Bicameral dispuesta en la norma con

stitucional, a los efectos de la validez de aquellos instrumentos de gobierno. 8º) Que, en orden a lo expuesto, es necesario recordar los propósitos que guiaron a los convencionales constituyentes de 1994 al resolver incorporar, en forma expresa, a la norma fundamental, la facultad que se analiza. El dato relevante para la decisión fue la sistemática extralimitación del ejercicio de tal facultad por parte del Presidente de la Nación. Si bien es cierto que la Constitución formal no receptaba norma alguna en tal sentido, la realidad institucional mostraba aquella tendencia y su consecuencia natural, que no era otra que el debilitamiento del sistema republicano democrático. Por tal razón, y con la convicción de que el ejercicio legítimo del poder y la plena vigencia de las instituciones requieren la optimización del accionar político mediante la incorporación de reglas de estructura y funcionamiento que garanticen la transparencia, la celeridad y la eficacia, los convencionales constituyentes consideraron conveniente reglar en forma explícita aquella facultad, sustentando tal decisión en la necesidad de introducir parámetros de interpretación restrictiva y que se adecuen a las normas, valores y principios del sistema constitucional argentino (Debate Parlamentario de la Ley N° 24.309 de Declaración de la necesidad de la reforma —Diario de Sesiones— Cámara de Diputados de la Nación— diciembre 21 y 22 de 1993-pp. 4093/4110). Surge de la lectura de los debates que precedieron la reforma constitucional que la intención que los guió fue la modernización de las instituciones a partir de tres pilares fundamentales que fueron: ampliar la participación política y social, dotar de mayor eficacia a las instituciones y lograr efectividad en los instrumentos de control sobre los actos gubernamentales. No cabe, entonces, margen alguno para desplazar el rol que debe asumir el Congreso de la Nación en cada oportunidad en que el Poder Ejecutivo Nacional asume funciones legislativas que, por su naturaleza, le son absolutamente ajenas. En tal sentido, la reforma constitucional enunció, entre sus objetivos, el de "atenuar el presidencialismo" al mismo tiempo que se consignó la necesidad de "modernizar y fortalecer el Congreso" y "fortalecer los mecanismos de control", todo ello directamente relacionado con el fin de "per seccionar el equilibrio de poderes". La metodología a la que se recurrió fue la de incorporar ciertas facultades excepcionales de los poderes constituidos con el fundamento de que aquello significaba la institucionalización de los mecanismos de control a los que se las sometía. En lo que respecta a las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo, la reforma constitucional ha pretendido revalorizar las atribuciones del Congreso ya que lo que se encuentra en juego no es otra cosa que los principios que hacen a la representación política y a sus fortalezas y debilidades. La cuestión no se reduce al mero análisis del reconocimiento de atribuciones a los distintos órganos del poder sino al funcionamiento real de los controles. En la complejidad de la sociedad moderna es comprensible que la tarea ejecutiva, por sus propias características, tienda a convertirse en el centro de la toma de decisión política pero, precisamente por ello, debe revitalizarse y redimensionarse al Congreso como ámbito del debate y diseño de políticas públicas y

de proyectos institucionales, y a tales fines rescatar y dinamizar las funciones de control propias de un Congreso republicano. El gobierno moderno requiere compatibilizar la eficacia y el control. El sistema republicano constitucional, entendido como una compleja trama de límites, reconoce como presupuesto la participación activa de los poderes constituidos, en la medida de las funciones que les han sido otorgadas (...). 9º) Que en lo que respecta a los decretos de necesidad y urgencia, tema que integró el Núcleo de Coincidencias Básicas en los términos de la ley declarativa de la necesidad de la reforma, resulta ilustrativo recurrir también a las manifestaciones de los diversos convencionales constituyentes que dieron su opinión sobre el tema. Retomando los dichos del convencional García Lema, y en oportunidad de justificar la decisión adoptada en la materia, sostuvo que "(...) Correspondió entonces discernir si era conveniente que los decretos de necesidad y urgencia se mantuviesen como una práctica paraconstitucional, reconocida por sectores importantes de la doctrina y de la jurisprudencia o sí debían ser reglamentados en la propia Constitución. Se optó por esta segunda solución porque parece lógico que aun las cuestiones que ofrecen dificultades para su tratamiento constitucional, sean previstas en la ley fundamental pese a los conflictos que se generen (...)". A su vez, el convencional Ortiz Pellegrini al analizar el texto propuesto para la reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia, manifestó que "(...) En la etapa procedimental podemos distinguir dos subetapas: la ejecutiva y la legislativa (...) " (...) En esta etapa legislativa el diseño constitucional nos coloca en el marco del Poder Legislativo que (...) [con remisión expresa al Artículo 82 de la Constitución Nacional] tiene obligación de expresarse. En todos los casos ha sido prohibida la sanción ficta o tácita. La primera es el silencio y, la otra, la expresión por otros medios. Esto reviste una enorme trascendencia para el derecho constitucional argentino. No podrá haber más decretos con el silencio del Congreso, que deberá hablar, decir y expresarse, según la Constitución, con lo cual derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso Peralta, que le dio valor positivo al silencio como expresión del Congreso. No hay más silencio del Congreso que pueda interpretarse como consentimiento al Poder Ejecutivo (...) El caso Peralta ha fenecido, ha muerto. Y, en este sentido, no dudo de que prestamos un enorme servicio a la Argentina y al funcionamiento democrático de mi país". De modo que existe una etapa ejecutiva, en donde se decide el dictado del decreto de necesidad y urgencia y tiene ejecutoriedad. Existe una etapa legislativa porque el Congreso debe, necesariamente, aprobarlo o revocarlo. Si falta la segunda etapa que quede claro que el decreto será nulo de nulidad absoluta. Concluyo diciendo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación podrá ejercer el control jurisdiccional en los requisitos sustantivos que mencioné recién; en el procedimiento, valga la tautología, de la etapa procedimental para ver si se han cumplido todos los requisitos. Si falta alguno, la pena será la nulidad (...) " (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Santa Fe-Paraná, 1994, Secretaría Parlamentaria, Tomo II pp. 2451/ 53)".

lidad y la imposibilidad del dictado de una ley deben coexistir en forma conjunta, no alternativa (9). De hecho, así lo apuntó el Máximo Tribunal en los autos "Leguizamón Romero" (10).

Pues bien, entendió la CSJN que, para el ejercicio válido de dicha facultad se exige no sólo que aquél no regule sobre determinadas materias enumeradas expresamente en la letra de la ley fundamental sino también que exista un estado de necesidad y urgencia, situación unilateral del órgano ejecutivo cuya concurrencia corresponde al órgano judicial evaluar, máxime cuando se trata de la invocación para ejercer funciones legislativas que por regla constitucional no le pertenecen (11). Ello es de ese modo, porque el texto de la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto; claro está, sin perjuicio de la intervención del Poder Legislativo que prevé tanto la Constitución Nacional como la Ley 26.122.

(9) Ello incluso a pesar del criterio emitido por la CSJN en el precedente "Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional — Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo", sentencia del 19/08/99, referente a normas del PEN por medio de las cuales se suprimieron asignaciones familiares a los trabajadores con remuneraciones superiores a un mil pesos, donde si bien se reconoció la atribución del Ejecutivo para emitir los decretos legislativos, aún sin la ley reglamentaria dictada por el Congreso, lo que va a imponer mayor responsabilidad del Poder Judicial en el ejercicio de control de constitucionalidad (ver considerando 11 del voto de la mayoría); el caso "Guida", por el cual el tribunal convalidó el DNU 290/95, imponiendo rebajas en las remuneraciones del personal de la administración pública en distintos porcentajes; o en Fallo 326:3180, autos "Cooperativa de Trabajos Fast", del año 2.003; en el precedente "Rodríguez Jorge en Nieva Alejandro y ot. c/PEN", CSJN (1.997), LL, 1997-E, 884, vinculado a la privatización de aeropuertos y el DNU 842/97; "Smith", LL, 2002-A, 770, vinculado al Decreto 1.570/01; "Tobar", LL, Suplemento Especial, del 17/08/02; "Provincia de San Luis", sobre el Decreto 214/02; entre otros.

(10) Fallo 327:5559, del año 2.004, posterior a "Verrocchi", criterio que también opuso el fuero contencioso administrativo federal en autos "Vázquez" (CNAEF, Sala I, del 8/10/02) y "Consumidores Argentinos" (CNAEF, Sala II, del 16/06/05).

(11) Conf. Fallos: 323:1934 y 333:633.

Empero y de causal vinculación al acto en comentario, señaló el Máximo Tribunal que "el texto constitucional no habilita a concluir en que la necesidad y urgencia a la que hace referencia el inciso 3 del art. 99 sea la necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo en imponer su agenda, habitualmente de origen político circunstancial, sustituyendo al Congreso de la Nación en el ejercicio de la actividad legislativa que le es propia" (12). Esto en tanto que una característica propia de DNU es que es emitido a iniciativa propia del Poder Ejecutivo (13).

Así las cosas, tiene que referirse a circunstancias excepcionales también, que en línea al precedente "Peralta", deberán configurar un "grave riesgo social", concepto jurídico indeterminado (14) que va a imponer la mayor carga de expresión de los antecedentes de hecho y derecho que configuren tal extremo, bajo apercibimiento de descalificación legislativa en los términos de la Ley 26.122 o, incluso, de control judicial.

Y como bien apuntó el maestro Cassagne, la competencia para dictar estos reglamentos debe interpretarse siempre restrictivamente (15). Al respecto, bien agregó que "en principio, un reglamento de necesidad y urgencia no podría re-

(12) Fallo CS, "Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ nulidad de acto administrativo", 27/10/15.

(13) CS, "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", 04/11/2008.

(14) Enseña Cassagne que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "grave riesgo social" o "circunstancias excepcionales" apuntó las razones que justifican el dictado de un DNU y que deben existir en forma simultánea, en una situación que se caracteriza por: a) una necesidad que coloque al gobernante ante la decisión extrema de emitir normas para superar una grave crisis o situación que afecte la subsistencia y continuidad del Estado; o de grave riesgo social; en tal sentido, la emisión del acto ha de ser inevitable o imprescindible y su no dictado ser susceptible de generar consecuencias de muy difícil, si no imposibles, reparación ulterior; b) una proporcionalidad adecuada entre la finalidad perseguida y las medidas que prescribe el reglamento; y, c) la premura con que deben dictarse las normas para evitar o prevenir graves consecuencias comunitarias (conf. CASSAGNE Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t. I, séptima edición actualizada, pág. 195, Bs.As.

(15) Conf. CASSAGNE Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t. I, séptima edición actualizada, p. 194.

gular, por ejemplo, el procedimiento a seguir en los pleitos entre particulares o los litigios en los que es parte el Estado ni tampoco reformar definitivamente los códigos de fondo" (16).

En tal sentido, es dable entender que de no mediar el "grave riesgo social", el decreto legislativo va a constituir un acto prohibido por el inciso 3 del art. 99 de la Constitución Nacional, digno de formal reproche de ilegalidad por el Poder Judicial.

Ahora bien, en lo que refiere a lo establecido y derogado por el Decreto 70/23, resulta imposible percibir la causal de grave riesgo social (o institucional) que las avale, ello máxime ante la falta de motivación concreta del decreto en tal sentido (17). Es decir, los considerandos del decreto explayan un escenario de emergencia económica, financiera y cambiaria genérica, mas soslayando especificar en concreto el escenario que afecta al sector energético y al de minería. Nótese al respecto que la expresión del "*grave riesgo social*" debería haber ponderado en el caso que nos ocupa el escenario de emergencia vertical y horizontal de los marcos en comentario. Esto es, en minería, según las tres categorías existentes, integrando a sus proveedores, describiendo desequilibrios que afecten la proyección de las inversiones y de la actividad de exploración y explotación en curso. En energía eléctrica, de la generación y de los servicios públicos de transporte y distribución, detallando la afectación del MEM. En hidrocarburos, de la actividad de producción, y de transporte y distribución.

No obstante ello, en los marcos que nos ocupa no se vislumbra en los hechos un escenario de "grave riesgo social", sino que todo lo contrario, de enorme oportunidad para su desarrollo.

(16) Ibidem, p. 195.

(17) Por ejemplo, en el caso "Cooperativa de Trabajo Fast" antes citado, la CSJN rechazó la configuración de una circunstancia de "grave riesgo social" en el marco del Decreto 1.002/99, por el que se impuso la obligatoriedad a las empresas de seguridad privada de estar constituidas bajo los tipos de sociedades comerciales, excluyendo otras formas asociativas como la cooperativa. En sí, se rechazó cualquier afectación grave a la "seguridad de la comunidad".

Se evidencia entonces la inexistencia de causal de grave riesgo social que avale el dictado del Decreto 70/23.

Pero, ¿podría convalidar el Congreso la falta de configuración de "un grave riesgo social"?

En efecto, cabe preguntarse el escenario ante un DNU afectado de nulidad que es convalidado por el Congreso en los términos de la Ley 26.122.

Reafirmo mi opinión en la materia, por cuanto que en ejercicio del control de legalidad (y el cual deberá incluir la Resolución del Congreso en los términos de la Ley 26.122 avalando el respectivo DNU) el Poder Judicial podrá decretar su inconstitucionalidad (18) e, incluso, hacer materia de revisión judicial la resolución del Congreso de la Nación que soslaye verificar la observancia de los requisitos de "excepcionalidad" y "grave riesgo social".

Lógicamente, el control de la Comisión Bicameral Permanente debe observar el principio de legalidad y, de apartarse, constituir la resolución así emitida en materia de control de legalidad.

Empero, de no constituir el DNU convalidado por el Congreso de la Nación una materia prohibida o vedada al Poder Ejecutivo en materia legislativa, será difícil exponer un caso o contienda a resolver por el Poder Judicial que habilite la instancia y/o que avale el agravio concreto del accionante.

En lo personal, entiendo que el único agravio del afectado —prima facie— va a consistir en la inobservancia de las reglas constitucionales

(18) Así lo enseña Canda Fabián O., "Decretos Legislativos: El control judicial de los decretos delegados y de necesidad y urgencia", RAP, 23/09/10, pág. 187, citando el precedente "Franco" (fallos 322:1868, del año 1.999), por el cual la CSJN en un obiter dictum resaltó respecto de decretos ejecutivos que la ratificación del decreto por el Poder Legislativo podía tener efectos convalidatorios, porque así en teoría se desprendería de la Constitución Nacional, pero resaltando jurisprudencia más reciente de la Sala II de la CNCAF, autos "CNA ART" (del 2.005), por el cual la Sala sentenció la inconstitucionalidad de una ley (y del decreto pertinente) que ratificó un DNU en materia tributaria. Ver también "Defensor del Pueblo", CNCAF, Sala I, del año 2.004, respecto de la inconstitucionalidad del Decreto 120/03.

para la formación de leyes, quedando en la jurisdicción la carga de verificar la existencia de un caso judicial (19).

(19) CS, "Caligiuri, Rosa Clara c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionado s/ diferencias de salarios", 26/08/08, en su voto en disidencia antes citado, el Señor Ministro Doctor Don Juan Carlos Maqueda expuso: "10) Que en el contexto indicado no parece haber duda acerca de la relevancia que para el convencional constituyente de 1994 tiene, conforme los términos del Artículo 99, inc. 3º de la Constitución Nacional, la efectiva, expresa y necesaria intervención del Congreso de la Nación en cada oportunidad en que el Poder Ejecutivo recurre al dictado de un decreto de necesidad y urgencia. Y ello es así ya que la consecuencia de lo manifestado en la Convención Constituyente en el tema permite concluir que la facultad ha sido otorgada con carácter excepcional; que tal excepcionalidad es la consecuencia necesaria para la vigencia del sistema republicano; y que la flexibilización en el procedimiento para su dictado conlleva un retroceso en el equilibrio de las relaciones entre los poderes que no se adecua al sistema constitucional argentino. Por tales razones, la facultad excepcional reconocida al Presidente de la República debe ser ejercida en el marco constitucional en el que ha sido otorgada y sometida a un estricto control político y jurisdiccional. Ahora bien, es precisamente a partir de los conceptos enunciados que el constituyente reformador de 1994 dispuso que el control político a cargo del Congreso de la Nación se concretara mediante un procedimiento especial. Sin embargo, en tal sentido cabe hacer notar que el texto de la norma constitucional no prevé consecuencia para el vencimiento de los plazos, sea para la presentación ante la Comisión Bicameral, sea para la elevación de la norma en cuestión al plenario del Congreso o para que este último brinde una respuesta explícita. El convencional constituyente parece haber dejado a criterio del poder constituido la reglamentación de tales aspectos, a cuyos fines dispuso el dictado de una ley especial que fije el trámite y el alcance de la intervención del Congreso. No sancionada la ley especial a la fecha del dictado de los decretos cuestionados en autos, y a los efectos de hacer efectivo los presupuestos de control, es el Congreso el que debía pronunciarse mediante el expreso tratamiento de los decretos de necesidad y urgencia, ya que es posible afirmar de modo objetivo e indubitable que la intención del constituyente reformador es que el órgano legislativo se pronuncie. Por ello, la inexistencia de la Comisión Bicameral al tiempo de dictarse los decretos en cuestión no sólo no impedía sino que acentuaba la obligación del Congreso de controlar tales actos, en ejercicio de sus facultades ordinarias, propias y excluyentes. Y para tal cometido, y por aplicación del Artículo 99, inc. 3º en concordancia con el Artículo 82 de la norma fundamental, aquel control sólo se satisface mediante la manifestación expresa del órgano legislativo en el sentido de ratificar o derogar el decreto de necesidad y urgencia. El Artículo 82 de la Constitución Nacional, tal como expresamente ha sido manifestado por los

convencionales constituyentes, ha descartado al silencio como modo para presumir la voluntad del Congreso. 11) Que, la omisión del Congreso de la Nación de dictar la ley de creación de la Comisión y del procedimiento aplicable al control de los decretos de necesidad y urgencia, entre la fecha de entrada en vigencia de la norma constitucional hasta la promulgación de la Ley N° 26.122, no puede interpretarse como bloqueo de la atribución o, en su caso, como ejercicio irrestricto con el solo argumento de no haberse dictado la norma reglamentaria. La realidad de la praxis constitucional muestra que el Poder Ejecutivo no se siente condicionado por la norma suprema, ni por principios tales como la división de poderes, la forma republicana de gobierno, la distribución de competencias y los controles inter órganos, entre otros. Por tales razones, y a partir de una interpretación armónica de normas y principios, por aplicación del Artículo 82 de la Constitución Nacional, la legalidad y validez de un decreto de necesidad y urgencia exige la manifestación ratificatoria o derogatoria expresa del Congreso de la Nación. Sólo la intervención de aquél, en su condición de único órgano titular de la función legislativa, puede otorgar legalidad al ejercicio de una atribución concedida al Poder Ejecutivo que lleva ínsito en su naturaleza la excepcionalidad. En el contexto constitucional argentino, en el período durante el cual la ley especial reglamentaria que exige el Artículo 99, inc. 3º de la norma suprema —último párrafo— no había sido sancionada, la interpretación propuesta garantiza la voluntad del constituyente reformador al proponerse, entre los objetivos que guiaran la modificación institucional, reformular el sistema de equilibrio de los poderes, con fortalecimiento de los roles del Congreso de la Nación. 12) Que precisadas las condiciones bajo las cuales el dictado de un decreto de necesidad y urgencia adquirirá validez constitucional hasta tanto estuviera constituida la Comisión Bicameral y se reglamentase el procedimiento del Artículo 99, inc. 31 de la norma fundamental, corresponde determinar si en el caso sub examine se dan los presupuestos enunciados respecto de las normas cuestionadas. En tal sentido, los Decretos de Necesidad y Urgencia N° 4.30/00 y 461/00, que dispusieron restricciones salariales por un período que se extendió por un lapso de trece meses —desde junio de 2000 hasta julio del año siguiente— fueron derogados por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 896/01. Sin perjuicio de ello, en julio de 2001 se dicta la Ley N° 25.453 y, a los efectos que se están analizando, la cuestión a precisar es si tal norma puede entenderse ratificatoria de aquéllos. Para ello, cabe entender que, en este supuesto, la fundamentación de la existencia de la ratificación legislativa está dada sustancialmente, por el sentido de la decisión política que traduce el contenido de la norma. A tales efectos, el Artículo 10 de la Ley N° 25.453 —que sustituye el Artículo 34 de la N° 24.156— en el párrafo quinto dispone que "(...) La reducción de los créditos presupuestarios que se disponga de acuerdo con lo previsto en el presente artículo importará de pleno derecho la reducción de las retribuciones alcanzadas, cualquiera que fuera su concepto, incluyendo sueldos, haberes, adicionales, asignaciones familiares, jubilaciones, y pensiones. Estas últimas en los casos que correspondiere. Las reducciones

Como conclusión del final de este trabajo, se evidencia con claridad que las medidas adoptadas por el Decreto 70/23 respecto del sector de

---

de retribuciones se aplicarán proporcionalmente a toda la escala salarial o de haberes según corresponda (...)"'. La disposición indicada muestra en forma expresa la voluntad del Congreso de la Nación no sólo de ratificar el sentido de la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo en los decretos de necesidad y urgencia dictados sino de profundizar las medidas oportunamente implementadas. El contenido de la norma transcrita representa la voluntad expresa del Congreso en la materia y el reconocimiento de las circunstancias de emergencia que justificaron las

minería, energía eléctrica e hidrocarburos no justificaban la emisión de un decreto legislativo de necesidad y urgencia.

---

decisiones. La ley ratificatoria de los decretos de necesidad y urgencia transforma la naturaleza del acto emanado del Poder Ejecutivo, el que a partir de tal circunstancia constitucional se identifica con la ley dictada por el órgano legislativo, razón por la cual la ratificación por ley necesariamente obliga al intérprete jurídico a analizar el alcance de la misma de manera de verificar si el vicio de origen ha sido subsanado, y en tales supuestos el efecto ratificatorio siempre es retroactivo. Hacia el futuro lo que existe es la voluntad legislativa plasmada en una norma".

# Un nuevo mercado eléctrico. Entre la vuelta a los marcos regulatorios, la desregulación y la transición energética

Francisco Pozo Gowland<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. Una nueva emergencia en el sector eléctrico. Alcances y posibles escenarios futuros. — II. Modificaciones efectuadas por el DNU 70/2023. — III. El camino de la transición energética. — IV. Conclusiones.

En diciembre de 2023 han tenido lugar varios hechos que brindan un escenario propicio para repasar las bases normativas del Mercado Eléctrico, y las perspectivas que se presentan a partir de enero de 2024.

Los hechos destacados de diciembre de 2023, que motivan este análisis, son la asunción de un nuevo presidente en Argentina, la finalización de la COP 28 y su implicancia en la transición energética, la declaración de emergencia de la generación, el transporte y la distribución de energía eléctrica bajo jurisdicción federal, y el dictado del DNU 70/2023, que tiene por finalidad desregular la economía, e introdujo modificaciones en normas aplicables a diversas industrias, incluida la industria eléctrica.

Analizaremos, la declaración de emergencia, su impacto en los distintos segmentos de la industria eléctrica, y cuál es el escenario probable para los siguientes meses, las modificaciones a la industria introducidas en el DNU 70/2023, y el escenario internacional en materia de transición energética, y como puede evolucionar esta

(\*) Abogado UCA. Especialización en Derecho Administrativo Económico (UCA). Posgrado Derecho de los Hidrocarburos y la Industria Energética UCA (2020). Curso avanzando de redacción de Contratos en inglés, Universidad Torcuato Di Tella. Socio de Pozo Gowland Abogados.

transición en Argentina, considerando las grandes oportunidades que ofrece nuestro territorio.

## **I. Una nueva emergencia en el sector eléctrico. Alcances y posibles escenarios futuros**

El 18/12/2023 se publicó en el Boletín Oficial el Decreto de Necesidad y Urgencia 55/2023 (“DNU N° 55/2023”), mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional (“PEN”) declaró la emergencia del Sector Energético Nacional hasta 31/12/2024. Sin perjuicio de que comprende también a los segmentos de transporte y distribución de gas natural, en este análisis nos referiremos solo a la generación, transporte y distribución de energía eléctrica, aunque muchas de las conclusiones son igualmente aplicables al gas natural.

En los considerandos del DNU 55/2023, el PEN indicó las razones por las que se declara la emergencia, destacándose las siguientes:

a. Nunca se completó el proceso de renegociación de las revisiones tarifarias de los servicios públicos de transporte y distribución de energía eléctrica y gas natural dispuesto por el DNU 1020/2020, cuyo plazo venció el 17/12/2023 **(1)**,

(1) Conforme DNU 815/2022. El vencimiento del referido plazo indicaba la urgencia de emitir el presente DNU.

ni se suscribieron las Actas Acuerdo Definitivas **(2)**.

b. Que durante la vigencia de las leyes de emergencia **(3)**, los marcos regulatorios del gas y electricidad resultaron cumplidos parcialmente, y ello ha implicado la ausencia de un esquema tarifario que brinde señales para un consumo eficiente y racional de energía para los distintos segmentos y tipos de usuario.

c. La prestación de los servicios públicos de transporte y distribución de gas y energía eléctrica bajo jurisdicción federal exhiben una situación caracterizada por la creciente obsolescencia de los activos de las empresas prestadoras, la insuficiente adecuación a las necesidades de la demanda actual y futura y la profundización de los inconvenientes derivados de la falta de renovación de las redes y su ampliación.

d. La imperiosa necesidad de encauzar la prestación de los servicios públicos bajo la plena vigencia de los marcos regulatorios y de los contratos de concesión y licencia, con las adecuaciones y revisiones correspondientes.

e. Que Edenor y Edesur, según informes del ENRE, presentan frecuencias y duración de interrupciones por encima de los límites contemplados debido a las inversiones insuficientes, por lo que de no adoptarse medidas urgentes se profundizará la deficiente calidad de servicio en perjuicio de los usuarios.

f. Que la incorporación de generación —para abastecer el crecimiento de la demanda eléctrica— no fue acompañada por inversiones de magnitud en el sistema de transporte de energía eléctrica, lo que ha derivado en la operación del referido sistema a plena capacidad, produciéndose en especial congestiones en la Red de Alta Tensión.

g. Los sistemas de remuneración establecidos a los agentes del MEM —partir de 2003 en general, y desde 2013 en particular— no han dado señales económicas para incentivar las inversiones.

---

(2) Las cuales, conforme el DNU 1020/20 abrirían un nuevo período tarifario según los marcos regulatorios.

(3) Ley 25.561, Ley 27.541 y DNU 1020/2020.

h. Que, según lo informado por CAMMESA, y como consecuencia de las deficiencias estructurales en las redes de transporte de alta y media tensión, se verifican efectos operativos negativos para el sistema energético **(4)**. Por ello, el DNU señala que existen limitados niveles de reserva operativa en días y horas de alta exigencia **(5)**, que son incompatibles con una operación confiable del sistema, con el consecuente riesgo de restricciones en el suministro ante hechos imprevistos.

i. Existe un alto riesgo de desabastecimiento de gas natural y energía eléctrica para los usuarios del centro y norte del país, habida cuenta de que las principales centrales termoeléctricas e industrias radicadas en dicha región dependen del gas importado de Bolivia para poder generar energía y no tienen como alternativa la posibilidad de utilizar combustibles líquidos.

j. Ello ha provocado la necesidad de la reversión del Gasoducto Norte, para poder abastecer el NOA con flujo de gas natural inverso al de su diseño, que se encuentra en etapa de licitación, pero cuyas ofertas superan en principio el presupuesto oficial.

k. Que la situación financiera del Mercado Eléctrico Mayorista (“MEM”) está afectada por un sistema de retribución que no refleja los costos reales de producción, y se verifica una situación generalizada de deudas de agentes distribuidores con dicho mercado **(6)**.

En virtud de los motivos señalados, el PEN indica la existencia de una efectiva situación de emergencia en el Sector Energético Nacional que debe ser reconocida y así declarada, por lo que dispuso:

a. Declarar hasta el 31/12/2024 la emergencia del Sector Energético Nacional en lo que respecta

---

(4) Que en algunas regiones del país alcanzan la calificación de críticos

(5) Tanto en época estival como invernal.

(6) El PEN destaca que solo para 2023 las transferencias de aportes del Tesoro Nacional requeridas por CAMMESA para hacer frente a ese desbalance superarán la suma de un billón cuatrocientos mil millones de pesos (\$ 1.400.000.000.000), debido al agravamiento de la cobranza a los distribuidores.



a los segmentos de generación, transporte y distribución de energía eléctrica bajo jurisdicción federal y de transporte y distribución de gas natural (art. 1).

b. Instruir a la Secretaría de Energía a que elabore e implemente un programa para la sanción de precios en condiciones de competencia y libre acceso, mantener en términos reales los niveles de ingresos y cubrir las necesidades de inversión para garantizar la prestación continua de los servicios públicos mencionados en condiciones técnicas y económicas adecuadas para los prestadores y los usuarios de todas las categorías (art. 2).

c. Determinar el inicio de los procesos de revisión tarifaria en los términos de los Marcos Regulatorios (7), el cual debe concluir antes del 31/12/2024 (art. 3).

d. Dispone la intervención del ENRE desde el 01.01.2024 hasta la designación de los miembros del Directorio (art. 4); y faculta a la Secretaría de Energía a designar a los interventores (art. 5).

e. Los Interventores tendrán las facultades de gobierno y administración previstas en los marcos regulatorios y las asignadas en el DNU 55/2023 (art. 6):

-Informar sobre el cumplimiento de los procesos de renegociación dispuestos por la Ley 27.541 y por el Decreto 1020/2020.

-Realizar los procesos de revisión tarifaria —art. 3— y, hasta que culmine el proceso de revisión tarifaria, podrán aprobar adecuaciones transitorias de tarifas y ajustes periódicos, propendiendo a la continuidad y normal prestación de los servicios públicos involucrados.

-Considerar las observaciones y adoptar —en caso de que corresponda— las recomendaciones efectuadas por los órganos de control sobre los procesos de renegociación contractual llevados a cabo en el marco de la Ley 25.561.

-Evaluar e informar sobre la gestión de Compras y Contrataciones del ENRE.

(7) Previsto en el art. 43 de la Ley 24.065.

-Evaluar e informar sobre la ejecución del Presupuesto de Gastos y Recursos del ENRE desde el 10/12/2019 hasta la actualidad.

f. Determinar la aplicación de mecanismos que posibiliten la participación ciudadana en el proceso de adecuación tarifaria transitoria, bajo las previsiones del “Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional” aprobado por el Decreto 1172/2003 o el régimen propio de participación que el Ente Regulador disponga conforme a su normativa vigente (art. 7).

g. Establecer que la Secretaría de Energía deberá —en un plazo de 180 días— revisar y/o re-conducir y/o confirmar y/o anular el proceso de selección de los miembros del Directorio del ENRE iniciado por la Res. SE 607/2023 (art. 8).

h. Se invita a las provincias a coordinar con la Secretaría las acciones de emergencia necesarias para asegurar la prestación de los servicios de distribución de electricidad que correspondan a su jurisdicción (art. 9).

La industria eléctrica tiene la particularidad que, desde la sanción del marco regulatorio (8), a comienzos de la década del 90, el sector estuvo más años en emergencia que en situación de normalidad y plena aplicación de su régimen.

En efecto, el marco regulatorio eléctrico tuvo plena vigencia y aplicación por espacio de diez años, ya que luego ocurrieron importantes cambios a partir de la Ley 25.561 que, entre otras cuestiones, declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, puso fin al régimen de convertibilidad y autorizó al PEN a renegociar los contratos de obras y servicios públicos.

(8) El marco regulatorio eléctrico está conformado por las Leyes 15.336, 24.065, su decreto reglamentario 1398/1992, las Resoluciones 61/1992 y 137/1992 —y sus complementarias—, dictadas por la Secretaría de Energía en su condición de autoridad de aplicación de la Ley 24.065, que establecen los Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de cargas y el Cálculo de precios en el Mercado Eléctrico Mayorista (conjunto de normas conocido como “Los Procedimientos”), así como las otras disposiciones dictadas por el mencionado organismo y el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE).

La Ley 25.561 previó que la emergencia se extendería hasta el 31/12/2004. Sin embargo, fue sucesivamente prorrogada por diversas normas, la última de las cuales fue la Ley 27.200, que extendió su vigencia hasta el 31/12/2017.

En el segmento generación en forma específica, esta emergencia dio lugar a que se fueran dictando diversas normas que, bajo la invocación de esta excepcionalidad, modificaron las reglas de la generación de energía eléctrica, alterándose las bases previstas en el marco regulatorio eléctrico sancionado con motivo de las privatizaciones, y que en sus considerandos expresaban que tenían como finalidad revitalizar el sector y proteger los intereses, tanto de los usuarios como de las empresas involucradas (9).

A la emergencia dispuesta por la Ley 25.561, y sus prórrogas, le sucedió el Decreto 134/2015, que declaró la emergencia del Sector Eléctrico Nacional hasta el 31/12/2017, y posteriormente la Ley 27.541 del 23/12/2019 que declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, hasta el 31.12.2020, que se complementa con el Decreto 1020/2020, y el Decreto 815/2022. De esta forma, la emergencia del sector eléctrico ha tenido una continuidad prácticamente ininterrumpida desde el 2022 (10).

Esta nueva emergencia declarada por el PEN plantea fundamentalmente dos interrogantes respecto de que puede pasar en el futuro en el segmento generación:

-Como evolucionarán los precios del Mercado Spot, y su relación con el Precio Estacional, de modo tal que el Fondo de Estabilización (11)

---

(9) El análisis de las normas dictadas luego de la sanción de la Ley 25.561 puede consultarse en POZO GOWLAND, Francisco, "Generación de energía eléctrica. Su evolución normativa y cuestiones a resolver", El Derecho, Revista de Derecho Administrativo, abril 2022, número 4.

(10) A excepción del período comprendido entre la pérdida de vigencia de la emergencia declarada por el Decreto 134/2015 y la entrada en vigor de la ley 27.541.

(11) A efectos de brindar estabilidad al precio de la energía en el MEM, la Secretaría de Energía fija trimestralmente el precio estacional, que es el precio de la energía que pagan los distribuidores por las compras en el mer-

tenga el funcionamiento previsto en el marco regulatorio, y no requiera la asistencia del Tesoro de la Nación.

-Que nuevamente puedan celebrarse contratos en el Mercado a Término (12) del MEM, cuya incorporación fue suspendida por el art. 9 de la Resolución SE 95/2013.

En los segmentos transporte y distribución, el DNU 55/2023 establece ciertas tareas que deben cumplirse, respecto de las cuales habrá que ver en qué plazo se cumplen y con qué alcance. La principal es el inicio del proceso de revisión tarifaria de las transportistas y distribuidores (13), y las adecuaciones transitorias de tarifas y ajustes periódicos, propendiendo a la continuidad y normal prestación de los servicios públicos involucrados, a cuenta de lo que resulte de la revisión tarifaria. No se establece la periodicidad de estas adecuaciones transitorias, cuestión fundamental en el contexto económico y la inflación que atraviesa el país.

El DNU 55/2023 pretende resolver la problemática entorno a distintos aspectos del MEM, como son la situación financiera, la deficiente infraestructura, los cortes a usuarios, la adecuada composición del ENRE, entre otros.

De todas maneras, parecería ser que el principal aspecto a resolver, el más urgente, y que es transversal a los tres segmentos de la industria, es la problemática situación financiera del MEM.

Recordemos que en los considerandos del Decreto se indica: "...la situación financiera del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) está afectado spot. Las diferencias que existan entre el precio del mercado spot y el precio estacional son cubiertas por el Fondo de Estabilización, creado mediante el art. 36 de la Ley 24.065, a través de un sistema de estabilización de precios, regulado en el numeral 5.7 de Los Procedimientos. Allí se dispone que, en caso de insuficiencia de recursos financieros en el Fondo de Estabilización, CAMMESA, en su función de Organismo Encargado del Despacho (OED), debe gestionar ante la Secretaría de Energía la asistencia financiera necesaria.

(12) La Ley 24.065 establece en el art. 35º que en el MEM funcionan dos mercados: el mercado a término, con contratos libremente pactados entre vendedores y compradores.

(13) Art. 3.

tada por un sistema de retribución que no refleja los costos reales de producción, y se verifica una situación generalizada de deudas de agentes distribuidores con dicho mercado. Que *solo para 2023 las transferencias de aportes del Tesoro Nacional requeridas por CAMMESA para hacer frente a ese desbalance superarán la suma de un billón cuatrocientos mil millones de pesos (\$ 1.400.000.000.000), con tendencia creciente debido al agravamiento de la cobranza a los distribuidores*. Que resulta indispensable coordinar la actuación de los distintos entes estatales y de las empresas públicas y privadas del sector energético para lograr el abastecimiento de manera adecuada y, en caso de ser necesario, para tomar las medidas y restricciones operativas para minimizar el impacto socioeconómico y maximizar la eficiencia de las medidas” (14).

Para comenzar a solucionar este déficit financiero y cesar las transferencias de fondos del Tesoro de la Nación, el MEM debería funcionar bajo los estándares previstos en el marco regulatorio eléctrico, con precios estacionales que no estén siempre por debajo del precio spot, de modo tal de darle plena aplicación y funcionamiento al Fondo de Estabilización del MEM.

Para ello será necesario que las tarifas de transporte y distribución aumenten y que no se requiera de transferencias de fondos del Tesoro, respetando los parámetros previstos por la Corte Suprema de Justicia en el Fallo “CEPIS” (15),

(14) El destacado nos pertenece.

(15) Fallos: 339:1077. En el considerando 32 la CSJN indica: “Que las decisiones y objetivos de política económica implementadas implican un importante cambio de financiamiento del sistema energético nacional, sumados a la situación de deterioro que sufre su abastecimiento —conforme a lo informado por la demandada— y a la variación de los precios de la economía, con una inercia de más de una década en el sentido descripto, imponen al Estado una especial prudencia y rigor a la hora de la determinación de las tarifas y de su transparencia, a fin de asegurar su certeza, previsibilidad, gradualidad y razonabilidad, es decir una relación directa, real y sustancial entre los medios empleados y los fines a cumplir, evitando que tales decisiones impongan restricciones arbitrarias o desproporcionadas a los derechos de los usuarios, y de resguardar la seguridad jurídica de los ciudadanos. De tal modo, todo reajuste tarifario, con más razón frente a un retraso como el que nos ocupa, debe incorporar como condición de validez jurídica —conforme con la previsión constitucional que consagra el derecho de los usuarios a la protec-

y aplicándose mecanismos que al mismo tiempo ajusten la tarifa en forma periódica de acuerdo con la coyuntura macroeconómica y la evolución general de los precios.

## II. Modificaciones efectuadas por el DNU 70/2023

El 21/12/2023 se publicó en el Boletín Oficial el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023, que principalmente tiene dos objetivos: (i) declarar la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social hasta el 31/12/2025 y (ii) la promoción, desde el Estado Nacional, de la vigencia efectiva, en todo el territorio, de un sistema económico basado en decisiones libres, adoptadas en un ámbito de libre competencia, con respeto a la propiedad privada y a los principios constitucionales de libre circulación de bienes, servicios y trabajo, para lo cual se adoptaron diversas medidas con la finalidad de desregular el comercio, los servicios y la industria en todo el territorio nacional, dejando sin efecto todas las restricciones a la oferta de bienes y servicios, así como toda exigencia normativa que distorsione los precios de mercado, impida la libre iniciativa privada o evite la interacción espontánea de la oferta y de la demanda.

Entre las modificaciones que impactan en la industria eléctrica, cabe mencionar las siguientes:

a. Declara la emergencia pública en diferentes materias hasta el 31.12.2025, incluyendo la tarifa.

b. Se modifica el art. 24 de la Ley 25.877, que establece el Régimen Laboral, incluyendo al transporte y comercialización de energía eléctrica como servicio esencial. En la redacción original solo estaban incluidas la producción y distribución. Ello implica que debe garantizarse una cobertura mínima del 75% en caso de conflictos

de sus “intereses económicos (art. 42 de la CN)— el criterio de gradualidad, expresión concreta del principio de razonabilidad antes referido. En efecto, la aplicación de dicho criterio permitiría la recuperación del retraso invocado y, a la vez, favorecería la previsión de los usuarios dentro de la programación económica individual o familiar, elemento que ha merecido la oportuna ponderación de este Tribunal (conf. arg. Fallos: 325:2059)”.

colectivos que pudieran afectar la normal prestación del servicio público.

c. Otorga facultades a la Secretaría de Energía para redeterminar la estructura de subsidios vigentes a los usuarios finales de energía eléctrica (16). El otorgamiento del subsidio deberá considerar un porcentaje de los ingresos del grupo conviviente. La Secretaría de Energía tendrá facultades para definir los mecanismos específicos que materialicen la asignación y efectiva percepción de los subsidios por parte de los usuarios, determinando los roles y tareas que desempeñarán de manera obligatoria los distintos actores públicos.

d. Deroga el Decreto 1491/2002, que regulaba que los contratos de exportación por Potencia Firme y Energía Eléctrica Asociada y los Acuerdos de Comercialización de Generación relacionados con dichas exportaciones, no se encontraban comprendidos en lo dispuesto por la Ley 25.561 y su reglamentación. Los precios de los contratos se podían facturar en dólares estadounidenses, ajustándose en la forma prevista en los respectivos contratos. El Decreto era de orden público. La derogación sigue el criterio de la modificación al art. 765 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que admite que el precio de los contratos se puede pactar en moneda extranjera y el precio se cancela en la moneda pactada.

e. Deroga el Decreto 643/2003, que autorizaba a la Secretaría de Energía a redeterminar el canon o precio correspondiente a la parte faltante de ejecución de una ampliación de transporte de energía eléctrica. La redeterminación procedía sólo cuando los costos de los rubros principales de la obra hubieran alcanzado una variación promedio de los precios del contrato de la Ampliación superior al 5%.

f. Deroga la Ley 25.822, que ratificaba y establecía la realización prioritaria el "Plan Federal de Transporte Eléctrico". Exigía que los recursos correspondientes al Fondo Nacional de la Energía Eléctrica percibidos y a percibir a través CAMESA, con destino al Plan Federal de Transporte Eléctrico, y aquellos que la Ley 24.065 coloca bajo la administración del Consejo Federal de la

Energía Eléctrica, debían ser depositados, inmediatamente de percibidos, no pudiendo aplicarse a los mismos descuentos o detracciones de ninguna naturaleza. La realización y financiación de las ampliaciones del Plan Federal ya no serán prioritarias.

g. Deroga el Decreto 311/2006, que había aprobado el otorgamiento de determinados préstamos del Tesoro Nacional al Fondo Unificado, creado por el art. 37 de la Ley 24.065, y las condiciones para el reintegro de las sumas efectivamente desembolsadas.

-Deroga los artículos 16 a 37 de la Ley N° 27.424, que establece el Régimen de fomento a la generación distribuida de energía renovable integrada a la red eléctrica pública. El régimen derogado comprende: (i) El Fondo Fiduciario para el desarrollo de la generación distribuida; (ii) los beneficios promocionales para la generación distribuida que eran financiados con el Fondo o con créditos fiscales; (iii) el régimen de fomento para la industria nacional para la producción de sistemas, equipos e insumos para la generación distribuida.

### III. El camino de la transición energética

Analizaremos el escenario internacional y el local en materia de transición energética, señalando los proyectos que mayor interés presentan en el sector, y como podrían evolucionar.

#### III.1. El escenario internacional

En el año 2015 tuvo lugar en París la 21ª Conferencia de las Partes (COP21), en la cual 193 países y la Unión Europea suscribieron un tratado internacional sobre el cambio climático, conocido como el "Acuerdo de París", que fue aprobado por Argentina mediante la Ley 27.270.

En el Acuerdo, los diferentes países anunciaron sus compromisos de reducción de gases de efecto invernadero por medio de las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC, por sus siglas en inglés), modificándose el escenario energético y productivo, con una meta exigente como alcanzar la carbono neutralidad para el año 2050. Para ello, es necesario transformar la matriz energética y la estructura productiva de forma radical.

(16) Bajo las Leyes 15.336 y 24.065. También se incluye a los usuarios de gas natural según Leyes 17.319 y 24.076.

El Acuerdo invitó a los países a formular y presentar estrategias de desarrollo a largo plazo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero, que proporcionan el horizonte de las contribuciones determinadas a nivel nacional, aunque, no son obligatorias. Sin embargo, sitúan a las mencionadas contribuciones determinadas de cada país en el contexto de las prioridades de planificación y desarrollo a largo plazo, proporcionando una visión y dirección para el desarrollo futuro (17).

En el año 2021, tuvo lugar en Glasgow la COP 26, en la cual los países reafirmaron el objetivo del Acuerdo de París de limitar el incremento de la temperatura media mundial a 2°C por encima del nivel preindustrial y esforzarse por no superar 1,5°C y expresaron la “alarma y máxima preocupación en relación con las actividades humanas que han provocado un incremento de 1,1°C en las temperaturas hasta la fecha, los efectos del cual ya se aprecian en todas las regiones, y con que los presupuestos de carbono actuales destinados a alcanzar el objetivo de temperatura del Pacto de París son poco ambiciosos y se exceden rápidamente”. En este sentido, reconocieron que la repercusión del cambio climático será mucho menor con un incremento de la temperatura de 1,5°C que de 2°C.

Por último, el 13 de diciembre pasado concluyó la COP28, realizada en Dubái, que reunió a casi 200 países. En dicha Conferencia se llegó a un acuerdo sobre el Balance Global (Global Stocktake), que señala el “principio del fin” —según declaró Simon Stiell, Secretario Ejecutivo de ONU Cambio Climático— de la era de los combustibles fósiles (petróleo, gas y carbón), al sentar las bases para una transición rápida, justa y equitativa, respaldada por fuertes recortes de las emisiones y un aumento de la financiación.

El acuerdo alcanzado en la COP28, con el objetivo de iniciar una transición hacia energías renovables y limpias, es el primer texto final a nombrar combustibles fósiles en su redacción, ya que anteriormente se había mencionado a los gases de efecto invernadero. A pesar de este hecho in-

édito, el acuerdo fue criticado por algunos Estados al exigir su “retirada progresiva” y no contener lapsos de tiempo ni compromisos concretos para dejar de quemar combustibles fósiles.

El balance pide a las Partes que tomen las siguientes medidas:

- Triplicar la capacidad de las energías renovables y duplicar las mejoras de la eficiencia energética para 2030.

- Aceleración de los esfuerzos hacia la eliminación progresiva de la energía del carbón sin disminuir.

- Acelerar el ritmo durante esta década crítica, con vistas a alcanzar un balance neto cero en 2050.

- La eliminación progresiva de los subsidios ineficientes a los combustibles fósiles.

- Otras medidas que impulsen la transición hacia la eliminación de los combustibles fósiles en los sistemas energéticos, de una manera justa, ordenada y equitativa, con los países desarrollados continuando a la cabeza.

De lo expuesto se desprende que desde hace ya aproximadamente 10 años el escenario internacional propone un camino de transición energética, con compromisos asumidos en forma individual por cada uno de los países firmantes de los documentos que resultan de cada Conferencia sobre Cambio Climático. Estos compromisos necesariamente impactan en las políticas públicas de cada país, y nos permiten aventurar cuales son los proyectos más relevantes en este camino de transición energética.

### *III.2. Pasado, presente y futuro de la transición energética en Argentina*

Hace aproximadamente 10 años Argentina registró un gran impulso en el camino de la transición energética, de la mano de la sanción de Ley 27.191, que modificó y complementó la Ley 26.190, de fomento de la generación de energía eléctrica de fuente renovable.

La sanción de la Ley 27.191 tuvo como consecuencia la implementación del Programa RenovAr, y el aumento sustancial de la generación de

(17) <https://unfccc.int/es/acerca-de-las-ndc/el-acuerdo-de-paris#:~:text=El%20Acuerdo%20de%20Par%C3%ADs%20habla,orientaci%C3%B3n%20general%20al%20Mecanismo%20Tecnol%C3%B3gico.>

energía eléctrica de fuente renovable, que hasta entonces representaba una mínima porción de la matriz energética.

Luego de haberse incorporado a la matriz energética un aporte sustancial de generación de fuente renovable, que detallaremos más adelante, la Secretaría de Energía, como consecuencia del Acuerdo de París, emitió en el 2023 las Resoluciones 517/2023 y 518/2023, mediante las cuales aprobó el “Plan Nacional de Transición Energética al 2030” y los “Lineamientos y Escenarios para la Transición Energética a 2050”, respectivamente. En estos documentos se establecen metas, objetos a cumplir y cursos de acción para el año 2030, y se contempló el desarrollo de 3 posibles escenarios de transición energética, con el fin de reducir de manera significativa las emisiones de gases de efecto invernadero en Argentina para el año 2050.

A continuación, haremos referencia al panorama actual, las perspectivas futuras de algunos de los segmentos e inversiones más significativas del mercado eléctrico, y formularemos algunas propuestas para facilitar el crecimiento y materialización de inversiones en las distintas áreas.

#### (i) Generación renovable

La Ley 27.191 constituyó un marco jurídico que otorgó previsibilidad y estabilidad a la generación de energía eléctrica de fuente renovable, lo cual permitió que se concreten numerosas inversiones en el sector, y la generación renovable aumente significativamente su aporte en la matriz energética.

En el año 2014, un año antes de la sanción de la referida ley, el aporte de la generación renovable de la totalidad de la energía consumida era del 1,8%, mientras que en el año 2022 fue del 13,9%, según informó CAMMESA (18). A ello tendrá que sumársele en los próximos años el aporte de los proyectos de RenovAr (19) que todavía no

---

(18) <https://cammesaweb.cammesa.com/erenovables/>.

(19) El Programa RenovAr fue impulsado por la Secretaría de Energía y consistió en 4 rondas (1, 1.5, 2 y 3) en las cuales CAMMESA licitó la contratación de suministro de energía de fuente renovable, en virtud de la cual los adjudicados debían construir una central/parque (de la tecnología ofertada) y suministrar energía a CAMMESA por 20

lograron la habilitación comercial, así como los adjudicados en RenMDI (20), y los que directamente comercializan energía en el MATER (21).

Existen importantes incentivos para que las inversiones en generación renovable continúen creciendo:

a. El objetivo de lograr una contribución de las fuentes renovables de energía hasta alcanzar el 20% del consumo de energía eléctrica nacional, al 31 de diciembre de 2025 (previsto en el art. 5 de la Ley 27.191), y los nuevos objetivos que el Estado Nacional pueda trazar en el futuro.

b. La obligación de las Grandes Usuarios del Mercado Eléctrico Mayorista y las Grandes Demandas que sean Clientes de los Prestadores del Servicio Público de Distribución o de los Agentes Distribuidores, con demandas de potencia iguales o mayores a trescientos kilovatios (300 kW) de cumplir efectiva e individualmente con el objetivo indicado en el apartado anterior.

c. El escenario internacional de transición energética que lleva a muchas empresas a abastecer la totalidad, o una parte significativa, de su consumo con energía de fuente renovable, aun cuando no se encuentren obligados a cumplir con dicho estándar.

d. La producción de hidrógeno verde, y otros productos como amoníaco verde, que requieren

años y a un precio fijado en dólares. En todas las rondas se adjudicaron prácticamente 200 contratos y tuvo como resultado un incremento sustancial de la generación de renovable en la matriz energética.

(20) El 02/02/2023 se publicó en el Boletín Oficial la Resolución de la Secretaría de Energía 36/2023 que puso en marcha la convocatoria a los interesados a presentar ofertas en el marco de la Convocatoria de Abastecimiento de Energía Eléctrica Renovable con CAMMESA, quien actuaba en representación de los Distribuidores y Grandes Usuarios del MEM hasta su reasignación en cabeza de los Agentes Distribuidores y/o grandes usuarios del MEM. La convocatoria siguió los lineamientos generales del Régimen de Fomento Nacional para el Uso de Fuentes Renovables de Energía Destinada a la Producción de Energía Eléctrica, sancionado por la Ley 26.190 y modificado y ampliado por la Ley 27.191.

(21) El Mercado a Término de Energías Renovables (MATER) es aquel en donde se comercializa libremente energía, con condiciones libremente acordadas entre comprador y vendedor.

la generación de energía eléctrica de fuente renovable.

Las principales dificultades para que la generación de energía eléctrica continúe su crecimiento está dado por la escasa disponibilidad de capacidad de transporte (que analizaremos con mayor detenimiento a continuación), y los problemas cambiarios y de importación, que aparentemente se encuentran en vías de solución por la actual administración.

### (ii) Transporte de energía

Como indicamos, la principal limitación para el desarrollo de nuevos proyectos de generación de energía eléctrica de fuente renovable es la escasa disponibilidad de capacidad de transporte, que impide la inyección y comercialización de nueva generación.

En una reciente exposición el director general de Transener, la concesionaria a cargo de la presentación del servicio público de transporte de energía eléctrica en alta tensión señaló: “En los últimos 15 años la demanda creció un 95%, los transformadores que están conectados en nuestro sistema de transporte crecieron un 110%, y nuestras líneas 50%”, en virtud de lo cual concluía que el sistema está totalmente saturado **(22)**.

Esto también puede advertirse al consultarse el Anexo 3 publicado trimestralmente por CAM-MESA en los procedimientos de asignación de prioridad de despacho, el cual evidencia una escasa o nula disponibilidad de capacidad de transporte en general, y en especial en los corredores más atractivos. Lo mismo puede verificarse en la Guía de Referencia de Transener **(23)** y de cada una de las Transportistas por Distribución Troncal **(24)**.

En este sentido, si el régimen de asignación de prioridad de despacho, previsto en la Resolución SE 281/2017, fue ideado con la intención de ayudar a los proyectos a obtener financiamiento, lo

(22) Energy Day, que puede ser escuchado en el siguiente link <https://www.youtube.com/watch?v=LAWPGILeJbk&t=927s>.

(23) <https://drive.google.com/file/d/1x2NbxPbckWbKblzPU-7lFF2kS9byhfGe/view>.

(24) <https://ateara.org.ar/>.

cierto es que la actualidad, incluso con el régimen de despacho referencial A **(25)**, el escenario es crítico y requiere medidas que posibiliten el desarrollo de infraestructura de transporte.

El Gobierno parecería estar consciente de esta limitación, ya que emitió por un lado el documento “Plan Nacional de Expansión de Redes”, aprobado por la Resolución 507/2023, que contempla el Plan de Expansión del Sistema de Transmisión de Energía Eléctrica en Alta Tensión (500 kV); el Plan de Readecuación de Estaciones Existentes del Sistema de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión (500 kV); el Plan de Readecuación de Estaciones Transformadoras Existentes de media tensión (132 kV); y el Plan de Expansión del Sistema de Transporte de Energía Eléctrica por Distribución Troncal.

Más allá de que la Resolución indica la red e infraestructura asociada, lo cierto es que no establece los mecanismos que se aplicarán para llevar a cabo dichos planes.

Por otro lado, hay que mencionar que los privados han tomado la iniciativa de proponer mecanismo para propiciar las ampliaciones del sistema de transporte **(26)**. A su vez, la Secretaría de Energía dictó la Resolución 562/2023 **(27)**, por la cual convocó a interesados a realizar manifesta-

(25) Por la falta de capacidad de transporte disponible, la Secretaría de Energía dictó al Resolución 60/2023 mediante la cual implementó, para los corredores donde no existe disponibilidad para asignar Prioridad de Despacho en forma plena y para todas las horas del año, un mecanismo de Asignación de Prioridad de Despacho tipo Referencial A. Este mecanismo permite a los generadores obtener la Prioridad de Despacho tipo Referencial A, en la cual prevean para sus evaluaciones limitaciones circunstanciales que les permitan inyectar energía con una probabilidad esperada del 92% sobre su energía anual característica en las condiciones previstas de operación de los distintos nodos y corredores del SADI, hasta tanto existe mayor capacidad disponible.

(26) A título ejemplificativo, cabe mencionar que la Cámara Eólica Argentina elaboró el estudio sobre “Ampliación en el Sistema de Transporte. Compromisos de descarbonización, metas y resultados económicos: motivos urgentes para acelerar una tarea pendiente”.

(27) Consultar alcance en <https://pg-abogados.com.ar/es/la-convocatoria-a-interesados-a-realizar-manifestaciones-de-interes-para-gestionar-y-financiar-ampliaciones-del-sistema-de-transporte-de-energia-electrica-en-alta-tension/>.

ciones de interés para gestionar y financiar o cofinanciar con otros interesados ampliaciones del Sistema de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión. Ello lo dispuso con el objetivo de (i) incrementar la capacidad de transporte que permita el ingreso de nueva oferta de generación y el transporte de la energía eléctrica generada hasta los centros de consumo del Sistema Argentino de Interconexión (SADI); y (ii) promover el abastecimiento de explotaciones mineras ubicadas en áreas aisladas, mediante la construcción de líneas de transporte a vincularse con el SADI.

Lo cierto es que ninguna de estas medidas ha constituido incentivo suficiente para que se lleven adelante proyectos de ampliación del sistema de transporte.

La baja cantidad de inversiones registradas en materia de ampliaciones del sistema de transporte, habiendo sido realizadas casi en su totalidad por impulso del Estado Nacional o Provinciales, debería impulsar una ley que contemple adecuadamente la problemática y que al mismo tiempo otorgue previsibilidad y estabilidad, tal como funcionó con el marco regulatorio renovable.

Una ley que favorezca las inversiones en ampliaciones del sistema de transporte debería contemplar los costos de este tipo de obras, la prioridad del privado involucrado en la ampliación para el despacho de energía, y el beneficio que reportará para todo el Sistema Argentino de Interconexión (“SADI”) la incorporación de nuevas líneas de transmisión.

Si la decisión es que las ampliaciones sean financiadas y realizadas por empresas privadas, solo podrá lograrse bajo condiciones financieras macroeconómicas adecuadas, y la seguridad jurídica necesaria.

De otro modo, será difícil que se concreten nuevas inversiones y se materialicen proyectos, quedando el sector en la instancia de planificación actual.

### (iii) Producción de hidrógeno

El fomento a la producción de Hidrógeno es fundamental tanto para el desarrollo económico

del país como para la transformación de la matriz energética tendiente a la descarbonización.

Por tal motivo, la Secretaría de Energía elaboró la “Estrategia nacional del hidrógeno”, que tiene tres ejes: (i) Reconoce la importancia de impulsar el desarrollo tecnológico y productivo en toda la cadena de valor, incluyendo la producción de los bienes de capital críticos y la provisión de servicios tecnológicos, (ii) Dando cuenta de los diferentes recursos y capacidades disponibles en el territorio argentino, contempla la producción del hidrógeno de bajas emisiones por medio de diferentes tecnologías, ya sea a partir fuentes renovables (verde), a partir de energía nuclear (rosa), o a partir de combustibles fósiles con captura de carbono (azul), (iii) Establece dos pilares para el despliegue de la economía del hidrógeno: el mercado interno, fundamental para generar condiciones iniciales, evaluar prototipos y desarrollar tecnología nacional; y los mercados de exportación, orientados a la producción en gran escala altamente competitiva, sacando de ventaja de la calidad de los recursos naturales y las capacidades construidas.

Los resultados esperados para el año 2050 son:

a. que Argentina tenga una producción doméstica total de al menos 5 Mt anuales de hidrógeno de bajas emisiones, el 20% estará destinado al mercado local, tanto para la descarbonización de los usos actuales del hidrógeno (industrias del acero, petroquímica y refino) como para atender los nuevos usos (principalmente combustibles sintéticos) y el 80% restante estará destinado a abastecer el mercado internacional;

b. para alcanzar estas metas de producción será necesario instalar al menos 30 GW de capacidad de electrólisis y 55 GW de generación eléctrica renovable (actualmente es de 5562 MW) (más que duplicar la generación total de electricidad en la Argentina);

c. la producción de hidrógeno girará en torno a polos productivos, ubicados en función de la calidad de los recursos y la cercanía a los mercados internos y puertos para la exportación;

d. la vinculación de estos polos con la red de universidades y centros tecnológicos locales será clave para el desarrollo de nuevas tecnologías, así



como para la adopción temprana y adaptación a las condiciones productivas locales,

e. la realización de los objetivos establecidos requiere una fuerte transformación de la infraestructura, en corredores viales críticos y puertos,

f. el despliegue de la nueva actividad redundará en la creación de más de 80 mil empleos calificados.

La Secretaría de Energía también elaboró un proyecto de ley de producción de hidrógeno de bajas emisiones que remitió al Congreso de la Nación en mayo de 2023. Dicho proyecto requiere diversas modificaciones para constituir a régimen atractivo para potenciales inversores. Sin pretender agotar el análisis del mismo, cabe mencionar algunas de las cuestiones que deberían ser modificadas:

a. Plazo de promoción: el proyecto establece en su primer capítulo un Régimen para la Promoción del Hidrógeno de bajas emisiones de carbono con beneficios impositivos por un plazo de 30 años contados a partir de la entrada en vigor de la ley. El plazo es inadecuado ya que no se ajusta a la vida útil de los proyectos que suele ser de 50 años. También el plazo debería de aplicarse no a partir de la entrada en vigor de la ley, sino una vez que los proyectos comienzan con su operación comercial, debido al tiempo que conlleva la construcción del proyecto y la puesta en funcionamiento de este.

b. Integración nacional: para poder acceder a los beneficios que otorga el régimen de promoción, los proyectos deben cumplir con requisitos de integración nacional. Por ejemplo, las plantas de producción de hidrógeno verde deberán incluir equipos electrolizadores y parques de generación de energía eléctrica de fuentes renovables con un contenido nacional del 35%, a partir de la entrada en vigor de la ley y hasta el quinto año inclusive. Luego se eleva al 45% hasta el noveno año inclusive y finalmente al 50% hasta el fin del régimen. La integración nacional debe acompañar la maduración de los proyectos y no funcionar como una imposición desde el nacimiento de estos. El porcentaje de integración nacional parece difícil de alcanzar por lo que una solución podría ser premiar a quienes alcancen ese porcentaje de integración nacional pero no utilizarlo

como una imposición u obligación ya que en la práctica resulta inviable.

c. Fondo de Afectación Específica: el artículo 16 del proyecto encomienda al Fondo Nacional de Desarrollo Productivo (FONDEP) la realización de las acciones necesarias para constituir un Fondo de Afectación Específica destinado a financiar a proyectos de fabricantes de equipamiento de la cadena de valor del hidrógeno, así como proveedores de bienes y servicios de alto contenido tecnológico. En el artículo 17 se afirma que los beneficiarios del régimen de promoción deben aportar al fondo el 0,5% del monto total de la inversión declarada al momento de inscribirse al régimen. Ese porcentaje afecta la rentabilidad y competitividad de los proyectos para competir internacionalmente. Además, la determinación del uso de dicho subsidio podría aplicarse a proyectos que luego compitan entre sí, o al desarrollo de proyectos piloto con intereses particulares que no necesariamente sean de interés para la industria. El porcentaje exigido pareciera haberse basado en inversión para plantas piloto y no en montos de inversión destinados a proyectos de gran escala.

d. Organismos reguladores: el proyecto de ley establece distintas autoridades para reglar los temas se encuentran bajo su órbita: Secretaría de Energía (autoridad de aplicación), Secretaría de Energía y Desarrollo Productivo (inscripción de proyectos y proveedores), Agencia nacional de Hidrogeno (AgenHidro, que fija los estándares de emisiones) y Consejo Federal del Hidrogeno (efectúa recomendaciones sobre la cadena de valor a AgenHidro). Son demasiados organismos y todos ellos con un camino de largo aprendizaje en los temas para el desarrollo de la industria. Se les asigna un fuerte rol de gestión en lugar de ejercer únicamente la función de contralor. Lo más conveniente sería reducir la cantidad de organismos y asignar adecuadamente las funciones y competencias.

e. El proyecto focaliza más el hidrogeno proveniente de gas natural con captura (azul) y el producido a partir de energía nuclear (rosa), señalando que el hidrogeno verde se encuentra aún en etapa de desarrollo con grandes desafíos por vencer. Deberían impulsarse las tres variantes por igual.

f. El proyecto busca otorgar ciertas garantías en materia cambiaria, permitiendo la libre aplicación del 50% de las divisas obtenidas en las exportaciones del proyecto; que de todos modos no es igual al deseable concepto de libre disponibilidad de divisas. Sin embargo, dicho porcentaje de libre aplicación solo puede ser utilizado según el proyecto para el pago de capital e intereses de pasivos comerciales o financieros en el exterior. Sería conveniente permitir también otros conceptos para su uso, como el pago de utilidades, dividendos o repatriación de inversiones directas de no residentes u otros proyectos asociados.

g. En lo que hace a derechos de exportación, no parece conveniente establecer que una determinada alícuota (por ejemplo, 0% para la exportación de hidrógeno verde) solo será aplicable durante los primeros 10 años de vigencia de la ley. En todo caso, cualquier plazo debiera estar atado al comienzo de la explotación comercial del proyecto, pues de lo contrario es muy probable que dicho beneficio en la práctica no se aplique. Esto es así ya que la industria recién está dando los primeros pasos; el desarrollo de uno de estos proyectos toma años, la construcción toma otros más, con lo cual es posible que al llegar a los primeros 10 años de vigencia de la ley pocos proyectos hayan comenzado a exportar volúmenes considerables.

La producción de hidrógeno de bajas emisiones, fundamentalmente el verde, debido a su vinculación a la generación de energía de fuente renovable, tiene un gran potencial en el país, pero exige el rediseño del proyecto de ley, adaptándolo a condiciones razonables de inversiones, eliminándose las barreras que desincentivan inversiones y encarecen los proyectos.

#### (iv) Almacenamiento de energía eléctrica

El último punto ligado a la transición energética son los sistemas de almacenamiento, que han tenido importantes novedades en el transcurso del año 2023.

La importancia del almacenamiento está dada como sistemas que permiten cubrir requerimientos de capacidad de corta duración y aportar servicios de reserva de rápida respuesta.

La tecnología de almacenamiento de energía eléctrica tiene un desarrollo actual que representa una oportunidad para su integración a la red de transporte y generación, y para incorporar algunas de sus aplicaciones para contribuir al abastecimiento de la demanda, optimizar el despacho, reducir costos y brindar servicios adicionales a la operación.

La generación renovable intermitente puede combinarse con almacenamiento de manera tal de ampliar su penetración y optimizar la incorporación de infraestructura de redes de transmisión y distribución de energía eléctrica, permitiendo desarrollar una matriz energética más limpia y eficiente.

La Secretaría de Energía dictó dos Resoluciones vinculadas a sistemas de almacenamiento. Por un lado, la Resolución N° 330/2022 convocó a interesados a presentar Manifestaciones de Interés (MDI) para desarrollar integralmente proyectos de infraestructura que contribuyan a incorporar Generación Renovable y/o instalaciones de almacenamiento de energía en puntos de la red (28).

Asimismo, la Secretaría de Energía dictó la Resolución 906/2023 (29), mediante la cual convocó a interesados a realizar manifestaciones de interés para incorporar, gestionar y financiar sistemas de almacenamiento de energía eléctrica (“AlmaMDI”) con el objetivo de optimizar el despacho de generación del MEM, optimizar la capacidad instalada en los sistemas de Transporte o Distribución de energía eléctrica, y aportar servicios de reserva de potencia en el SADI.

Un nuevo marco regulatorio que incentive inversiones en infraestructura de transporte podría también contemplar un régimen para promover inversiones en materia de almacenamiento de energía eléctrica.

(28) Su alcance puede ser consultado en el siguiente link <https://pg-abogados.com.ar/es/convocatoria-para-proyectos-de-energia-renovables-y-almacenamiento/>.

(29) Su alcance puede ser consultado en el siguiente link <https://pg-abogados.com.ar/es/convocatoria-a-realizar-manifestaciones-de-interes-para-incorporar-gestionar-y-financiar-sistemas-de-almacenamiento-de-energia-electrica/>.

#### **IV. Conclusiones**

Confluyen un escenario internacional y otro local, propicios para el desarrollo de distintos proyectos ligados a infraestructura eléctrica. Nuestro país posee condiciones naturales que incentivan, por si solas, el desarrollo de nuevos proyectos. Sin embargo, deben darse dos condiciones imprescindibles: contar con marcos nor-

mativos que aporten seguridad jurídica, previsibilidad y estabilidad a los inversores, comprendiendo las realidades y particularidades de cada proyecto, para que los mismo puedan llevar a cabo; y la existencia de condiciones económico-financieras que eliminen los sobrecostos en las inversiones locales, que hacen que los proyectos en la Argentina sean menos competitivos que los que ofrecen otros países.

# El decreto 70/2023. La derogación parcial del régimen de compra y contratare local nacional. El régimen de compra argentino y de desarrollo nacional de proveedores

Julio C. Fonrouge Echagüe (\*)

Sumario: I. La naturaleza del régimen de preferencia contenido en ordenamiento de compra y contratare local.— II. La derogación en la materia del Decreto 70/23.

En línea con publicaciones en la materia (1), el régimen de compra y contratare local constituye un tema delicado y de contradicción en las actividades en competencia y marcos regulatorios sectoriales.

Paralelo como expondré a continuación, debo señalar que a tenor del último párrafo de los considerandos del Decreto 70/23, el mismo fue sustentado en base a los incisos 1, 2 y 3 del art. 99 de la Constitución Nacional, no revistiendo solamente la naturaleza de decreto de necesidad y urgencia.

## I. La naturaleza del régimen de preferencia contenido en ordenamiento de compra y contratare local

En forma preliminar, es dable tener presente la naturaleza y finalidad del instituto de compra y contratare local.

(\*) Abogado especializado en derecho administrativo económico, derecho del petróleo y gas, y derecho aduanero y de integración. Socio de JP O'Farrell Abogados, lidera los departamentos de derecho administrativo, energía, minería, telecomunicaciones y compliance.

(1) elDial.com - DC2606; ver también elDial.com - DC2834, publicado el 20/08/2019.

pre y contratare local. Léase, constituye una medida otorgada por las Administraciones públicas y Legislaturas al efecto de *privilegiar a su industria local* (2).

En sí, constituye un procedimiento de política selectiva para la celebración de contratos del Estado, sus entes descentralizados, concesionarios, permisionarios y/o contratistas directos (3).

De hecho, bien sabido es que las políticas de "Compra" y/o "Contratare Nacional" (o local) han sido —y continúan siendo— uno de los principales ejemplos de cómo el sector público puede dirigir su capacidad de contratación con el fin de fomentar, favorecer y/o proteger a los sectores industriales y/o trabajadores locales (4).

(2) Conf. SALCEDO, Norma, HUBEÑAK, Manuel, "Actualidad de los regímenes de Compra y Contratare Nacional", primera parte. Ed. RAP, N° 028, p. 119.

(3) Conf. MATA, Ismael, "El régimen de compra nacional", RAP, N° 418, p. 203.

(4) Conf. COMOTTO, Sabrina, "Las políticas de compra y contratare nacional", el direccionamiento del poder de inversión del sector público nacional hacia el mercado interno (1963-2003)", RAP, 393, p. 39. Por ejemplo, también cabe citar los registros de contratistas, tanto generales de

Estás limitaciones y/o pautas selectivas para celebrar contratos con el Estado (y relativización del principio de concurrencia e igualdad en materia licitatoria), en forma inicial y bajo declarada finalidad, estaban ideadas para lograr prestaciones de mayor calidad y seguridad, inspiradas en propósitos de *fomento y desarrollo económico* (5).

En la actualidad, focalizada como *medida de fomento* (6), es una forma o técnica de intervención del Estado en la actividad económica, en general de tinte legislativo, y que se traduce en subvenciones articuladas en una política de fomento y planes de desarrollo, estimulando a la industria local a tener mayor participación en la actividad económica (7). Esto es, una técnica de intervención administrativa en la economía tendiente a limitar derechos por razones de interés público (8).

la Administración pública, como los propios de las entidades descentralizadas y empresas estatales.

(5) Como tal, el fomento es definido como “una acción dirigida a proteger o promover las actividades y establecimientos de los particulares, que satisfagan necesidades públicas o que se estimen de utilidad general” (DROMI, Roberto, “Derecho Administrativo”, ECA, 1996, 5ª ed., p. 655). En sí, es la actividad administrativa que puede ejercerse concurrentemente por la Nación y las provincias, lo cual explica la coexistencia, unas veces complementaria y otras suplementaria, de regímenes de promoción industrial nacional y provinciales, en los términos de los artículos 75, inciso 18, y 125 de la Constitución Nacional.

(6) En este sentido, Cassagne enseña y define al fomento como aquel concepto que reposa sobre la idea de la conveniencia de que el Estado proteja o promueva determinadas actividades que realizan las personas físicas y jurídicas, con la finalidad mediata de procurar que, mediante la concreción de dichas actividades, resulte un beneficio a la comunidad (conf. CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 464).

(7) La incidencia de la actuación estatal en la posición jurídica de los particulares puede ser positiva o negativa. En el supuesto positivo, la actividad de la Administración o del Poder Legislativo puede consistir tanto en la creación ex novo de derechos, facultades o poderes que hasta entonces el administrado no tenía (ej. los beneficios de la legislación de promoción industrial o de promoción minera), como en la supresión de limitaciones que afectaban su ejercicio o su alcance (Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, ob. cit., ps. 442/443).

(8) Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, ob. cit., p. 438.

## II. La derogación en la materia del Decreto 70/23

En el marco de la desregularización económica, el decreto en comentario derogó en su art. 10 los arts. 1 al 21 y 24 al 30 de la Ley 27.437 de “Compre Argentino”, excluyendo los tipos penales previstos por los arts. 22 y 23 de la citada ley (de incumplimiento de deberes y defraudación, ambas materias ajenas por imperio constitucional).

En forma concordante, en el marco de la reforma del Estado, en el art. 38 del decreto en comentario, se derogó los arts. 1 al 20 y 23 al 28 de la Ley 18.875, de “Compre Nacional”, excluyendo los arts. 21 y 22 atento a la naturaleza penal de ambos y estar vedados por imperio constitucional.

La primera consulta que se desprende de la lectura: ¿deroga el Decreto 70/23 el ordenamiento provincial de compre y contrate local? Lógicamente, se impone una respuesta negativa.

En segunda medida, ¿deroga el contenido de reglamentos de contrataciones de entes descentralizados nacionales y/o de mismas empresas estatales de la órbita de la Administración pública nacional? Se impone una respuesta negativa, sin perjuicio de la carga que asiste a tales entidades de revisar y modificar a la luz del Decreto 70/23 el contenido de sus reglamentos de contrataciones.

En este escenario, ¿se derogó el art. 71 de la Ley 17.319, de preferencia de contratación de personal nacional? La respuesta es negativa, persistiendo tal medida de fomento.

Idéntica observación cabe formalizar respecto del Registro Federal de Proveedores Mineros, instituido por la Resolución SM 84/22.

Claramente, se desprende de la axiología del Decreto 70/23 que su objetivo es restringir la intervención administrativa en la actividad económica, pero cabe cuestionar si se justifica un giro radical de 180 grados en la materia.

Cierto es que en lo que hace a las actividades de energía, hidrocarburos y minería, en la actualidad en muchos ámbitos locales se traduce en una medida de intervención de gravamen, por cuanto que el marco de compre y contrate local

impuesto por las jurisdicciones locales constituye un poder estatal de limitación de sus derechos individuales, por una presunta —nunca declarada— causal de interés público.

Y a tal magnitud llego la desproporcionalidad de la intervención que soslaya hoy día ponderar la especialidad y riesgos de las industrias, por ejemplo, de energía, petroquímica, química, de hidrocarburos y de minería. Esto sea en un enfoque vertical como horizontal. Y lógicamente, ello conlleva a la contradicción, en tanto que impedir o dificultar la contratación de profesionales especializados foráneos, puede configurar un menoscabo a condiciones de seguridad esenciales en las actividades involucradas, atentando así a derechos esenciales mismos de los trabajadores involucrados en las industrias en comentario.

A fin de evitar la desproporcionalidad e incongruencia apuntada, tal tipo de técnica de actividad estatal restrictiva o de gravamen, impone la observancia y encuadrarse en principios y reglas de derecho que condicionan su validez, léanse:

i) El principio de razonabilidad. Si bien los derechos individuales (en el sentido de que no son absolutos) en su goce y ejercicio se ejecutan conforme a las leyes, en términos del art. 14 de la Constitución Nacional, tanto la Administración pública como el Poder Legislativo deben ajustar sus actos a la razonabilidad que impone el art. 28 de la Constitución Nacional.

ii) Principio de reserva. De conformidad a lo preceptuado por el art. 19 de la Carta Magna, le está vedado al Ejecutivo y Legislativo entrar en el ámbito reservado a las acciones privadas de los hombres que sean violatorias de la moral pública.

En consecuencia, se impone oponer las siguientes limitantes:

a) Irrazonabilidad en los fines perseguidos, que se apartan de lo establecido en las normas de habilitación o de los principios generales de derecho.

b) Desproporción entre el objeto de la medida de policía y los fines perseguidos.

c) Exceso de limitación o de punición.

d) Violación de la igualdad al introducirse en las normas o en los actos respectivos un factor de discriminación que atribuye a algunas situaciones de ventajas o de gravamen que no se conceden a otras personas que se encuentran en similares condiciones objetivas. Esto significa, tales limitaciones o pautas deben provenir en forma estricta del ordenamiento, nunca del ejercicio de facultades discrecionales de la Administración, sea el tipo de conducta limitativa, su alcance y/o contenido.

e) La observancia del principio de legalidad y tipicidad. En concordancia a la razonabilidad, toda limitación y/o condición debe tener un sustento normativo, siendo también acorde a la finalidad pública sobre la que se sustenta (9).

Lógicamente, el cumplimiento de la finalidad de la técnica de fomento va a imponer su aplicación temporal hasta que la misma sea cumplimentada. Por ejemplo, si el objetivo es el fomento de la industria local, que la misma refleje un crecimiento y se torne competitiva a nivel nacional e internacional.

Y lo hasta aquí expuesto en lo que refiere a las limitantes de este tipo de técnica, impone a la luz del preámbulo y art. 14 de la Constitución Nacional estarse a favor del principio del *favor libertatis* y la expresa necesidad de respaldo normativo concreto y preciso para establecer actos de gravamen sobre los particulares (10).

Entonces, se percibe que el régimen de compra y contrata local aparece como una ayuda, un estímulo, tendiente a que los privados puedan realizar sus propias finalidades comerciales o industriales, en tanto que ello debería redundar en un beneficio del interés general de la comunidad. Desprenderse en forma radical del régimen general en la materia, amén de ser cues-

(9) Es decir, la medida que se adopte debe necesariamente obedecer al fomento de la industria local, procurando resguardar y reglamentar las pautas para su desarrollo y crecimiento, bajo apercibimiento de configurar una medida inútil.

(10) Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", ob. cit., ps. 462/463.

tionable su derogación a través de un decreto de necesidad y urgencia, impone su cuestionamiento atento que previo se imponía el resguardo de tal política a la luz de los principios y limitantes apuntadas.

Léase, un medio económico de fomento, focalizado en la técnica de estimulación de la industria local o, en otras palabras, orientado a proteger determinadas actividades como a aquellas

encaminadas a promoverlas. En concreto, a través de la promoción y protección.

En el escenario actual, sin perjuicio de la vigencia de marcos legales específicos vigentes, se ha derogado el marco general, sin perjuicio de la cual nada obsta a entidades descentralizadas, concesionarias y/o comitentes de contratos administrativos nacionales imponer tales medidas de preferencia al contratar y comprar nacional.

# Breves apostillas sobre el DNU 70/2023 y el sistema de seguro de salud

Manuel Castañon López (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Los fundamentos del Decreto con relación al sistema de salud.— III. La reforma al sistema de medicina prepaga.— IV. La reforma al régimen de obras sociales.— V. Otras reformas relevantes para el sistema de salud.— VI. Los aspectos que se mantienen incólumes.— VII. Conclusión.

## I. Introducción

El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023, publicado en el Boletín Oficial el 21 de diciembre de 2023 y con entrada en vigencia a partir del octavo día de su publicación (art. 5, CCC), estableció una serie de reformas al sistema de Empresas de Medicina Prepaga (en adelante, EMP) y de Obras Sociales, entre otros asuntos de relevancia.

Sin ingresar en el actual debate respecto de las condiciones necesarias para el dictado y vigencia de los decretos de necesidad y urgencia, nos detendremos a analizar las modificaciones de mayor importancia con relación al sistema del seguro de salud, con énfasis en sus efectos prácticos.

## II. Los fundamentos del Decreto con relación al sistema de salud

En sus considerandos, el DNU destinó algunos breves párrafos a la temática que nos ocupa, concluyendo que existe una “crisis del sistema de salud”. Por ello entendió necesario promover condiciones destinadas a lograr reducciones en los

costos de las prestaciones y aumentar la competitividad del mercado farmacéutico.

Se resaltó también la necesidad de aumentar la competitividad del sistema, razón por la cual “se deben liberar las restricciones de precios al sistema de medicina prepaga”.

Los considerandos omitieron hacer referencia al régimen de las obras sociales en general y al régimen de elección del agente del seguro de salud por parte de los trabajadores, pese a que fueron ampliamente reformados.

## III. La reforma al sistema de medicina prepaga

### III.1. La incorporación de las EMP al régimen de obras sociales

Como aspecto central, el DNU estableció en su art. 270 que las EMP quedarán alcanzadas por la ley 23.660 —regulatoria de las obras sociales—, al incorporar mediante su art. 270 a todas las entidades referidas por el art. 1 de la ley 26.682 al régimen en cuestión.

Así, todas las entidades cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, independientemente de su figura asociativa, quedarán alcanzadas por el régimen de las obras sociales, que anteriormente les resultaba ajeno.

---

(\*) Abogado y Escribano. Secretario Federal del Juzgado Federal N° 1 de Neuquén. Investigador y Docente de la Universidad Nacional del Comahue en Derecho de las Obligaciones y Derecho de Daños. Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA) y en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia, Italia). Maestrando en Derecho Privado (UBA).



Asimismo, el art. 295 modificó el art. 2 de la ley 23.661 e incorporó a las EMP al concepto de “agente del seguro de salud”, por lo que accederán formalmente a los mecanismos de financiación allí dispuestos (incluyendo el Fondo Solidario de Redistribución).

En concordancia, el art. 288 del DNU admitió expresamente que las EMP emitan certificados de deuda de aportes y contribuciones, los que tienen carácter ejecutivo y un plazo de prescripción de diez años, conforme lo establece el art. 24 de la ley 23.660.

### *III.2. La libre elección de los trabajadores a cualquier agente del seguro (inclusive, empresas de medicina prepaga)*

El art. 311 del DNU estableció el derecho a la libre elección del agente del seguro de salud, disponiendo que al iniciar la relación laboral los trabajadores podrán escoger libremente su agente, debiendo permanecer en él un tiempo mínimo determinado por la autoridad de aplicación, que nunca podrá ser superior al año (art. 312 del DNU).

Así, la reforma normativa no sólo permitirá a los trabajadores en relación de dependencia escoger libremente cualquier obra social, sino que también podrán afiliarse a una EMP de su elección, lo que antes sólo podía hacerse efectivo mediante la derivación de aportes con la intervención de una obra social previamente vinculada a la empresa prepaga.

En todos los casos, los aportes y contribuciones se encuentran regulados por el art. 19 de la ley 23.660, que también fue modificado por el art. 284 del DNU, estableciendo que los empleadores deberán transferir a los agentes del seguro el 85% y el 80% de esas sumas a las obras sociales o a las prepagas, respectivamente; y el 15% o 20% —según el caso— al Fondo Solidario de Redistribución.

En caso de escoger una prepaga que exija el pago de un valor adicional, el 20% de dichos aportes adicionales deberán ser depositados al Fondo Solidario de Redistribución (art. 285 del DNU).

### *III.3. La aplicación de la ley 26.682 exclusivamente a los afiliados voluntarios*

Como se ha visto, dada la inclusión de las EMP al régimen de obras sociales y a la posibilidad de los trabajadores dependientes de acceder directamente a la cobertura de una prepaga sin vinculación previa con una obra social, la vinculación entre un trabajador dependiente y la EMP quedará alcanzada por el régimen de la ley 23.660.

De allí que, coherentemente con la reforma del sistema, el art. 268 del DNU delimitó la aplicación de la ley 26.682 a los afiliados voluntarios exclusivamente, al incorporar como art. 30 bis que “Las disposiciones de esta ley son aplicables únicamente a los asociados voluntarios cuyo vínculo con el asegurador esté fuera del marco de la Ley N° 23.660”.

Por tal motivo, el régimen de orden público que regula —entre otros aspectos— los contratos de afiliación, así como su régimen de rescisión y resolución, la declaración jurada de ingreso, y las regulaciones sobre los valores de las cuotas de afiliación, resultarán aplicables exclusivamente a la relación establecida por las EMP con sus afiliados voluntarios y no con aquellos que accedan mediante el régimen de aportes y contribuciones como trabajadores en relación de dependencia.

Advertimos sobre el punto que el art. 268 del DNU omitió hacer referencia a los denominados “afiliados corporativos”, que acceden al sistema de medicina prepaga por intermedio de otra institución (empresa, asociación, sindicato) que contrata los servicios para terceras personas vinculadas laboral, asociativa o sindicalmente. Sin embargo, entendemos que este tipo de afiliados quedará incluido en el régimen de la ley 26.682 ya que el sistema de obras sociales les resulta ajeno y dado que el art. 15 de la ley 26.682 los contempla expresamente y no ha sido modificado.

### *III.4. Desregulación del precio del servicio*

Uno de los aspectos centrales de la reforma implica la desregulación del precio de los servicios de medicina prepaga, al derogarse de la ley 26.682 las facultades otorgadas a la autoridad de aplicación sobre la aprobación de los valores de las cuotas y las autorizaciones de aumentos.

Tal como se estableció en los considerandos del DNU, en aras de aumentar la competitividad del sistema, se consideró necesario liberar las restricciones de precios del sistema.

Así, el art. 267 del DNU derogó el art. 18 de la ley 26.682, que establecía la posibilidad de fijar aranceles mínimos obligatorios, así como el art. 5 inc. g) que otorgaba potestad a la Administración de autorizar y revisar los valores de las cuotas, y modificó el art. 17 que permitía la fiscalización de las cuotas de los planes y establecía el régimen de autorización previa de aumentos.

Asimismo, el art. 265 del DNU derogó el Decreto 743/2022 que estableció un régimen de aumentos limitados conforme la evolución del RIPTE.

En definitiva, el DNU estableció un régimen de libertad en la fijación de los precios de las cuotas asistenciales, estableciendo como única valla el art. 269 del DNU una variación máxima de tres cuotas entre la franja etaria de ingreso y la máxima franja etaria.

### *III.5. Desregulación de la tipología contractual*

El art. 267 del DNU derogó el art. 19 de la ley 26.682, que sujetaba a los contratos de afiliación a los modelos previamente establecidos por la autoridad de aplicación. Así, se estableció un régimen de mayor libertad contractual para que las EMP celebren negocios jurídicos con los usuarios, sin perjuicio de quedar alcanzados por el régimen de contratos de adhesión y de consumo previstos por el Código Civil y Comercial.

### *III.6. Otras reformas*

Por medio de su art. 267, el DNU derogó también ciertas facultades que el régimen original de la ley 26.682 otorgaba a la autoridad de aplicación, como la transferencia de afiliados en caso de quiebra de la EMP (art. 5 inc. m) y el cobro de una matrícula anual a las EMP (art. 25 inc. a).

Asimismo, se eliminó la comisión permanente creada por el art. 6 del régimen originario, así como el órgano consultivo previsto por el art. 27.

## **IV. La reforma al régimen de obras sociales**

### *IV.1. La incorporación de las EMP al régimen de obras sociales*

Como ya hemos señalado, el DNU incorporó a las EMP al régimen de obras sociales (art. 270, DNU), modificando numerosos artículos de la ley 23.660 para hacer referencia a “las entidades” en lugar de “las obras sociales”.

También hemos dicho que el art. 288 del DNU modificó el art. 24 de la ley 23.660 en el sentido, coherente con la reforma, de otorgar potestad a las EMP con afiliados en relación de dependencia —es decir, con pago de aportes y contribuciones— a emitir títulos ejecutivos de deuda por tal concepto, con un plazo de prescripción de diez años.

### *IV.2. El catálogo de beneficiarios*

Si bien el art. 277 del DNU dispuso una reforma al art. 8 de la ley 23.660, se mantiene en esencia el catálogo de beneficiarios: los trabajadores en relación de dependencia, sea en el ámbito público como el privado; los jubilados y pensionados nacionales; y los beneficiarios de prestaciones no contributivas nacionales.

### *IV.3. La libre elección de los trabajadores a cualquier agente del seguro*

Como ya hemos señalado, la reforma dispuesta por el art. 311 del DNU habilitó la libre elección de cualquier obra social o EMP para los trabajadores en relación de dependencia, sin perjuicio del deber de permanencia que nunca podrá exceder el año. En términos prácticos, la reforma implica que las obras sociales competirán en igualdad de condiciones jurídicas por la afiliación de los trabajadores en relación de dependencia, potestad que hasta la fecha sólo se encontraba disponible para las primeras.

### *IV.4. Derogación del destino obligatorio de recursos*

Al derogar el art. 5 de la ley 23.660, el art. 274 del DNU eliminó el destino mínimo obligatorio del 80% de los recursos a la prestación de servicios de atención de salud y el mecanismo de distribución regional que allí se establecía.

## V. Otras reformas relevantes para el sistema de salud

El DNU también ha innovado en lo que respecta al régimen de recetas médicas, estableciendo su art. 266 que las prescripciones deberán efectuarse exclusivamente por nombre genérico del medicamento, junto con la forma farmacéutica, el grado de concentración, la dosis y las unidades. Ello, manteniendo la validez de la receta digital (art. 307) y estableciendo una meta de digitalización total en prescripción y dispensa de medicamentos (art. 308).

Asimismo, se modificó la referencia que la ley 23.660 efectuaba a la Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL), reemplazándola por la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS) como órgano de contralor y fiscalización.

Se estableció asimismo la posibilidad de venta de los medicamentos por fuera de los establecimientos farmacéuticos (art. 313 del DNU). La organización del sistema de farmacias también sufrió algunas modificaciones, que exceden el marco de este artículo.

## VI. Los aspectos que se mantienen incólumes

Del análisis preliminar efectuado, es posible concluir que el DNU no ha innovado en lo que respecta al objeto central de las EMP y las Obras Sociales, es decir, el marco de cobertura obligatoria de prestaciones médico-asistenciales.

Así, se mantiene vigencia del Programa Médico Obligatorio (PMO) aprobado por la Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud de la Nación, que establece un catálogo mínimo de cobertura obligatoria de prestaciones, como así también de ciertas normas que regulan ciertas coberturas obligatorias (como la ley 24.901 de prestaciones para personas con discapacidad, la ley 25.929 de protección del embarazo y del recién nacido, o la ley 27.552 de fibrosis quística, entre muchas otras).

Las EMP se encuentran obligadas, de igual manera, a brindar la cobertura prevista por el PMO y la ley de discapacidad, conforme lo establece el art. 7 de la ley 26.682.

En lo que atañe al régimen de medicina prepa- ga, se mantiene sin cambios el régimen de resolución contractual que habilita a las EMP a extinguir el vínculo ante falta de pago de tres cuotas consecutivas o ante la falsedad dolosa de la declaración jurada de ingreso (art. 9, ley 26.682).

Se mantiene asimismo vigente la imposibilidad de aumento de cuota a afiliados por razón de la edad cuando se dan las condiciones previstas por el art. 12 de la ley, así como el derecho de permanencia de los afiliados adherentes luego de fallecido el titular (art. 13) o el de los afiliados corporativos una vez cesado el vínculo laboral o asociativo con la entidad contratante (art. 15), entre otros institutos.

## VII. Conclusión

En la lógica de los Considerandos del DNU 70/2023, la libertad de contratación ha sido un objetivo primordial de la reforma, lo que se ha plasmado en la inclusión de las EMP al sistema del seguro, equiparándolas a las obras sociales y otorgando a los trabajadores el derecho de libre elección. El resultado sociológico y económico de tal libertad será evaluado con el correr del tiempo, dado que los impactos no resultan inmediatos.

También ha sido sustancial la reforma operada en torno a regulaciones que históricamente conformaban el orden público del sistema, como lo es el precio de las cuotas asistenciales o los modelos contractuales. La norma ha eliminado todo rol estatal respecto de su regulación, reconfigurando la lógica de la ley 26.682 por una de menor intervención y mayor libertad en el establecimiento de las cláusulas pre- dispuestas.

Como es sabido, la sustentabilidad del sistema de seguro de salud resulta un asunto complejo y de primordial interés, dado que su funcionamiento impacta directamente sobre uno de los mayores bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento: el derecho a la salud de los seres humanos. Por tal motivo, la matriz jurídica que rodea y moldea el sistema debe atender a la realidad existente, sin perder de vista su finalidad protectoria.

# DNU 70/2023: desregulación energética y transformación de empresas públicas

Juan José Carbajales (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Un antecedente de los años ‘90.— III. Primeras medidas de carácter legislativo. — IV. Certezas e incertidumbres.

## I. Introducción

En su discurso de asunción, el presidente Javier Milei enunció cuál es el “nuevo contrato social” al que apunta su Gobierno, el cual postula como “instituciones fundamentales” a “la propiedad privada, los mercados libres de intervención estatal y la libre competencia”:

“Hoy volvemos a abrazar las ideas de la libertad, esas ideas que se resumen en la definición del liberalismo (...) que dice que ‘el liberalismo es el respeto irrestricto del proyecto de vida del prójimo basado en el principio de no agresión, en defensa del derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad, cuyas instituciones fundamentales son la propiedad privada, los mercados libres de intervención estatal, la libre competencia, la división del trabajo y la cooperación social’. En esa frase de 57 palabras está resumida la esencia del nuevo contrato social que eligieron los argentinos”.

Este ideario liberal-libertario comenzó rápidamente a plasmarse en las primeras medidas concretas que dictó la Administración entrante. Su leit motiv se concentra en la idea de “desre-

gulación” de la economía, y atañe —previsiblemente— al sector de la energía y de las empresas del Estado.

## II. Un antecedente de los años ‘90

Un antecedente sobre la “desregulación” en los años ‘90 funge de faro a la hora de estimar el alcance de las primeras decisiones y de las que irán surgiendo en los primeros tiempos de gestión. Tanto por ideario como por actores (que se repiten), es oportuno releer los famosos *Decretos 1055, 1212 y 1589*, todos de 1989, en los albores del menemismo. Su contenido refería a la *desregulación de la exploración, explotación, industrialización y comercialización de hidrocarburos*. Otorgaron la libertad de comercializar en el mercado interno y/o externo sin restricciones, aseguraron el acceso a infraestructura con tarifas equivalentes a las internacionales, dieron libre disponibilidad del crudo y combustibles para importarlos o exportarlos sin ningún tipo de impuestos (retenciones) y para disponer libremente de las divisas resultantes. Así, reemplazaron la intervención del Estado en la fijación de precios, márgenes de bonificaciones, cuotas, cupos, etc., por los mecanismos de asignación del mercado y el libre juego de oferta y demanda. Aquí el detalle:

- Decreto 1055/89, reglamentario del dto-ley 17.319/67: reguló las áreas reservadas a las Empresas del Estado (YPF) y dispuso el llamado a licitación para adjudicar la concesión de las áreas secundarias y la asociación para las áreas centrales, por un plazo de 25 años.

---

(\*) Abogado (UBA), Licenciado en Ciencia Política (UBA) y Magister en Derecho Administrativo (U. Austral). Director de la Consultora Paspартú y se desempeñó como Subsecretario de Hidrocarburos de la Nación en 2019-2020 también es director del programa de actualización en derecho de los hidrocarburos, energía y sostenibilidad de la Facultad de Derecho (UBA) y profesor del seminario energía y desarrollo de la carrera de ciencia política (UBA).

- Decreto 1212/89: fijó el objetivo de la desregulación del sector hidrocarburífero y estableció reglas que privilegian los mecanismos de mercado para la fijación de precios, asignación de cantidades, valores de transferencia y/o bonificaciones en las distintas etapas de la actividad. Dispuso la libre importación y exportación a precios libremente pactados. Instruyó a Yacimientos Petrolíferos Fiscales SE a negociar con las empresas contratistas (PECOM, Bidas, Astra, Techint, Socma, etc.) la reconversión al sistema de concesión o asociación, con libre disponibilidad de hasta el 70% de las divisas.

- Decreto 1589/89: extendió el principio de libre disponibilidad a los contratos del Plan Houston de 1985/87 y estableció la libre disponibilidad de hidrocarburos y de las divisas, liberó la impo/expo de todo arancel; y otorgó autorizaciones anuales de exportación y autoimpuso al PEN a preavisar, con 12 meses de anticipación, cualquier restricción en relación a exportaciones, en cuyo caso el Estado debía comprar la producción que no se podía exportar.

### III. Primeras medidas de carácter legislativo

#### III.1. DNU 55/2023

En la misma semana se dictaron dos Decretos de Necesidad y Urgencia que atañen al sector energético. Por un lado, el DNU 55/23 del 16/12/2023 declaró la “Emergencia del Sector Energético Nacional”, cuyo alcance incluye a la Generación, Transporte y Distribución de energía eléctrica bajo jurisdicción federal, así como al Transporte y Distribución de gas natural a nivel nacional (1). El plazo de duración es de un [1] año, lapso durante el cual deberá darse “inicio de una Revisión Tarifaria Integral (RTI)” para Transporte y Distribución tanto de electricidad como de gas natural, conforme al art. 43 de la Ley 24.065 y al art. 42 de la Ley 24.076, respectivamente. El corolario de este proceso será la sanción de nuevos cuadros tarifarios por parte de los

(1) Vale recordar que una disposición de este calibre reconoce antecedentes en las dos administraciones precedentes. Por un lado, la Ley 27.541 del 21/12/2019 que declaró la “Emergencia pública en materia energética y tarifaria” (entre otras materias). Por el otro, el Decreto 134/15 del 16/12/2015 que declaró la “Emergencia del Sector Eléctrico Nacional”.

entes reguladores (ENRE y ENARGÁS), los cuales deberán entrar en vigencia antes del 31/12/2024.

Los objetivos de esta norma surgen del art. 2º, donde se faculta a la Secretaría de Energía a “establecer los mecanismos para la sanción de precios en condiciones de competencia y libre acceso, mantener en términos reales los niveles de ingresos y cubrir las necesidades de inversión, para garantizar la prestación continua de los servicios públicos de transporte y distribución de energía eléctrica y gas natural en condiciones técnicas y económicas adecuadas para los prestadores y los usuarios de todas las categorías”.

Asimismo, la norma dispone continuar con la intervención de ambos entes reguladores, a partir del 1º/1/2024 y hasta que culmine el proceso de selección de los miembros del Directorio por concurso público. El inicio de este mecanismo debe darse dentro de los próximos seis meses.

#### III.2. DNU 70/2023

El DNU 70/2023 del 20/12/2023, denominado “Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina”, comprende disposiciones relativas a (i) la producción y comercialización de hidrocarburos, (ii) la determinación de las tarifas de electricidad y gas natural, y (iii) el régimen de empresas y sociedades del Estado. Veamos cada uno en detalle.

##### III.2.a. Desregulación energética

Comercio exterior / mercado interno: el art. 142 del DNU sustituyese el artículo 609 del Código Aduanero (Ley 22.415) y estipula lo siguiente:

“ARTÍCULO 609.- El Poder Ejecutivo Nacional no podrá establecer prohibiciones ni restricciones a las exportaciones o importaciones por motivos económicos. Solo se podrán realizar por Ley.

Son económicas las prohibiciones establecidas con cualquiera de los siguientes fines:

- a) asegurar un adecuado ingreso para el trabajo nacional o combatir la desocupación;
- b) ejecutar la política monetaria, cambiaria o de comercio exterior;

c) promover, proteger o conservar las actividades nacionales productivas de bienes o servicios, así como dichos bienes y servicios, los recursos naturales o vegetales;

d) estabilizar los precios internos a niveles convenientes o mantener un volumen de oferta adecuado a las necesidades de abastecimiento del mercado interno;

e) atender las necesidades de las finanzas públicas;

f) proteger los derechos de la propiedad intelectual, industrial o comercial;

g) resguardar la buena fe comercial, a fin de impedir las prácticas que pudieren inducir a error a los consumidores.”

Se trata de una limitación autoimpuesta por el Poder Ejecutivo, quien se obliga a no de prohibir o restringir las importaciones y —fundamentalmente— las exportaciones energéticas por motivos económicos. Así, cualquier restricción deberá ser dispuesta por ley, esto es, por el Congreso de la Nación. Lo más llamativo de esta disposición de *self-restraint* es que quiebra una larga tradición en el mercado energético argentino. En efecto, el régimen jurídico de los hidrocarburos, contenido en el Decreto-Ley 17.319 contiene, desde el año 1967, una norma central para el funcionamiento de la producción y comercialización del petróleo crudo y del gas natural en nuestro país, a saber:

“Art. 6.- Los permisionarios y concesionarios tendrán el dominio sobre los hidrocarburos que extraigan y, consecuentemente, podrán transportarlos, comercializarlos, industrializarlos y comercializar sus derivados, cumpliendo las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo sobre bases técnico-económicas razonables que contemplen la conveniencia del mercado interno y procuren estimular la exploración y explotación de hidrocarburos.

Durante el período en que la producción nacional de hidrocarburos líquidos no alcance a cubrir las necesidades internas será obligatoria la utilización en el país de todas las disponibilidades de origen nacional de dichos hidrocarburos,

salvo en los casos en que justificadas razones técnicas no lo hicieran aconsejable.

Consecuentemente, las nuevas refinerías o ampliaciones se adecuarán al uso racional de los petróleos nacionales.

Si en dicho período el Poder Ejecutivo fijara los precios de comercialización en el mercado interno de los petróleos crudos, tales precios serán (...) no inferiores a los niveles de precios de los petróleos de importación de condiciones similares.

Cuando los precios de petróleos importados se incrementaren significativamente por circunstancias excepcionales, no serán considerados para la fijación de los precios de comercialización en el mercado interno (...)

El Poder Ejecutivo permitirá la exportación de hidrocarburos o derivados no requeridos para la adecuada satisfacción de las necesidades internas, siempre que esas exportaciones se realicen a precios comerciales razonables y podrá fijar en tal situación, los criterios que regirán las operaciones en el mercado interno, a fin de posibilitar una racional y equitativa participación en él a todos los productores del país. (...).”

Así, queda claro que, en adelante, el PEN podrá restringir exportaciones solo por motivos extra-económicos, tales como: “la soberanía nacional, la política internacional, la seguridad pública o defensa nacional, la salud pública y la preservación del ambiente y los recursos naturales”, entre otros (cf. art.144 del DNU).

Hasta el presente, esta regla de más de medio siglo de vigencia, de “primero abastecimiento del mercado interno, luego exportación” había sido reglamentada —a partir de la salida de la convertibilidad— por las siguientes normas: el Decreto 645/2002, las Resoluciones SEN 38/2002, 202/2002, 1679/2004, la Disposición SSC168/2005, la Res. SEN 1338/2006, la Ley 26.741 (Soberanía Hidrocarburífera de 2012), la Res. SHR 241/2017, la Disposición SSHyC 329/2019, el Decreto 488/2020 (barril “criollo”) y, finalmente, la Res. SEN 175/2023 (oleoductos transfronterizos). En materia de gas natural, la directriz en cuestión fue reglamentada, recientemente, por las Res. SEN 360/2021 y 774/2022 (ambas del Plan Gas.Ar 2020-2028).

Finalmente, esta reconfiguración del esquema de exportaciones obtiene su corolario en la estipulación contenida en la parte final de la nueva redacción del art. 610 (que opera en consonancia con la primera frase del nuevo art. 609), a saber: “El Poder Ejecutivo Nacional no podrá establecer prohibiciones o cupos a las exportaciones ni importaciones por motivos o fundamentos económicos”.

### III.2.b. Revisión tarifaria

En sintonía con el DNU 55/2023, esta norma faculta a la Secretaría de Energía a revisar el nivel de las tarifas de gas y electricidad, eliminar subsidios y profundizar la segmentación según criterios de ingreso de los usuarios. En efecto, el decreto en cuestión dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 177.- Facúltase a la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía a redeterminar la estructura de subsidios vigentes a fin de asegurar a los usuarios finales el acceso al consumo básico y esencial de:

- i. energía eléctrica bajo las Leyes N° 15.336 y 24.065 (...) y
- ii. gas natural según las Leyes N° 17.319 y 24.076 (...).

Dicho beneficio deberá considerar principalmente un porcentaje de los ingresos del grupo conviviente, en forma individual o conjunta para la energía eléctrica y el gas natural, a ser establecido por la reglamentación. A los efectos de calcular el costo de los consumos básicos, se considerarán las tarifas vigentes en cada punto de suministro. (...)”.

El proceso de discriminación tarifaria fue puesto en marcha a través del Decreto 332/2022 del “Régimen de segmentación de subsidios” e instrumentado por medio de resoluciones de la Secretaría de Energía y de los entes reguladores ENRE y ENARGÁS.

### III.2.c. Transformación de las empresas públicas

El DNU 70/2023 también avanza en la reconfiguración de la relación público-privado en materia de producción de bienes y servicios, a efectos de plasmar en un programa orgánico el mentado “principio de subsidiariedad” por medio del cual

el Estado asume un rol secundario o suplente en la economía. De esta manera, tanto el PEN como sus empresas públicas deben retirarse de todo tipo de “intervención” directa en el mercado, delegando ese rol a la libre iniciativa privada.

En este marco, el Título III de Reforma del Estado prescribe, a través de los arts. 36, 37 y 40, que se derogan los regímenes jurídicos que regulan a las empresas públicas, a saber: (i) la Ley 20.705 de Sociedades del Estado, (ii) la Ley 13.653 de Empresas del Estado y (iii) el Decreto-Ley 15.349/46 de Sociedades de Economía Mixta.

Asimismo, vía arts. 48 a 52 se dispone que “las sociedades o empresas con participación del Estado, cualquier sea el tipo o forma societaria adoptada, se transformarán en Sociedades Anónimas”. Esta reconfiguración alcanza no solo a las SE, EE y SEM, sino también a “todas aquellas otras organizaciones societarias donde el Estado nacional tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias y no se encuentren constituidas como sociedades anónimas”. La norma otorga un plazo máximo de seis meses para concluir este proceso con la inscripción de las nuevas SA en la IGJ.

Por su parte, el art. 50 moldea la nueva vinculación entre empresas públicas y capital privado en un marco de competencia de mercado, puesto que dispone que “Las empresas en las que el Estado nacional sea parte accionista no gozarán de ninguna prerrogativa de derecho público ni podrá el Estado Nacional disponer ventajas en la contratación o en la compra de bienes y servicios, ni priorizar u otorgar beneficios de ningún tipo, alcance o carácter en ninguna relación jurídica en la que intervenga”.

De esta manera, todas las herramientas societarias en manos del Estado Nacional pasarán, en un semestre, a formar parte del universo de lo que hemos dado en llamar “Sociedades Anónimas bajo injerencia estatal (SABIE)” (2), conjun-

(2) CARBAJALES, Juan José, Las Sociedades Anónimas bajo injerencia estatal. ¿El regreso del “Estado empresario” a través de una nueva modalidad de “empresa pública”? (Legitimidad y límites constitucionales. Esbozo de régimen jurídico), Ediciones RAP, Bs. As., mayo de 2011. Ver también CARBAJALES, Juan José, (coordinador), Manual de empresas públicas en Argentina (1946-2020). De la centenario YPF a las actuales SABIE, Ed. UDUNPAZ, José

to en el que ya se encuentran empresas públicas tales como YPF, ENARSA, Nucleoeléctrica, CAM-MESA y Transener (amén de otras no energéticas como AySA, CORASA, Aerolíneas y Corredores Viales).

En cuanto a la finalidad buscada, los fundamentos del DNU advierten que “este cambio tendrá el extraordinario beneficio de mejorar la transparencia y el gobierno corporativo de esas empresas, al tiempo que tendrá la virtud de facilitar la transferencia de las acciones a sus empleados”. De allí que, en adelante, se abre una serie de alternativas en cuanto al destino que tendrán las flamantes SA —junto con las “viejas”—, a saber:

a) ingreso del capital privado al paquete accionario vía enajenación y transferencia de acciones;

b) disolución y liquidación de la sociedad;

c) traspaso de las acciones a sus empleados (vía Programa de Propiedad Participada); y/o

d) descentralización en las provincias.

#### **IV. Certezas e incertidumbres**

Los primeros pasos concretos del Gobierno de La Libertad Avanza son concluyentes en cuanto al rumbo decidido (libre mercado) y las herramientas escogidas (DNU) para transitar el sendero de la “reconstrucción de la economía argentina”.

Las certezas que pueden esbozarse en materia energética son las siguientes:

- Se liberan la producción y comercialización de hidrocarburos (petróleo, gas y GLP) de toda regulación estatal.

- La producción de la formación Vaca Muerta crecerá exponencialmente con destino exclusivo de exportación, beneficiando a empresas productoras, a las provincias vía regalías y a la Nación vía retenciones (si no se eliminan).

- El abastecimiento del mercado interno perderá la protección legal de que gozaba frente a las iniciativas de exportación, con lo que se quiebra la regla imperante desde 1967 de “primero abastecimiento de la demanda doméstica”.

- Las tarifas de transporte y distribución de gas natural y de electricidad serán redeterminadas bajo el régimen de Revisión Tarifaria Integral conforme los marcos regulatorios de la década del ‘90, en el plazo de un año.

- Los subsidios energéticos serán reducidos a través de la profundización del sistema de segmentación tarifaria conforme el criterio de porcentaje de ingreso de los convivientes de un hogar.

- Las 36 empresas públicas nacionales serán privatizadas (transformadas a un formato de SA o SABIE) y se pondrán a la venta o se traspasarán a sus empleados y/o a las provincias.

En lo que se refiere a las incertidumbres que despiertan estas medidas ejecutivas, la primera —y que trasciende a la materia energética— radica en la viabilidad intrínseca del DNU en cuanto a su juridicidad/razonabilidad como reglamento de carácter legislativo que deroga más de 300 leyes.

Luego, en lo que sí refiere al sector, la principal incógnita consiste en desinsacular una respuesta plausible para los siguientes interrogantes: ¿alcanza con esta autolimitación a no restringir exportaciones contenida en este DNU 70/23? ¿Cómo se condice ello con la vigencia del art. 6º del Decreto-Ley 17.319/67 que prevé la primacía del mercado interno? ¿Es que esta última norma fue derogada de hecho por el flamante reglamento de necesidad y urgencia? ¿O se trató, simplemente, de una omisión?

Por otro lado, en lo que concierne a la segmentación tarifaria, ¿de qué manera se implementará el esquema de subsidios a la demanda? ¿Cuál será el grado de protección a usuarios de menores ingresos? ¿Habrá un único subsidio de un bloque de energía eléctrica para hogares vulnerables (los N2 del esquema actual)? ¿Y se dispondrá el pago de tarifa plena de luz y gas para los hogares de ingresos medios (los N3)?

C. Paz, 2021, disponible en Manual de empresas públicas en Argentina (1946-2020).



Por último, en lo que respecta a las empresas y sociedades del Estado, ¿será el formato de SA o SABIE un instrumento adecuado para mejorar los niveles de gobierno corporativo en empresas públicas? ¿O simplemente fungirá como un paso intermedio hacia la enajenación de esas participaciones estatales? ¿Será Aerolíneas el

mascarón de proa de este proceso, siendo que YPF deberá ser previamente “ordenada y optimizada”? ¿Aceptarán los empleados un *equity* que les reconozca la titularidad de las acciones de empresas cuyo rol será secundario en los mercados sectoriales donde se desempeñan? ¿Y las provincias?

# Compliance y el decreto 70/2023

Julio C. Fonrouge Echagüe (\*)

Como apunté en el suplemento del 26 de junio del 2.020 (1), la Ley 27.401 establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los delitos de cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal; concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal; enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 [1] y [2] del Código Penal y balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal.

Esto es, el declarado objetivo del régimen instituido por la ley 27.401 y su ordenamiento reglamentario y complementario es dotar de mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción a través de la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevenzan la comisión de delitos contra la Administración Pública por medio de la implementación de Programas de Integridad, y, en caso de investigaciones por la posible comisión de un delito, cooperen con las autoridades, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia en la aplicación de la ley penal.

---

(\*) Abogado especializado en derecho administrativo económico, derecho del petróleo y gas, y derecho aduanero y de integración. Socio de JP O'Farrell Abogados, lidera los departamentos de derecho administrativo, energía, minería, telecomunicaciones y compliance.

(1) Ver: FONROUGE Julio C., "La naturaleza de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (Ley 27.401) ¿Es solamente de alcance penal? Alcances sobre las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires." Copyright 2018 - elDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina.

Ya de hecho, similar criterio se desprende de la ley 27.442, marco de defensa de la competencia, que instituyó un programa de clemencia en su Capítulo VIII (2), en vista de incentivar la pre-

---

(2) En su artículo 60, la ley 27.442 dice: "Art. 60.- Cualquier persona humana o jurídica que haya incurrido o esté incurriendo en una conducta de las enumeradas en el artículo 2º de la presente ley, podrá revelarla y reconocerla ante el Tribunal de Defensa de la Competencia acogiéndose al beneficio de exención o reducción de las multas del inciso b) del artículo 55 de la presente ley, según pudiere corresponder. A los fines de poder acogerse al beneficio, el mismo deberá solicitarse ante el Tribunal de Defensa de la Competencia con anterioridad a la recepción de la notificación prevista en el artículo 41 de la presente ley. El Tribunal de Defensa de la Competencia establecerá un sistema para determinar el orden de prioridad de las solicitudes para acogerse al beneficio establecido en el presente artículo. Para que el beneficio resulte aplicable, quien lo solicite deberá cumplir todos y cada uno de los requisitos establecidos a continuación, conforme corresponda: a) Exención: 1. En el supuesto que el Tribunal de Defensa de la Competencia no cuente con información o no haya iniciado previamente una investigación, sea el primero entre los involucrados en la conducta en suministrarla y aportar elementos de prueba, que a juicio del Tribunal de Defensa de la Competencia permitan determinar la existencia de la práctica. Si el Tribunal de Defensa de la Competencia ha iniciado previamente una investigación, pero hasta la fecha de la presentación de la solicitud no cuenta con evidencia suficiente, sea el primero entre los involucrados en la conducta, en suministrar información y aportar elementos de prueba, que a juicio del Tribunal de Defensa de la Competencia permitan determinar la existencia de la práctica. 2. Cese de forma inmediata con su accionar, realizando a tal fin las acciones necesarias para dar término a su participación en la práctica violatoria. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá solicitar al solicitante del beneficio establecido en el presente artículo que continúe con el accionar o conducta violatoria en aquellos casos en que lo estimare conveniente a efectos de preservar la investigación. 3. Desde el momento de la presentación de su solicitud y hasta la conclusión del procedimiento, coopere plena, continua y diligentemente con el Tribunal de Defensa de la Competencia. 4. No destruya, falsifique u oculte pruebas de la conducta anticompetitiva, ni lo hubiese hecho. 5. No divulgue o hubiera divulgado o hecho pública su intención de acogerse al presente beneficio, a excepción que haya sido a otras autoridades de

vención y autodenuncia de hecho de corrupción entre privados, tal el escenario de conductas que afecten la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Así las cosas, tal como se expresó en los considerandos de su decreto reglamentario, la ley

competencia. b) Reducción: 1. El que no dé cumplimiento con lo establecido en el punto a). 1 podrá, no obstante, obtener una reducción de entre el cincuenta por ciento (50%) y el veinte por ciento (20%) del máximo de la sanción que de otro modo le hubiese sido impuesta según el artículo 55, inciso b), cuando aporte a la investigación elementos de convicción adicionales a los que ya cuente el Tribunal de Defensa de la Competencia y satisfaga los restantes requisitos establecidos en el presente artículo. 2. Con el fin de determinar el monto de la reducción el Tribunal de Defensa de la Competencia tomará en consideración el orden cronológico de presentación de la solicitud. c) Beneficio complementario: La persona humana o jurídica que no dé cumplimiento con los requisitos previstos en el apartado a) para la conducta anticompetitiva bajo investigación, pero que durante la substanciación de la misma revele y reconozca una segunda y disímil conducta anticompetitiva concertada y asimismo reúna respecto de esta última conducta los requisitos previstos en el apartado a) anteriormente referido se le otorgará adicionalmente a la exención de las sanciones establecidas en la presente ley respecto de esta segunda conducta, una reducción de un tercio (1/3) de la sanción o multa que de otro modo le hubiese sido impuesta por su participación en la primera conducta. d) Confidencialidad y límites de exhibición de pruebas: El Tribunal de Defensa de la Competencia mantendrá con carácter confidencial la identidad del que pretenda acogerse a los beneficios de este artículo. Los jueces competentes en los procesos judiciales que pudieren iniciarse conforme lo dispuesto bajo la presente ley, en ningún caso podrán ordenar la exhibición de las declaraciones, reconocimientos, información y/o otros medios de prueba que hubieren sido aportados al Tribunal de Defensa de la Competencia por las personas humanas o jurídicas que se hubieren acogido formalmente a los beneficios de este artículo. La reglamentación de esta ley, establecerá el procedimiento conforme al cual deberá analizarse y resolverse la aplicación del beneficio previsto en este artículo. En el caso que el Tribunal de Defensa de la Competencia rechazara la solicitud de acogimiento al beneficio del presente artículo, dicha solicitud no podrá ser considerada como el reconocimiento o confesión del solicitante de ilicitud de la conducta informada o de las cuestiones de hecho relatadas. La información y prueba obtenida en el marco de una solicitud rechazada no podrá ser utilizada por la Autoridad Nacional de la Competencia. No podrán divulgarse las solicitudes rechazadas.

27.401 y su ordenamiento reglamentario y complementario tiene como objetivo adaptar el sistema penal argentino en materia de delitos de corrupción contra la Administración Pública y el soborno transnacional a los estándares internacionales a los cuales el país se obligó al adherir a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, firmada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).

Ahora bien, ¿el Decreto 70/23 sigue tales objetivos? Entiendo que sí y a continuación expondré mi postura.

En sus considerandos, el decreto en comentario resalta al referirse a las sociedades del Estado reguladas por la Ley 20.705, y a las empresas y sociedades del Estado (Ley 13.653 y Decreto Ley 15.349/46):

“Que para ello es necesario modificar el status jurídico de las empresas públicas, reconvirtiéndolas en Sociedades Anónimas, acordes al régimen de la Ley General de Sociedades.

Que este cambio tendrá *el extraordinario beneficio de mejorar la transparencia y el gobierno corporativo de esas empresas, al tiempo que tendrá la virtud de facilitar la transferencia de las acciones a sus empleados*, en los casos en que se quiera avanzar en este sentido, en uso de las prerrogativas de la Ley N° 23.696” (el resaltado me es propio).

Paralelamente, en el marco de las “Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina”, el artículo 3 del dec. 70/2023 establece:

“Inserción en el mundo. Las autoridades argentinas, en el ámbito de sus competencias, promoverán una mayor inserción de la República Argentina en el comercio mundial.

Con ese fin y de conformidad con la política de desregulación promovida en el artículo anterior, el Poder Ejecutivo de la Nación elaborará y/o dictará todas las normas necesarias para adoptar estándares internacionales en materia de comercio de bienes y servicios, procurando armonizar el régimen interno, hasta donde sea posible, con los demás países del Mercosur u otras organiza-

ciones internacionales. En particular, se deberá procurar cumplir con las recomendaciones de la Organización Mundial del Comercio (O.M.C.) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Se invita a las autoridades de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias, las normas necesarias o convenientes para el cumplimiento de esos fines”.

En tal contexto, el Decreto 70/23 en forma expresa declara su compromiso a la observancia de lo ponderado por el decreto reglamentario de la Ley 27.401, en lo que hace a la observancia de los estándares internacionales a los cuales el país se obligó al adherir a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, firmada en el ámbito de la Orga-

nización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).

Así, se evidencia de los considerandos del decreto y de las bases del mismo el declarado objetivo de resguardo del buen gobierno corporativo, la transparencia y la inserción del país en el comercio mundial, en observancia de los compromisos asumidos en el ámbito de la OCDE.

El declarado compromiso de “facilitar la transferencia de las acciones a sus empleados” evidencia el resguardo de los elementos normados por el artículo 23 de la ley 27.401, en especial, el “tone from the top” y el código de ética y/o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores en vista de prevenir delitos e irregularidades que atenten contra el buen gobierno corporativo.

# El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 y su impacto en la contratación pública

Álvaro B. Flores (\*)

**Sumario:** I. Aproximaciones iniciales.— II. La derogación de los regímenes de preferencia.— III. El impacto de la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación en los procedimientos de selección.— IV. Las limitaciones respecto a la ordenación del poder de compra estatal.— V. El horizonte de los regímenes de contrataciones de las empresas públicas.

## I. Aproximaciones iniciales

A través del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2023 (“Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina”), como es de notorio y público conocimiento, se han dispuesto una importante cantidad de medidas que serán susceptibles de impactar en diversos ámbitos del desenvolvimiento económico de nuestro país. Sin perjuicio de las observaciones que pudieran ser realizadas en cuanto a la forma y el mecanismo utilizado para articular las reformas, en estas breves líneas intentaremos resaltar las consecuencias que genera la irrupción del Decreto en el ámbito de las contrataciones públicas.

En términos generales, más allá de que los considerandos del Decreto no realicen una mención expresa, parecería que las medidas establecidas —las cuales se describirán a continuación— pregonan dotar de un mayor dinamismo a los procedimientos de selección impulsados por el Sector Público Nacional. Asimismo, parecería colegirse que, en sintonía con los lineamientos que el nuevo Gobierno viene pregonando, las decisiones adoptadas tenderían —cuanto menos desde lo

teórico— a generar una expansión en el universo de interesados en la contratación pública en nuestro país, principalmente, hacia aquellos que no se encuentran radicados en Argentina.

De acuerdo con lo expuesto, el punto de partida para comprender las reformas articuladas se halla en el Art. 2° (“Desregulación”), el cual consagra que “El Estado Nacional promoverá y asegurará la vigencia efectiva, en todo el territorio nacional, de un sistema económico basado en decisiones libres, adoptadas en un ámbito de libre competencia, con respeto a la propiedad privada y a los principios constitucionales de libre circulación de bienes, servicios y trabajo”. Esta cláusula agrega que “Para cumplir ese fin, se dispondrá la más amplia desregulación del comercio, los servicios y la industria en todo el territorio nacional y quedarán sin efecto todas las restricciones a la oferta de bienes y servicios, así como toda exigencia normativa que distorsione los precios de mercado, impida la libre iniciativa privada o evite la interacción espontánea de la oferta y de la demanda”. Finalmente, se dispone que “La reglamentación determinará los plazos e instrumentos a través de los cuales se hará efectiva la desregulación dispuesta en el párrafo anterior”.

En lo que aquí interesa, los cometidos reseñados se complementan con el Art. 3° (“Inserción en el mundo”), por el cual se declama promover “...una mayor inserción de la República Argenti-

---

(\*) Procurador, abogado, escribano y especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Especialista en Contratos Administrativos (ECAE - PTN). Magister en Contratación Pública (Univ. Castilla-La Mancha, España). Docente de grado y posgrado (UNLP, ECAE-PTN, INAP, ONC, UB, Univ. Austral y Mar del Plata).

na en el comercio mundial”. Bajo tal premisa, se establece que “...el Poder Ejecutivo de la Nación elaborará y/o dictará todas las normas necesarias para adoptar estándares internacionales en materia de comercio de bienes y servicios, procurando armonizar el régimen interno, hasta donde sea posible, con los demás países del Mercosur u otras organizaciones internacionales”, en sintonía con las recomendaciones de la Organización Mundial del Comercio (O.M.C.) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Con ese fin y de conformidad con la política de desregulación promovida en el artículo anterior, el Poder Ejecutivo de la Nación elaborará y/o dictará todas las normas necesarias para adoptar estándares internacionales en materia de comercio de bienes y servicios, procurando armonizar el régimen interno, hasta donde sea posible, con los demás países del Mercosur u otras organizaciones internacionales. En particular, se deberá procurar cumplir con las recomendaciones de la Organización Mundial del Comercio (O.M.C.) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Por ende, como se irá desgranando, una lectura preliminar de los cometidos propuestos por la norma pretendería afianzar los principios rectores en materia de contrataciones públicas (conf. Art. 3º Decreto Delegado N° 1023/2001), tales como la concurrencia, competencia e igualdad entre los interesados, oferentes, y contratistas, así como también, la razonabilidad, eficiencia y eficacia de los objetos contractuales requeridos.

## II. La derogación de los regímenes de preferencia

En el seno del “plan de desregulación de amplísimo alcance” y en aras de “facilitar la operatoria económica eliminando los obstáculos que han introducido diversas leyes en el libre funcionamiento de los mercados mediante una indebida injerencia del Estado”, los considerandos del Decreto justifican la derogación —en lo que aquí respecta— de la Ley de Compre Argentino y Desarrollo de Proveedores N° 27.437 (1) y del

(1) Art. 10.- Deróganse los artículos 1º al 21 y 24 al 30 inclusive de la Ley N° 27.437.

régimen de “Contrate Nacional” Decreto-Ley N° 18.875/70 (2).

Como se sostuviera en su oportunidad, en acotada síntesis, el sistema de la Ley del Compre estipula un régimen de preferencias “objetivo” (el cual tiene en consideración el componente nacional de la prestación”), y por otra parte, el sistema del “Compre Nacional” establece uno de tipo “subjetivo”, puesto que el objetivo de la norma es realizar una suerte de reserva de mercado, en el cual se otorga un tratamiento prioritario al contratista “nacional”, en los términos de la normativa (3).

Estas expresiones de fomento en el ámbito de la contratación pública cuentan con arraigados antecedentes en nuestro país y en el derecho comparado (4). Más allá de las objeciones que pudieran realizarse en cuanto a una vulneración al principio de igualdad, lo cierto es que, con apoyo de la doctrina de la Corte (5), comenzaron a tener acogida en Argentina.

En consecuencia, el esquema de preferencias derogado establecía un mecanismo por el cual se tutelaba, por un lado, los bienes cuyo contenido preponderante era nacional, y por el otro, la nacionalidad o radicación principal de la empresa en el país.

Los efectos principales de la derogación de los regímenes de “compre” y “contrate” nacional son los siguientes:

a) Quedan eliminadas las prioridades que se establecían no solamente respecto del componente “nacional” de los bienes a adquirir por el Estado, sino también los beneficios adicionales que se establecían cuando los oferentes reves-

(2) Art. 38.- Deróganse los artículos 1º al 20 y 23 al 28 inclusive de la Ley N° 18.875.

(3) FLORES, Álvaro B., “Los contratos públicos de obra sobre bienes muebles”, publicado en la Revista de Contrataciones Públicas de la Editorial IJ Editores, Número 3. Junio 2020 (IJ-CMXVIII-535).

(4) BUSTAMANTE, Jorge E., “Adquisiciones Estatales y la Industria Nacional. Compre Nacional”. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984; y “Contrate Nacional. Régimen legal Ley 18875”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984.

(5) Fallos 150:89 (S.A. Guardian Assurance Company Limited c/ Nación).

tían la condición de empresa PyME o de Cooperativas;

b) Quedan suprimidas las barreras prácticas respecto de los procedimientos de selección internacionales. Sobre este punto, debe recordarse que una hermenéutica estricta del Art. 6 de la Ley N° 27.437 imponía establecer una condición unificada de entrega de los bienes, lo cual implicaba que, en cualquier supuesto, los bienes que provinieran del extranjero (ref. importados) tuvieran que ingresar nacionalizados. Esto generaba, si se efectuaba una interpretación estricta o literal, una suerte de imposibilidad de utilizar reglas del comercio internacional (incoterms) en los Pliegos;

c) Los procedimientos de selección internacionales dejan de ser “excepcionales”, y por lo tanto, no estarán sujetos a una justificación previa para su hipotético encuadre;

d) Los oferentes extranjeros en contrataciones de obras y servicios no necesitarán asociarse con un oferente nacional para participar en un procedimiento de selección;

e) Se elimina la intervención de la Autoridad de Aplicación en los procedimientos de selección.

Desde luego, la abrogación de los regímenes se extiende a la normativa complementaria de los mismos, en las cuales se precisaban los alcances que detentaban cada uno de los mismos.

Amén del acierto o desacierto sustancial de la medida, en rigor, la experiencia registrada en torno a la puesta en práctica de los regímenes derogados no estuvo exenta de críticas. En cierta forma, y con diferente dimensión, se reiteraron las problemáticas que había generado la aplicación del régimen del Decreto Ley N° 5340/63 y la Ley de Contrate, las cuales decantaron en la proliferación de un importante número de Leyes declarando la inaplicabilidad de sus previsiones (6).

Las principales objeciones radicaron en las vicisitudes en cuanto a la tramitación de los procedimientos, sobre todo cuando las contratacio-

nes superaban los umbrales establecidos en la Ley N° 27.437 y motivaban la intervención de la Autoridad de Aplicación (Arts. 8 y 10, específicamente). Asimismo, la amplitud referida al ámbito subjetivo de aplicación también había generado polémicas, atento a que, se aludía a que las previsiones de la normativa, distorsionaban la competencia de los sujetos alcanzados en el mercado en cual operaban. Vale destacar que únicamente, en su versión original, la aplicación de la normativa no alcanzaba a las entidades creadas por la Ley N° 26.741 (ref. YPF S.A.), la cual ulteriormente se extendió a Aerolíneas Argentinas (conf. Ley N° 27.561) (7).

Al mismo tiempo, conforme lo señaláramos en alguna ocasión (8), la aplicación *sine die* de la norma prescindía de las particularidades específicas que existen en los respectivos secto-

(7) Esta norma incorporó el siguiente artículo en la Ley N° 11.672 (Ley permanente de presupuesto): ARTICULO S/N°.- “Las empresas Aerolíneas Argentinas Sociedad Anónima y Austral Líneas Aéreas - Cielos Del Sur Sociedad Anónima y sus controladas se rigen por las normas y principios de derecho privado, y en particular en cuanto a su naturaleza, por los términos del capítulo II, sección V, de la Ley General de Sociedades 19.550, t.o. 1984 y sus modificaciones, sin perjuicio del control que corresponde al Honorable Congreso de la Nación y a la Auditoría General de la Nación conforme con el artículo 85 de la Constitución Nacional, y los capítulos I y II del título VII de la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificaciones; y del control que corresponde a la Sindicatura General de la Nación, y de las atribuciones de los restantes órganos rectores de Administración Financiera en el marco de la mencionada ley (...) El criterio establecido en el párrafo anterior respecto de los órganos rectores de control y administración financiera en los términos de la citada ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificaciones, será igualmente aplicable para las sociedades anónimas de capital estatal o con participación estatal mayoritaria, los fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional (...) Las empresas identificadas en el primer párrafo de este artículo recibirán idéntico tratamiento que el previsto para los entes alcanzados por la ley 26.741, respecto de la aplicación de la ley 27.437 de Compre Argentino y Desarrollo de Proveedores y sus normas reglamentarias y complementarias, y cualquier otro régimen que en el futuro lo sustituya”.

(8) Conf. FLORES, Álvaro B. “La contratación pública en el sector ferroviario argentino”, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXXI, Número 281, Septiembre-Diciembre 2021. DOI: <http://10.22201/fder.24488933e.2021.281-2.81076>.

(6) MATA, Ismael “Las vicisitudes del compre nacional”, en “Ensayos de Derecho Administrativo”, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009, p. 291 y ss.

res (conf. ferroviario, energético, aeronáutico, nuclear, etc.). Por lo tanto, pese a la inexistencia de “alternativas técnicas viables” —concepto bajo el cual se incardinaba la aplicación del régimen— las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional se veían virtualmente constreñidas a aplicar las previsiones de la Ley de Compra Nacional, sin que las autoridades respectivas —en ambas gestiones gubernamentales— hayan planteado soluciones para afrontar esta problemática. Esto generó, sumado a los inconvenientes internos en cada sector, una marcada dificultad y hasta un faltante de insumos de origen extranjero, y del mismo modo, también se verificaron dificultades para la contratación de servicios o contrataciones mixtas (llave en mano en algunos casos) con proveedores extranjeros.

Corresponde señalar que, a nivel global, no existe una concepción unificada en cuanto a la admisión o derogación de los regímenes de preferencia. En este entendimiento, en países tales como EE.UU., Brasil, o Israel, existen mecanismos que establecen prioridades para productos o empresas nacionales. Sin embargo, en el ámbito de la Unión Europea, en virtud de sus principios rectores, cuanto menos desde el punto de vista teórico y normativo, se encuentra vedada cualquier especie de esquema de prioridad basado en la “nacionalidad” (9), tanto desde la perspectiva del sujeto como del objeto de la contratación. No obstante, al día de la fecha, continúan registrándose tensiones en torno a la aplicación estricta de tales directrices entre los Estados Miembros.

En otras palabras, el temperamento adoptado por la eliminación de los regímenes implica abrir paso a la incorporación de lo que se conoce como la cláusula o el tratamiento de “nación más favorecida”, el cual supone que las personas humanas o jurídicas de otros países reciban un trato

(9) Si se admiten, por ejemplo, esquemas de prioridades en otras materias (conf. contrataciones sustentables y sociales), aunque en cualquier supuesto, se pone énfasis exclusivamente en el objeto de la contratación. En este sentido, como ha sucedido en España, los Tribunales Administrativos han entendido que se vulnera la libertad de empresa si los Pliegos de un procedimiento de selección establecen que las personas interesadas en participar deban cumplimentar -estatutariamente- determinados requisitos (Ej.: una cantidad mínima de personas con discapacidad o desempleadas).

igualitario y equitativo respecto de las personas radicadas en el país. Vale decir que dicho lineamiento es el que imperaba en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) celebrados por nuestro país, los cuales en muchos casos, dieron lugar a demandas ante el CIADI.

La solución adoptada difiere, en términos de intensidad, con la que se había adoptado en el proceso de reforma del Estado del año 1989. En aquel caso, la Ley N° 23.697 (conf. Art. 20) había dispuesto de los regímenes establecidos por el Decreto Ley N° 5340/63 y la Ley N. 18.875 y por toda otra norma que establezca regímenes asimilables suspensión, sin derogar norma alguna. Al mismo tiempo, se disponía que “...Con relación a las compras y contrataciones de bienes, obras y servicios que efectúen las personas y entidades comprendidas en las disposiciones legales precedentemente suspendidas, se establecerá una preferencia en favor de la industria nacional, que en el caso de bienes será de hasta un máximo del diez por ciento (10%), porcentaje que se aplicará sobre el valor nacionalizado de los bienes importados, incluyendo aranceles” (10).

Sin embargo, a diferencia de lo que aconteció con la Ley N° 23.697, los alcances del DNU N° 70/2023 no se extendieron a la totalidad de los regímenes de preferencia. En consecuencia, aún se encontrarán vigentes las franquicias establecidas en la Leyes Nros. 24.921 y su normativa complementaria (personas con discapacidad), 25.300 (para PyMES), y 27.636 (personas transgénero) (11).

(10) También se establecía que: “Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional a establecer los porcentajes de preferencia aplicables para las contrataciones de obras y servicios nacionales, así como para dictar las normas reglamentarias que permitan evitar el daño que originen ofertas en condiciones de “dumping” (...) El Poder Ejecutivo nacional, dentro de los ciento ochenta (180) días de vigencia de esta Ley remitirá al Congreso de la Nación y proyecto de ley sustitutivo del régimen suspendido (...) La reglamentación de la presente ley garantizará a los sectores interesados el acceso oportuno a la información que permita su participación en las contrataciones con los grados de preferencia establecidos precedentemente.

(11) Ampliar en FLORES, Álvaro B., “Contratación pública y políticas de género: El caso de la Ley N° 27.636”, Revista de Derecho Administrativo N° 141, p. 87 y ss.; “La inserción de la contratación social en Argentina”, en GIMENO FELIU, José María (Director) - GUERRERO MANSO, María del Carmen (Coordinadora), Observatorio de



Es menester abrir el interrogante con referencia a la situación a nivel provincial y municipal, en donde proliferan distintos regímenes de preferencia, los cuales generalmente confieren una suerte de “prioridad” a las personas humanas o jurídicas que se radican en sus territorios. En este sentido, corresponderá seguir con detenimiento si las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adhieren a la invitación que formula el Art. 3 in fine del DNU N° 70/2023.

### III. El impacto de la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación en los procedimientos de selección

Como se señaló anteriormente, la derogación de los regímenes de compra y contrata nacional, junto con los preceptos estatuidos en los Arts. 2 y 3 del DNU N° 70/2023, remueve uno de los obstáculos que se presentaban cuando el Estado debía recurrir a procedimientos de selección internacionales. Sin embargo, esta premisa se complementa con las modificaciones que el Decreto introduce en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

En lo que aquí interesa, los Arts. 250 y 251 del DNU N° 70/2023 reformaron el texto hasta entonces vigentes referido a las obligaciones en moneda extranjera. De tal manera, el articulado actual ha quedado redactado de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 765.- Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación, sea o no de curso legal en el país. El deudor solo se libera si entrega las cantidades comprometidas en la moneda pactada. Los jueces no pueden modificar la forma de pago o la moneda pactada por las partes.

ARTÍCULO 766.- Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene.”

El cambio sustancial que se verifica es que, las partes se comprometen a cumplir con sus obli-

gaciones con una moneda en particular, lo cual implica que el cumplimiento de la contratación deberá realizarse en la divisa que fuera establecida. En este sentido, las obligaciones en moneda extranjera, dejan de ser obligaciones de dar cantidades de cosas, que en términos prácticos, implicaba que el deudor podía liberarse abonando el equivalente en la moneda de curso legal en el país.

De acuerdo con ello, con la vigencia de este criterio, los Pliegos o documentos de las contrataciones públicas deberán suprimir las cláusulas referidas a las condiciones de pago, en las cuales se establecía que las entidades contratantes abonarían las prestaciones tomando en consideración el tipo de cambio oficial. Por ello, valga la redundancia, las autoridades deberán asumir el pago de la contratación con la moneda que fuera establecida en la documentación contractual.

Sin perjuicio de la superación que deba registrarse en torno a la disponibilidad de las divisas (sobre todo, para ser giradas al exterior del país), la introducción de esta reforma debería suponer un incentivo para aquellos que puedan ofrecer bienes extranjeros, es decir, sujetos a importación. Con el esquema anterior, la proliferación de distintos tipos de cambio —sean oficiales o no— y las oscilaciones cambiarias aparecían como algunos de los condicionantes que desalentaban la eventual participación de oferentes extranjeros en los procedimientos de selección. Esta situación ha conllevado, en muchas ocasiones, a que los procesos contractuales queden desiertos o fracasados, en contraposición con los principios de eficiencia y eficacia de la contratación.

Ahora bien, es indispensable aclarar que la inclusión de esta posibilidad ante la reforma del CCCN no deroga el criterio general imperante en torno a la prohibición de indexar, contemplada en los Arts. 7 y 10 de la Ley N° 23.928 (texto según Ley N° 25.561). Por lo tanto, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales vigentes, no resultaría extensible a cualquier supuesto el eventual pago en moneda extranjera. Como lo hemos descrito en otras oportunidades (12), la CSJN en la

(12) Conf. FLORES, Álvaro B. “Eficiencia de la contratación, mantenimiento de la ecuación económico-financiera y readecuación de precios”, publicado en la Revista de Contrataciones Públicas de la Editorial IJ Editores, Nú-

los Contratos Públicos 2020, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, ps. 285 a 300.

causa “Romero” (13) se aludió a la necesidad de contar con un fundamento “objetivo” al momento de permitir retribuciones o contraprestaciones establecidas en moneda extranjera (14).

En otro orden de ideas, siguiendo el criterio esbozado, la posibilidad de aplicar las soluciones establecidas en el CCCN no se circunscribe únicamente a procedimientos internacionales. Así las cosas, debe recordarse que en la causa UNI-REC (15) fue admitido la fijación en dólares estadounidenses la indemnización expropiatoria de un bien inmueble, partiendo de la premisa de que las operaciones del mercado inmobiliario se cuantifican en dicha moneda.

A diferencia de lo señalado en el acápite anterior, las modificaciones examinadas habrán de tener incidencia en los procedimientos de selección impulsados en el ámbito nacional, provincial y municipal, lo cual abrirá paso a cambios de criterios o modificaciones reglamentarias que hasta el momento, impedían o limitaban la posibilidad de fijar como mecanismo de pago a la moneda extranjera (16).

mero 2. Diciembre 2019 (IJ-CMIX-439); y “La contratación pública municipal bonaerense frente al desequilibrio de la ecuación económico financiera”, en Temas de Derecho Administrativo ERREIUS, Agosto de 2023, pág. 511 y ss.

(13) Fallos 341:1975 (2018).

(14) Vale decir que, en casos tales como las licitaciones o procedimientos de selección internacional, el modo de cotización (en moneda extranjera) no obedece a la elusión de la veda a indexar, sino que aparece como un recaudo indispensable para lograr y propender a la eficacia de la contratación. Expresado de otro modo, resultaría muy difícil o contra natura, exigirle a un proveedor extranjero — los cuales por regla no tiene representación en el país- que estimen sus ofertas en moneda nacional, máxime cuando los costos asociados a la prestación que se trate son establecidos en monedas de alcance global (léase dólares estadounidenses o euros).

(15) Fallos 343:1146. Con relación a esta sentencia, ampliar en FLORES, Álvaro B. “La extensión del concepto de indemnización justa en materia expropiatoria”, LA LEY 21/04/2021, 8, TR LALEY AR/DOC/986/2021.

(16) Sobre esta cuestión en la Provincia de Buenos Aires, ver FLORES, Álvaro B. “La contratación pública municipal bonaerense frente al desequilibrio de la ecuación económico financiera”, en Temas de Derecho Administrativo ERREIUS, Agosto de 2023, pág. 511 y ss.

#### IV. Las limitaciones respecto a la ordenación del poder de compra estatal

El Art. 50 establece que “Las empresas en las que el Estado nacional sea parte accionista no gozarán de ninguna prerrogativa de derecho público ni podrá el Estado Nacional disponer ventajas en la contratación o en la compra de bienes y servicios, ni priorizar u otorgar beneficios de ningún tipo, alcance o carácter en ninguna relación jurídica en la que intervenga”. Los efectos de esta disposición pueden ser divididos en dos partes a los efectos de vislumbrar las consecuencias que generarán en el ámbito de las contrataciones públicas.

Alterando el orden que diseña el artículo transcrito, por los alcances que tiene en el sistema de contrataciones, corresponde explicar la extensión de las restricciones que el Decreto impone en lo que atañe a la ordenación del poder de compra estatal. Una lectura de la segunda parte del Art. 50, al vedar el otorgamiento de ventajas y beneficios por parte del Estado Nacional a las relaciones que lo involucren con empresas públicas. Esto implica imponer una restricción que hasta el momento no se configuraba en cuanto al cometido u objeto de las relaciones interadministrativas (17).

Si bien en las relaciones de esta índole —incluyendo a las contrataciones— se caracterizan por la ausencia de un régimen exorbitante, en térmi-

(17) Cabe recordar que “La característica de las relaciones interadministrativas se vincula con la necesidad de respetar la unidad de poder dentro de cada esfera de gobierno (...) Por ello virtualmente se elimina todo enfrentamiento o controversia entre sujetos estatales por medio de la relativización de su personalidad y la inaplicabilidad de las prerrogativas de poder público (...) Los contratos que se celebren entre sujetos estatales, son denominados interadministrativos (...) La categorización jurídica de estos contratos tiene su razón de ser en las particularidades que ofrecen y que son consecuencia de las características de la vinculación que se señaló precedentemente” (Dictámenes 234:645). A raíz de ello, se postuló que la contratación interadministrativa no representa un contrato administrativo puro y típico (conf. Dictámenes 236:569), principalmente, por la ausencia del régimen exorbitante que caracteriza a los contratos administrativos, al prevalecer el principio de cooperación y unidad de acción (ref. Dictámenes 225:71; 252:200), sin perjuicio de la preeminencia del intercambio prestacional que la caracteriza (Dictamen N.º IF-2021-67462198-APN-DND#PTN. 27 de julio de 2021. EX-2021-59291759-APN-DGAYO#INDECC).

nos generales, se estableció el principio de la libre elección. A raíz de ello, la contratación interadministrativa se fue erigiendo como una de las clases o especies de contrataciones directas (Ej.: Art. 25 inc. d, apartado 8 del Decreto Delegado N° 1023/2001 —RCAN—). Sin aludir de forma expresa, la limitación contemplada podría sugerir la imposibilidad de extender la posibilidad de recurrir a una contratación directa interadministrativa cuando el contratista pudiera ser “empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado” según la terminología del RCAN. En otras palabras, las contrataciones interadministrativas no alcanzarían a las Sociedades Anónimas Estatales, que vendrían a erigirse como el único formato o tipo de empresa pública a partir de las reformas del DNU N° 70/2023.

Por su parte, las restricciones indicadas también repercuten en la vigencia de los esquemas referidos al programa de ordenación de compras del Estado Nacional. En tal entendimiento, quedarían sin vigor el Decreto N° 1189/2012 por el cual se establecía —por regla— la obligación de compra de combustible y lubricantes con YPF S.A., el Decreto N° 1191/2012, por el cual se obliga a contratar con Aerolíneas Argentinas Sociedad Anónima los pasajes que requieran para el traslado por vía aérea, y el Decreto N° 823/2021, a través del cual se establecía la obligación de contratar las pólizas de seguros que las jurisdicciones requieran en el ejercicio de su gestión a través de Nación Seguros S.A.

### V. El horizonte de los regímenes de contrataciones de las empresas públicas

Tal como se hiciera alusión más arriba, la primera parte del Art.50 consagra expresamente una limitación al contenido de los regímenes contractuales de las empresas públicas, al impedir que aquellos contemplen “prerrogativas de derecho público”. Los regímenes de contrataciones de las empresas públicas se han caracterizado por su autonomía, atento a que, las normas que regulaban el funcionamiento de las entidades empresariales públicas (a excepción de la Ley N° 13.653) excluían la aplicación del Régimen general de contrataciones, como así también, del régimen del contrato de obra pública.

Bajo tales premisas, los reglamentos de contrataciones de las empresas públicas gozaban

de una gran independencia al momento de fijar las reglas a través de las cuales llevarían adelante sus procesos de compra. Lo que aconteció en la práctica es que, tal como se había configurado en la etapa previa a la Reforma del Estado de 1989 (18), los esquemas de contrataciones de las empresas públicas fueron proclives a incorporar potestades exorbitantes (19). En tal inteligencia, tanto los reglamentos como los pliegos no deberán prever el ejercicio del *ius variandi*, la potestad unilateral de interpretar los contratos, las de dirección y control, e inclusive, la de revocar las contrataciones por oportunidad, mérito o conveniencia.

Por estas razones, en el marco del proceso de conversión que establece el DNU N° 70/2023, las empresas públicas (ref. Sociedades Anónimas) deberán adaptar sus regímenes de contrataciones de acuerdo con los lineamientos allí establecidos.

Al respecto, debe recordarse que mediante la Decisión Administrativa N° 85/2018 (20) se aprobaron los “Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina”. Para los procesos de contrataciones, las recomendaciones que se vierten son las siguientes: a) Planificación de las contrataciones (21); b) La adopción de medidas para evitar estrategias de cartelización por parte de proveedores (22); c) Promoción de la competencia li-

(18) Vid., LUQUI, Roberto E. “Normas de Contrataciones Administrativas”, Centro de Investigación de Información Legal. CONICET - UBA. Volumen III. Año 1986.

(19) Conf. FLORES, Álvaro B. “La contratación pública en el sector ferroviario argentino”, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXXI, Número 281, Septiembre-Diciembre 2021. DOI: <http://10.22201/fder.24488933e.2021.281-2.81076>.

(20) B.O. 14/2/2018.

(21) Puntualmente se propende a que las empresas planifiquen anualmente los insumos y productos esperados para el funcionamiento de la empresa.

(22) Aquí se fomenta a que “La transparencia en los procesos de abastecimiento refiere a la necesidad de que a proveedores existentes y potenciales se les garantice la posibilidad real y efectiva de participar en procesos de contratación. Del mismo modo, refiere a la necesidad de que las empresas estructuren sus procesos decisorios en el área de compras justificando ex ante, según criterios económicos/financieros, la necesidad y conveniencia de

bre y justa, en aras de reducir costos y aumentar la calidad **(23)**; d) Elaboración de la metodología de evaluación de ofertas en forma previa al pliego o documento de la contratación; e) Digitalización de los procesos de compras; f) la integridad de los procesos y del comportamiento de los integrantes de las empresas involucrados en la adquisición de bienes y servicios **(24)**; g) Evaluaciones de desempeño interno **(25)**; h) Monitoreo permanente de la conducta y labor de los proveedores, lo cual implica evalúe regularmente su desempeño según criterios e indicadores preestablecidos **(26)**.

Estas directrices permiten colegir que las contrataciones celebradas por entidades u organizaciones empresariales públicas, al representar en ciertos supuestos la utilización de recursos que pertenecen a la comunidad, y que aun cuando se considerara conveniente acudir a formas orgánicas privadas no resulta jurídicamente vál-

---

llevar adelante la compra específica” (Lineamiento 6, Punto 1 párrafo primero).

(23) Entre las políticas destinadas a mejorar la competencia, se encuentran la realización de análisis frecuentes de mercado, identificando jugadores principales, historia, y otros aspectos relevantes por rubros principales de compras; la inclusión de instancias colectivas de deliberación sobre adjudicaciones y seguimiento de políticas de compras; el establecimiento de Comités de trabajos de Compras-Usuario donde se fomente la empatía y el trabajo conjunto.

(24) La integridad en los procesos de compras y abastecimiento refiere a la necesidad de que las empresas reduzcan los espacios pasibles de corrupción, sea entre los integrantes de la propia empresa o entre los integrantes de la empresa y los proveedores externos. Del mismo modo refiere a la importancia de sancionar dichas conductas.

(25) Aquí se alienta a que las áreas de compras desarrollen indicadores para evaluar el cumplimiento de la estrategia del área de compras, monitoreando el gasto por rubro de compra y la salud del proceso de abastecimiento

(26) Entre posibles prácticas, recomendamos que las empresas proveedoras desarrollen compromisos de comportamiento ético en sus negocios y que cuenten con sistemas de gestión que faciliten el cumplimiento de las leyes aplicables y fomenten la mejora continua en lo relativo a las expectativas de las empresas de mayoría estatal.

do, desde el ángulo de los principios constitucionales, que se obvие la licitación pública o procedimientos similares, porque con ello se incurre en una doble transgresión: la del principio de defensa de la competencia prescripto por el art. 42, 2ª parte, de la Constitución Nacional y la del principio de publicidad que consagra, en forma preceptiva, el art. 3º inc. 5 de la Convención Interamericana contra la Corrupción **(27)**. Esta cuestión ha sido unánime en la doctrina, inclusive entre aquellos que se adscriben a un régimen esencialmente privatista de contrataciones por parte de las entidades empresariales **(28)**.

Por estas razones, el hecho de que los regímenes tengan prohibida la inclusión de privilegios o potestades públicas, no los exime de respetar las directrices o principios rectores de la contratación pública, máxime cuando se encuentra involucrada la gestión de recursos estatales.

Sin embargo, probablemente, los cambios que se verifiquen en los regímenes de contrataciones de las empresas públicas traigan aparejadas importantes consecuencias desde el punto de vista procedimental y procesal (conf. aplicación del régimen de procedimientos administrativos, habilitación de la instancia, competencia jurisdiccional, entre otras).

---

(27) CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre la contratación pública”, LA LEY, 2013-D, 647.

(28) Mairal reconoce la propagación de los efectos de los principios rectores en materia de selección en este tipo de contrataciones. En particular, el prestigioso autor describe que “...En rigor, tal “iuspublicación” se refiere primordialmente al régimen de selección del contratista, etapa que, expresamente y desde un primer momento, se reconoció como sujeta, casi universalmente, al derecho administrativo (...) mientras que, para defender la concurrencia, las normas de la UE restringen significativamente la facultad de modificación unilateral (ver AMILHAT, M., “La notion de contrat administratif - L’influence du droit de l’Union Européenne”, 2014, p. 570). Por ende, tal “iuspublicación” nada tiene que ver con nuestra tesis que se refiere a los derechos de las partes del contrato una vez celebrado éste o, en todo caso, la apoya” (vid., MAIRAL, Héctor A., VERAMENDI, Enrique V., “Vicisitudes y perspectivas de los contratos del Estado”, TR LALEY AR/DOC/2624/2018).

# La inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023

Nahuel Andreu<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. Introducción.— II. Los decretos de necesidad y urgencia.— III. Los fundamentos que habilitan el control constitucional de oficio.— IV. El decreto y su inconstitucionalidad.— V. Conclusión.— VI. Referencias.

## I. Introducción

El presente trabajo busca exponer los motivos por los que sostengo que el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2023 resulta inconstitucional desde su origen.

Entiendo que dicha norma, dictada en el marco de las facultades que la Constitución Nacional le confiere al presidente de la nación, posee un defecto innato que trae aparejada su declaración de inconstitucionalidad.

Como explicaré en el desarrollo, en materia laboral no solo no existen razones de urgencia que habiliten al Poder Ejecutivo Nacional a dictar disposiciones de naturaleza legislativa, sino que tampoco puede efectuar reformas de tal envergadura por medio del dictado de un decreto de necesidad y urgencia. Ello, en tanto el máximo tribunal ha establecido que no pueden efectuarse modificaciones de leyes (o en su caso, derogaciones) por la vía intentada.

Aclaro que no pretendo hacer un análisis histórico del instituto en cuestión, ni un profundo desarrollo doctrinario de los requisitos que ha-

cen a la validez de un decreto de necesidad y urgencia.

Muy por el contrario, deseo poner en relieve los fundamentos por los que sostengo que la norma en cuestión resulta inconstitucional y que este trabajo sirva como una herramienta que los operadores jurídicos puedan utilizar en el marco de sus respectivas actividades.

## II. Los decretos de necesidad y urgencia

Antes de adentrarme en las vicisitudes que presentan este tipo de decretos, creo pertinente hacer una distinción entre las leyes y los decretos —o reglamentos, como muchos autores de renombre los llaman—.

Las leyes son, básicamente, reglas de conducta de carácter general, abstracto y obligatorio y, en nuestro esquema constitucional, son los instrumentos adecuados para reglar las cuestiones sustanciales del sistema. Le corresponde al legislador instrumentar el contenido esencial de las materias de interés para la sociedad mediante el dictado de este tipo de normas.

A diferencia de lo que ocurre con el Poder Legislativo, que no posee limitaciones, existen escasas cuestiones que el Poder Ejecutivo puede abordar en materia de regulación.

Una de las facultades que el Poder Ejecutivo posee es la de dictar decretos o reglamentos. Éstos son actos de alcance general, abstracto y obli-

---

(\*) Abogado. Docente de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad Nacional de Luján y de la Universidad de Belgrano. Investigador del Centro de Estudios sobre la Justicia de la Universidad de Buenos Aires. Integrante de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

gatorio que tienen efectos jurídicos directos, inmediatos o mediatos. Esto los asemeja a las leyes, por lo que conviene mencionar los elementos que los distinguen de ellas.

A diferencia de lo que ocurre con éstas, lo determinante en los reglamentos o decretos es el objeto material, el órgano competente y el procedimiento.

En nuestro esquema, los decretos se encuentran subordinados a las leyes y solo pueden abarcar cuestiones supletorias o secundarias que la ley no haya abordado y relacionadas con su contenido cuando son dictados con el fin de reglamentarlas. No pueden contradecir a las leyes ni inmiscuirse en cuestiones reservadas al Poder Legislativo.

La facultad de dictar decretos o reglamentos se encuentra precisada con claridad en el art. 99 inciso segundo que dispone que el presidente de la nación “expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

Ello, por cuanto el art. 31 de la carta magna dispone que “esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”.

A partir del texto constitucional y de los distintos desarrollos doctrinarios sobre la materia, se ha establecido que existen por lo menos cuatro categorías distintas de decretos: decretos reglamentarios, decretos autónomos, decretos delegados y decretos de necesidad y urgencia.

Los decretos reglamentarios tienen el propósito de fijar los detalles o pormenores de las leyes sancionadas por el congreso y estos tienen que estar relacionados con una ley en particular.

Los autónomos, por su parte, son aquellos que dicta el Poder Ejecutivo sobre materias que son de su exclusiva competencia regulatoria.

Los decretos delegados responden a la facultad que posee el Congreso y que se encuentra prevista en el art. 76 de la Constitución Nacional de delegar en el Poder Ejecutivo Nacional facultades legislativas en cuestiones de administración o de

emergencia pública, siempre y cuando se cuente con un plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

Por último, se encuentran los decretos de necesidad y urgencia.

Quiroga Lavié los ha definido —según Balbín— como “aquellos que dicta el Presidente, esté o no en receso el Congreso, frente a circunstancias de gravedad que no permiten esperar el tratamiento del caso por dicho poder”.

Se trata de una excepción a la regla impuesta por el inciso tercero del art. 99 de la Constitución Nacional que determina que “el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. Como tal, debe ser analizada de forma restrictiva.

Sin embargo, el texto constitucional impone requisitos para hacer uso de esta facultad excepcional. El inciso tercero del art. 99 aclara que “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 de 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”.

Del texto analizado pueden extraerse los requisitos que hacen a la validez de este tipo de normas:

- Debe resultar imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la constitución para la sanción de las leyes.

- Lo dispuesto no debe versar sobre materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos.

- El decreto en cuestión debe ser ratificado por todo el gabinete de ministros.

- El decreto debe ser sometido dentro de los diez días de su dictado a la Comisión Bicameral Permanente del Congreso.

Mientras los dos últimos son requisitos que hacen a las formalidades que deben seguirse, los primeros se relacionan con lo sustancial de las cuestiones decididas.

El análisis del primer requisito debe escindirse, pues a pesar de lo escueto de su texto, contempla dos circunstancias: La primera de ellas es que resulte imposible seguir el trámite ordinario de sanción de las leyes, esto es, que el Congreso no pueda ser convocado (por cuestiones bélicas o alguna crisis que impida su funcionamiento). La segunda es que las medidas deban ser adoptadas con una urgencia semejante que no admita demora alguna.

La primera de las circunstancias mencionada deja de ser tan trascendente a raíz de los avances en materia telemática que se produjeron luego de la pandemia producto de la expansión del COVID-19. Todos los ciudadanos sabemos que hoy en día basta un teléfono celular con cámara, micrófono y datos móviles para llevar adelante sesiones, clases o reuniones de trabajo sin mayores inconvenientes. A raíz de estos adelantos, el Congreso podría reunirse incluso en circunstancias excepcionales.

La segunda es la que presenta mayores escollos. Ello, toda vez que “urgencia” es un concepto subjetivo que cada lector puede interpretar de manera diferente. Quizá, para mí, algunas cuestiones revisten mayor urgencia que las que pueden importar para el lector.

El máximo tribunal ha facultado a los magistrados en el ejercicio de sus funciones a revisar las cuestiones relativas a la urgencia en el dictado de este tipo de medidas como así también para

realizar un control de razonabilidad de los medios escogidos.

El cumplimiento de los requisitos formales es de fácil revisión por parte de todos los poderes del estado. Basta contrastar la cantidad de ministros y ministras con las firmas del decreto y verificar si ingresó en las respectivas mesas de entradas de las cámaras del congreso para su tratamiento.

Ahora bien, como dije al inicio, no es el objetivo de este trabajo hacer un análisis profundo y pormenorizado de los decretos de necesidad y urgencia, sino explicar los alcances del control judicial que los jueces se encuentran facultados a realizar respecto de su constitucionalidad y estudiar, particularmente, el decreto que nos convoca.

Por ello, a continuación, esbozaré algunas apreciaciones relativas al control de constitucionalidad de oficio y, puntualmente, sobre los reparos constitucionales que podrían formularse sobre el decreto en cuestión.

### **III. Los fundamentos que habilitan el control constitucional de oficio**

Soy de la opinión que la inconstitucionalidad del decreto en cuestión debe ser declarada incluso sin que exista petición de parte.

Algunas de las reformas que introduce en el texto de la Ley de Contrato de Trabajo imponen pautas de interpretación para los jueces y eso se traduce en que la cuestión deba ser abordada sin dilación alguna.

No obstante, el principal motivo por el que el examen de constitucionalidad debe ser efectuado sin demora y sin petición de parte es la reforma que introduce en el texto del art. 276 de la L.C.T.

Frente a la prohibición de indexar dispuesta por la ley 23.928 y ratificada por el texto de la ley 25.561, los tribunales han diseñado estrategias creativas para mantener el valor de los créditos laborales. En lo que hace al punto, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ha utilizado desde hace décadas la figura de los intereses para mantener el valor de los créditos discutidos en los juicios.

El texto del art. 276 de la L.C.T., con la modificación propuesta por el decreto, reza: “Actualización y repotenciación de los créditos laborales por depreciación monetaria. Los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo serán actualizados y/o repotenciados y/o devengarán intereses. La suma que resulte de dicha actualización y/o repotenciación y/o aplicación de intereses en ningún caso podrá ser superior a la que resulte de calcular el capital histórico actualizado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con más una tasa de interés pura del 3% anual. La presente disposición es de orden público federal y será aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa, de oficio o a petición de parte, incluso en los casos de concurso del deudor, así como también, después de la declaración de quiebra.”

Se presenta un supuesto de incompatibilidad de normas, pues por un lado tenemos a la prohibición de indexar según el texto de la ley 25.561 y por el otro, al texto reformado por el decreto que la torna obligatoria.

Entonces, para resolver la incompatibilidad normativa que presentan ambos textos, podemos estar tanto al criterio material (que establece que una ley especial deroga a una ley general) como al temporal, que dispone que una ley posterior deroga a una ley anterior —*lex posterior derogat priori*—.

De seguir estos criterios, prevalecería sin duda el texto ordenado —por el DNU 70/2023— de la Ley de Contrato de Trabajo que deroga tácitamente la prohibición de indexar en materia de créditos laborales y que resulta de aplicación inmediata.

El nuevo texto no excluye la utilización del instituto de los intereses para mantener actualizado el valor de los créditos, pero si le impone un tope al resultado, que asciende al capital histórico actualizado por el Índice de Precios al Consumidor más un interés anual del 3%.

De esa forma, cualquier decisión que pudieran adoptar los tribunales en materia de actualización de créditos se encuentra limitada, a partir de la vigencia del decreto, por el nuevo texto del art. 276 de la L.C.T.

Ello implica, como ya dije, que debe realizarse el estudio de la constitucionalidad del decreto de forma inmediata, ya que los jueces, de condenar a abonar los intereses y no aplicar el tope, se estarían apartando del texto vigente de la norma e incurrirían así en una de las causales de remoción que prevé el art. 25 de la ley 24.937.

Nuestro máximo tribunal se ha expedido en distintos pronunciamientos respecto del control de constitucionalidad de oficio como elemento constitutivo de la división de poderes.

En el precedente Mill de Pereyra el máximo tribunal recordó —con remisión a lo expuesto por los jueces Fayt y Belluscio en fallos 306:303— que “no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes en favor del Judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos, o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso”.

Sin embargo, aclaró que “el ejercicio de tal facultad en orden a la misión de mantener el imperio de la Constitución sólo puede considerarse autorizado en situaciones muy precisas” y que “debe tenerse en cuenta que su existencia no importa desconocer que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquella sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica”.

También sostuvo que “la declaración de inconstitucionalidad es —según conocida doctrina de este Tribunal— una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo



requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 247:121 y sus citas). Es por ello que con más rigor en este caso, la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa (Fallos: 260:153, considerando 3º y sus citas)”.

Con posterioridad, en el precedente Banco Comercial Finanzas S.A. (En liquidación Banco Central de la República Argentina) c/ s/ Quiebra (Fallos: 327:3117) recordó su inveterada doctrina referida a que “es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella” (Fallos: 311:2478, entre muchos otros).

Recordó en el fallo que “si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente —trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*— incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos: 306:303, considerando 4º del voto de los jueces Fayt y Belluscio)”.

Casi una década después, en Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y perjuicios (Fallos: 335:2333) la Corte mantuvo el criterio expuesto con anterioridad y recordó —con cita de Juan Bautista Alberdi— que según el art. 116 de la Constitución Nacional “corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y deci-

sión, entre otras, de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación (con la reserva hecha en el art. 75 inc. 12) y por los tratados con las naciones extranjeras”.

Con relación al control de constitucionalidad recordó que “el requisito de que ese control fuera efectuado a petición de parte resulta un aditamento pretoriano que estableció formalmente este Tribunal en 1941 en el caso “Ganadera Los Lagos (Fallos: 190: 142). Tal requerimiento se fundó en la advertencia de que el control de constitucionalidad sin pedido de parte implicaría que los jueces pueden fiscalizar por propia iniciativa los actos legislativos o los decretos de la administración, y que tal actividad afectaría el equilibrio de poderes. Sin embargo, frente a este argumento, se afirmó posteriormente que si se acepta la atribución judicial de control constitucional, carece de consistencia sostener que el avance sobre los dos poderes democráticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay (Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio; y 327:3117, considerando 4º)” y destacó que, luego de la Reforma Constitucional de 1994, los organismos jurisdiccionales también se encuentran obligados a realizar un control de convencionalidad de oficio.

A raíz de lo resuelto, no cabe duda de que, en el marco de nuestro diseño constitucional los jueces se encuentran facultados no solo a aplicar las leyes y reglamentos que emanen de los órganos competentes, sino a verificar que ellos no sean repugnantes con la constitución nacional, incluso ante la inexistencia de un pedido de parte (Fallos: 23:37).

Sentado lo expuesto con relación al control de constitucionalidad de oficio, corresponde que me aboque a las particularidades que presenta el decreto en cuestión.

#### IV. El decreto y su inconstitucionalidad

Al inicio de este trabajo anticipé que el art. 99 de la Constitución Nacional dispone como regla general que “el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insana-ble, emitir disposiciones de carácter legislativo”, pero admite como excepción el dictado de medidas de ese tipo “solamente cuando circunstan-

cias 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 de 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”.

Agrega el inciso en cuestión que “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”.

Los requisitos que impone la constitución para el dictado de este tipo de medidas se encuentran satisfechos, en tanto se ha invocado la existencia de circunstancias excepcionales, las cuestiones decididas no versan sobre materias vedadas, el decreto se encuentra refrendado por la totalidad de los ministros del gabinete y se dispone la remisión a la Comisión Bicameral Permanente a la que refiere la constitución.

No obstante, en cuanto a los requisitos sustanciales para su dictado, esto es, la existencia de “necesidad y urgencia,” el máximo tribunal ha sentado las bases que hacen al control por parte del Poder Judicial y que permiten mantener el equilibrio de poderes que buscó la reforma constitucional de 1994.

Si bien en fallos anteriores (en particular, en Verrocchi) planteó algunos lineamientos sobre la cuestión, fue en el precedente “Consumidores Argentinos c/ EN-PEN-DTO 558/02-SS-LEY 20091 s/ Amparo Ley 16986” (Fallos: 333:633) en el que cerró el debate acerca de cuáles son los requisitos que deben cumplir los decretos de necesidad y urgencia a los efectos de considerarlos válidamente emitidos.

En un marco introductorio sobre la cuestión resaltó que “la interpretación de la Constitución Nacional, en cuanto regula los decretos de necesidad y urgencia, debe ajustarse a los principios del estado constitucional,” y concluyó que ello resultaba así “porque los constituyentes decidieron sujetarse a unos principios fundamentales para convivir en sociedad, pensados para que sean perdurables e inmunes a las tentaciones de cambiarlos frente a las previsibles mudanzas de opinión. Este común sentir se edifica sobre algunas bases que deben ser aceptables para quienes están distanciados por una controversia particular, que lo serán en los conflictos subsiguientes cuando cambien sus posiciones de poderío o debilidad y que serán aplicadas por las generaciones futuras porque se habrán transformado en una práctica constitucional consolidada”.

Agregó, además, que “el principio que organiza el funcionamiento del estatuto del poder es la división de funciones y el control recíproco, esquema que no ha sido modificado por la reforma constitucional de 1994. Así, el Congreso Nacional tiene la función legislativa, el Poder Ejecutivo dispone del reglamento y el Poder Judicial dicta sentencias, con la eminente atribución de ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Desde esta perspectiva, no puede sostenerse, en modo alguno, que el Poder Ejecutivo puede sustituir libremente la actividad del Congreso o que no se halla sujeto al control judicial”.

Finalmente, concluyó que “lo aquí expuesto no permite albergar dudas en cuanto a que la Convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial (confr. en igual sentido “Verrocchi”, Fallos: 322:1726, y sus citas). De manera que ese el espíritu que deberá guiar a los tribunales de justicia tanto al determinar los alcances que corresponde asignar a las previsiones del art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional, como al revisar su efectivo cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo Nacional en ocasión de dictar un decreto de necesidad y urgencia.”

Puntualizó con claridad con referencia a lo que dispone el inciso tercero del art. 99 de la Constitución Nacional que “el texto transcrito es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del

ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país (“Verrocchi”) y que en lo que respecta a la existencia de un estado de necesidad y urgencia “no puede dejar de advertirse que el constituyente de 1994 explicitó en el art. 99, inc. 3º, del texto constitucional estándares judicialmente verificables respecto de las situaciones que deben concurrir para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por parte del Presidente de la Nación. El Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables; en estos casos, la facultad ejercida carecerá del sustento fáctico constitucional que lo legitima”.

Para finalizar sobre el punto, sentenció que “la previsión en el texto constitucional de pautas susceptibles de ser determinadas y precisadas en cada caso concreto autoriza al Poder Judicial a verificar la compatibilidad entre los decretos dictados por el Poder Ejecutivo y la Constitución Nacional, sin que ello signifique efectuar una valoración que reemplace a aquella que corresponde al órgano que es el competente en la materia o invada facultades propias de otras autoridades de la Nación”.

Por otro lado, recordó que “admitida la atribución de este Tribunal de evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales características, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”.

Luego de esas aclaraciones evocó que en la causa Verrocchi mantuvo que “para que el Presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concu-

rrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale 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).”

El Poder Ejecutivo Nacional, al dictar el decreto en cuestión, tuvo en consideración la doctrina de la Corte y fundó su validez en la segunda de las circunstancias descriptas, esto es, “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”.

Agregó para fundamentar su afirmación que “la situación indicada en el punto 2) del Fallo antes citado es precisamente la que existe en la actualidad en nuestro país, dado a la desesperante situación económica general, descripta en todos los Considerandos anteriores, no admite dilaciones y hace que sea imposible esperar el trámite normal de formación y sanción de las leyes, ya que ello podría implicar un agravamiento de las condiciones adversas que atraviesa la REPÚBLICA ARGENTINA y afectar todavía más a un porcentaje aún mayor de la población” y que “lo expuesto demuestra a todas luces la existencia de ‘una genuina situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad’ (Fallos 333:633), es decir que no se trata de una mera invocación genérica de una situación de emergencia, sino que esa declaración encuentra ‘debido sustento en la realidad’”.

Ahora bien, en la explicación de los motivos que lo llevaron a dictar dicha norma, el Poder Ejecutivo Nacional hizo un extenso desarrollo en el que relató no solo las variables macroeconómicas con las que comenzó la gestión sino también las consecuencias que podrían surgir de no adoptar estas medidas.

En lo que hace a la materia laboral refirió que “el trabajo productivo, inclusivo y digno, centrado en un contexto social adecuado, es la principal herramienta de crecimiento para una comunidad que busca la distribución equitativa de los bienes producidos, dado que sin producción no hay distribución posible” y que “los emprendimientos, esencialmente privados, resultan el mejor recurso para la contención social, a través del empleo y la generación de bienes y servicios necesarios para la vida de toda la sociedad, y para ello se requieren cambios que permitan una expansión de la demanda de trabajo en el país”.

En cuanto a la generación de nuevos puestos de trabajo sostuvo que “el empleo formal registrado no crece desde el año 2011, y es un hecho demostrado que las medidas estructurales adoptadas por la Ley de Empleo N° 24.013 y por la Ley N° 25.323 no han podido revertir el problema de la informalidad y que “se modifican las Leyes Nros. 14.250, 14.546, 20.744 (t.o. 1976), 23.551, 24.013, 25.345, 25.877, 26.727, 26.844 y 27.555 y se deroga la Ley N° 25.323, a los efectos de mejorar y simplificar los procesos de registración, darle seguridad jurídica a la relación laboral, aumentar el período de prueba, redefinir la procedencia de los descuentos salariales convencionales, autorizar a las convenciones colectivas a explorar mecanismos de indemnización alternativos a cargo del empleador, tal como se ha implementado en algunas actividades, revisar los criterios de ultratractividad y evitar los bloqueos de actividades productivas”.

A mi entender, los propios considerandos traducen —al menos en lo que respecta a la materia laboral— que nos encontramos ante una situación de necesidad pero que no existen razones de urgencia suficiente que ameriten retirar la cuestión del trámite legislativo pertinente.

Me atrevo a sostener que existe necesidad ya que, de no generarse empleo formal, parece imposible salir de la crisis económica que asola al país hace tiempo.

Sin embargo, en el texto normativo bajo análisis no se explica como las reformas planteadas, de aplicarse en forma inmediata y por fuera del trámite normal de sanción de las leyes, podrían remediar la situación referida a la generación de empleo formal, máxime cuando el propio decre-

to reconoce que se encuentra estancada hace 12 años.

En resumidas cuentas, el Poder Ejecutivo Nacional no ha explicado en los considerandos como las medidas dispuestas, de aplicarse en forma inmediata, resultarían eficientes para revertir la situación descripta.

Esto no implica expedirse sobre la pertinencia o corrección de las medidas, sino únicamente resaltar que no se han expresado motivos que permitan concluir que las medidas debieran adoptarse sin seguir el procedimiento normal y habitual de sanción de las leyes.

La Corte Suprema se expidió en el sentido que sostengo al fallar en la causa “Pino, Seberino y otros c/ Estado Nacional —Ministerio del Interior— s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.” (Fallos: 344:2690).

En esa oportunidad, y con relación al decreto 679/1997, advirtió que no se encontraban satisfechos “los recaudos constitucionales para el dictado del decreto impugnado. En efecto, entre las consideraciones del decreto 679/97 se expresa la necesidad de proveer y asegurar la continuidad e integridad del pago de los haberes de pasividad que la Gendarmería Nacional atiende con recursos de afectación específica provenientes de los aportes del personal establecidos en la ley 22.788, en razón de que el presupuesto asignado a ese fin resultaba insuficiente. En tal sentido, se señala que la modificación del régimen de aportes del personal de esa institución permitiría reducir los fondos provenientes del Tesoro Nacional y concretar la equiparación de esas cotizaciones con las efectuadas por el personal militar de las Fuerzas Armadas. Por último, y en lo que aquí más interesa, se manifiesta que “...en el caso no puede esperarse el trámite normal de sanción y promulgación de las leyes, dada la naturaleza previsional de la materia en cuestión y la necesidad concreta de dar satisfacción urgente al pago de los beneficios”

Con sustento en lo expuesto, concluyó que “los fundamentos dados por el Poder Ejecutivo Nacional no alcanzan para poner en evidencia que el dictado del decreto en cuestión haya obedecido a la necesidad de adoptar medidas inmediatas para paliar una situación de rigurosa excep-

cionalidad y urgencia que pusiera en riesgo el normal funcionamiento del sistema previsional de la Gendarmería Nacional”.

En lo que hace al trámite legislativo que el decreto pretende obviar, cabe mencionar que el Presidente de la Nación se encuentra facultado a convocar al Congreso a sesiones extraordinarias (art. 99 inc. 9 de la Constitución Nacional) y que tanto el Reglamento de la Cámara de Diputados como el de la Cámara de Senadores poseen herramientas que permitirían darle mayor celeridad al tratamiento del proyecto en caso de que sus autoridades o integrantes de los cuerpos lo requieran (tramitación en comisiones de manera conjunta y mociones de preferencia o de tratamiento “sobre tablas”).

Por otro lado, creo pertinente destacar que resulta también una inveterada doctrina del máximo tribunal que las consideraciones genéricas expuestas en los considerandos de los decretos de necesidad y urgencia resultan inhábiles para justificar el dictado de medidas legislativas por parte del Poder Ejecutivo Nacional.

Así, en el precedente Della Blanca, Luis Enrique y Luna, Jorge Omar c/ Ind. Met. Pescarmona S.A. s/ ordinario” analizó la mera referencia a “la acuciante situación alimentaria” que incluyó el Poder Ejecutivo Nacional en los considerandos del decreto 1477/1989 y determinó que resultaba “inhábil para justificar una situación excepcional que imposibilitara al Congreso legislar sobre el punto en su zona de reserva de actuación, máxime si se considera que éste había sido convocado a sesiones extraordinarias”.

No cabe dudas de que la norma bajo análisis no está por encima del reproche realizado en Della Blanca, toda vez que el decreto, al menos en lo que hace a la materia de mi especialidad, se encuentra plagado de expresiones genéricas que podrían interpretarse más como una expresión de deseo que como una explicación concreta de porque la modificación o derogación inmediata de regímenes generales que se encuentran vigentes hace décadas debe apartarse del trámite legislativo ordinario.

Sumado a ello, el presidente de la nación ha convocado al Congreso de la Nación a sesiones extraordinarias mediante el dictado del decreto N°

76/2023, por lo que nos encontraríamos frente a un supuesto casi idéntico al analizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Della Blanca.

Me permito agregar —en la misma línea de razonamiento— que el decreto en cuestión no establece la vigencia desde su dictado, lo cual resulta cuanto menos llamativo en el marco de la urgencia invocada y abona la tesis que vengo desarrollando.

Para concluir, no es posible soslayar que al sentenciar en el precedente “Consumidores Argentinos”, el Máximo Tribunal agregó que “las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo a la ley 20.091 no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional” y de esa manera descartó la posibilidad de que se encaren modificaciones permanentes o derogaciones de leyes del congreso en el marco de un decreto de necesidad y urgencia.

Esta doctrina fue ratificada con posterioridad en el precedente “Pino” (Fallos: 344:2690) en el cual, además de cuestionar la falta de argumentos del Poder Ejecutivo Nacional para excluir la reforma propuesta del trámite legislativo ordinario, se consideró que lo dispuesto implicaba la decisión de modificar el régimen en forma permanente “sin recorrer el cauce ordinario que la Constitución prevé”.

Sin que implique restarles fortaleza a los argumentos anteriores, me atrevo a afirmar que este último es el determinante.

El tribunal supremo ha dejado establecido de forma concluyente que no es posible efectuar modificaciones de normas (o derogaciones) mediante el uso de esta facultad. Habilitar tal extremo resultaría violatorio del principio de división de poderes y colisionaría con los principios restantes principios que hacen a una república y que fueron receptados por nuestra carta magna.

## V. Conclusión

He efectuado algunas consideraciones por las que sostengo la inconstitucionalidad del decreto N° 70/2023.

Sin embargo, he escogido no adentrarme en lo que la doctrina ha concebido como control de razonabilidad y quiero dar una explicación al lector.

Considero que no cabe adentrarse en la cuestión relativa a la razonabilidad de las medidas y su eficacia para alcanzar determinados fines. En cambio, sí cabe analizar la presunta urgencia que —según el Poder Ejecutivo Nacional— habilita a hacer uso de la facultad prevista en el inciso tercero del art. 99 de la carta magna.

Entiendo que quienes deban expedirse sobre la cuestión en el ejercicio de su función jurisdiccional —al menos en esta etapa preliminar—, tampoco deberían hacerlo.

Posiblemente el decreto en cuestión reciba diversos reproches constitucionales, pero nada nada impide que el Poder Ejecutivo Nacional envíe al congreso un paquete de leyes con las mismas reformas. Desde esa lógica, de adentrarse en el fondo de la cuestión, los jueces estarían adelantando opinión sobre reformas que luego pue-

den ser tratadas y aprobadas por el Poder Legislativo.

Para finalizar, considero que he brindado fundamentos suficientes para privar al lector de toda duda acerca de la inconstitucionalidad de la norma bajo análisis, toda vez que colisiona con el principio de división de poderes y con el diagrama constitucional propuesto por los constituyentes. Ello impone la declaración de inconstitucionalidad del título IV (arts. 53 a 97) del decreto de necesidad y urgencia N° 70/2023.

## VI. Referencias

GUIBOURG, R. A., “Colección de análisis jurisprudencial. Teoría general del derecho”, La Ley, Buenos Aires, 2003.

BALBÍN, C. F., “Tratado de derecho administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2015.

LUGONES, N. J., GARAY, A. F., DUGO, S. O. y CORCUERA, S. H., “Leyes de emergencia. Decretos de necesidad y urgencia”, La Ley, Buenos Aires, 1992.

# DNU 70/2023. Un recorrido constitucional y civil. ¿Desregula y reinarás?

Macarena Baricco Prats (\*)

Lucas De Venezia (\*\*)

Sumario: I. Introducción, el quid de la emergencia.— II. El necesario camino constitucional.— III. Un enfoque desde el derecho civil.— IV. Conclusiones.

## I. Introducción, el quid de la emergencia

Sumergirse en este suceso sin duda requiere de una contextualización previa y para ello no encontramos mejor manera de hacerlo que mediante una analogía coloquial. Por un instante, imaginemos nuestro mundo jurídico como un complejo sistema de tránsito en una gran ciudad. Una red planificada y ajustada constantemente a lo largo de los años. Cada señal, cada semáforo o cada reglamento vehicular, representa una ley

(\*) Profesora de posgrado en la Maestría en Derecho Civil Patrimonial (UCA) y de grado en la asignatura “Obligaciones Civiles y Comerciales” (UBA). Docente invitada en la materia “Inteligencia artificial y derecho” (UBA). Disertante en el Curso Online “Inteligencia artificial y Derecho de Daños” (ElDial). Magíster en Derecho Civil (UA) y abogada (UCA), condecorada en grado y posgrado con medalla de oro. Becaria “Friends of Fulbright”. Autora de diversas publicaciones, expositora y relatora de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

(\*\*) Abogado (UCA). Doctorando en Derecho (UNLZ). Especialista en Derecho e Inteligencia Artificial (SALAMANCA). Profesor Adjunto Regular de Derecho Constitucional Procesal (UCES) y docente de derecho de la Seguridad Social (UNLZ). Docente de Cursos de Especialización de Posgrado de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional Argentina (AMFJN). Coordinador de la maestría en Derecho Procesal Constitucional (UNLZ). Miembro de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI). Jefe de despacho-Relator de la Cámara Federal de la Seguridad Social (CFSS). Autor y expositor.

específica que intenta garantizar el flujo de los vehículos y de los peatones.

Un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU, en adelante) que desregula un conjunto de leyes, de forma intempestiva, podría compararse con la decisión de cambiar o suprimir varios semáforos o señales de tránsito en puntos clave de la ciudad, con el objetivo de acelerar el tránsito. Este cambio efectuado por el Poder Ejecutivo, con la rapidez que caracteriza a los DNU, podría tener un impacto significativo y sumamente profundo en el flujo habitual de las cosas.

De allí que, como todo en la vida, la introducción de cambios bruscos requiere de un equilibrio armonioso entre la preservación de la integridad de lo existente y una correcta adecuación o adaptación a nuevas necesidades y contextos.

Este artículo busca explorar, entonces, cómo este nuevo DNU modifica nuestro “tránsito jurídico”, desde los principales interrogantes que se plantean desde una perspectiva constitucional, hasta llegar a su impacto en la órbita civil. Ergo, examinaremos sus efectos y las motivaciones detrás de sus implicancias, con la convicción de que nosotros, los abogados, razonamos y aprendemos mediante el intercambio.

De forma introductoria, cabe señalar que el DNU 70/2023 decretó la emergencia económica hasta el 31 de diciembre del 2025. El presidente

electo, cumplió con sus promesas de campaña y en 83 páginas llenas de tinta, desreguló un paquete de leyes buscando reformar la economía, simplificar ciertas normas que ralentizan los procesos administrativos, fomentar la inversión externa, promocionar la competitividad interna, estimular la creación de empleo genuino y darle una respuesta definitiva a la crisis económica característica que azota a nuestro país: *la inflación*.

El decreto en cuestión describe el decadente estado institucional económico y social en el que se encuentra nuestro país, el que -según se asevera- fundamenta la emergencia, requisito necesario para que este tipo de legislación sea válida. Afirma que la situación extrema requiere de medidas urgentes para paliar la crisis. Enfatiza la necesidad de reconstruir la economía argentina eliminando barreras y restricciones estatales que han impedido el normal desarrollo de las actividades comerciales. El lema es claro: a menos intervención estatal, mayor progreso.

No sólo se ataca al mentado decreto por su contenido y la ideología que plasma, sino que, también, se le critican las formas. Se discute si semejantes modificaciones pueden ser canalizadas vía DNU o si implica una invasión a las facultades propias del Poder Legislativo. Se recurre a los parámetros delineados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en otros antecedentes (1). ¿Hace falta un terremoto, una guerra, para dictar un DNU? Lo cierto es que la práctica gubernamental no ha sido tan rigurosa en la interpretación. En cualquier caso, se coincida o no con las medidas adoptadas, lo cierto es que se empleó especial énfasis en describir la situación de emergencia que, a criterio del gobierno actual, justifica con creces su procedencia.

Establecido el marco contextual pertinente, emergen otras dudas colectivas que giran en torno a estos cambios. ¿Cómo es y qué implica el camino procesal constitucional que se avecina?, ¿qué rol juega el poder legislativo en este ecosistema?, ¿cuál es el impacto que tiene este DNU en

el mundo del derecho civil? Estas inquietudes, principalmente, las abordaremos a lo largo de este manuscrito. Como es la costumbre, lo haremos con la idea de motorizar un debate, pero, a su vez, intentando dar respuesta a las complejas cuestiones de equilibrio y legitimidad en la arquitectura del poder estatal, la protección de los derechos individuales y la eficacia de las políticas públicas en un contexto de cambios normativos drásticos y su repercusión en la estructura sociojurídica de la Argentina.

## II. El necesario camino constitucional

Ya en la órbita de la Constitución Nacional y la legislación vigente, los DNU son emitidos por el presidente bajo circunstancias excepcionales que impedirían proceder con el trámite ordinario y habitual que circunscribe la promulgación de las leyes. Esta es la premisa general (2). Como es de público conocimiento y como intento de frenar lo que en su momento se advertía como “hiperpresidencialismo” (3), estos decretos no pueden versar sobre materia penal, tributaria, electoral, o el régimen de los partidos políticos (4) (art. 99, inc. 3, CN)¿. Sin embargo, resulta siempre fructífero recordar que los mismos entran en vigencia inmediatamente a *posteriori* de su publicación —sea desde la fecha que indique

(2) Aclara que “la prohibición expresa de emitir disposiciones legislativas, establecida en este inciso, va en la misma línea del principio de legalidad consagrado en el art 19 de la Ley Suprema. Pero la declaración se hace más flexible párrafos más abajo, con la admisión de los decretos de necesidad y urgencia y con la promulgación parcial de leyes, autorizada, esta, por el art. 80 de la Constitución Nacional” GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada”, La Ley, Buenos Aires, 2022, t. II, p. 487.

(3) Empero, se ha sostenido que la proclamada misión de frenar al poder presidencial estaba en contradicción con la inclusión de mecanismos de emergencia por parte de la reforma constitucional de 1994. MIDON, Mario, Decretos de Necesidad y Urgencia (En la Constitución Nacional y los Ordenamientos Provinciales), Buenos Aires, La Ley, 2001, 206.

(4) La doctrina refiere a que la potestad de dictar estos decretos debe ser considerada “restrictiva”, “conforme los principios y las normas del texto constitucional”. BALBIN, Carlos, “Los decretos reglamentarios y de necesidad y urgencia”, en Sansay, Daniel A. (Dir.), Manili, Pablo L. (Coord.), Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 162.

(1) CS, Fallos 322:1726, “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo”, 19/08/1999; Fallos 344:2690, “Pino, Seberino y otros c/Estado Nacional—Ministerio del Interior— s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, 07/10/2021; entre otros.



o luego de ocho días—, incluso antes de ser considerados por el Congreso (art. 17, ley 26.122).

Es que, una vez emitidos, el Jefe de Gabinete debe presentar el decreto ante la Comisión Bicameral permanente de trámite legislativo del Congreso. Esta comisión —conformada por 8 senadores y 8 diputados— tiene diez días hábiles para evaluar la validez del DNU y luego emitir un dictamen para que sea tratado por el plenario de cada Cámara, respectivamente (Senadores y Diputados). Cabe señalar que, con la reciente renovación del Congreso, la Comisión Bicameral aún no fue integrada. Su designación depende de los respectivos presidentes de ambas Cámaras y reviste de un evidente tinte político.

Una vez satisfecho tal requisito, si la Comisión Bicameral no se expide en idéntico plazo (10 días hábiles), las Cámaras del Congreso deben abocarse de oficio al tratamiento del DNU. En cuanto al proceso de aprobación o rechazo, cada Cámara se pronuncia por sí o por no mediante resoluciones. Vale aclarar que legalmente no pueden introducir modificaciones en el texto presidencial. En definitiva, es a todo o nada.

Otra particularidad no menor, se observa en que el DNU mantiene su legalidad a menos que la totalidad del Congreso lo rechace expresamente. Es decir, basta con la aprobación de una sola de las Cámaras Legislativas para que el decreto consolide su vigencia, eliminando así la necesidad de obtener el aval de ambas. Esta característica no surge del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional (fuente originaria de la facultad), sino de la ley 26.122, sancionada el 20 de julio de 2006. La distinguida Dra. Gelli cuestiona este mecanismo, refiriendo que el control “es más aparente que real” (5).

Aquí y en virtud de lo relatado precedentemente, es donde el gobierno electo enfrentará su primer desafío constitucional. Es que, en rigor de verdad, mediante esta maniobra, el oficialismo pone en juego parte de su capital político —recientemente adquirido— al someterse de lleno a la voluntad del poder legislativo. Hoy, más que nunca, el rumbo económico de nuestro país se encuentra a consideración de nuestros legisladores. Recae en manos del Congreso la decisión de

acompañar o desechar una de las propuestas políticas más revolucionarias de los últimos años.

Dijimos que los DNU entran en vigencia desde la fecha que indiquen expresamente o, en su defecto, a los 8 días de su publicación (art. 5, CCCN). Como el decreto que nos convoca no se expidió sobre este punto, se impone la segunda solución. Es así que a partir del 29 de diciembre el decreto 70/2023 comenzaría a regir, sea sometido o no al cotejo del Poder Legislativo. La incertidumbre, considerando la trascendencia de las medidas adoptadas, es evidente.

En este punto compete destacar que este tipo de procesos, en el marco de un Estado democrático y de respeto a las instituciones, refleja la esencia de un sistema basado en el debate y la decisión colectiva. Próximamente, veremos cómo la dinámica parlamentaria del Poder Legislativo emergerá como un árbitro clave en el porvenir de los argentinos. El Congreso (concretamente, la Comisión Bicameral) tiene la misión de reafirmar y consolidar o rechazar y postergar la autoridad del actual gobierno.

El debate está abierto y son numerosos los frentes. Incluso ya se presentó un amparo colectivo solicitando se lo declare inconstitucional (6). Independientemente del resultado, este episodio se perfila como un capítulo emblemático dentro de la historia política de nuestro país.

### III. Un enfoque desde el derecho civil

#### III.1. La supremacía de la autonomía de la voluntad

Abandonamos el análisis de la forma y nos adentramos en el fondo del decreto. El partido electo planteó, desde sus orígenes, su adscripción a la ideología liberal, proclama que se extiende a cada uno de los ámbitos de la vida del individuo. Ergo, el plano jurídico, no es la excepción.

(6) “No al Decreto: Amparo colectivo contra el DNU 70/2023 solicitando la declaración de inconstitucionalidad”, Microjuris, 26-12-2023, disponible en <https://aldia-argentina.microjuris.com/2023/12/26/actualidad-no-al-decreto-amparo-colectivo-contra-el-dnu-70-2023-solicitando-la-declaracion-de-inconstitucionalidad/> al 27-12-2023.

(5) GELLI, María Angélica, Constitución...ob. cit., p. 512.

Una de sus singularidades es que reivindica que las relaciones civiles necesitan ser liberadas de regulaciones paternalistas excesivas. Bajo esa directriz, el DNU 70/2023 avanza sobre aspectos civiles medulares, fundamentalmente en materia contractual. Deroga la Ley de Alquileres n° 27.551 y modifica el Código Civil y Comercial de la Nación. Amén del debate en torno a su constitucionalidad y la validez del proceso, postulamos examinar la trascendencia de las modificaciones efectuadas en materia civil.

A los fines de realizar ese análisis, les proponemos iniciar por la noción del contrato. El término nos sugiere la idea de un pacto o convenio mediante el cual las personas se obligan sobre determinados asuntos. La RAE adiciona que su cumplimiento puede ser compelido o forzado (7). En resumen, el contrato crea obligaciones que las partes deben cumplir, pues, de lo contrario, se les puede demandar dicho cumplimiento mediante las herramientas legales correspondientes. Hasta aquí no debiera existir nada novedoso.

Sin embargo, la concepción del contrato fue variando a lo largo del tiempo. El contrato clásico suponía la libre discusión de sus cláusulas y el ejercicio de la libertad plena para contratar. Es que, conforme propone el adagio latino *volenti non fit injuria*, se pensaba que no se comete injusticia con quien actuó voluntariamente (8). Las relaciones privadas patrimoniales estaban sometidas a la iniciativa particular, en el entendimiento de que es a ella a quien le corresponde regular el interés privado (9).

Si bien el contrato limitaba la libertad de las partes al generar obligaciones que debían cumplir, se concebía como la consecuencia de un acto libre de todo constreñimiento. La reconocida *autonomía de la voluntad*. Este principio, precisamente, descansa sobre la noción de libertad, supone la igualdad de todos y entiende que

(7) Disponible en <https://dle.rae.es/compeler?m=form> al 22-12-2023.

(8) Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/volenti-non-fit-iniuria> al 22-12-2023.

(9) DIEZ-PICAZO, Luis, Ponce de León, “Los llamados contratos forzados” en Anuario de Derecho Civil, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1956, ps. 87/88.

todo lo libremente querido es obligatorio (10). La consagración de la autonomía de la voluntad como tal, recién ocurrió con el apogeo de la escuela del derecho natural racionalista, de donde se desprende el deber de conciencia que gesta la palabra dada (11).

En esa línea, no se admitía que un juez pudiera inmiscuirse en las relaciones entre particulares y revisar un contrato. Sólo las partes, artífices de su propio destino, podían modificar lo acordado. Revestía de especial importancia el valor de la seguridad jurídica (12).

El Código Civil francés, en el artículo 1134, acogió expresamente este principio y constituyó el antecedente del artículo 1197 del Código Civil de Vélez Sarsfield, sancionado en 1869. Aquél estableció que *las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como la ley misma*. El codificador plasmó las ideas del individualismo y liberalismo, imperantes durante el siglo XIX, con la libertad y propiedad como ejes (13).

Como se dijo, se concebía que el contrato era la autorregulación donde lo querido era lo justo. El principio se manifestó, tradicionalmente, en dos aspectos, la libertad de contratar (autodeterminación) y la libertad de establecer el contenido del contrato (autorregulación) (14).

Esa libertad no era potestad exclusiva de la materia contractual, sino que tuvo y mantiene su correlato en la Constitución Nacional, inspirada en el ideario liberal. Propone asegurar los beneficios de libertad en el preámbulo, criterio que reafirma expresamente en múltiples normas (arts. 14, 22 y

(10) ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J., LÓPEZ CABBANA, Roberto M., “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, 2ª ed. Actualizada, p. 665.

(11) JALIL, Julián E., “Ni crisis del contrato, ni crisis de la voluntad: la crisis de la Confianza”, RCyS 2010-I, 82.

(12) STIGLITZ, Rubén S., “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, dirigido por Lorenzetti, Ricardo L., Rubinzal-Culzoni, 2015, t. V, p. 537.

(13) En esa misma línea, ver nota al artículo 943.

(14) GARRIDO CORDERO, Lidia M. R., “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial”, dirigido por Ameal, Oscar J., Editorial Estudio, 2019, T. 4, comentario al artículo 958, p. 48.

32). La manda también emerge del artículo 19, en tanto establece que ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe (15). El reconocimiento concreto de la libertad para contratar se colige de la libertad para usar y disponer de la propiedad. Cabe agregar que el artículo 28 impone un límite a las leyes que reglamenten su ejercicio: no pueden alterarlos (16).

Sin perjuicio de firmeza del principio de la autonomía de la voluntad, lo cierto es que el propio Código Civil reconocía ciertos límites. Es el caso del artículo 21, que preveía que las convenciones particulares no podían contrariar las leyes de orden público y las buenas costumbres (17).

La evolución de la sociedad, el reconocimiento de nuevos derechos y el entramado de las relaciones jurídicas cada vez más complejas —que se suscitaron, particularmente, desde el siglo anterior a la fecha— derivaron en la revisión de la rigidez de este principio. Se consideró que, a pesar de la igualdad formal, existían desigualdades reales, partes débiles que el derecho debía proteger. Así, empezó a evidenciarse una mayor incidencia del orden público en materia de contratos y a primar el intervencionismo estatal (18).

En ese contexto, si bien se reconocía que la autonomía de la voluntad y la libertad son la base necesaria del acuerdo de voluntades, se aseveró que los contratos debían perseguir un fin ético y social. Así, se promovió la intervención estatal en las relaciones entre particulares (19). He aquí, según el decreto que nos convoca, el inicio de la debacle.

(15) Además, la libertad como principio inspirador, es acogida por los tratados internacionales que, a partir de la reforma constitucional de 1994, adquirieron jerarquía constitucional. Arts. 1, 2, 4, 12 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1, 2, 3, 13, 18, 19, 26, 28, 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; entre múltiples otros.

(16) Garrido Cordobera... ob. cit., p. 45.

(17) Tanzi, Silvia, Y., “La autonomía de la voluntad y sus límites”, LA LEY 1994-E, 318.

(18) ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA...ob. cit., ps. 34, 665/666 y 670.

(19) GARRIDO CORDOBERA...ob. cit., ps. 46 y 51.

Dicha concepción desembocó en la denominada crisis o decadencia de la soberanía del contrato (o de la autonomía de la voluntad), tanto en su formación como en sus efectos. Repercutió en dos grandes principios que rigen la institución en los códigos individualistas: la *libertad contractual* y la *fuerza obligatoria del vínculo*. Impactó tanto en la autodecisión (libertad para contratar), a través de los denominados contratos forzosos, y, en ciertos contratos, en la autorregulación (libertad para determinar su contenido) (20).

Ello se reflejó en diversas modificaciones del Código Civil, efectuadas a través de la ley 17.711, sancionada en 1968, que incorporó institutos como la lesión, la imprevisión y el abuso del derecho, tendientes a moderar la libertad contractual irrestricta.

La primacía de la regulación estatal se evidenció en materia de alquileres y derecho del consumidor, en el segundo caso adquiriendo carácter constitucional a través de la reforma de 1994. La doctrina y jurisprudencia acompañaron esta impronta en el entendimiento de que, en los supuestos de evidente disparidad entre las partes, la ausencia de igualdad condicionaba la libertad que fundamentaba la primacía de lo acordado. Aparece así una tutela a un nuevo grupo, considerado especialmente vulnerable (21), que no estaba contemplada en la codificación civil original.

Aproximándonos a la actualidad, el Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia el 1 agosto de 2015, mantuvo como regla el mismo precepto. Estableció que las partes son libres para celebrar un contrato (autodecisión) y determinar su contenido (autoregulación), dentro de límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958). No hay dudas de que, aun en la concepción moderna que admite una mayor limitación de lo acordado por las partes, el primer prin-

(20) ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA...ob. cit., ps. 665/666.

(21) CARNOTA, Walter F., y DE VENEZIA, Lucas, “Desmitificaciones de la vulnerabilidad”, LA LEY 28/04/2022, 1.

principio que fundamenta todo el sistema es el de la libertad **(22)**.

Sin embargo, es entendido como un principio relativo y subordinado a los límites que le son inherentes. El patrón es idéntico. Se consagra como regla la autonomía de la voluntad, pero se incluyen excepciones que delimitan su campo de acción. Se invoca a la ley y al orden público como límites y se admite, en caso de vulneración, la intervención judicial (arts. 959 y 960 CCCN).

La modificación de la terminología, en comparación con el código antecedente, no parece azarosa. No se manifestó con la misma solemnidad. Ya no se dijo que los contratos constituyen para las partes una regla a la cual deben someterse como la ley misma, sino, en general, que su efecto es vinculante, recalcando que deben estar válidamente celebrados **(23)**.

Este fue el criterio predominante hasta la fecha. Si bien no se dejó de lado que el eje del sistema contractual es la autonomía de la voluntad, lo cierto es que, en pos de la protección de una de las partes, la concebida como débil, se han evidenciado notorias intervenciones estatales en las relaciones jurídicas privadas, tanto a nivel legislativo como judicial.

Por ejemplo, en el caso de los mutuos hipotecarios pactados en moneda extranjera, es habitual que se judicialice la determinación de la tasa de interés, pese a encontrarse expresamente regulada en el contrato **(24)**. También persiste el debate, en los casos de accidentes de tránsito, en torno a los contratos de seguros y el alcance de lo acordado en cada póliza **(25)**.

En este contexto, el Decreto 70/2023 reivindica el artículo 1197 del Código Civil anterior y lo caracteriza como profundamente liberal. Resalta que el precepto fue socavado por sucesivas teorías regulatorias que subestimaron la capacidad

de los individuos para determinar su propio destino y e instalaron que el Estado estaba en mejores condiciones que las personas para saber lo que necesitaban. Sostiene que el CCCN incluye normas imperativas que impiden a las partes decidir sobre la forma, contenido y ejecución de los contratos, llegando, algunas veces, a imponer requisitos desmesurados para la validez de esos acuerdos. Así, mediante el mentado decreto, el Poder Ejecutivo propone alterar las regulaciones del CCCN que obstruyen el ejercicio de las libertades individuales en el ámbito contractual.

En lo concreto, modifica la redacción de los artículos 958 y 960, pertenecientes al Capítulo 1, "Disposiciones Generales". En el primer caso, mantiene la regla de que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley o el orden público. Elimina como límites a la moral y las buenas costumbres. Además, remarca que las normas legales siempre son de aplicación supletoria a la voluntad de las partes expresada en el contrato, aunque la ley no lo determine en forma expresa para un tipo contractual determinado, salvo que la norma sea expresamente imperativa, y siempre con interpretación restrictiva.

En cuanto al artículo 960, sostiene que los jueces no pueden modificar los contratos, excepto a pedido de una de las partes y cuando lo autoriza la ley. Ya no permite que, cuando se afecte de modo manifiesto el orden público, el juez lo haga de oficio.

Las transformaciones efectuadas muestran, como anticipan los fundamentos del decreto, un refuerzo de la concepción liberal que, originariamente, vio nacer el principio de la autonomía de la voluntad como reinante en materia de contratos.

Resulta evidente el interés en subrayar la supremacía del pacto entre partes por sobre la regulación estatal, aunque se advierte que la manifestación es más bien conceptual. Es así que subsisten otras normas, como el artículo 1004, que expresamente establece que no pueden ser objeto de los contratos los hechos contrarios a la moral. Es decir, aunque el artículo 958 ya no prevea a la moral como límite de la contratación, lo es de todas formas a través de la norma precitada.

(22) STIGLITZ...ob. cit., p. 535.

(23) STIGLITZ...ob. cit., p. 544.

(24) Ver, entre otros, CNCiv., Sala I, "Ortega, Rafael Fermín y otro c/Fernandes, Laura Viviana y otro s/ejecución hipotecaria", 03/05/2023.

(25) Ver CS, "Álvarez, Martín Lucero c/Moscatelli, Emanuel Guillermo y otro s/daños y perjuicios", 24/12/2023.

Aventuramos que la discordancia no modifica el temperamento del decreto, que pretende acentuar la importancia del acuerdo. Una suerte de retorno a la filosofía que inspiró el Código Civil de Vélez Sarsfield y que ya había animado a Juan Bautista Alberdi en la conformación del texto que sirvió de antecedente a la Constitución Nacional de 1853.

En ese camino, se limita el control judicial de los contratos y sólo se lo habilita cuando es a pedido de parte y en los casos en donde la ley lo admite. De nuevo, del análisis global de este precepto y las restantes normas del CCCN, surge una aparente contradicción. En materia de ineficacias de los actos jurídicos, el artículo 387 estipula que la nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta al momento de dictar sentencia. Tampoco se modificó el artículo 771 que, en materia de intereses de las obligaciones dinerarias, prevé que el juez tiene facultades para reducirlos en los supuestos allí previstos. Como se puede apreciar, las atribuciones judiciales, en este caso, son amplias.

Insistimos, más allá del impacto práctico concreto que pueda tener la norma modificada, pareciera tratarse de una directiva destinada a limitar la intervención de los jueces en los contratos entre particulares. El criterio se reitera al disponer, en materia de contratos de adhesión, que puede existir control judicial de las cláusulas abusivas, pero elimina la determinación de que, cuando el magistrado declara su nulidad parcial, simultáneamente lo debe integrar si no puede subsistir sin comprometer su finalidad (art. 989 CCCN). Surge patente, una vez más, la intención de reducir el campo de acción de los jueces, incluso en el caso de contratos de adhesión en los cuales una de las partes es la que impone su contenido.

Consideramos que las reformas efectuadas configuran una indudable manifestación de principios, en crítica al intervencionismo estatal, la regulación excesiva y el control judicial permeable. Resignifica la voluntad de las partes como creadora del contrato y de las obligaciones que de él emergen, con el alcance pretendido y en los términos concertados. Pues, a la postre,

esta novela se trata de pretensiones ideológicas, más que de concreciones disruptivas **(26)**.

La pregunta que inevitablemente nos toca sortear es si el decreto logrará su cometido educativo. Pues, tanto durante la vigencia del Código Civil original, como luego de sus diversas reformas y a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, las mismas normas se han interpretado de manera diversa según el contexto social, económico y político de cada momento. Incluso reglas expresas se han aplicado en contrario, en pos de principios considerados superiores, conforme los vaivenes de la jurisprudencia y doctrina imperante de cada época. Si efectivamente la directiva bajo análisis tendrá un impacto concreto en las relaciones entre particulares, la regulación estatal y el control judicial, el tiempo —y los múltiples ensayos y resoluciones mediante— lo dirán.

### *III.2. El contrato de alquiler*

En consonancia con lo observado en el apartado precedente, el DNU 70/2023 asevera de forma contundente que el exceso de regulación normativa derivó en inconvenientes y penurias en las convenciones privadas, especialmente en los contratos de locación de viviendas. En ese contexto, prevé la derogación de la Ley de Alquileres n° 27.551, de ciertos artículos del Código Civil y Comercial de la Nación (1202, 1204, 1204 bis, 1221 bis) y la modificación de otros (arts. 1196, 1198, 1199, 1219, 1220, 1221).

El Código Civil de Vélez Sarsfield reguló a la locación mediante múltiples normas, sobre todo de carácter supletorio. Sin embargo, el Estado intervino fuertemente en la materia desde antaño y restringió la libertad de autorregulación de forma explícita, mediante leyes imperativas **(27)**.

Es así que la ley 11.156, sancionada en 1921, modificó el temperamento del código. Estableció, entre otras cuestiones, plazos locativos, durante los cuales no podían alterarse los precios ni las condiciones del arriendo (art. 1507, CC).

(26) DNU 70/2023 - Modificaciones a los arts. 958, 960 y 988 del Cód. Civ. y Com. por Fulvio Santarelli disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=Sptrxv9vIR4> al 26-12-2023.

(27) GARRIDO CORDOBERA...ob. cit., p. 52.

Por su parte, la ley 11.157 ordenó un congelamiento de los valores y su constitucionalidad fue respaldada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El máximo tribunal, en voto mayoritario, destacó que ningún derecho, incluido el de propiedad, es absoluto y que puede ser limitado para garantizar la convivencia social (28). En cambio, en otro pronunciamiento, declaró inconstitucionales los artículos 14, 17 y 29 de la ley 11.157 y recaló que se podía reglamentar el derecho a futuro, pero no privar un bien adquirido (29). *Evidentemente, no somos tan originales en los debates actuales que reconocen similitudes y antecedentes de hace un siglo.*

Las mentadas leyes fueron sancionadas en un contexto de crisis habitacional severa por el aumento de la población. La disminución de la oferta de alquileres y el incremento de los precios inspiró a la legislación y jurisprudencia de la época a adoptar y respaldar las medidas de notoria intervención contractual. Desde entonces, los sucesivos gobiernos apuntaron en mismo sentido y se dictaron decretos y leyes que, entre otras medidas, buscaron controlar los precios, el tiempo de la locación y la posibilidad de desalojo.

En 1984 se aprobó la ley 23.091 sobre Locaciones Urbanas, que, entre otras cuestiones, determinó que el precio fuera en moneda de curso legal, estableció plazos mínimos, enumeró los supuestos de excepción, y estableció el mecanismo de ajuste del valor en base a índices oficiales (arts. 2 y 3). Muchas de sus disposiciones fueron reproducidas en la redacción original del Código Civil y Comercial de la Nación que la reemplazó (por ejemplo, los arts. 7 y 8, ley 23.091, y 1196 y 1221, CCCN).

En síntesis, evidenciamos una tradición de más de un siglo de regular especialmente el contrato de locación de viviendas, por la trascendencia que su estructura tiene en la sociedad y en el derecho de los ciudadanos a su acceso (30). A

(28) CS, “Ercolano, Agustín c/Lanteri de Renshaw, Julieta”, 21/08/1922.

(29) CS, “Horta, José c/Harguindeguy, Ernesto”, 21/08/1922.

(30) Es una manda constitucional -a partir de la reforma de 1957- que la ley debe establecer el acceso a una vivienda digna. También es receptado por tratados internacionales de jerarquía constitucional, a partir de 1994, como la

ello se le suma la consideración de si el inquilino es consumidor y, en tal caso, si se aplican las normas tuitivas del régimen.

A su vez, a partir de la Ley de Convertibilidad n° 23.928, rigió la prohibición de indexar. No obstante, se reconoció la validez de mecanismos alternativos, como fijar una suma única distribuida en cuotas o cánones iguales o la llamada cláusula de escalonamiento. También se consideró que era factible sujetar el precio de la locación por la referencia al valor de otra cosa cierta, como una determinada cantidad de litros de nafta, en el alquiler de una estación de servicio, o el precio del raviol, en una fábrica de pastas (31).

Recientemente, en el año 2020, se sancionó la ley 27.551 que modificó ciertos artículos del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de locación e incorporó otras disposiciones. Luego, se hizo una nueva reforma sobre la base de la anterior, mediante la ley 27.737. Se resalta que el decreto 70/2023 derogó la ley 27.551, pero no la segunda. Sin embargo, la ley 27.737 no regirá con respecto a los artículos del CCCN reformados o derogados por el decreto, pero sí subsisten sus disposiciones restantes (32).

Entonces, ¿qué es lo que plantea el decreto 70/2023 sobre este punto? Cambió la redacción de prácticamente los mismos artículos sobre los que versaba dicha normativa y eliminó otros, en el sentido de restringir la regulación estatal y ampliar el marco de la autonomía de la voluntad de las partes. Así, consagra su absoluta libertad para determinar la garantía, el depósito y la periodicidad del pago, con el límite de que ésta no puede ser inferior a un mes (art. 1196).

Misma solución propone en lo que respecta al precio, tanto al permitir que se determine en moneda nacional y extranjera, como en lo tendiente

Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1).

(31) RODRÍGUEZ, Silvina L., “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial”, dirigido por Ameal, Oscar J., Editorial Estudio, 2019, T. 4, comentario al artículo 958, ps. 579/581.

(32) DNU 70/2023 - Impacto en el mercado locativo. Por Luis Leiva Fernández, disponible en [https://www.youtube.com/watch?v=\\_NVgJhO4-Nc](https://www.youtube.com/watch?v=_NVgJhO4-Nc) al 27-12-2023.

a su actualización. El nuevo decreto admite que se aplique cualquier índice que las partes estimen conveniente y subraya que el locatario debe abonar la suma debida en la moneda acordada (art. 1199). En este aspecto, contraría considerablemente lo previsto por la ley 27.551, modificado por la ley 27.737, que no daba margen para establecer otro mecanismo de actualización que el expresamente indicado en la norma. En lo único que parecieran coincidir es que estos contratos no están sujetos a la prohibición de indexar emergente de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928 y sus modificatorias.

Además, así como lo menciona el decreto en la parte general, establece disposiciones supletorias a la voluntad de las partes. Por ejemplo, no estipula plazos mínimos legales, como lo hacían sus antecedentes normativos, sino que los prevé para el caso de que las partes no los pacten (art. 1198). La primacía de la voluntad se reitera al referir que los intervinientes pueden convenir causales de resolución imputables al locatario (art. 1219).

Otras modificaciones tienden a fortalecer la figura del locador, mientras que las legislaciones anteriores tendían a proteger al locatario, concebido como la parte débil del contrato. Así, se precisa que la resolución es imputable al locador cuando incumple la obligación de conservar la cosa con aptitud para el uso y goce convenido —regla que ya existía— y se agrega la excepción de que el daño haya sido ocasionado directa o indirectamente por el locatario (art. 1220). Gracias a la derogación del artículo 1202, el locador tampoco debe pagar las mejoras necesarias hechas por el locatario, si no fue convenido. A su vez, por la derogación del 1204 bis, el locatario no puede compensar los gastos y acreencias a cargo del locador de pleno derecho con los cánones locativos.

También se indica que si el locatario pretende rescindir el contrato de manera anticipada, lo puede hacer en cualquier momento, pero debe abonar el equivalente al 10% del saldo del canon locativo futuro (art. 1221). Esto resulta una novedad. A diferencia de la redacción original del CCCN y de la ley 27.551 —esta última todavía más benevolente con relación al locatario, al permitirle no pagar indemnización en caso de que anticipara la notificación tres meses—, el decre-

to plantea que el inquilino siempre debe abonar una suma en caso de finalizar el contrato antes de lo pactado. La solución es proporcional al tramo recorrido y no tarifada: cuanto más tiempo reste del plazo, mayor será la cantidad de alquileres pendientes y, por ende, la indemnización a pagar.

Se plantea que el término canon utilizado en el decreto no es sinónimo de precio, pese a que pareciera utilizarse como tal, porque incluye otros conceptos como, por ejemplo, las expensas, lo que implica un contrasentido porque no podría anticiparse a futuro su valor **(33)**. Este aspecto deberá aclararse.

La finalidad de la norma se hace evidente en lo que refiere al artículo 1221 bis, incorporado por la ley 27.551 y derogado por el DNU. La norma sujetaba a las partes a negociar la renovación del contrato ante la convocatoria de la otra. Tampoco subsiste el deber de registrar el contrato ante la AFIP. El decreto desincentiva la intervención estatal y exacerba la autonomía de la voluntad de las partes para regular las relaciones particulares. Hacia ese norte apuntan las reformas indicadas.

La sanción de la ley 27.551 provocó un debate en cuanto a la utilidad de inmiscuirse de manera tan severa en la estructura del contrato de alquiler de viviendas. A un año y medio de su aplicación, distintos sectores políticos coincidieron en que no logró su cometido de dar tranquilidad a los involucrados y evitar la suba de alquileres **(34)**.

El nuevo decreto es, definitivamente, una alternativa disímil que teoriza que las partes pueden elaborar el mejor contrato posible, a su medida. Su conveniencia y eficacia la develará la experiencia de su aplicación, si es que el decreto, finalmente, ve la luz.

(33) DNU 70/2023 - Impacto en el mercado locativo. Por Luis Leiva Fernández, disponible en [https://www.youtube.com/watch?v=\\_NVgJhO4-Nc](https://www.youtube.com/watch?v=_NVgJhO4-Nc) al 27-12-2023.

(34) Errepar, “¿Se modificará la ‘ley de alquileres’? Qué dicen las inmobiliarias, los inquilinos, y el Gobierno sobre los proyectos que hay en el Congreso”, 22-2-2022, disponible en <https://www.erreius.com/actualidad/14/civil-persona-y-patrimonio/Nota/1529/se-modificara-la-ley-de-alquileres-que-dicen-las-inmobiliarias-los-inquilinos-y-el-gobierno-sobre-los-proyectos-que-hay-en-el-congreso-al-25-12-2023>.

### III.3. Obligaciones en moneda extranjera

El pago implica el cumplimiento específico, espontáneo y circunstanciado de la prestación debida. Es un acto jurídico y es el modo extintivo de las obligaciones por excelencia. Para que el pago sea válido, debe cumplir con determinados requisitos: de *identidad, integridad, puntualidad y localización* (art. 867, CCCN). El primero de ellos implica que el deudor debe cumplir exactamente con la prestación debida y no con otra (art. 868, CCCN).

En materia de obligaciones que nacen de contratos, el principio de identidad responde directamente al de autonomía de la voluntad. Se debe respetar lo acordado por las partes, en la medida en que no se vulneren los límites fijados por la ley. Si el deudor, carpintero, tiene que entregar a un cliente una silla, no cumple su obligación dando una mesa. Si el acreedor lo aceptara, sería válido (lo que, más que un pago, implicaría una dación en pago, otro modo extintivo). Pero, en ese caso, es precisamente un nuevo pacto entre partes el que permite modificar los términos originales del acuerdo.

Sin embargo, en el caso de las obligaciones de dar moneda extranjera, se desdibuja ese principio. Aunque las partes pacten expresamente que el deudor debe entregar cierta cantidad de dólares estadounidenses, se discute si ello necesariamente debe ser así o si puede, por ejemplo, cumplir dando el equivalente en pesos argentinos. Lo curioso es que no se genera el mismo debate con respecto a otro tipo de prestaciones.

Postulamos que ello se debe a que el recurso de la moneda extranjera se utilizó en nuestro país, en reiteradas oportunidades, como un mecanismo para paliar la inflación. Ello ante las limitadas alternativas teóricas para mantener el equilibrio contractual (esquemas de precio variable para las diferentes etapas del contrato, mecanismo de renegociación y ajustes periódicos o indexación, esto último prohibido por la ley vigente) (35).

(35) ALTERINI, Jorge H., DIEHL MORENO, Juan M., PAOLANTONIO, Martín E., "Obligaciones en moneda extranjera y el Código unificado", Revista del Notariado 921, 1-7-2016, 9, Cita Online: AR/DOC/4376/2015.

En un sistema nominalista como el nuestro, el deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos, la cumple entregando, el día de su vencimiento, la cantidad nominalmente expresada, sin posibilidad de aplicar un sistema de estabilización o reajuste. Con independencia a la variación del poder adquisitivo producida entre la constitución y el pago de la deuda. Esta ficción legal (que el valor jurídico y el económico coinciden) deriva en la utilización de la moneda extranjera como un parámetro de mayor estabilidad (36).

Los vaivenes de la economía argentina y las decisiones adoptadas en materia de política económica expanden sus efectos a las obligaciones de dar moneda extranjera y su regulación jurídica. Por ejemplo, la Ley de Convertibilidad n° 23.928, del 27 de marzo de 1991, fue dictada con la finalidad de lograr una moneda estable y terminar con la inflación en el país. Impuso un cambio sustancial en el régimen monetario imperante hasta entonces y estableció la conversión del austral (moneda de curso legal) con el dólar de los Estados Unidos de América. Hasta este entonces, se utilizaba a la moneda extranjera como un estabilizador, pero, al momento de pago, la deuda se satisfacía en pesos. A partir de ese momento, se consagró que cualquier obligación contraída en moneda extranjera debía cumplirse dando la especie designada y no su equivalente en moneda de curso legal (modificación de los artículos 617 y 619 del Código Civil) (37).

Luego, la ley 25.561 y sus modificatorias, además del decreto 214/2002 y otras normas complementarias, dispusieron la transformación a pesos de todas las obligaciones de dar moneda extranjera. Sin embargo, se mantuvieron las reformas del Código Civil que las permitían, aunque con múltiples límites para su concertación (38).

Por su parte, el Anteproyecto del CCCN dispuso que si se estipuló dar moneda que no sea de

(36) TRIGO REPRESAS, Félix A. "Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", La Ley Uruguay 2012-12, 1493, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/5351/2012.

(37) Ibidem.

(38) Ibidem



curso legal en la República, la obligación debía considerarse de dar suma de dinero. Además, establecía que el deudor debía entregar la cantidad correspondiente a la especie designada, sea en moneda de curso legal o no (arts. 765 y 766). En los fundamentos, los autores manifestaron haber respetado los principios del derecho monetario argentino y mantenido el sistema nominalista, así como la equiparación entre la moneda nacional y la extranjera.

Sin embargo, la redacción fue modificada por el Poder Ejecutivo, de forma tal que, si la prestación consistía en dar moneda que no sea de curso legal, la obligación debía considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podía liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal. Es decir, habilitó que, pese a que una deuda fuera pactada en dólares, el deudor pudiera liberarse frente al acreedor entregando su equivalente —lo que sea que esto signifique— en pesos. En el artículo siguiente, mantuvo la premisa de que el deudor tenía que entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, pero eliminó la referencia a que aplicaba tanto a las prestaciones de dar moneda de curso legal como a las que no.

Ante la vigencia del CCCN, la crítica sobre este aspecto fue inmediata. Por un lado, porque el texto indicaba que las obligaciones de dar moneda extranjera eran de dar cantidades de cosas, pese a que esta categoría había sido eliminada del código. Por otra parte, porque encerraba una contradicción. El artículo 765 admitía que las obligaciones que consistieran en dar moneda extranjera fueran canceladas mediante su equivalente en pesos. A renglón siguiente, el artículo 766 parecía disponer lo contrario al estipular que el deudor debía cumplir entregando la cantidad en la especie designada. La pluma interventora del Poder Ejecutivo se hizo notar.

Se judicializaron cantidad de casos en los que la parte deudora pretendió abonar la prestación, originariamente pactada en dólares, entregando la suma equivalente en pesos. Entre otros argumentos, invocaron la imposibilidad de cumplimiento por la existencia de un cepo cambiario. Frente a ello, múltiples pronunciamientos, en coincidencia con la doctrina imperante, resaltaron que la opción prevista en el artículo 765 no era de orden público y, por ende, las partes po-

dían dejarla sin efecto en uso de la autonomía de la voluntad (39).

La consecuencia fue evidente. Interpretada que es una norma supletoria, las partes podían pactar en sus contratos que la prestación debía cumplirse, necesariamente, en moneda extranjera, sin que el deudor pudiera recurrir a la opción del artículo 765 del CCCN. Esta interpretación se colige con el principio de identidad que inspira todas las obligaciones, incluso las de fuente contractual: *el deudor debe cumplir exactamente la prestación debida*.

Alcanzado este punto, nos volvemos a preguntar, ¿qué es lo que plantea el decreto 70/2023 para ese tipo de obligaciones? Una vez más, refuerza la autonomía de la voluntad de las partes para plantear los términos de su contrato y las obligaciones emergentes del mismo y excluye la potestad de los jueces, como expresamente afirma en los fundamentos, para compeler al acreedor a aceptar un pago distinto al convenido.

El decreto propone retornar al criterio consagrado en el Anteproyecto del CCCN, conforme razonó una de las redactoras, la distinguida Dra. Kemelmajer de Carlucci (40). En lo que respecta al artículo 766, retoma el mismo texto propuesto en el Anteproyecto (el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene).

En cuanto al artículo 765, define que es obligación dineraria tanto la que si se debe, al constituir la obligación, cierta cantidad de moneda, sea

(39) CNCiv, Sala F, “Fau, Marta René c/ Abecian, Carlos Alberto y otros s/ consignación”, 25/08/2015; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, “Di Prinzio, Marcelo Ceferino y otro/a c/ Chiesa, Carlos Javier s/ cumplimiento de contratos civiles/comerciales”, 14/02/2017; entre otros. Recientemente, la Corte Suprema de la Nación rechazó por improcedente un recurso de queja interpuesto contra una sentencia de la Cámara Civil que se expedía en ese sentido, adquiriendo firmeza la decisión. “Las deudas de contratos en moneda extranjera deben pagarse en esa moneda”, Errepar, 19-12-2023, disponible en <https://documento.errepar.com/actualidad/deudas-de-contratos-en-moneda-extranjera-pautas-de-la-csjn> al 26-12-2023.

(40) Entrevista disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=Fk2hCofZR18> al 26-12-2023.

de curso legal o no. Subraya que el deudor sólo se libera si entrega las cantidades comprometidas en la moneda pactada. Ello implica que les aplica el mismo régimen a las obligaciones de dar dinero en moneda de curso legal como a las que no tienen. Además, prescinde de la categoría de obligaciones de dar cantidades de cosas, inexistente en el CCCN.

Por otra parte, al incluir a las monedas que tienen curso legal como a las que no, se interpreta que podría extenderse a las criptomonedas, sobre todo a partir del reconocimiento —por parte de algunos países soberanos— del Bitcoin como moneda de curso legal (41). Finalmente, refuerza que los jueces no deben intervenir en lo acordado e incluye una directiva expresa en ese sentido.

Se consagra la autonomía de la voluntad por antonomasia.

#### IV. Conclusiones

Finalizando este recorrido, nos encontramos en condiciones de afirmar que este DNU representa un hito visceral en la historia política y jurídica argentina. Marca un claro viraje hacia una desregulación significativa. En su esencia, busca reactivar la economía con el fin último de pulverizar la persistente crisis de inflación que afecta a nuestro país. Sin embargo, su derrotero va más allá del desafío económico y se entrelaza con el terreno del derecho constitucional, civil y la dinámica de los poderes políticos del Estado, entre otros tantos temas institucionales sensibles.

El decreto también nos inspira una reflexión en torno al equilibrio entre la agilidad en la toma

---

(41) NEGRI, Nicolás J., “Doctrina TR La Ley: Obligaciones Dinerarias. Un análisis exegético según el régimen jurídico del DNU 70-2023”, LA LEY 21/12/2023.

de decisiones gubernamentales y el respeto por los procesos democráticos. Y si bien su verdadera incidencia, o incluso su validez y vigencia, son una incógnita, sin duda es una respuesta audaz y concreta frente a las adversidades económicas y burocráticas existentes. Su verdadero impacto dependerá, y mucho, de cómo se lleven a cabo los cambios propuestos y de qué modo, finalmente, se adapten las personas.

Como nota de color y en clave intelectual, vale observar cómo un DNU pone de relieve la importancia de la adaptabilidad y la resiliencia de las estructuras económicas y jurídicas de nuestro país. Es notable la capacidad constante que tiene Argentina para navegar en aguas turbulentas. Las derogaciones y modificaciones que propone el decreto invitan a repensar la evolución de la relación entre el Estado y el sector privado. En materia económica, desregular implica una mayor participación privada. En la esfera legal, se acentúa la autonomía de la voluntad y la preponderancia del individuo por sobre el Estado para delinear el vínculo entre particulares.

Se plantean, a su vez, interrogantes en el panorama social. ¿Cómo se verán afectados los sectores más vulnerables de la sociedad? ¿Qué sucede con el Estado de bienestar y la equidad social? El análisis de lo jurídico adquiere sentido en la medida en que se considere el impacto social de las decisiones adoptadas. Insistimos, la experiencia demostrará si el camino adoptado nos conduce a un mejor puerto.

Con esta primera aproximación a algunos de los temas medulares del DNU 70/2023, pretendemos acercarle al lector un análisis del posible impacto de tales modificaciones. Debemos dejar operar a los mecanismos republicanos de frenos y contrapesos que dirigen nuestro sistema democrático para comprender la real incidencia de esta voluntad política.

# El DNU 70/2023 y su impugnación judicial

Jorge A. Rojas (\*)

Sumario: I. Introducción.— II. Vías de impugnación.— III. A modo de conclusiones.

## I. Introducción

Se acaba de sancionar por parte del Poder Ejecutivo el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 bajo el título de “Bases para la reconstrucción de la economía argentina”, a través del cual se persigue, según su primer artículo, la declaración de emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social hasta el 31 de diciembre de 2025.

Para ello, su segundo artículo propone la desregulación del actual sistema económico y, para cumplir ese fin, señala que se dispondrá la más amplia desregulación del comercio, los servicios y la industria en todo el territorio nacional y quedarán sin efecto todas las restricciones a la oferta de bienes y servicios, así como toda exigencia normativa que distorsione los precios de mercado, impida la libre iniciativa privada o evite la interacción espontánea de la oferta y de la demanda.

Todo ello impone la necesidad de advertir que se promueve llamativamente por vía de un decreto de necesidad y urgencia, un nuevo sistema económico, que provoca el desbaratamiento de estructuras montadas sobre las bases del sistema anterior, en donde el Estado cumplía un rol fundamental, con lo cual se pueden ver afectados derechos adquiridos al amparo de ese anterior sistema económico-financiero, y adviértase como señala el art. 1, que esa emergencia no solo apunta a esos aspectos, sino además al ámbito fiscal, al administrativo, al previsional, al ámbito sanitario, a las tarifas de los servicios, y en for-

ma genérica se indica que también es social y se agrega que se va a extender por los próximos dos años.

Los decretos de necesidad y urgencia están contemplados dentro del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, que conviene destacar que establece un principio liminar y una excepción.

Del principio surge que el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Y de la excepción surge que “cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de 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...”

Con lo cual la cuestión que se genera, y que es la que ha provocado innumerables críticas —con sobrados fundamentos muchas de ellas— es la razón por la cual el Gobierno ha decidido el tránsito por esta vía, sin perjuicio de que se han sustentado esas razones en los fundamentos que surgen de los considerandos del DNU.

Agrega el art. 2 en su parte final, que se va a dictar la normativa que resulte necesaria a los fines de alcanzar las metas fijadas por el DNU, pues señala que se reglamentarán los plazos e instrumentos a través de los cuales se hará efectiva la desregulación dispuesta en el párrafo anterior, circunstancia que importa exhibir a través del DNU en cuestión, un primer paso para un futuro continuo en esta línea, y eventualmente que puedan acontecer ajustes necesarios para su adapta-

(\*) Profesor Titular Ordinario de Derecho Procesal Civil y Comercial (UBA).

bilidad a la nueva realidad que se intenta transitar.

Con lo cual, es evidente el anuncio de muchas más regulaciones para contemplar la situación de emergencia que anuncia su primer artículo, sobre todo por la extensión que tiene esa norma.

Junto con su promulgación en el B.O. del 21 de diciembre de 2023, aparecieron infinidad de comentarios, desde luego a favor y en contra, todos apuntando a su validez o invalidez constitucional, aspectos que desde luego no son menores, pero que conviene despejar en su análisis, a fin de evitar superposiciones de carácter conceptual, que tal vez en lugar de clarificar la situación que se plantea, obstruyan una mirada desapasionada.

Ello obedece a que asisten muchas razones desde el punto de vista político para formular objeciones al DNU en cuestión. Resulta extraño pensar que por esa vía se modifiquen normas de derecho sustancial, como las que hacen al quehacer cotidiano de las personas (v.gr. en materia laboral, o en materia de locaciones, entre otras), sin una lesión evidente al debido proceso legal por la sustantividad de sus contenidos.

Por lo tanto, conviene distinguir dos planos de análisis claramente diferenciables, uno es el político, para el cual se han alzado voces de todo tipo a favor y en contra del DNU, pero este ámbito no es materia que se pueda abordar en estas líneas, por más que la carga emotiva que sustenta al decreto pueda llevar un sesgo en aquel sentido.

Importa señalar desde el punto de vista jurídico, el alcance a través del cual se puede analizar y eventualmente impugnar este DNU, para lo cual se formularán algunas reflexiones, teniendo en cuenta no solo la letra de la Ley Fundamental, sino además la doctrina del Máximo Tribunal del país, y la normativa que habilita el acceso a la jurisdicción a esos fines, que en definitiva es el aspecto central que anima estas líneas.

Para ello conviene tener en cuenta que existe un criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en relación a los DNU sentado en el caso Verrocchi, señala que “para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente 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; 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”.

“Corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite la facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales, para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente funciones legislativas” (1).

La particularidad que es necesario señalar a fin de distinguir la doctrina sentada por el Alto Tribunal, en los precedentes referidos en la nota anterior, en donde se trataba en uno de ellos una cuestión tributaria y en otro una cuestión vinculada a las compañías aseguradoras, es que si bien en ambos supuestos se trataba de un DNU, él solo contenía un aspecto a evaluar, a diferencia del DNU aquí analizado que no contiene una materia en su tratamiento, sino que por el contrario es numerosa la cantidad de materias que se abordan.

Desde la derogación de leyes, pasando por la reforma de sistemas de comercialización, como la modificación del régimen de warrants que es una ley que data de 1914, pasando por la modificación de la Ley de Contrato de Trabajo, de la Ley de Asociaciones Sindicales, del Código Civil y Comercial de la Nación, del Código Aduanero, del Sistema de Salud, de la Ley de Deportes, entre muchas otras materias, que se señalan a fin de exhibir la particularidad que distingue a este DNU.

Evidentemente se enfrenta una situación distinta a las comunes —por tradicionales— en donde un DNU era aceptado o no por el Congreso, pero siempre apuntaba a un contenido determinado, lo que hace más concentrado su análisis y evaluación.

En todos los casos siempre la Corte apuntando a la doctrina sentada en Verrocchi, señalaba

---

(1) Fallos 322:1726; doctrina luego confirmada en Consumidores Argentinos (Fallos 333:633).

la importancia de analizar desde el principio que contempla el art. 99 que inhibe las facultades legislativas del Ejecutivo, si la vía excepcional había sido ejercido dentro de los límites de razonabilidad que implica la observancia del art. 28 de la Ley Fundamental, para dirimir así la proporcionalidad de las medidas adoptadas a la luz de los fines perseguidos, teniendo en miras los requisitos de necesidad y urgencia, y las restricciones que impone el tercer inciso del art. 99 de la Constitución.

En el caso de este DNU, la particularidad que se puede advertir *ab initio*, es que resulta atípica la situación que se plantea por la desmesura que tiene, no solo por la extensión en sí misma, sino por la variedad de las temáticas que se abordan.

Frente a esta realidad, se analizarán los sistemas con los que se cuenta para el caso de que exista una afectación de derechos, aspectos que se tratan en las siguientes líneas a desarrollar.

## II. Vías de impugnación

*Prima facie*, la expedición del decreto y las vías que se le imprimieron a su trámite, conforme lo dispuesto por su art. 365, darían cuenta de la legalidad de los procedimientos observados para apuntalar su eventual validez (o no), pues ese aspecto quedará librado a la inferencia que le cabe al Poder Legislativo (art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional).

Sin embargo de los precedentes antes citado, también se desprende que la Corte ha interpretado que: “Es atribución de la Corte evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto” (2).

Por lo tanto, también esta potestad del Ejecutivo encuentra un límite en la interpretación que ha hecho la Corte, al considerar que no está exenta de revisión, la discrecionalidad con la que

el Poder Administrador ejerza esas facultades que le brinda el inc. 3 del art. 99.

Si por vía de hipótesis, del control que le cabe al Poder Legislativo, se convalidara lo actuado por el Ejecutivo, la posibilidad que se brinda desde la normativa que resulta de aplicación, es impugnar la validez del DNU desde el punto de vista judicial, por lo cual la pregunta que cabe formular en su caso, sería cuál es el camino a transitar a esos fines, y qué recaudos se deben observar.

Para ello conviene distinguir distinto tipo de situaciones, pues unas apuntan a una vía directa para su impugnación, las que podrían estar representadas por el proceso de amparo, sistema por cierto restringido por sus alcances; y la otra vía —más amplia— por la acción de inconstitucionalidad.

Sin embargo, queda otra hipótesis más para tener en cuenta, que también tramitaría por una vía incidental, que son los procesos judiciales que se encuentran en trámite, y sobre los cuales el DNU en cuestión, podría tener algún impacto, razón por la cual merecería un tratamiento diferenciado.

A su vez, para todo ello, conviene no perder de vista la doctrina sentada desde siempre por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que considera que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad, que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación violenta el derecho o la garantía constitucional invocados, principio que debe aplicarse con criterio estricto cuando la inconstitucionalidad se plantea por la vía excepcional de la acción de amparo y la arbitrariedad e ilegalidad invocada requiere de actividad probatoria significativa, precisamente por no ser manifiesta (3).

Sin perjuicio de ello, como seguidamente se analiza, dos aspectos surgen importantes a tener

(2) Fallos 322:1726.

(3) Fallos 338:1444.

en cuenta a partir de la doctrina de la Corte Suprema que fuera esbozada hasta aquí.

Uno de ellos apunta a la convicción cierta que produzca el convencimiento de que su aplicación puede implicar la vulneración de derechos o garantías constitucionales que se invoquen, tarea que —conforme los antecedentes expuestos— la Corte ha reservado para sí; y por otro lado, que la arbitrariedad o ilegalidad deben ser acreditadas si no resultan manifiestas como lo requiere el art. 43 de la Constitución Nacional.

Ello al margen de la evaluación primera y primordial que implica el análisis del principio que consagra el art. 99 y su excepción, para inferir luego si se observan esos recaudos liminares para la validez formal del DNU en cuestión.

### *II.1. Amparo*

Conviene despejar algunos aspectos, no solo con relación al amparo, para conocer si esta es la vía adecuada para su impugnación. Ello obedece a que existen distinciones que conviene tener en cuenta a esos fines. La primera y principal resulta de la amplitud o la restricción que corresponderá atribuirle a esta vía, toda vez que, si bien habilita la declaración de inconstitucionalidad de una norma, aspecto que recoge claramente el art. 43 de la Constitución Nacional, luego de la reforma del '94, también requiere de la concurrencia de otros recaudos para su viabilidad, y el fundamental y más contundente para definir su procedencia, resulta la existencia de una "arbitrariedad o ilegalidad manifiesta".

Es aquí donde se empieza a angostar este mecanismo, toda vez que la arbitrariedad implica la falta de razonabilidad, es la actuación sin fundamentos, o la falta de proporcionalidad adecuada de medios afines, que permita advertir la incongruencia de la medida adoptada a la luz del fin perseguido, o en otros términos la falta de fundamentación adecuada para sustentar lo que se hubiera normado a los fines que se persiguen.

Y en este sentido, resulta oportuno reiterar el criterio —absolutamente reciente— de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para distinguir la arbitrariedad de una decisión, con el ejercicio de facultades que giran dentro de la esfera del órgano emisor de la norma que se trate.

Ha sostenido la Corte que: el control jurisdiccional de los actos primordialmente discrecionales encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en el respeto de la legalidad, conformada por los elementos reglados de la decisión (entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto) y por otro, en el examen de su razonabilidad o ausencia de arbitrariedad; pero ese control judicial no puede traducirse en la sustitución de los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia adoptados por el órgano competente, de conformidad con las pautas definidas en la normativa aplicable al caso (4).

Esto lleva indefectiblemente al análisis de las potestades del Ejecutivo para el dictado del DNU en cuestión, y resulta evidente que a la luz de lo expuesto, conforme al art. 99 inc. 3 su actuación podría quedar enmarcada en la legitimidad de lo que esa norma contempla, aunque existen muchos aspectos que rayan un claro exceso, por lo que el análisis deberá hacerse en forma particularizada.

Luego convendrá reposar la mirada en el análisis de sus fundamentos, pues es allí en donde aparecen —entre otros aspectos— la oportunidad de su dictado, por la concurrencia de factores que hacen a la necesidad y la urgencia de la adopción de las medidas de las que se trate.

Pero este análisis de la urgencia y la necesidad de las medidas no puede formularse en forma genérica, con la mirada solo "política" a la que se hacía referencia antes, sino que debe formularse concretamente con relación a la situación que en particular se plantee a los fines de demostrar la presunta ilegalidad del decreto, esto es una actuación contraria a derecho, que no surge de la simple sanción del DNU por parte del Ejecutivo, sino de su aplicación concreta, como asimismo de la posible arbitrariedad que presente, que tampoco surge en forma general, sino de la concreta falta de razonabilidad que se deberá plantear para su demostración.

Ambos aspectos tienen que ver con la función primordial que cabe a la jurisdicción, que en este

---

(4) Del voto de los jueces Rosatti y Maqueda in re "Poggio, María Marta c/Procuración General de la Nación y Otros/Varios", 07/12/2023, TR LALEY AR/JUR/168313/2023.

caso debe apuntar, como la raíz etimológica del término lo indica (*ius-dicere* ó *iuris-dictio*; esto es decir el derecho), que en este caso se impone la necesidad de que el órgano jurisdiccional diga cuál es el derecho en disputa, si el que surge de la letra del DNU, o el que invoque quien resulte el justiciable, que para ello deberá indicar en qué consiste la violación de su derecho y además acreditarlo.

En la órbita nacional, conforme al viejo art. 2 de la ley 27, la jurisdicción interviene cuando existe un caso contencioso, que no se conforma con la sola petición de una parte que impugna la validez de una norma, sino con la demostración de las razones —dentro de un proceso de amparo— de porque esa norma resultaría inconstitucional.

Este aspecto tiene que ver con el primer aspecto que surge del art. 43 de la Constitución Nacional, que señala que a través de la norma que se reputa inconstitucional, se lesione, restrinja, altere o amenace, con la nota distintiva señalada, esto es con “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta”, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.

Desbrozar estos aspectos lleva al análisis del principio de razonabilidad que contempla el art. 28 de la Ley Fundamental, que señala que los principios, derechos y garantías que se contemplan en la primera parte de la Constitución, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Y aquí se hace más estrecho el camino impugnativo, pues surge claramente de este principio liminar, la necesidad de la demostración de la violación de una norma de la primera parte de la Constitución, o de un Tratado, o de una ley, por lo tanto, se podrán ponderar violaciones que se pueden presumir en forma abstracta, pero que es necesario concretar y precisar a los fines de la declaración de inconstitucionalidad que se persiga.

Hasta aquí podría quedar enmarcado el amparo como el típico proceso individual, cuya sentencia producirá efectos solamente entre las partes involucradas.

Pero existe también contemplado en el art. 43 de la Constitución el amparo colectivo, esto es el

que puede involucrar a una clase determinada, que no se puede pasar por alto que, en el DNU, los excesos en los que se incurre, por la voluminosa cantidad de materias que se tratan, pueden abarcarlas.

Un ejemplo se puede advertir en la injerencia que ha tenido el DNU en relación al ejercicio de la profesión de los médicos, o de los farmacéuticos, creando restricciones y condicionamientos que eventualmente podrían motivar amparos colectivos en protección de la clase afectada, para lo cual las características antes descriptas se mantienen, solo que conviene distinguir la representación adecuada de quien promueva esa acción, como asimismo su adecuada representatividad, con la posibilidad en su caso de que una eventual sentencia beneficie, por sus efectos erga omnes, a la clase involucrada.

Del mismo modo se pueden ver afectados, trabajadores, o sindicatos, por las reformas que se introducen a la legislación laboral, que han sido señaladas con absoluta contundencia por Ackerman (5), lo que podría habilitar una vía colectiva como la señalada.

Para todo ello, corresponderá entonces un análisis pormenorizado de la situación que se pretende plantear, por la vía que se decida transitar, toda vez que la Corte Suprema considera que la acción de amparo constituye un remedio de excepción, y es inadmisibles cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto o conducta que se impugna, requiere amplitud de debate y de prueba, extremos cuya demostración es decisiva para su procedencia e imprescindibles, por lo que si bien dicha acción es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de

(5) ACKERMAN, Mario E.; quien expone razones de peso para señalar la nulidad que conllevaría la reforma que se propone en el ámbito del Derecho del Trabajo, “Una reforma laboral impudicamente perversa y viciada de nulidad insanable que lastima a la democracia y agrede a la libertad”. [www.rubinzalonline.com](http://www.rubinzalonline.com); boletín del 26.12.23, cita 734/2023.

juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal **(6)**.

Estas circunstancias permiten advertir que la vía del amparo, en tanto se trate de un amparo individual, como de uno colectivo, resulta absolutamente restringida, por el conocimiento sumarísimo que impone a la jurisdicción y requiere de una de esas dos notas típicas que la definen como tal para su andamiaje, razón por la cual conviene analizar la vía de un proceso de conocimiento que permita una mayor amplitud de debate y prueba, como resultaría la acción declarativa de inconstitucionalidad.

## *II.2. Acción (rectius: pretensión) declarativa de inconstitucionalidad*

El art. 322 del Código Procesal Nacional contempla la mal llamada acción meramente declarativa **(7)**, y es bien sabido que la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, consolidada ya hace muchos años, ha admitido bajo esos pliegues a la que se denominó acción de inconstitucionalidad.

A través de la primera se perseguía brindar certidumbre a una determinada relación jurídica, por la cual las partes involucradas tuvieran necesidad de definir sus conductas para el cumplimiento de las obligaciones que habían asumido, todo ello cuando no existiera otro medio idóneo para lograrla.

Por el contrario, aunque en línea con la primera, a la acción declarativa de inconstitucionalidad conviene destacarla como aquella destinada a impugnar la constitucionalidad de una determinada norma, para lo cual la Corte Suprema ha superado un valladar —otrotra inexpugnable— que consistía en el reconocimiento del caso o controversia para poder intervenir, admitiendo la posibilidad de su interposición dentro de los parámetros del art. 322 del Código Procesal Nacional **(8)**.

(6) Fallos 335:1996.

(7) Ver SALGADO, José María; Civil Procedure Review, v. 12, nro. 1, jan-abr. 202, p. 155.

(8) La Corte si bien rechazó la acción que había promovido una empresa, señaló —conforme el dictamen de la Procuración— que no se habían acreditados los recaudos que permitieran determinar los perjuicios que ocasionaba

En el precedente de la nota antes citada, más allá de los avances pretorianos que mantuvieron esa línea de trabajo de la Corte, se señaló que los recaudos que debían ser observados para la viabilidad del ejercicio de esta pretensión, eran los siguientes: a) un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica; b) que haya interés jurídico suficiente en el accionante, en el sentido que la falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor; c) que no se dispusiere de otro medio legal idóneo para ponerle término de inmediato a esa falta de certeza.

Con lo cual, como se infiere de los presupuestos que la Corte reconoce para la procedencia de esta vía procesal, un estado de incertidumbre se genera por la existencia de un caso concreto, en donde la norma (o las normas) cuya invalidación se persigue, permitirían obtener la claridad suficiente a través de la decisión de la Corte sobre una determinada relación jurídica, sea su existencia, su alcance o sus modalidades, de modo que el planteo no se constituya en una mera consulta, sino en una controversia concreta que requiera de una decisión dirimente en punto a la pretensión deducida.

Por otro lado, y como otro requisito coadyuvante a la procedencia de la vía analizada, se requiere que exista un interés jurídico suficiente en el accionante, de modo de evitar que esa falta de certeza en la relación jurídica de la que se trate le ocasione un perjuicio o lesión actual.

Esto no es más que acreditar legitimación suficiente, como condición del ejercicio del derecho de acción, aun entendido en sentido amplio, a los fines de señalar que se trata de su aplicación a una situación concreta y determinada la falta de certeza que se trata de aventar, a través de la declaración de inconstitucionalidad que se persiga.

Este aspecto además se ve condicionado a la inexistencia de otra vía legal idónea para superar la incertidumbre que se genera, a la luz de la normativa que se reputa inconstitucional, aspec-

el reclamo de índole tributaria que se había formulado, no obstante lo cual admite que por la vía de la acción llamada meramente declarativa, se formule un planteo de inconstitucionalidad, dando así origen a la doctrina que se aludió (Fallos 310:142, in re “Gomer S.A. c/Pcia. de Córdoba”).



to colindante con la pretensión de amparo y que conviene deslindar.

Para el amparo, quedó señalado que los recaudos fundamentales que demuestran su viabilidad son, además de la restricción en el conocimiento de la jurisdicción, lo que lo hacen un proceso en donde el debate no es la regla, la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, por lo cual aquello que resulta manifiesto, es evidente que no requiere de mayor entidad probatoria, pues con la demanda y eventualmente la prueba concreta que se acompañe, puede resultar suficiente para tener por acreditada su viabilidad.

En cambio es distinta la situación que se presenta en la acción declarativa de inconstitucionalidad, toda vez que los presupuestos que hacen a su procedencia, no giran solo en derredor de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, sino que apuntan a la posibilidad de acreditar, por vía de mayor debate y actividad probatoria, en un proceso de conocimiento más amplio, la inconstitucionalidad que se alegue para la remoción de la legislación que afecta derechos de neta raigambre constitucional, sea porque estén consagrados en la letra de la Ley Fundamental o en la de un Tratado al que adhirió nuestro país, que puede no serlo únicamente los de Derechos Humanos que se contemplan en el art. 75 inc. 22 de la Constitución, u otros que pueden resultar derechos legítimamente adquiridos a la luz de la preceptiva legal que los hubiera concedido (9).

En línea con lo expuesto ha resuelto la Corte que lo fundamental de la tacha de arbitrariedad adolece de vicios insalvables, si reposa sobre la consideración de circunstancias de hecho

(9) Corresponde revocar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del artículo 245, párrafos segundo y tercero, de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, en cuanto impone un tope a la base de la indemnización por antigüedad, pues si bien la cámara sostuvo que la aplicación del tope del citado artículo por su remisión al promedio de la escala convencional, resta eficacia al sistema previsto para reparar el despido arbitrario respecto de los trabajadores de mayores ingresos, vulnerando la garantía del artículo 14 bis y el artículo 16 de la Constitución Nacional, no brindó suficientes argumentos que evidencien que la fórmula diseñada por el Congreso de la Nación -en ejercicio de facultades que le son propias- con los resguardos de validez impuestos por la Corte, resulta lesiva de las garantías constitucionales que invoca. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite- Fallos 344:3700.

y prueba, acerca de las cuales la recurrente no demuestra de forma nítida, inequívoca y concluyente que su ponderación haya importado un grave menoscabo a las garantías constitucionales invocadas que, asimismo, exhiba relevancia bastante para hacer variar la suerte de la causa (10).

Por lo tanto, conforme lo expuesto hasta aquí, no cabe efectuar la declaración de inconstitucionalidad de una norma, sino cuando la repugnancia del precepto con la cláusula constitucional invocada sea manifiesta, requiriendo de manera inexcusable un sólido desarrollo argumental y la demostración de un agravio determinado y específico (11).

Estos antecedentes dan cuenta que la declaración de la inconstitucionalidad de una norma (o varias), requieren —a la luz de la vía aquí abordada— la demostración de un perjuicio concreto al accionante (12), y la demostración concreta de esos perjuicios que es evidente que no se pueden circunscribir a la presunta ilegalidad genérica del amplio contenido del DNU 70/2023, que si bien llama la atención por su diversidad y volumen, no es menos cierto que esa potestad en la creación y alcance es de incumbencia del Ejecutivo, conforme lo contempla el propio art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, con lo cual su pretendida ilegalidad resulta un fino andarivel a transitar que deberá ser convalidado por la Corte Suprema.

### *II.3. Dentro de un proceso*

Otra alternativa a considerar para el análisis de este DNU, es el impacto que pueda provocar en un proceso que se va a iniciar, o bien que ya se ha iniciado y desde luego no ha sido posible su invocación, pero se perfila ese impacto en la con-

(10) Del voto de los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti, en los autos “Municipalidad de General Roca s/Acción de inconstitucionalidad (leyes provinciales 4317 y 4318)”; Fallos 346:580.

(11) Del voto de los jueces Maqueda y Rosatti; Fallos 344:2123

(12) Toda censura previa que se ejerza sobre la libertad de expresión padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad y, por ende, la carga argumentativa y probatoria de su necesidad pesará sobre quien invoca dicha restricción (Fallos 345:482).

sideración del justiciable por el alcance de la pretensión que hubiera ejercido.

En el primer supuesto, es evidente que se deberá introducir el planteo de inconstitucionalidad dentro de la demanda que se vaya a promover, si a juicio del justiciable la sanción del DNU tiene un impacto directo en el ejercicio de su pretensión.

Toda vez que se trata de una normativa que resultará de aplicación a partir del 29 de diciembre de 2023, pues paradójicamente pese a la urgencia no tiene fecha de entrada en vigencia, motivo por el cual resultará de aplicación el art. 5 del CCCN, en razón de su fecha de publicación en el Boletín Oficial.

Corresponderá a las partes la evaluación sobre su introducción y además el eventual planteo de la cuestión constitucional que ello conlleve, con la necesidad de introducirla concreta y oportunamente, señalando la afectación de la normativa federal en juego, o los principios, derechos y garantías que surgen de la primera parte de la Constitución Nacional que se vean vulnerados.

Otra situación diversa es si el proceso del que se trate ya se hubiera iniciado, y la evaluación que se haga, lleve a la necesidad de evitar un eventual impacto negativo del DNU en la pretensión que se ejerció.

Por lo tanto, la pregunta que cabrá formular es si ello es inconstitucional, cuáles son las razones que llevan al justiciable a solicitar su inconstitucionalidad y demostrarla en el proceso mismo, lo que implica que en todo proceso se podrá invocar la eventual inconstitucionalidad que se pretenda plantear, denunciando como un hecho sobreviniente esta normativa, lo que requiere para ambos supuestos el tránsito por la vía incidental que permita su introducción, debate y demostración.

El tiempo de su invocación tendrá que ver con el desarrollo del proceso y el eventual impacto del DNU en la decisión que se requiere de la jurisdicción, para lo cual la norma habilitante para ese planteo, surge del art. 163 inc. 6to. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que señala que: “la sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del jui-

cio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos”.

Se advierte así de la norma transcrita que según la incidencia que tenga el DNU en las pretensiones ejercidas podrá ser invocado como una circunstancia sobreviniente a los fines de su evaluación por parte de la jurisdicción (13).

### III. A modo de conclusiones

Desde luego que se ha generado un amplio debate con motivo de la propuesta que se formula a través del DNU 70/2023. Este debate en una sociedad democrática no solo es sano, sino además resulta conveniente que se generen este tipo de encuentros, que no se pueden calificar como enfrentamientos, más allá de las posturas que sustenten políticamente su apoyo o su desestimación, que desde luego resultan absolutamente legítimas.

Ello obedece, por un lado, a las particularidades que tiene este decreto omnibus, como se lo ha denominado, es la que genera este tipo de desencuentros toda vez que tanto jurídica como políticamente ofrece serios reparos.

Y por otro, la exposición que se genera, de no observar los departamentos de Estado involucrados, el debido proceso legal, que requiere la razonabilidad de la normativa que esté a su alcance sancionar, o corregir, o eventualmente descalificar por resultar inconstitucional.

Ello exhibe un fino andarivel que encuentra algunos reparos al tiempo de su tránsito, toda vez que no existe un sistema de vinculatoriedad de precedentes que permitan inferir una respuesta igualitaria de parte de la jurisdicción toda vez que no se puede sostener que exista una interpretación unívoca de parte del más Alto Tribunal con relación a la excepcionalidad de este tipo de decretos.

Pues del mismo modo que se han citado precedentes que permiten sustentar la doctrina de la Corte como el caso Verrocchi, no debe pasarse

---

(13) La Corte Suprema consideró hechos sobrevinientes a la numerosa normativa que se dictó con motivo de la emergencia del año 2001 en el caso Bustos (Fallos 327:4495).

por alto que la Corte Suprema en la década de los '90 convalidó la emergencia que se decretó por vía del DNU 36/90 en el caso Peralta (14).

Y poco tiempo después en Videla Cuello (15) sostuvo que “las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas”.

Y agregó que “la decisión acerca de la prudencia, del acierto o conveniencia económico-social de las leyes de emergencia pertenece privativamente al Congreso y es ajena a la función jurisdiccional propia de los jueces” (voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra).

Y finaliza sustrayéndose al conocimiento de una situación de emergencia al señalar que “no incumbe a los jueces el control de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia, tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado en torno de decisiones que les son propias; lo que no impide el control judicial de razonabilidad de las decisiones del Poder Legislativo” (voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra).

Sin embargo, se amplía ese neblinoso horizonte porque recientemente, en el caso Poggio, citado antes (en la nota 5), la Corte asume una posición restrictiva frente a las facultades del órgano emisor de la actuación cuyo control de constitucionalidad se persigue.

Lo cierto es que se abre un debate —social— no solo por el alcance del DNU 70/20123, sino porque si bien, la potestad que ejerció el Ejecutivo —en principio— formalmente no sale de los cauces que contempla la Constitución Nacional, el justiciable quedaría expuesto a una inseguridad jurídica que emana de la labor desplegada por cada uno de los tres poderes del Estado.

Sea por la amplitud con la que el Ejecutivo plantea su DNU, que es una rara avis dentro del mundo jurídico; sea por la labor que le cabe al Parlamento, toda vez que su integración política da cuenta de los inconvenientes que se pueden

(14) Fallos 313:1513, en donde señaló expresamente que la situación de emergencia debe ser definida por el Congreso.

(15) Fallos 318:1808.

inferir para su aprobación; como asimismo de la posición que asumirá el Poder Judicial, al tiempo que toque decidir planteos vinculados a la constitucionalidad (o no) del decreto en cuestión.

En una primera instancia debería ser el Congreso Nacional, quien defina la “suerte” que corra este DNU, al margen de las consideraciones que históricamente han servido como antecedentes seguramente a sus mentores, lo cierto es que existe una vía legislativa para su aprobación o su desestimación.

Luego por otro lado existe una vía judicial para todos aquellos que puedan sentirse afectados, por la violación que se hubiera generado a sus derechos, para peticionar la remoción —por la eventual inconstitucionalidad— que presente la norma que sea motivo de impugnación, siendo importante tener en cuenta que la sentencia que al efecto recaiga en el caso, solo producirá sus efectos entre las partes involucradas en el conflicto, salvo que se trate de una acción colectiva cuya sentencia los produzca erga omnes, y en su caso la clase a la que pueda alcanzar.

Todo esto marca un detalle muy importante a tener en cuenta, que no es otro que el funcionamiento que actualmente tienen nuestras instituciones, pues no solo el Ejecutivo ha aprovechado el desarrollo de su actuación conforme los márgenes que —en principio— la Constitución habilita, más allá de los reparos que el alcance de su actuación merece; sino que frente a ello a su vez el Congreso ha sido convocado a sesiones extraordinarias para abordar el tratamiento de ese DNU.

Y por otro lado el Poder Judicial permite el acceso a la jurisdicción de todos aquellos que sientan afectados sus derechos para reponerlos de la forma que corresponda, para lo cual se han expuesto diversas vías de posible tránsito a esos fines.

Por lo cual la protección de aquellos derechos que se consideren vulnerados encuentra cauce en todos los sistemas de tutela a disposición del justiciable, con la salvedad que no podrá confundirse una reclamación meramente política, por el alcance que se le ha dado al DNU, con su contenido en particular, que es aquello que deberá ser motivo de objeción concreta y acreditación particular, conforme las vías procesales analizadas.

# Motosierra ¿también a la Constitución? Sobre el decreto 70/2023 y el Régimen de la ley 26.122

Alejandro Díaz Lacoste<sup>(\*)</sup>

Sumario: I. Prólogo.— II. El esquema del DNU 70/23.— III. El sistema de la ley 26.122.— IV. El texto del art. 99 inciso tercero de la Constitución Nacional.— V. El régimen inconstitucional de la ley 26.122.— VI. El control de ejercicio de las facultades legislativas.— VII. Una apostilla sobre el destino final del DNU 70/23.— VIII. Néstor Sagües, anticipando el problema.— IX. Los proyectos anteriores a la ley 26.122.— X. Los proyectos reformadores.— XI. Colofón.

## I. Prólogo

A los defensores del derecho constitucional les ha llegado nuevamente la hora de reflexionar sobre los alcances de un plan de modernizar al país, avanzado esta vez mediante procedimientos que parecen soslayar el cumplimiento de las reglas deliberativas del sistema democrático. Dentro de la ley todo, fuera de la constitución, nada. O acaso, ¿pasaremos, como siempre, la motosierra también a la Constitución Nacional?

En estas líneas, propondremos pensar acerca de las formas adjetivas con las cuales el Poder Ejecutivo Nacional planea desterrar, de una y por siempre, cientos de formulaciones legislativas

que —con acierto o con error— nos ha costado años construir, bajo el sistema democrático y en tutela del equilibrio de los poderes fácticos y económicos reinantes, hace casi ya dos siglos, en la sociedad argentina.

El problema constitucional no es nuevo. Anida en el aprovechamiento político de sanción de decretos de necesidad y urgencia; y su nexa con el estatuto legal vigente para la aprobación o rechazo de los decretos de tal naturaleza, o sea, la ley 26.122.

Esta ley 26.122 —según todos saben— inauguró en nuestro país un sistema jurídico conforme al cual, una vez ejercida por la Presidencia la facultad que prevé el art. 99 inciso tercero, apartados segundo a cuarto de la Constitución, el decreto de necesidad y urgencia debe ser sometido a consideración de una pequeña Comisión Bicameral —conformada, se dice, de manera proporcional a las representaciones políticas en el parlamento—. En caso de rechazo, no se habla más de la norma mediante la cual el Poder Ejecutivo pretendió “legislar”. En caso de aceptación, sin embargo, la ley vigente ha previsto una modalidad que, a nuestro juicio, es en sí misma inconstitucional; pues vulnera el principio de división de poderes, el procedimiento de sanción de las leyes y los artículos 30 y 31 de la Constitución Nacional.

---

(\*) Abogado. Ex profesor de Derecho Constitucional Profundizado; Garantías Constitucionales en el Proceso Penal; Derecho Constitucional Económico; de Introducción al Conocimiento Científico en la UBA y de Postgrados en la Universidad del Museo Social Argentino y la Universidad de Belgrano. Ex investigador con dedicación semi-exclusiva del Instituto Ambrosio L. Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Premio a la Investigación Científica por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Nación. Especialización en Derecho Penal y Magister en Derecho Penal por la Universidad de Belgrano. Diplomatura en Derecho Penal por igual Universidad de Belgrano. Ex Abogado Inspector de la Suprema Corte de Justicia de Provincia de Buenos Aires. Egresado de la Escuela Judicial Consejo de Magistratura. Docente, ensayista e investigador.

De este modo, sea cual sea nuestra ponderación sobre los fines del decreto presidencial, sus probabilidades de convertirse en ley de la Nación transitan por los déficits de la ley 26.122.

En este sentido, para nosotros, el problema no está tanto en el ejercicio de una facultad de emergencia **(1)**, o si están dadas las “circunstancias excepcionales” y/o la satisfacción de sus ambiguos recaudos de orden discrecional —esto es, la apreciación de qué son dichas “circunstancias excepcionales” que imposibiliten el derrotero del procedimiento de sanción ordinaria de las leyes— **(2)**; o si se advierte “la necesidad y urgencia de tan sustancial reforma” que “resulta atentatoria al principio de división de poderes **(3)** y del régimen republicano de Gobierno” (sic, autores varios); sino en la forma en que esta facultad es controlada por un pequeño grupo de legisladores y, más luego, su aprobación por una sola de las Cámaras de Honorable Congreso de la Nación; desvirtuando así, doblemente, su sistema constitucional de sanción de las leyes.

Veamos paso a paso las premisas de nuestra afirmación; prestando de antemano un recono-

(1) El Colegio Público de la Capital Federal (CPACF) entendió que el instrumento no se ajustaría a “los parámetros excepcionales establecidos en la Constitución para su dictado” y que “el enorme volumen y alcance del texto del decreto que incluye la derogación de una innumerable cantidad de leyes del Congreso y la modificación de otras tantas, algunas incluso que contemplan un régimen general, no puede ser efectuada por un instrumento excepcional y de interpretación restrictiva como un decreto de necesidad y urgencia”. Ver link a <http://www.diariojudicial.com>, nota del 25 de diciembre de 2023.

(2) Con buena perspectiva, el defensor del Pueblo bonaerense, Guido Lorenzino, impugnó judicialmente el decreto 70/2023 ante los tribunales federales platenes. El escrito tiene un peso enorme —señala Página 12 en su edición del 27 de diciembre-, “... en primer lugar, porque representa al distrito de mayor envergadura de la Argentina y al 40 por ciento de la población nacional...” El decreto 70/23 es manifiestamente inconstitucional -se afirma en la página 14, reseña el diario- porque el Poder Ejecutivo usurpó atribuciones por fuera de las causas expresa y restrictivamente enumeradas por la Constitución.

(3) Poder Ciudadano, 23 de diciembre 2023, se expidió expresamente indicando la necesidad de respetar la división de poderes por parte del Poder Ejecutivo.

cimiento a Néstor P. Sagües que advirtió hace muchos años una parte de este problema **(4)**.

## II. El esquema del DNU 70/23

No nos pronunciaremos en este trabajo sobre el contenido de este decreto de necesidad. Creo que tal aspecto constituye una cuestión política e ideológica, y que tal vez hasta logre la aprobación del 56% del electorado, inclusive bajo el posible plebiscito que se anuncia por la Presidencia de la Nación. De tal suerte, no hay que desplazar la idea de legitimidad de su contenido; que coincide, a grandes rasgos, con la plataforma electoral anunciada al conjunto de sus electores.

Tampoco profundizaremos las ideas vertidas sobre el día de inicio de vigencia del decreto 70/23, pues ya se ha hablado de ello lo suficiente en algunos comentarios jurídicos. Rigen los arts. 5 y 7 del CCyCN, pues el decreto en sí, nada establece a respecto a la fecha de inicio de su aplicación. Asimismo, sobre su eventual retroactividad y la hipotética afectación de derechos adquiridos, estamos también a la vigencia de igual art. 7º del Código Civil y Comercial **(5)**. En otros términos, se afectarían derechos constitucionales tanto si alguna disposición pretende regir hacia el pasado; como si, caducado que sobrevenga el decreto por cualquier razón, se pretenda desplazar derechos adquiridos en su virtud. Las relaciones que se establezcan se han de regir, a futuro, por el régimen del decreto 70/2023; y se le debe aplicar en los campos que regula mientras no sea objeto de pronunciamiento por la Legislatura.

No abordaremos tampoco la problemática cuestión de los derechos adquiridos durante su vigencia, pues el DNU no tiene carácter condicional ni los subordina a evento alguno. Dice por

(4) SAGÜES, Néstor Pedro, “Los Decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino”, LA LEY 1985-E, 798 y artículos conexos a la misma temática, que adelante citamos.

(5) No hemos de olvidar que la ley 26.122, del año 2006 y que adelante abordamos en lo pertinente, dejó especificado esta cuestión en su ARTICULO 17, al señalar que “Los decretos a que se refiere esta ley dictados por el Poder Ejecutivo en base a las atribuciones conferidas por los artículos 76, 99, inciso 3, y 80 de la Constitución Nacional, tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2º del Código Civil (referido al Código Civil de ley 340, según Vélez Sarsfield.)

su parte la ley 26.122 reafirmando tal aspecto que “El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia...” (6).

Es dado recordar, sin perjuicio de todo ello, la esencia del caso Verrocchi (Fallos 322:1726, del año 1999), en el cual la Corte Suprema de la Nación consideró que ciertas normas emitidas por el Poder Ejecutivo en el año 1996, mediante las cuales se suprimían asignaciones familiares a los trabajadores, fueron inconstitucionales. Estas disposiciones pretendían derogar una ley y afectaban el derecho de protección integral de la familia y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Y en igual sentido, recordemos lo sustancial del caso “Tobar” (Fallos 325:2059, año 2002); fallo en el cual se mantuvo la inconstitucionalidad de la rebaja de las remuneraciones de los empleados públicos dispuesta por un DNU del Poder Ejecutivo de turno.

Acerca de estos contenidos, y su bondad o no para el estado actual de la República, no nos proponemos emitir juicios de valor. Solo nos adentramos en la forma jurídica adoptada y su invalidez.

El eje no es, en esta línea argumental, una cuestión de legitimidad; sino de deliberación democrática. No es pues necesario hablar de sus condiciones, recaudos y atributos, sino tratar de ponderar la constitucionalidad misma del régimen de aprobación de los decretos de necesidad adoptado por el gobierno del año 2006.

Este es el núcleo que tenemos bajo esta crisis institucional; y es el que, casi exclusivamente, abordaremos en estas líneas.

### III. El sistema de la ley 26.122

En somera síntesis, cualquier DNU —reunidas las condiciones básicas normadas por el art. 99 inciso tercero de la Constitución— puede ser dictado por el Poder Ejecutivo Nacional.

(6) Sic, art. 24, ley 26.122 citada.

La Constitución, sin embargo, lo habilita solamente bajo el ambiguo esquema de las llamadas “circunstancias excepcionales”, como aspecto de valoración discrecional por la Presidencia, siempre y cuando —nueva condición constitucional— al Congreso le fuera imposible seguir con los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes; y siempre que no refiera a las materias penal, electoral, tributaria o de partidos políticos.

Según la ley vigente, una vez dictado el decreto, el Jefe de Gabinete tiene diez días para remitirlo a la Comisión Bicameral Permanente del Congreso Nacional; la cual, a su vez, tiene diez días hábiles para emitir dictamen acerca de su validez (7) y, en su caso, enviarlo al plenario de ambas cámaras para su tratamiento formal. Esta comisión deberá expedirse, aun de oficio (8). Caso contrario, como también previó el legislador ordinario, las Cámaras del Congreso deben abocarse de inmediato al tratamiento del decreto (9).

Elevado el dictamen —por la Comisión al plenario de ambas Cámaras—, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento (10) y su pronunciamiento, a tenor del artículo 22, tiene lugar “mediante sendas resoluciones”. Agregándose asimismo que: “El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata” (11).

Por otra parte, las cámaras legislativas no pueden cambiar el contenido del decreto (12). Solo pueden aceptarlo o rechazarlo. No hay enmiendas, modificaciones, complementos o agregados normativos factibles. Su decisión es a todo o nada, resolviendo acerca de su validez adjetiva por mayoría absoluta de los presentes.

(7) Art. 19 de ley 26.122 - Aunque se discuta por algunas voces si su dictamen es vinculante o no, creemos que lo es pues hace a su existencia misma; si bien no es el momento para fundamentar esta asercion.

(8) Art. 18 de ley 26.122.

(9) Art. 20 de ley 26.122.

(10) Art. 21 de ley 26.122.

(11) Art. 22 de ley 26.122

(12) Art. 23 de ley 26.122.

La ley señala, asimismo, que solo perderá vigencia el decreto que sea rechazado por ambas Cámaras del Congreso de la Nación. En otros términos, el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil. Del mismo modo, si ninguna de las Cámaras Legislativas lo trata, el DNU también queda vigente y el Poder Legislativo renuncia al ejercicio de sus facultades constitucionales respecto al contenido del decreto. Finalmente, se afirma que si una cámara lo acepta y la otra lo rechaza —y acá está el nudo de la inconstitucionalidad del régimen aprobado por la ley 26.122 que sostenemos en estas breves líneas— el DNU sigue vigente.

Por último, la ley establece que emitir su dictamen de la Comisión Bicameral Permanente, además de pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado, puede consultar a las comisiones permanentes del Honorable Congreso Nacional, competentes en función de la materia (13).

Hasta aquí, en consecuencia, el sistema legal al cual se verá sometido el Decreto No. 70 del año 2023 del Poder Ejecutivo

#### **IV. El texto del art. 99 inciso tercero de la Constitución Nacional**

La ley 26.122, por otra parte, es la norma reclamada por el art. 99 inciso 3, párrafo cuarto *in fine* de la Constitución Nacional: “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”.

No hay secretos en admitir que el Poder Ejecutivo “Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar”. Pero su función en tal caso se circunscribe a proponerlas, a promulgarlas y al ejercicio de su derecho a veto. Por cierto, no está del todo claro que efectivamente se cumpla —a la luz de las prácticas constitucionales actuales— la prohibición de que el Poder Ejecutivo pueda en algún caso “... emitir disposiciones de carácter le-

gislativo”. Pues si bien esta actividad se conmina bajo pena de nulidad absoluta e insanable, lo real es que la actividad normativa del Ejecutivo supera la del Legislativo.

Es moneda corriente la auto asignación de tareas legislativas, camufladas bajo reglamentos, normas especiales y/o de decretos; en especial, los autodenominados de “decretos de necesidad y urgencia” como el que tenemos en tratamiento; a los cuales, sin embargo la Constitución de 1994 les otorgó un régimen especial, luego de años de excesos. Dijo la Convención Constituyente, de la mano del convencional Dr. García Lema: “... 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” (14).

Estas supuestas garantías y condiciones, en rigor, no sirven de nada. Los decretos se multiplican como agua, y su validez o invalidez no es debidamente sujeto de control por el Congreso.

Mucho menos se satisface regularmente la exigencia de que “El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente”; o que la composición de esta sea efectivamente “proporcional a las representaciones políticas” (son ocho diputados y ocho senadores, según la ley 26.122); o que la Comisión Bicameral sea de funcionamiento permanente (incluyendo periodos ordinarios y extraordinarios); o que su operatividad se observe más allá del receso de ambas Cámaras; o que el plenario de cada Cámara reciba el decreto de necesidad “para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras”.

Todos estos recaudos, en rigor, ya eran y han quedado en letra muerta cuando se sancionó la “ley especial” destinada a regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

(13) Art. 10 de ley 26.122.

(14) Sic, art. 99, inciso 3, párrafo 2 de la Constitución Nacional

Pues mediante la ley 26.122 —como sostene-  
mos con énfasis— el propio Congreso de la Na-  
ción resignó su facultad de dictar las leyes de la  
Nación conforme al procedimiento reglado por  
los arts. 77 y siguientes de la Constitución de la Na-  
ción Argentina en los casos en que el Poder Eje-  
cutivo haya ejercido la opción de dictar un DNU.

Veamos por qué.

### **V. El régimen inconstitucional de la ley 26.122**

Este régimen fue sancionado en julio del año  
2006 y pretendía —más allá de cumplir la exigen-  
cia constitucional, de la mano de la fuerza mayo-  
ritaria que gobernaba en aquella época— sortear  
el control legislativo de una de las Cámaras sobre  
las condiciones de validez de los decretos de ne-  
cesidad y urgencia.

En efecto, dominando la Comisión Bicameral,  
daban el primer impulso; y controlando el Sena-  
do, y aun cuando no tuvieran mayoría propia en  
la Cámara de Diputados, daban en consecuencia  
el segundo impulso para aprobación inmedia-  
ta de cualquier DNU, con desviación del procedi-  
miento específico de sanción de las leyes.

Una corruptela institucional, que viene hoy  
reiterada por los aprendices que arribaron al go-  
bierno.

La operación política que se ha concebido para  
esta oportunidad tiende a desplazar la inexisten-  
cia de mayorías legislativas del nuevo partido go-  
bernante en el seno de la cámara de diputados  
y/o de acuerdos sólidos con otros partidos políti-  
cos del escenario nacional; de la mano, a su vez,  
de la imposibilidad de celebrar alianzas que, en  
el recinto legislativo, le consoliden las mayorías  
parlamentarias imprescindibles. Y ello se aúna  
a la lograda adquisición de quorum propio en  
la Cámara de Senadores (esto es, la formada por  
el partido del Poder Ejecutivo junto con sus cir-  
cunstanciales aliados para “el cambio”; en alian-  
za ésta demostrada en la sesión preparatoria en  
que eligieron autoridades).

En este marco, el aspecto inconstitucional de la  
ley 26.122 cobra fuerza en la ambigua redacción  
de su art. 24, en tanto dispone que “El rechazo  
por ambas Cámaras del Congreso del decreto de

que se trate implica su derogación de acuerdo a  
lo que establece el artículo 2º del Código Civil, ...  
”. Donde la política y los representantes del pue-  
blo han querido interpretar, ilógica y falazmente,  
que, si solamente una sola Cámara lo rechaza, de  
ello derivaría la validez del decreto de necesidad  
y urgencia puesto a consideración.

Pero esta problemática interpretación soslaya  
el procedimiento de sanción de las leyes. Vale de-  
cir: si el Poder Ejecutivo hubiera propuesto sus  
contenidos mediante su facultad de iniciativa  
en la sanción de las leyes, el rechazo de una de  
las Cámaras no hubiera permitido convertirlos  
en ley sustantiva. En cambio, acudiendo al régi-  
men de los DNU y a una falaz interpretación del  
art. 24, la Presidencia puede lograr convertir en  
ley de la Nación sus contenidos, con tener tan  
solo el apoyo de la mayoría en la Comisión Bica-  
meral y el sustento de la Cámara de Senadores de  
la Nación.

Cualquier normativa, sancionada en estos tér-  
minos, es inconstitucional pues viola el art. 77 de  
la Constitución.

En síntesis: podrán existir cientos de planteos  
por la inconstitucionalidad del DNU No. 70 del  
20/12/2023; dictado con 365 artículos sumamen-  
te provocativos al consenso democrático por el  
novel Poder Ejecutivo Nacional. Pero ninguno ha  
de prosperar, excepto que los letrados, paralela y  
simultáneamente, ataquen el origen mismo de la  
desviación de Poder: el art. 24 de la ley 26.122.

Resta a las fuerzas políticas, no a los teóricos  
del derecho, encauzar el régimen legal y consti-  
tucional de una democracia que preconiza: den-  
tro de la ley todo, fuera de la ley, nada.

### **VI. El control de ejercicio de las facultades legislativas**

Paralelamente, recordemos que el Honorable  
Congreso ha querido preservar para sí el control  
del ejercicio de facultades legislativas delegadas,  
y, más aún, legislar sobre el control de validez de  
la promulgación parcial de leyes (veto parcial).  
En tales casos, el dictamen de la Comisión Bi-  
cameral debe pronunciarse expresamente sobre  
“... si las partes promulgadas parcialmente tienen  
autonomía normativa y si la aprobación parcial  
no altera el espíritu o la unidad del proyecto san-



cionado originalmente por el Congreso”. Recalando, además, que “Las disposiciones de esta ley y el curso de sus procedimientos no obstan al ejercicio por el Congreso de sus potestades ordinarias relativas a la insistencia respecto de normas legales total o parcialmente vetadas” (arts. 14 y 15, ley 26.122).

Paradójicamente, sin embargo, al legislar sobre los decretos de necesidad y su control, renunció a facultades de similar jaez.

En efecto, el art. 24 de la ley ha sido interpretado de modo peculiar. Allí se indica, digámoslo nuevamente en otros términos, que “El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto ... implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil...” De donde se ha pretendido colegir que, si es una sola de las Cámaras la que lo rechaza, el decreto adquiere validez.

De este modo, como venimos afirmando, se ha trastocado el procedimiento de sanción de las leyes; que no permite, de ordinario, que con el aval de *una sola de las Cámaras legislativas*, un proyecto de ley adquiera la condición de ley sancionada. No se ve razón constitucional especial alguna que permita modificar el régimen previsto por el Poder Constituyente para el caso de los DNU.

Por consecuencia, la ley debió decir que el rechazo por al menos una de las cámaras implica no convalidar la pretensión legisferante del Poder Ejecutivo Nacional. Y que solo el concurso de ambas, exclusivamente, permite convalidar un DNU.

Una interpretación contraria defenestra la vigencia de los arts. 77 y cc de la Carta Magna.

Es como si el PEN, al tiempo de proclamar un DNU, hiciera las veces de una de las Cámaras del Honorable Congreso de la Nación. Un disparate, como quiera que se lo mire, contrario al principio de división de poderes y de competencias consagrados por el principio republicano de gobierno.

María Angélica Gelli (15), no obstante no trata este puntual problema, es enfática en sostener la

(15) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, Pág. 698/699 (v. en especial pág. 698)

regla general que debe regir el particular: “Finalmente, el silencio de las Cámaras en un plazo que se fijará breve, o el rechazo de alguna de ellas, implicará la caducidad del decreto. Como ya se dijo, el silencio del Congreso no posee efecto convalidatorio. Ello así, pues es el criterio de la Constitución acerca del proceso de sanción de leyes y, aunque en el caso de los decretos de urgencia se trata de una atribución de control por parte del Congreso, lo es en el proceso de convalidación de normas con efecto legal”; y no las de sin valor formal, o de falta de pronunciamiento de una de ambas Cámaras, debo agregar.

Recuerda también Gelli, asimismo y a propósito del precedente “Rodríguez”, que “los decretos de necesidad y urgencia fueron establecidos en la Constitución como actos complejos que requieren, por lo menos, la intervención de dos órganos de poder: el presidente que los emite y el Congreso que interviene para controlarlo, control (este) que (se) puede ejercer aún sin ley reglamentaria”. En aquel entonces, el Congreso aún no había dictado la ley 26.122; pero, no obstante, el precedente “Rodríguez” (Fallos 320:2851, de 1997) ya anunciaba en su considerando 13 (del voto de la mayoría de la CSJN) que “...es al propio Congreso a quien le compete arbitrar los medios para emitir su decisión —de ratificación o rechazo— conforme a la Constitución Nacional y del modo que entienda adecuado a las en circunstancias en que se expida al respecto” ...

Obviamente, jamás podríamos interpretar que el Congreso de la Nación, mediante una ley reglamentaria de la Constitución Nacional, podría llegar a modificar el procedimiento mismo de sanción de las leyes. Esto es: la expresión de voluntad legislativa que convalida un decreto de necesidad y urgencia, para existir sin vicios ni nulidades, debe surgir de la conformidad de ambas Cámaras. No solo de una de ellas. De otro modo, se transgrede la Constitución Nacional. Un DNU no puede tener menos exigencias que una ley formal.

En igual sentido, Humberto Quiroga Lavié (16) reconoce que “Constituye la clave para efectivi-

(16) QUIROGA LAVIÉ, Humberto y otros, en su obra “Derecho Constitucional Argentino”, Tomo II, Pág. 1119.- Quiroga Lavié. Humberto. Derecho constitucional. p. 834 — Capitulo 3.4.4.1.

zar el control del Congreso sobre las atribuciones normativas del Ejecutivo al establecer la condición resolutoria negativa para todas ellas. Si se atribuyeran efectos ratificatorios al silencio del Congreso, implicaría otorgarle a un Ejecutivo, con ciertas mayorías en ambas Cámaras, la potestad legislativa misma, eliminando el sistema republicano. Por ello hubiese sido preferible que la Constitución dispusiese que pasado cierto plazo desde la emisión del acto por el Ejecutivo el silencio congresional implicará la nulidad de éste por falta de ratificación legislativa (Ekmekdjian). Y concluye: “Nosotros pensamos que, de todas formas, por el nuevo artículo 82, si el Congreso no ratifica expresamente en un lapso razonable los decretos de necesidad y urgencia y los que promulgan parcialmente leyes (o la Comisión Bicameral Permanente para los decretos delegados), todos éstos podrán ser nulificados por la justicia”.

La hipótesis de que un decreto como el 70/23 sea convalidado solo por la bicameral y una de las cámaras del Congreso constituye, por consecuencia, un supuesto de gravedad institucional.

### **VII. Una apostilla sobre el destino final del DNU 70/23**

El recién designado Procurador General del Tesoro no encuentra óbices para el tratamiento del DNU por el Congreso Nacional (17), en la modalidad en que lo aprobaría una sola de las Cámaras y que en estas líneas argumentamos como inconstitucional; y tampoco encuentra reparo en que el Congreso pueda debatir una “ley espejo” del contenido del DNU. Esto es, enmendarlo, modificarlo o subdividirlo, pero mediante el recurso de darlo por “ingresado” como si fuera un “proyecto de ley”; proyecto que sería debatido por ambas Cámaras, sucesivamente, conforme al procedimiento del art. 77 CN.

Pero no parece un sendero republicano el que se está adoptando.

De todos modos, al final del camino nos encontraremos con precedentes tales como “Consumidores Argentinos, Asociación para la Defensa, Educación e Información del Consumidor s/

Amparo”; caso en que se rechazó la pretensión del Poder Ejecutivo de modificar una ley por intermedio del dictado de un decreto de necesidad y urgencia, el número 558/02, firmado por Eduardo Duhalde, que modificó la ley 20.091 de entidades de seguros.

En dicho precedente, la Corte confirmó la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo promovida con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 558/02 —que introdujo modificaciones a la ley 20.091 de entidades de seguros y su control—, “... pues dichas reformas incorporadas por el Poder Ejecutivo no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional...”.

Se agregó allí, como definitorio para resolver, que “... si la Corte Suprema, en ejercicio de la facultad de control ante el dictado por el Congreso de leyes de emergencia, ha verificado desde el precedente “Ercolano” (Fallos:136:161) la concurrencia de una genuina situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad —esto es, corroborar que la declaración del legislador encuentre debido sustento en la realidad—, con mayor razón —dijo el Supremo— debe ejercer idéntica evaluación respecto de la circunstancias de excepción cuando ellas son invocadas unilateralmente por el Presidente de la Nación para ejercer facultades legisferantes que por regla constitucional no le pertenecen (arts. 44 y 99, inc. 3º, pfo 2º de la Constitución...)”.

Argibay, por su parte, no se andaba con “chiquitas”: en su voto consideró directamente que “... cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición contenida en el art. 99, inc. 3º de dicho texto.”

Sobre los contenidos, pues, no hay mucho más para hablar; aunque podamos remitirnos al informe producido por una entidad de prestigio,

---

(17) Entrevista concedida a C5N., 24 de diciembre de 2023, por el Dr. Rodolfo Barra.

como es el C.E.P.A. (Centro de Economía Política Argentina)

### VIII. Néstor Sagües, anticipando el problema

Néstor P. Sagües abordó el tema con suma previsión en orden a las alternativas problemáticas que surgen al someter un DNU a la convalidación del Poder Legislativo (18).

“El asunto más polémico se presenta —enseñaba— cuando una sala aprueba el DNU y la otra lo rechaza. En esa hipótesis, al faltar el consentimiento de una Cámara, no puede sostenerse que el Poder Legislativo ha admitido al DNU, ya que tal aprobación demanda un acto complejo de acuerdo intraparlamentario (19).

Esas líneas se escribieron antes de sancionarse la ley 26.122.

En resumen, en sus palabras: si falta el consenso explícito de uno de los dos sectores del Congreso, no hay, obviamente, “acuerdo del Congreso”. No puede argumentarse con solidez jurídica que el visto bueno de solamente una sala significa la conformidad del Congreso con el DNU. Y si una de ellas lo objeta expresamente, eso produce un “no” del Congreso al DNU, porque no se ha obtenido el asentimiento pleno del Parlamento al mismo.

Por último —según también afirmaba Néstor Sagües, en 1985— es dado recordar que “... si una sala aprueba un DNU y la otra todavía no se expide expresamente, no hay hasta ese momento decisión, ni convalidante ni desestimatoria, por parte del Congreso”.

En tal orden afirmaba que: “... el rechazo por ambas Cámaras implica su derogación, dejando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”. Conforme a este esquema, “...hasta tanto no medie ese rechazo, el DNU conserva validez. No hay, pues, plazo de caducidad del decreto mientras no sea desestimado.” Y también sostenía que

(18) SAGÜES, Néstor P. “Los Decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino”, LA LEY 1985-E, 798; también en su artículo “El Poder Ejecutivo podría legislar con el tercio de una Cámara del Congreso”, en LL Actualidad del 27/8/1985.

(19) Con cita de su obra “Elementos de Derecho Constitucional”, tomo 1, 1999, Ed. Astrea, pág. 613

“... bastaría con que una Cámara manifestase explícitamente su oposición al DNU para que no exista convalidación por el Congreso”. Dicho con otras palabras: el “acuerdo” de una sola sala del Poder Legislativo no importa el “acuerdo” de ese poder del Estado al DNU, mientras que el disenso de una sola implica que no se logró reunir la conformidad plena de dicho órgano legisferante bicéfalo para aprobar el decreto.

Sin embargo, la ley 26.122 “se llevó puesta” a esta postura doctrinaria (20). El art. 24 de la ley 26.122 debe interpretarse de manera coherente con la intrasistémica del derecho constitucional. Ello no obstante, contrariamente a tan calificada doctrina, se ha venido sosteniendo que basta que una de las salas del Congreso lo apruebe, para que el DNU que haya superado el test de la comisión bicameral permanente, sea aprobado y adquiera status similar al de una ley del Congreso; con obligatoriedad respecto de todos los habitantes. De ahí la exigencia de interpretar al citado art. 24 en el sentido de que sean las dos Cámaras —y no una sola— las que deban manifestar su APROBACIÓN para reputar valido al DNU (...).

### IX. Los proyectos anteriores a la ley 26.122

Esta inteligencia que pretendemos debe otorgarse al art. 24, sosteniendo que cualquier otra sea inconstitucional por transgredir el procedimiento de sanción de las leyes, viene avalada por los proyectos de regulación del art. 99 inciso tercero y por los proyectos de reforma introducidos respecto a la ley 26.122.

Diversos legisladores propusieron cumplir la manda constitucional sancionando “una ley especial”, conforme al mandato del art. 99 ultimo párrafo *in fine* (21). Repasaremos en esta sec-

(20) Conf. su artículo “El Poder Ejecutivo podría legislar con el tercio de una Cámara del Congreso”, en LL Actualidad del 27/8/1985, donde indica además que: “Si la ley derogatoria del DNU es vetada, basta con que un tercio de una sala del Congreso acompañe al presidente para que el veto no pueda ser superado, por lo que el DNU (si se sostiene que únicamente puede ser abolido por el Congreso mediante ley) quedaría firme”.

(21) Se presentaron, sucesivamente, los siguientes proyectos de ley por diputados y senadores: Fernández de Kirchner (T.P. N° 162/00); González Cabañas y Díaz Colodrero (T.P. N° 76/00); Godoy y Santín (T.P. N° 43/00);

ción los más relevantes, es decir, aquellos que dieron ulterior contenido a la ley 26.122 —régimen legal de Decretos de Necesidad y Urgencia—, que finalmente fue sancionada por el Congreso de la Nación.

Anticipemos que uno de los últimos proyectos, dirigido ya derechamente a reformar la ley 26.122, tuvo como sustancia establecer que los DNU “solo quedan vigentes si las DOS cámaras del Congreso los ratifican”; desde que, en consonancia con lo que aquí proponemos, el régimen actual es contrario a la Constitución Nacional pues burla el sentido del procedimiento de sanción de las leyes.

El proyecto 1734/S/01 le pertenece a quien por entonces era el Senador Maqueda (22). Solo condicionaba su dictado a las condiciones ya previstas por el Constituyente (arts. 2º a 6º; y 18º), expidiéndose por los trámites que deberían imponer el Honorable Congreso Nacional y la Comisión Bilateral Permanente (arts. 17º y ss). Proponía que: a) “carecerán de todo valor y eficacia jurídica, los decretos... que no fueran sometidos... a la Comisión Bilateral Permanente dentro ... de diez días”; b) la Comisión... “...tendrá un plazo de diez días para expedirse...”; c) en su defecto, “... las Cámaras deberán proceder al expreso tratamiento de oficio del decreto”; d) “... las cámaras no podrán introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo...”

En lo esencial que nos interesa, Maqueda tenía bien presente que “... a los efectos del tratamiento parlamentario de los decretos ... la Honorable Cámara de Diputados será la Cámara iniciadora y se aplicará el procedimiento de formación y sanción de las leyes...” (sic, art. 23); que el rechazo... “implicará su derogación retroactiva, que-

Natale (T.P. Nº 39/00); Polino (T.P. Nº 22/00); Carrió (T.P. Nº 15); Gómez Diez y Folloni (T.P. Nº 207/99); Maqueda (T.P. Nº 16/99); Cafiero y otros (T.P. Nº 137/98); Alvarez y Fernández Meijide (T.P. Nº 48/98); Fayad (T.P. Nº 154/97); Negri y otros (T.P. Nº 143/97); Montiel y otros (T.P. Nº 83/97); Molinas (T.P. Nº 178/95); Storani y otros (T.P. Nº 131/95); Hernández (T.P. Nº 115/94) y Berhongaray (T.P. Nº 126/94); Meneghini (DAE Nº 106/97) y Genoud (DAE Nº 138/95).

(22) En el año 2001, el senador Pichetto y Manuel Baladrón adhirieron al proyecto del Senador Maqueda mediante el Proyecto 0995/D/01; según informa el dossier de la Corte Suprema de Justicia que estamos relevando en consideración a esta temática.

dando a salvo los derechos adquiridos” (art. 24); que el rechazo del DNU no podrá ser vetado (art. 26); que si cualquiera de las cámaras no se expidiera ... se entenderá... que existe rechazo del decreto (art. 27); que ninguna circunstancia obstará al ejercicio por parte del Congreso de las potestades ordinarias de derogación e insistencia de leyes vetadas.

El proyecto 6876/D/00 tuvo como autora a la Senadora Cristina Fernández De Kirchner. Con similar estructura al de Maqueda, hacía particular énfasis —art. 4º— en que “todo decreto dictado por razones de necesidad y urgencia deberá, para su validez, ser ratificado por ambas cámaras en los términos y modos establecidos por la presente...”; caso contrario... se le considerará nulo de nulidad absoluta y carecerá de efectos legales desde su fecha de emisión” (sic, art. citado).

En orden a su procedimiento, luego del despacho de la Bicameral y del “informe personal del jefe de gabinete” (art. 21º), y si el proyecto no se hubiera elevado al pleno, “las Cámaras del Congreso deberán proceder al expreso tratamiento del decreto...” (art. 23º). Dentro de los treinta días... “... el plenario de cada Cámara deberá tratar el mismo, pronunciándose por su aprobación o rechazo. Transcurrido dicho plazo sin que uno o ambos cuerpos se hayan expedido, el decreto de necesidad y urgencia carecerá de vigencia...” (art. 24º). En otros términos: la validez del decreto se condicionaba a que se hubieran expedido ambos cuerpos legislativos.

Esta norma, así, aún se ajustaba al texto constitucional. Pero al invertirla, como ocurrió en el texto definitivo del art. 24 de la ley 26.122, quedó habilitada la deformación institucional que estamos considerando: si una de las cámaras lo aprueba, y la otra no, el decreto —inconstitucionalmente— adquiere “validez”.

El proyecto 0807/D/03, de Margarita Stolbizer, pretendía conjugar las intenciones de varios proyectos. Pero no logró su aprobación, pese a que concedía interesantes poderes al Congreso. Por caso, en cuanto a nuestra temática refiere, proyectaba: “Toda introducción de modificaciones parciales a los decretos de necesidad y urgencia o a los decretos legislativos debe hacerse siguiendo el trámite de formación y sanción de las leyes” (art. 7º in fine). O bien: “Si se rechazare el decre-

to de promulgación parcial, quedará automáticamente derogada la ley si hubiese sido publicada, debiendo seguirse el trámite del artículo 83 de la Constitución Nacional” (sic, art. 9º); prohibiendo, asimismo, la sanción de nuevo decreto: “Derogado un decreto de necesidad y urgencia o un decreto legislativo por el Congreso, no podrá el Poder Ejecutivo sancionar uno nuevo sobre el mismo tema por las mismas razones durante las sesiones de ese año, o durante el plazo pendiente de la delegación según fuere el caso (art. 12º). Y que: “Si por cualquier motivo, en ejercicio de la facultad de control constitucional que esta ley reglamenta, se dispusiera por ley la derogación de un decreto de necesidad y urgencia o de un decreto legislativo, ésta no podrá ser vetada por el Poder Ejecutivo” (art. 13º).

El proyecto 2762/D/06 (23), en sus arts. 15 y 16º, así lo preveía expresamente. Y lo mismo diría el proyecto 2863/D/2009 de Vilma Ibarra: “... Artículo 3º: Modifíquese el artículo 24 de la ley 26.122, el que quedará redactado de la siguiente manera: “El rechazo por cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Nación del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, ....” Otro tanto, conteste, puede verse en el proyecto del expte 2891/D/2020 de la diputada Silvia Lospennato, en tanto propuso modificar el art. 24 de la ley 26.122 por el siguiente: “El rechazo por alguna de las Cámaras del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el art. 5º del Código Civil y Comercial de la Nación, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”; sin éxito alguno.

En suma: actualmente, basta la aprobación de una de las Cámaras; en franca violación al procedimiento constitucional, contrariamente a cuanto expresamente permitía inferirse de algunos de los proyectos previos. Facilitando que una iniciativa del Poder Ejecutivo, con el solo artificio de ser instrumentado mediante un DNU, pudiera

(23) Se trataba del Proyecto de la Coalición Cívica (Elisa Carrió, Adrián Pérez y Marcela Rodríguez), que en su art. 15 preveía que la “Omisión de tratamiento por las Cámaras. Vencido el plazo para el tratamiento por las Cámaras sin que ambas lo aprueben, el decreto se considerará no ratificado”; y en su art. 16 indicaba expresamente que “La no aprobación por una de las Cámaras deberá entenderse como la no ratificación del decreto de necesidad y urgencia”.

soslayar el tratamiento de una Cámara de las dos que tiene el Congreso, y lograr su indebida aprobación definitiva.

Los fundamentos de los congresistas proyectantes, coincidían con esta solución.

Como dijera Maqueda, en sus fundamentos: “... la reforma del año 1994 incorporó en forma expresa al texto constitucional la facultad del Poder Ejecutivo de dictar distinto tipo de decretos de carácter legislativo, potestad que ya había sido reconocida por la doctrina y la propia Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, el largo período transcurrido desde el año 1994 sin que esta facultad haya sido debidamente reglamentada por el Congreso, puede generar consecuencias negativas para el normal funcionamiento de las instituciones. De allí la necesidad de que en forma perentoria quienes integramos el Poder Legislativo de la Nación sancionemos la ley que reglamente en forma definitiva la facultad excepcional del Poder Ejecutivo de emitir disposiciones de carácter legislativo”.

Y como dijera Fernández de Kirchner, también al fundar su iniciativa: “... Señor presidente, la práctica establecida durante el último decenio de sortear las dificultades para la aprobación de leyes, mediante el instrumento de marras y que hoy goza de buena salud ha desnaturalizado el rol de este cuerpo y violentado la letra constitucional. La legislación propuesta, refleja ésta y está inspirada con exclusión de circunstancias mayorías parlamentarias. Si existe la verdadera voluntad política de circunscribir el instituto a su real rol excepcional, no cabe duda que, sin perjuicio de su perfectibilidad, resultará una herramienta de utilidad para subsanar la extensa mora que el Parlamento tiene con la Constitución de 1994”.

Margarita Stolbizer, finalmente, también fue a fondo en el tema que nos ocupa, desviado por cierto en el texto definitivo que asumió la ley 26.122 o su interpretación como ley vigente: “... proponemos que la ley expresamente diga —señaló Stolbizer— que las Cámaras deben expedirse por “resolución” aprobatoria o derogatoria total del decreto, para evitar que, si se hace por vía de “ley”, el Ejecutivo se sienta tentado a vetarla. Para todos los proyectos analizados, el veto está expresamente prohibido en estos casos,

y así lo dice la totalidad de la doctrina constitucionalista. Pero para evitar dudas, es preferible prescribir que se haga por “resolución” ya que no necesita la voluntad de las Cámaras expresarse por ley. De todos modos, el proyecto Stolbizer contenía un artículo especial que dice que si por cualquier motivo se hiciera por vía de ley, ésta no podrá ser vetada. En cuanto a la pretensión de introducir modificaciones, esto sí debe hacerse —por razones lógicas— siguiendo el trámite de formación y sanción de las leyes”.

### X. Los proyectos reformadores

Concluyendo, nos detendremos en los fundamentos del proyecto de Vilma Ibarra que proponía modificar el art. 24 de ley 26.122.

En efecto, como adujo la entonces legisladora, “...en febrero de 2002, la Comisión de Asuntos Constitucionales presidida por la entonces Senadora Cristina F. de Kirchner había emitido un dictamen, que se convirtió en la Orden del día 20/02 que no fue tratada en el recinto y luego caducó. Dicho dictamen establecía en su art. 27 que si cualquiera de las cámaras no se expedía en los plazos previstos en la ley (de 5 o 10 días, según el caso) se entendería, sin admitirse interpretación en contrario, que el DNU había sido rechazado. Claramente la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado, en su mayoría, había optado por una regulación restrictiva de los DNU con un fuerte control legislativo”.

Pero continuaba Vilma Ibarra: “... Sin embargo, en el año 2006 y bajo la presidencia de Néstor Kirchner se cumplió con el mandato constitucional plasmado en el art. 99 inc. 3ero. último párrafo, pero con un marcado alejamiento de esa posición. En efecto, la ley 26.122, si bien afirma en su articulado que no hay sanción ficta de leyes, admite que, ante la falta de tratamiento de un decreto de necesidad y urgencia, o mediando el rechazo de una sola de las cámaras legislativas, éste siga teniendo vigencia. No comparo ese criterio —precisaba Ibarra— y así lo sostuve en la oportunidad en que se debatió la ley, porque un decreto de necesidad y urgencia tiene los alcances y efectos erga omnes propios de una ley. Es, en los hechos, una ley dictada por el Poder Ejecutivo debido a la existencia de una situación urgente que crea la necesidad de tomar una decisión rápidamente y no habiendo posibi-

lidad material de seguir el trámite ordinario para dictar una ley...” (sic, Ibarra, Fundamentos de su proyecto de reforma a la ley 26.122).

Ibarra, en este orden, se proponía por consecuencia modificar el artículo 24 para que el rechazo de una de las dos Cámaras, implique su lisa y llana derogación. Y no su aprobación. Rescataba en igual sentido el pensamiento de María Angélica Gelli: “...Si el dictamen fuese observado y el decreto de emergencia fuese rechazado por alguna de las Cámaras, se entenderá rechazado por el Congreso pues, de darse la hipótesis de rechazo por parte de una de las Cámaras, no existiría voluntad ratificatoria del cuerpo legislativo... (24)”

### XI. Colofón

El Congreso, de la mano de una fuerza mayoritaria que hoy le toca ser minoría, ha resultado víctima de su propio renunciamiento legislativo, inconstitucional por donde se lo mire. Ninguno de los poderes ordinarios de la Constitución puede pretender modificar la voluntad del poder constituyente, de manera alguna. No hay deliberación legislativa. Hay imposición del Poder Ejecutivo. Y hubo una abdicación de competencias, mediante la ley 26.122 (art. 24), al no guarecer —pese a tratarse de casos de necesidad y urgencia— el sentido último que tiene el procedimiento de sanción de las leyes.

Carlos S. Nino, en tal sentido, no dejaba de apuntar las formas y causales del *debilitamiento del Congreso argentino*, pues, como señalaba De Vergotini, citado en su obra por el jurista, “... el Parlamento cumple en las democracias pluralistas básicamente dos funciones. De un lado, la función de orientación política —en la que se incluye la sanción de las leyes— y, de otro lado, la función de control —entre las que se incluyen diversos institutos relacionables con la legalidad de los actos de gobierno—” (25). Pero ambas vienen en crisis desde hace varios gobiernos.

---

(24) “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”, pág. 837, año 2005.

(25) Nino Carlos Santiago, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, (Capítulo sobre “La organización del poder”), Pág. 531/32

Sostenía asimismo Nino, enfáticamente, que “Esta somera revisión de las facultades que los presidentes fueron adquiriendo por una interpretación extensiva de cláusulas constitucionales, por claudicación de los otros poderes del Estado, o por un ejercicio liso y llano de la musculatura política, muestra que, desde el mero punto de vista normativo, el presidente argentino es, como lo preveía Alberdi, un verdadero monarca, aunque a diferencia de lo que él suponía, sus facultades regias no han sido óbice para la inestabilidad de los gobiernos y los abusos de poder frente a los derechos de los ciudadanos. También se confirma, con la desvirtuación del espíritu y muchas veces de los textos constitucionales, en la concesión y asunción de facultades extraordinarias por parte del Presidente, la tendencia a la a juridicidad que ha sido una constante en nuestra práctica político-institucional aun en períodos con gobiernos de iure —según concluía Carlos Nino—” (26).

EL DNU del actual presidente constitucional, por ende, cuenta —al margen de sus contenidos— con haber adquirido vigencia conforme al Código Civil y Comercial; con la postergación que se deriva del hecho de no haber sido incluido en el temario de las sesiones extraordinarias (27); con la negociación que se producirá al seno de la Comisión Bicameral Permanente, cuyos miembros aún se negocian (28) y no se co-

(26) Nino Carlos Santiago, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, (Capítulo sobre “La organización del poder”), Pág. 529

(27) El llamado fue dispuesto a través del Decreto 76/2023.

(28) Según información periodística, la Comisión Bicameral Permanente prevista por la ley 26.122 podría estar integrada, prima facie, luego de los actos eleccionarios del 2023, por 3 o 4 peronistas, 1 o 2 libertarios, 1 del PRO, otro de la UCR y de Cambio Federal, en cuanto a la Cámara de Diputados. Por los senadores, la integrarían 1 libertario, 3

nocen; con la mayoría ya lograda en el seno de la Honorable Cámara de Senadores que, al amparo de una ley como la 26.122 y por las razones que expusimos, lleva el estigma de la inconstitucionalidad por la anómala redacción de su art. 24, que desplaza a los arts. 77 y cc de la Constitución Nacional.

La decisión final, por todo ello, estará solo en manos de la Corte Suprema de Justicia —con los tiempos institucionales que ello conlleva, excepto el recurso per saltum—; y ya no de la mano de los proyectos de ley que advirtieron el problema que el Honorable Congreso de la Nación nunca quiso verificar, ni resolver ni proponerse a reformar para un mejor resguardo de la Constitución Nacional.

Mientras tanto, que algunos vayan estudiando los alcances de los arts. 39 y 40 de la Constitución (29); o la oportunidad en que nace un “caso” que sea susceptible de conocimiento judicial en relación con la vigencia y aplicación del Decreto 70/23 y la ley 26.122; y si los jueces son competentes para sustituir en sus funciones reglas y discrecionales de la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación, cuyo análisis tampoco ingresa —prima facie— a la órbita de conocimiento de los poderes locales.

La Constitución debe defenderse, no hay duda. Y es resorte de los juristas elegir los procedimientos más eficaces.

o 4 legisladores por Unión por la Patria; un representante del PRO; uno de la UCR, otro por Unidad Federal y otro más por Cambio Federal. Hasta la fecha, son solo conjeturas y negociaciones difíciles. Pues allí precisamente se disputa el destino inicial del DNU 70/2023.

(29) TN, edición del 27 de diciembre de 2023: “Javier Milei defendió su megadecreto y desafió al Congreso: “Si me lo rechazan, llamaré a un plebiscito”

# De un problema, no hacer dos

Francisco J. Funes (\*)

Nuestro país vive momentos acuciantes y de mucha angustia para, al menos, la mitad de su población. Tenemos graves problemas de toda índole, cuya solución debemos intentar, pero queda claro que, de mínima, no podemos empeorar la situación (no hay margen).

Es en estos precisos momentos donde emergen —así lo enseña la Historia—, con templanza y prudencia, los hombres de Estado, los políticos de fuste y los ministros y asesores idóneos.

Querer gobernar con la suma del poder en contra de lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución, no respetando la división de poderes ni los principios republicanos, es un error no forzado que, más temprano que tarde, traerá consecuencias nefastas para toda la sociedad.

Sin entrar a juzgar el contenido del DNU 70/2023, (sostenemos que el mismo es oprobiosamente inconstitucional, con defectos innatos y nefasto desde la técnica legislativa, amén de la inconsistencia de tomar una medida como esa, si se convoca al Congreso a sesiones extraordinarias: cabe preguntarse: ¿dónde radica la necesidad y la urgencia?), ni la ley que reglamenta los decretos de necesidad y urgencia, la número 26.122, norma que se da de bruces con lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución Nacional, ni el paquete de medidas de la denominada “Ley Ómnibus”, donde a todas luces, el Ejecutivo busca concentrar poder para gobernar sin el Congreso, caben, desde la razonabilidad y la medida, las siguientes reflexiones.

No se debe gobernar sin el Congreso. La separación de poderes tiene andamiaje en el control recíproco de los poderes. El Presidente no debe desconocer el mecanismo democrático.

El Congreso debe estar activo y debatir que convalida y que no del paquete sometido a estudio y si admite el DNU (a través de la Comisión Bicameral Permanente). Los representantes del Pueblo y de las Provincias no pueden ser ignorados so pretexto de argumentos que conspiran contra la institucionalidad.

Cabe recordar que cuando los convencionales constituyentes establecieron el régimen republicano, lo que buscaban era que los habitantes contemos con la garantía de que no existirá una concentración de poder en un solo gobernante, por ese motivo las atribuciones, competencias y potestades se reparten en diferentes órganos para evitar la excesiva acumulación de poder.

Intentar gobernar sin el Congreso no es democrático. De allí la necesidad de que cada órgano debe ocuparse de su competencia sin inmiscuirse en la de los otros. Asimismo, de esta manera, se reafirma la necesidad de preservar la seguridad jurídica como un valor fundamental en el Estado de Derecho, como una suerte de reaseguro de la sociedad de saber cuáles son las reglas a seguir.

Recordemos lo que dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Consumidores Argentinos. Asociación para la defensa, educación e información para el consumidor” (Fallos 333:633) del año 2010 que cuestionó el DNU número 558/02 y en donde se expresó que: “El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”. Si se gobierna a decretos de necesidad y urgencia y se convalida dicha práctica, ¿quién asegura que cuando se produzca un cambio de gobierno, de diferente signo ideológico, con este antecedente, no se vuelva a usar la herramienta?

---

(\*) Abogado (FCJS — UNL). Especialista en Derecho Constitucional (UBA). Doctorando en Derecho (UCSF).

Citamos también, porque es pertinente, a María Angélica Gelli: “Conviene reiterarlo, los DNU



no constituyen atribuciones para eludir Congresos hostiles o integrados por mayorías opositoras. Tampoco fueron admitidos para emplearlos en las ocasiones en las que se cuenta con un respaldo de la ciudadanía en elecciones recientes que, de todos modos, no cambiaron la composición de las Cámaras”.

Estar en minoría parlamentaria fuerza necesariamente el diálogo, el consenso. Allí emerge la Política, con mayúsculas.

Quien comanda el barco (en el que estamos todos) juró respetar la Constitución Nacional. Por ello, debe serenarse y no amenazar/extorsionar a los miembros de Congreso con disyuntivas inexistentes, abstractas e improbables. La política nunca es a todo o nada. Calificar a quien piensa distinto o a quienes pedimos estricto respeto por las instituciones de coimero, zurdo, envidio-

so o resentido, o de “no entender” no suma, abre otra grieta. Los atajos, a veces, conducen al precipicio.

Cabría preguntarse: si a través de los hechos demostrados, ¿el actual mandatario intenta “llevarse puesto el Congreso” caerá luego en la tentación, a partir de eventuales fallos judiciales adversos, de llevarse puesto al Poder Judicial?

El problema de fondo de todos estos procedimientos, radica, desde nuestra óptica, en el sistema presidencialista, que en Argentina, deviene hiperpresidencialista y, como hoy podemos ver —la realidad supera la ficción, ultrapresidencialista—.

El gobernante, como el abogado, tiene la obligación ética de no hacer dos problemas de uno. Respetemos todos la Constitución que es sabia, respetándola somos mejores.

# Duración del trámite ordinario para la sanción de las leyes. Un estudio empírico para el control de los DNU

Martín Oyhanarte (h.) (\*)

Sumario: I. Introducción.— II. El estándar “Verrochi”.— III. Un enfoque empírico.— IV. Muestra.— V. Resultados y discusión.— VI. Algunas conclusiones.

## I. Introducción

Este artículo tiene como propósito establecer, con la mayor objetividad posible, la duración del trámite ordinario para la sanción de leyes al que se refiere el art. 99 inc. 3, de la Constitución Nacional.

De acuerdo con esta norma, y la interpretación que le ha dado la Corte Suprema, este intervalo temporal debería ser uno de los ejes centrales para determinar si, en una situación específica, es justificable que el Poder Ejecutivo emita un decreto con fuerza de ley.

No obstante, en la Argentina, no sabemos con precisión cuánto tiempo insume normalmente la sanción de las leyes. Es una incógnita, un dato del que los analistas hablan livianamente en abstracto pero que es desconocido en el plano empírico. Este déficit, impide un análisis serio, objetivo y de buena fe sobre la validez constitucional de los decretos de necesidad y urgencia (DNU).

A partir de los datos disponibles, y recurriendo a la práctica institucional (1) como herramienta

(\*) Abogado (UCA, 2000). Máster of Laws (Harvard Law School, 2004). Director de la carrera de especialización en Derecho Procesal Constitucional (USAL). Profesor de Derecho Constitucional (USAL y U. Austral).

(1) De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, la “práctica institucional” es una fuente de interpre-

de interpretación constitucional preferente, procuraremos despejar esta incógnita y cuantificar una variable que resulta indispensable para un control coherente de una de las atribuciones más potentes que tiene el ciudadano que se desempeña como presidente de la Nación.

## II. El estándar “Verrochi”

Como sabemos, la reforma constitucional de 1994 le otorgó al Poder Ejecutivo la atribución de dictar decretos con fuerza de ley, ante circunstancias de excepción, y sujeto a un procedimiento de “control posterior” que ha demostrado ser ineficaz (2).

tación constitucional independiente y de primer orden, entendida como la experiencia reiterada, pacífica y no controvertida de los distintos órganos del Estado para interpretar principios cardinales del ordenamiento jurídico o la Constitución (p.ej., Fallos 344:2339, 326:4816, 330:725, 343:1457 voto del juez RONSENKRANTZ, etc.). En igual sentido véase, p.ej., Suprema Corte de EE.UU. “U.S. v. Midwest Oil Co.” 236 US 459; “Dames & Moore v. Reagan” 453 US 654; “U.S. v. Virginia” 518 US 515, disidencia del juez SCALIA en p. 568.

(2) Cf. SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos I., “Los controles institucionales en la Constitución reformada”, JA 1996-I-843. El autor destaca que esta notoria ineficacia se explica “políticamente, porque se ha introducido un medio de control del sistema parlamentario en un sistema presidencialista, con la ausencia de cultura legislativa apropiada, y jurídicamente porque la técnica constitucional utilizada no lo garantiza, por el carácter “abierto” de la cláusula, remitiendo al poder constituido su instrumenta-

A pesar de los discursos que preanunciaban una atenuación del presidencialismo, la realidad ha demostrado lo contrario. Las circunstancias de excepción quedaron definidas de manera ambigua, y el control político posterior ejercido por el Congreso fue diseñado con una torpeza llamativa. Tanto es así que ningún DNU ha sido invalidado por esta vía (3).

Lo único que operó como tímido contrapeso ha sido el control de constitucionalidad a cargo del Poder Judicial. A lo largo de las últimas dos décadas, la Corte Suprema intentó delinear un “estándar judicialmente verificable” (4) respecto de las circunstancias de hecho que deben concurrir para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por parte del presidente de la Nación.

Fue así que en 1999 la Corte Suprema dictó sentencia en “Verrocchi” (5), con el objetivo de dar un sentido más preciso al art. 99 inc. 3 CN. Luego, el criterio de este fallo fue mantenido, reiterado y ratificado por la jurisprudencia posterior (6). Al día de hoy, el criterio de este fallo se ha convertido en un test o estándar de validez (7)

ción”. En idéntico sentido, SAGÜÉS, Néstor P., “La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia”, JA 2006-IV-1040, quien califica a este punto de la reforma de 1994 como “desprolija” y que texto en cuestión refleja una “total incoherencia”.

(3) Según explica A. SANTIAGO (h.), desde la sanción de la ley 26.122 a la fecha “sólo en dos casos hubo un rechazo del DNU por la Cámara de Diputados. Nunca el Senado rechazó un DNU, por lo que ningún DNU desde el año 2006 hasta la fecha fue derogado por la intervención del Congreso” (CAPIELLO, Hernán, “Los antecedentes de la Corte Suprema son adversos para el megadecreto de Javier Milei”, Diario La Nación, 26 de diciembre de 2023).

(4) En el caso de que no exista o no sea posible definir un estándar administrable o verificable por los jueces, la cuestión constitucional debe ser tratada por los tribunales como “no justiciable”. Véase, caso “Baker v. Carr”, 369 U.S. 186 (1962) y FALLON, Richard H., “Judicially Manageable Standards and Constitutional Meaning”, Harvard Law Review, t. 119, p. 1274.

(5) Fallos 322:1726 (1999), consid. 9º del voto de los jueces FAYT, BELLUSCIO y BOSSERT.

(6) Cf. Fallos 323:1934, 326:417 326:1138, 326:3180, 333:636, 338:1048, 344:2690, entre muchos otros.

(7) Según FALLON, un test o estándar de validez es una regla analítica creada por los tribunales para determinar de modo concluyente la constitucionalidad de una norma o para activar un mecanismo de escrutinio agravado. El

que cuenta “con la aprobación de la inmensa mayoría de la doctrina” (8).

En lo sustancial, el estándar “Verrocchi” dice que el Poder Ejecutivo tiene una atribución para ejercer facultades legislativas siempre que concurren alguna de estas dos circunstancias fácticas habilitantes: 1) Que exista una “imposibilidad de dictar la ley mediante el trámite ordinario debido a circunstancias de fuerza mayor, como acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal”; o 2) Que exista una “situación de urgencia tal que requiera una solución legislativa inmediata, incompatible con el trámite normal de las leyes”.

El primer punto no necesita mayor explicación. Respecto del segundo, que es el que se invoca casi siempre, la Corte Suprema nos dice que para aplicar el control de constitucionalidad debemos cotejar dos intervalos temporales:

a) el intervalo o cantidad de días que de modo normal insume el trámite para la sanción de las leyes; y,

autor señala la importancia de un enfoque “prágmático” y “empírico” a la hora de diseñar y aplicar estos test de validez (Cf. FALLON, Richard H., “Implementing the Constitution”, Harvard Univ. Press, 2001, ps. 28 a 44 y “Constitutionally Forbidden Legislative Intent”, Harvard Law Review, t. 130, p. 523).

(8) Cf. BADENI, Gregorio y LAPLACETTE, Carlos J., “El decreto de necesidad y urgencia sobre participación del Estado en sociedades”, LL 2011-B, 1154. En igual sentido, SAGÜÉS, Néstor P., “La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia (DNU)”, JA 2006-IV-1040; SANTIAGO (h), Alfonso y VERAMENDI, Enrique, “Una norma decisiva en la configuración de nuestro sistema jurídico e institucional”, JA 2006-IV-1358; IBARLUCÍA, Emilio A., “El control judicial de los presupuestos fácticos que habilitan el dictado de DNU”, LL 2010-C, 531; THURY CORNEJO, Valentín, “Diálogo entre precedentes, retórica e identidad institucional en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre DNUs”, LL 2011-D, 537; DIEGUES, Jorge A., “Decretos de Necesidad y Urgencia”, LL 2012-C, 806; MANNIL, Pablo L., “Nuevo fallo sobre los decretos de necesidad y urgencia”, SJA 30/6/2010. En contra, MIDÓN, Mario A. R. “Decretos de necesidad y urgencia - “Verrocchi”: Empatía técnica entre la libertad y el poder”, LL 1999-E, 590, y por otros motivos, también en contra BARRA, Rodolfo y LICHT, Miguel “Los decretos de necesidad y urgencia”, LL 2016-B, 660, para quienes “el Presidente resulta habilitado para elegir discrecionalmente entre enviar un proyecto de ley y la emisión más rápida de un decreto”.

b) el intervalo o cantidad de días que requiere entrar en vigencia la medida legislativa que el Poder Ejecutivo juzga necesaria.

Entonces:

- Si  $A > B$ , las circunstancias de hecho habilitantes están dadas, y el DNU es constitucionalmente válido (al menos en este aspecto).

- Si  $A < B$ , el DNU debe ser declarado inconstitucional.

Ahora bien, en este esquema elemental, el ejercicio del control de constitucionalidad de los DNU depende de una premisa mayor que supone un dato definido de manera objetivo pero que al día de hoy no conocemos. Se trata de una incógnita, porque hasta ahora nadie ha definido con claridad o autoridad cuántos días tiene este plazo "normal" u "ordinario" del trámite para la sanción de las leyes. En lo que sigue intentaremos despejar esa incógnita.

### III. Un enfoque empírico

Como punto de partida, debemos descartar de plano aquellas definiciones que no son objetivas, o no están basadas en la evidencia. Por ejemplo, afirmar que el Congreso debe o puede aprobar una ley "en 30 días" o "5 semanas", (9) sin basarse en datos empíricos, es meramente un acto de voluntarismo. Estas expresiones no tienen valor ni son útiles para orientar el control de constitucionalidad, ya que carecen de contacto con la realidad.

En esta materia, resulta indispensable evitar caer en un análisis subjetivo, en el cual el intérprete formula opiniones sobre el cumplimiento de las condiciones para emitir DNU no ya a partir de los datos de la realidad, sino influido por su filiación política, su orientación ideológica y, sobre todo, por el agrado que le suscita la medida bajo examen.

---

(9) Un ejemplo de este tipo planteo surge cuando se afirma: "¿Cómo sostener, a la luz de Verrocchi, que en esas 5 semanas era imposible cumplir con los plazos legislativos?", THURY CORNEJO, Valentín, "Diálogo entre precedentes, retórica e identidad institucional en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre DNUs", LL 2011-D, 537.

Tampoco es adecuado un enfoque desde la pura dogmática, es decir, analizar de modo abstracto o *a priori* las reglas establecidas en la Constitución y los reglamentos de ambas cámaras, para estimar una demora imaginaria. Porque este procedimiento no arroja un resultado mínimo, máximo, ni mucho menos "normal" en términos empíricos.

De la mera lectura de los datos resulta imposible deducir lo que nos muestra la realidad, como, por ejemplo, el caso de las leyes 25.107, 25.413, 25.587, 25.561, 26.077, 26.029 o 26.142 en el que todo el trámite en sede legislativa demandó en total menos de 24 horas; o que en el caso de la ley 26.844, sobre el régimen laboral del servicio doméstico, o la ley 26.799 prohibir el uso de camas solares a menores de edad, se tardó más de 1600 días (o casi cuatro años y medio).

Insisto, para ser más preciso: debe rechazarse de plano el argumento según el cual el estándar "Verrocchi" debe aplicarse utilizando el plazo mínimo posible (o deseable) para el dictado de una ley. Porque no sólo está el curioso récord de las leyes expresas recién citadas, sino porque existen por lo menos otras tres decenas de leyes que fueron sancionadas por ambas cámaras del Congreso en menos de una semana, casi sin debate. Y es evidente que esos trámites expresas no pueden ser revindicados como un modelo deseable en una democracia republicana.

No obstante, lo que determina la inutilidad de ese enfoque, en lo términos del estándar "Verrocchi", es que los plazos mínimos no son plazos esperables. Sencillamente, no encuadran con el significado del vocablo "normal" que, según la Real Academia Española, es un "estado natural", o con mayor claridad en la segunda acepción, lo "habitual u ordinario" (10).

Por lo tanto, una interpretación leal del texto del art. 99 inc. 3 CN y el estándar "Verrocchi", requiere un análisis empírico del proceso legislativo que tiene lugar cotidianamente en nuestro país para establecer cuál es, en el plano de la rea-

---

(10) Cf. Real Academia Española, en <https://dle.rae.es/> normal. En igual sentido, Néstor P. SAGÜÉS afirma que la CN se refiere aquí al "curso habitual" de sanción de las leyes (aut. cit., "La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia", JA 2006-IV-1040).

lidad, el plazo que insume de modo normal, habitual u ordinario la sanción de las leyes.

En lo que sigue intentaremos hacer este ejercicio, con la mayor aproximación que nos resulta posible, a partir de los datos accesibles.

#### IV. Muestra

Como punto de partida es necesario definir cuál es el universo de datos que vamos a utilizar. Una primera intuición sugiere considerar todas las leyes sancionadas desde 1994 hasta la actualidad. Sin embargo, por distintas razones nos vemos obligados a definir criterios de inclusión y exclusión más estrechos, a saber:

*Año de inicio y finalización:* se incluirán todos los datos correspondientes a leyes sancionadas a partir de 1999. Si bien resultaría deseable utilizar todos los casos desde 1994, la información anterior a 1999 no se encuentra fácilmente disponible y accesible en los sitios de internet de las cámaras del Congreso. Por otro lado, también se excluirán todos los datos del ciclo 2019-2023. Ello es así porque en marzo de 2020 comenzó una cuarentena estricta (dictada y prorrogada por DNU) que alteró de manera absolutamente inusual los plazos de tramitación de las leyes. Si bien las medidas de cuarentena cesaron a partir de 2022, es posible que esos datos también estén alterados por la acumulación de proyectos no tratados durante los dos años anteriores. Consideramos, por otro lado, que una muestra de 20 años consecutivos es suficiente para captar variables de dinámica política como para ser representativa.

*Materias excluidas:* se excluyen de la muestra aquellas leyes cuyo objeto ha sido la sanción de los Códigos (art. 75 inc. 12 CN), así como la aprobación de las cuentas de inversión (75 inc. 8 CN) o de tratados internacionales (art. 75 inc. 22 CN). Por expresa disposición del art. 2 de la ley 13.640, y de la ley 24.156, este tipo de proyectos se encuentra regido por plazos de procedimiento más extendidos y trámites extraordinarios, que por definición son ajenos al concepto de “trámite ordinario” al que alude el art. 99 inc. 3 CN.

*Incidencias reglamentarias:* se incluyen en la muestra las leyes que, a lo largo del trámite, fueron aprobadas en una o las dos cámaras “sobre tablas”, es decir, con una mayoría agravada para

evitar el giro previo a comisión. **(11)** Si bien esto podría sugerir que es un modo “extraordinario” de aprobar una ley, lo cierto es que su utilización es tan frecuente que hemos considerado que la inclusión de estas leyes hace a la muestra más representativa del trámite habitual.

*Intervalo computable:* se computarán los valores en días corridos que insume el trámite previsto en los arts. 77 a 84 y 99 inc. 3 primer párrafo de la CN. Es decir, se toma como punto de partida el día de la presentación del proyecto en la Mesa de Entradas de alguna de las dos cámaras, y como punto de finalización el día de la publicación en el Boletín Oficial. No computaremos el día de efectiva entrada en vigencia de la ley, ya que puede ser inmediata o diferida, y es una variable que excede formalmente el procedimiento de “sanción” aludido en el art. 99 inc. 3., 2do. párrafo.

#### V. Resultados y discusión

La muestra que se obtiene siguiendo los criterios de inclusión y exclusión indicados en el punto anterior contiene un total de 1690 leyes, sancionadas entre 1999 y 2019, que integran la base de datos de elaboración propia, y puede consultarse aquí: <https://rb.gy/bqtd25>

Los resultados de mayor interés y relevancia para el objetivo de este estudio son los que se indican a continuación:

- Media: 437 días.
- Mediana: 406 días.
- Desvío Estándar: 319 días.
- Límite inferior a un Desvío: 118 días.
- Límite superior a un Desvío: 756 días.

En primer lugar, el dato más claro que surge del análisis empírico es que en la Argentina, el trámite ordinario para la sanción de las leyes dura en promedio 437 días, es decir, algo más de un año y dos meses.

En segundo lugar, se observa que la mediana es de 406 días y es menor que la media. Esto su-

(11) Art. 134 del Reglamento de la HCDN y art. 147 Reglamento del Senado.

giere un sesgo de la curva, es decir, que en la distribución de los datos hay más casos que se agrupan alrededor de la mediana que alrededor de la media. Esto implica que el dato de tendencia central de mayor interés y representatividad es, entonces, la mediana de 406 días.

En tercer lugar, dado el valor de la desviación estándar, resulta de utilidad señalar que existe un rango de “normalidad” para la sanción de las leyes, que en la Argentina está en el intervalo que va de 118 a 756 días.

Así, a partir de una perspectiva empírica enriquecida, también podemos afirmar con un alto grado de confiabilidad que la sanción de las leyes demora “normalmente” entre 4 meses y dos años. Ese es el intervalo “esperado” o más probable que, junto con la mediana, debe tomar como antecedente el presidente que debe decidir, utilizando los datos de modo inferencial, si está habilitado a dictar un DNU, o si debe enviar ese mismo proyecto al Poder Legislativo.

En otras palabras, si se quiere definir de acuerdo con los datos relevados, cuál es el tiempo regular con que insume el trámite normal para la sanción de las leyes, puede tomarse el valor más representativo de la tendencia central, es decir, la mediana de 406 días. Al mismo tiempo, si se quiere plantear la necesidad de un criterio de admisibilidad más estricto, y señalar cuál es el plazo más veloz con el que puede seguirse el trámite para la sanción de las leyes dentro de la normalidad, se puede tomar el límite inferior de 118 días.

Por último, la conclusión que se deriva de todo lo anterior es que, aunque existen casos en los que la sanción de leyes ha requerido menos de cuatro meses o más de dos años, estos deben considerarse valores atípicos, es decir, casos “extraordinarios”, “atípicos” o “anormales” que se sitúan fuera del marco conceptual del estándar “Verrocchi”.

## VI. Algunas conclusiones

Este análisis empírico y cuantitativo nos permite formular las siguientes conclusiones adicionales, que resultan de interés para la aplicación de este enfoque empírico al control de constitucionalidad los DNU.

### VI.1. La aplicación del estándar es competencia primaria del Congreso

Establecer objetivamente cuál es el plazo “normal”, “habitual” u “ordinario” para la sanción de las leyes resulta indispensable para un adecuado control de constitucionalidad y la aplicación del estándar “Verrocchi”, tanto por parte de las cámaras del Congreso como por los jueces.

Por razones inherentes a nuestro diseño constitucional, esta evaluación recae preferentemente en manos del Poder Legislativo. Si, tras el dictamen de la Comisión Bicameral Permanente, las cámaras del Congreso concluyen que la urgencia de la medida era tal que hacía imposible esperar el tiempo que normalmente toma el trámite legislativo, y esta constatación se basa en razones objetivas y razonables, entonces el DNU debe ser convalidado, y los tribunales deben adoptar un enfoque de control deferente.

Al respecto, debe subrayarse que en los principales fallos sobre la materia la Corte Suprema señaló que lo que justifica que el control judicial estricto es la ausencia del control del Congreso (12). Tal como explican Santiago y Veramendi, “la aprobación expresa de las Cámaras reduce el margen de apreciación judicial respecto de la configuración del requisito constitucional de la ‘imposibilidad’ de seguir el trámite ordinario de sanción de las leyes” (13).

En particular, compartimos el criterio de estos autores según el cual, si bien no estamos frente a una facultad privativa del Poder Legislativo, tampoco “es posible soslayar que el Congreso es, seguramente, el órgano que se encuentra en mejores condiciones de evaluar si la solución legislativa arbitrada por el Poder Ejecutivo podía ser adoptada en un plazo compatible con el que demanda el trámite normal de las leyes, por lo que no será sencillo contrariar, en este aspecto, la va-

(12) Cf. “Pino Seberino”, Fallos 344:2690, consid. 9º, reiterando el criterio de “Consumidores Argentinos”, Fallos 333:633.

(13) SANTIAGO (h), Alfonso y VERAMENDI, Enrique, “Una norma decisiva en la configuración de nuestro sistema jurídico e institucional. Comentarios iniciales a la ley 26122”, JA 2006-IV-1358.

loración resultante de la aprobación de las Cámaras” (14).

### *VI.2. Supuesto de validez*

En los casos en que el Poder Legislativo no ejerza el control político de manera diligente, debe procederse al control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial. Así, bajo el aspecto del control que nos interesa, la validez de la norma debe evaluarse bajo la premisa de la segunda parte del estándar “Verrocchi” de manera objetiva, es decir, teniendo en cuenta el plazo ordinario que, según la evidencia que aportamos en este artículo, requiere el trámite legislativo en el plano de la realidad.

En otras palabras, el análisis debe hacerse teniendo a la vista los datos que reflejan la práctica institucional del Congreso argentino, que indica que debe considerarse como plazo medio el de 406 días, y como límite inferior del intervalo de normalidad al plazo de 118 días.

Bajo el estándar “Verrocchi”, ni los legisladores ni los jueces deberían exigir al Ejecutivo que justifique la necesidad de que la medida dictada por decreto entre en vigencia en un plazo menor a 118 días. Los datos muestran que no es razonable esperar que el Congreso pueda dictar una ley de siguiendo el trámite “ordinario” o “normal” en un tiempo inferior.

Esto implica que en los casos en que se analice un DNU y el Poder Ejecutivo logre demostrar que es necesario que el efecto normativo se produzca antes de los plazos mencionados, las circunstancias excepcionales para el dictado de la medida estarían justificadas.

En cambio, si el Poder Ejecutivo no logra demostrar (15) (ni en los considerandos de la nor-

(14) Ibidem.

(15) Conforme lo resuelto en Fallos 333:633 y 344:2690 la carga de la demostración de la urgencia del decreto está en cabeza del Poder Ejecutivo. Pero ello no significa que la Corte haya consagrado un caso de “presunción de inconstitucionalidad”. Tal aserto implicaría desconocer el principio de división de poderes y significa tanto como suponer en “los titulares de los poderes de gobierno la intención de conculcar el texto constitucional” (Fallos 328:2056, voto del juez MAQUEDA). Y conduciría a la hipótesis absurda de que ante toda solicitud de una medida cautelar suspen-

ma, ante el Congreso o los jueces) la necesidad de que el efecto se produzca antes de los parámetros de tiempo considerados normales según los datos, se podría afirmar que el DNU es inconstitucional bajo el estándar “Verrocchi”, debido a que existía tiempo suficiente para presentar un proyecto de ley al Congreso.

### *VI.3. Supuesto de invalidez*

Con el mismo criterio, aquellos decretos de necesidad y urgencia (DNU) cuyo efecto esté destinado a comenzar a producirse después del límite inferior de 118 días puede comenzar a plantearse que el DNU es objetivamente inválido, a la luz de una variante estricta del estándar “Verrocchi”.

Decretos de este tipo no son infrecuentes. Nuestro inagotable catálogo de DNUs tiene varios ejemplos que ilustran el punto. Por caso, el DNU 750 del 6 de junio de 2001 dispuso modificar y trasladar el feriado nacional correspondiente al 12 de octubre de ese año al día 8 de octubre. Entre la fecha del dictado de este DNU y su efecto hay 124 días, es decir, un plazo suficiente como para que se apruebe esa medida dentro del intervalo de normalidad del trámite para la sanción de las leyes.

Si se aplicara el criterio más estricto de los que resulta de este estudio, el DNU 750/01 debería haber sido rechazado. Sin embargo, el decreto fue convalidado expresamente. No sorprende, entonces, que se dictaran luego los DNUs 1932/02 y 810/03 para regular de la misma manera el feriado del 12 de octubre en los años siguientes, y más tarde, un régimen completo destinado a regular de modo permanente todos los feriados y días no laborables mediante el decreto 1584 de 2010.

### *VI.4. El caso especial de los DNU de efectos permanentes*

Un supuesto muy frecuente es el de los DNU que tienen por objeto una medida urgente, cuya operatividad y efectos pretenden ser inmediatos, pero que, a la vez, por la naturaleza de aquello que buscan resolver, requieren la adopción de

siva de los efectos de un DNU, el solicitante quedaría relevado de demostrar la verosimilitud del derecho invocado.

reglas expresamente concebidas para regir de modo indefinido o permanente.

El tratamiento de esta última especie de DNU presenta un desafío conceptual especial, tanto bajo los términos de la práctica institucional, como bajo el marco analítico que se propone en este artículo.

La Corte Suprema introdujo esta perspectiva en el caso “Consumidores Argentinos” (16), en el que se declaró la inconstitucionalidad de un DNU por no adecuarse al estándar “Verrocchi”, y en particular, porque se concluyó que el Poder Ejecutivo se había limitado a alegar una crisis o emergencia en el mercado asegurador, sin justificar en qué medida el DNU era necesario para resolverla. Pero, además, como *obiter dictum*, dijo que esa conclusión se veía corroborada porque el DNU no era coyuntural, en tanto “contenía normas permanentes”.

Más recientemente, la Corte Suprema reiteró este enfoque en el caso “Pino Seberino” (17), al declarar la inconstitucionalidad del DNU 679/97. En los votos concurrentes de la mayoría, se argumentó que la norma era inválida debido a que el Poder Ejecutivo no consiguió superar el estándar “Verrocchi”, ya que se limitó a indicar que la medida pertenecía a la materia “previsional”, sin acreditar la urgencia de manera circunstanciada. De forma similar a lo ocurrido en “Consumidores Argentinos”, se añadió, a modo de *obiter dictum*, que esta conclusión se veía corroborada por el intento del DNU de modificar el sistema de “manera permanente”.

El postulado de estos dos fallos podría ser considerado *prima facie* consistentes con el marco teórico propuesto en esta nota. En esa línea, podría pensarse que aquellos DNU que pretenden tener efecto permanente, es decir, regular situaciones o conductas más allá del límite superior del rango de normalidad, esto es, más allá de 756 días de dictado el decreto, son inválidos.

Este enfoque no es incompatible con el marco analítico que aquí proponemos como regla general interpretativa. No obstante, una mirada atenta, sugiere que esta pauta interpretativa no tiene

apoyo textual ni en la práctica institucional. Y su aplicación práctica demandaría tantas excepciones que su valor analítico termina resultando el de un criterio indiciario meramente marginal. Veamos.

(a) *La atribución reclama permanencia*

Como primera observación, debe considerarse que la regla interpretativa bajo examen será razonable si y sólo si su aplicación no resulta frustratoria del sentido elemental de la norma constitucional a la que se refiere.

Ello, porque la Constitución, en este caso, está habilitando expresamente al presidente de la Nación a la sanción de decretos que materialmente son “leyes”. No sólo se trata, entonces, de normas de máxima jerarquía dentro del ordenamiento jurídico sino que, también, por definición, estamos frente a normas que son esencialmente “permanentes” (18). De modo que postular la invalidez de todo DNU que contenga regulaciones de este tipo no es consistente con un primer análisis textual.

En segundo lugar, debe atenderse al hecho de que la interpretación de las condiciones de ejercicio de la atribución de dictar DNUs puede ser restrictiva pero no nulificante. Porque es un principio elemental el que establece que no es posible negar por la vía interpretativa los medios necesarios para el logro efectivo de un determinado fin constitucional (19).

En otras palabras, no es lícito aplicar la Constitución sin tener presente que es “un instrumento de gobierno” y que su interpretación debe propender siempre al “eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado para el cumplimiento de sus fines del modo más beneficio-

(18) Según la célebre definición de Marcel PLANIOL, “La ley es una regla social obligatoria, establecida en forma permanente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza” (cf. ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, “Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General”, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 114 y su cita).

(19) Fallos 339:464, 330:4564, 328:1652, 327:2369, 325:723, 322:2624, etc.

(16) Fallos 333:633 (2010).

(17) Fallos 344:2690 (2021).



so para la comunidad y los individuos que la forman” (20).

Por ello, debe considerarse que ante la necesidad de tener que conjurar una situaciones de grave riesgo social, indudablemente cubierta por el art. 99 inc. 3 CN, puede resultar indispensable dictar normas destinadas a regir de modo indefinido.

En efecto, en muchas situaciones no es posible resolver la coyuntura sin ofrecer una solución estable a mediano o largo plazo. Por ejemplo, es evidente que casi ninguna reforma monetaria o financiera podría siquiera insinuarse si no se la hace con vocación de permanencia y estabilidad. Por lo tanto, restringir la aplicabilidad del artículo constitucional a puras medidas de coyuntura no sólo no resulta del texto de la norma constitucional sino que en muchas hipótesis sería frustrario del fin al que válidamente apunta, es decir, la negación misma del motivo que justificó su adopción.

*(b) El caso de la derogación de leyes*

Desde otra perspectiva, es bueno subrayar que la pauta interpretativa sugerida como *obiter* en “Consumidores Argentinos” y “Pino Seberino” se aplicó al control de DNU que buscaban innovar sobre el marco jurídico con una regulación nueva de signo positivo.

Ni en los casos citados, ni en ningún otro, la Corte Suprema aplicó esta pauta de interpretación a la derogación expresa o implícita de normas legales que, como es obvio, también son de efecto inmediato y permanente.

Dado que el efecto derogatorio se limita a retrotraer el ordenamiento jurídico al estado anterior a la ley derogada, existe una diferencia conceptual objetiva con las regulaciones positivas, y ello permite delimitar de modo coherente el alcance de la pauta de interpretación bajo examen.

(20) Fallos 326:1778. En igual sentido la célebre frase de John MARSHALL, al decir que debe descartarse por “perniciosa” la “nefasta influencia de una interpretación estrecha sobre todas las operaciones del gobierno”, ya que ello tornaría “al gobierno incompetente para cumplir sus grandes objetivos” (cf. “McCulloch v. Maryland”, 17 U.S. 316).

Por último, debe considerarse que la casi totalidad de los DNU dictados desde 1994 a la fecha contienen la derogación, expresa o tácita, de normas hasta ese momento vigentes. Y si la derogación de normas de jerarquía legal no fuese posible, el art. 99 inc. 3 CN no tendría la menor aplicabilidad práctica.

*(c) Síntesis: el acotado impacto de esta regla*

A la luz de lo dicho en los dos puntos anteriores, queda claro que el carácter permanente de las medidas adoptadas por un DNU no puede ser una pauta decisiva, sino que es un elemento indicario más a la hora de evaluar su constitucionalidad de un DNU.

A su vez, la práctica institucional confirma estas conclusiones. Porque si tal pauta de interpretación no tuviera el alcance acotado que venimos describiendo, no se explicaría cómo varios cientos de otros DNU que introducen normas permanentes sobre normas centrales de nuestro ordenamiento jurídico no hayan sido invalidados de oficio por los tribunales.

En efecto, un breve repaso de la práctica de los últimas décadas demuestra que centenares de DNU modifican de modo permanente las leyes más importantes de nuestro país, obtuvieron dictamen favorable de la Comisión Bicameral Permanentemente (21) y se aplican de modo diario, al día de hoy, sin rechazo del Congreso ni declaración de inconstitucionalidad por parte de los tribunales.

Como prueba, puede señalarse que todos los presidentes que han gobernado desde 1994 a la fecha modificaron por la vía de los DNU, y de modo “permanente”, las leyes de derecho común o federal más importantes de nuestro país, tales como el Código Civil (22), el Código de Comercio (23), la Ley de Contrato de Trabajo (24), la

(21) SANTIAGO (h), Alfonso, VERAMENDI, Enrique, CASTRO VIDELA, Santiago M., y D'ACUNTI, Patricio; “La Comisión Bicameral Permanente de Control Legislativo”, Diario La Ley del 14/3/2019.

(22) DNU 1387/01

(23) DNU 1387/01

(24) DNU 773/96 y 815/01

ley de alquileres (25), la ley de sociedades (26), la ley de entidades financieras (27), ley de marcas y patentes (28), la carta orgánica del Banco Central (29), la ley de contrataciones del Estado (30), la ley de Tecnologías de la Información y Comunicaciones (31), la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (32), creación de decenas de entes descentralizados (33), o la ley de ministerios (34), entre muchas otras.

En síntesis, por todo lo dicho, lo que invalida la posibilidad de recurrir a la vía de los DNU es la ausencia de urgencia, es decir, a la ausencia de una situación que exige de modo necesario una respuesta de rango y esencia legislativa cuyo efecto debe comenzar a verificarse antes de 118 días.

La vocación de permanencia de la norma, o la adopción de reglas que pretenden regular una cuestión de modo indefinido, es consustancial a su jerarquía de "ley". Así, la pauta interpretativa referido a la "permanencia" de las normas de un DNU sólo puede tener valor indiciario, y no reemplaza un análisis integral de los hechos y las medidas propuestas, a la luz del estándar "Verrocchi".

#### VI.5. Decretos con disposiciones múltiples

El modelo analítico que se propone en este artículo también resulta de utilidad para realizar adecuadamente el control de constitucionalidad de aquellos DNU que contengan una multiplicidad de normas que no guardan relación entre sí, por cuanto regulan materias distintas o casos

(25) DNU 320/20

(26) DNU 27/18

(27) DNU 1387/01 y 214/02

(28) DNU 27/18

(29) DNU 1373/99 y 401/02

(30) DNU 204/04

(31) DNU 267/15 y 690/20

(32) DNU 267/15

(33) DNUs 2025/08, 1365/209, 1458/09, 1993/10, 919/10, 2082/11, 874/12, 636/13, 641/14, 441/15, 815/15, 13/15, 223/16, 2/17, 746/17, 95/18, 801/18, 1117/18, etc.

(34) DNUs 185/02, 355/02, 473/02, 1210/02, 37/03, 1283/03, 141/03, 684/03, 923/04, 267/05, 828/06, 1472/08, 2025/08, 1365/09, 1458/09, 919/10, 1993/10, 192/11, 2082/11, 874/12, 636/13, 441/15, etc.

con márgenes temporales diversos en cuanto a sus efectos.

En el caso del control por parte del Congreso, en la actualidad sólo es posible un control en bloque, en donde el DNU es convalidado o rechazado en su totalidad sin que resulte posible hacerlo de modo parcial (35). Si el Congreso considera que alguna disposición pudo haber sido tratada en el plazo normal que insume la sanción de las leyes, debe rechazar el DNU íntegramente.

Por el contrario, en sede judicial impera el principio inverso, ya que en virtud del art. 116 CN el control de constitucionalidad sólo puede ejercerse en un "caso o causa" entre partes adversas que aleguen un agravio personal y diferenciado. Esto significa, entonces, que puede y debe controlar exclusivamente las disposiciones específicas que agravan al impugnante, y se discuten en el caso concreto.

Así, por ejemplo, si una disposición de un DNU se juzga inconstitucional, porque trata sobre una materia prohibida por el art. 99 inc. 3 CN, ello no puede acarrear la inconstitucionalidad automática de otras disposiciones que, con autonomía normativa, traten materias que sí pueden ser reguladas por DNU.

Como es obvio, lo mismo ocurre con el control de constitucionalidad de la situación fáctica habilitante, que se ejerce por aplicación del estándar "Verrocchi". Pueden existir algunas disposiciones de un decreto que no superen el estándar, y ello de ningún modo puede determinar la inconstitucionalidad de otras disposiciones que, con autonomía normativa, sí lo superan.

#### VI.6. La necesaria reforma constitucional

El actual art. 99 inc. 3 CN, y la práctica institucional verificada a lo largo de los últimos 30 años, consagraron un sistema presidencialista fuerte, hijo de un sistema de frenos y contrapesos vencido por una cultura política populista. Así, llegamos a una situación dada, en la que los presidentes entienden que pueden recurrir con asiduidad a la vía del decreto, porque se sienten legitimados por una suerte de costumbre inveterada.

(35) Cf. art. 22 ley 26.122.

Para muchos de nosotros, el estado actual de las cosas resulta insatisfactorio, pero es una consecuencia inevitable de un texto constitucional mal redactado. Sin una reforma de dicho texto, que se encuentra en el centro del problema, continuaremos viendo la consolidación de la tendencia actual. Esta tendencia puede estar matizada por el rechazo anecdótico de algún DNU emitido por un presidente sin apoyos, o por fallos esporádicos cargados de retórica republicana que, sin embargo, carecen de la fuerza necesaria para revertir una regla destinada a garantizar la hegemonía presidencial.

La adopción de estándares como el del caso “Verrocchi” forma parte de una serie de iniciativas bien intencionadas. Sin embargo, está lejos de ser una solución definitiva, especialmente si su aplicación no se lleva a cabo de manera consistente a lo largo del tiempo. En este contexto, creemos que las conclusiones obtenidas del enfoque empírico propuesto en este artículo pueden aportar coherencia a la práctica actual. Además, pueden ser la base para una reforma constitucional que instaure una nueva regla con plazos precisos, contornos objetivos y pautas temporales claras, lo que facilitaría un control previsible y más eficaz.



# DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

---



# Los contratos en dólares en la doctrina judicial y DNU 70/2023

Pascual E. Alferillo (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Análisis del fallo “Saud, Luis Ariel y otro...”.— III. Alcance de las modificaciones de los arts. 765 y 766 del Código Civil y Comercial por el DNU 70/2023. — IV. Conclusiones.

## I. Introducción

Aun cuando se presente como una paradoja expresar que “la realidad supera a la imaginación más prolifera”, diversos acontecimientos políticos-jurídicos convergen a la mesa del investigador con la fuerza de un brote nuevo en un año-árbol, como es el casual dictado de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1), cuya queja se estimó inadmisibles en función del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (2), razón por la cual, el interés se desplaza al contenido de la sentencia dictada por la Cámara Nacional Civil, Sala C, el 27 de junio de 2022 (3), donde se debatía el modo de cancelar el precio de una hipoteca pactada en dólares.

---

(\*) Abogado y Notario (UNC). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Univ. Mendoza). Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Exjuez de Cámara en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan.

(1) CS, “Recurso de hecho deducido por el codemandado Carlos Enrique Long en la causa Saud, Luis Ariel y otro c/ Argenwolf S.A. y otro s/ ejecución hipotecaria”, 14/12/2023, TR LALEY AR/JUR/172844/2023.

(2) El magistrado Ricardo Luis Lorenzetti, aclaró que “...cabe poner de relieve -a fin de evitar interpretaciones erróneas acerca del alcance de los fallos de la Corte Suprema- que la desestimación de un recurso extraordinario mediante la aplicación de dicha norma no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida...” (conf. causa “Vidal”, Fallos: 344:3156, suscripta por los jueces Rosatti, Maqueda, Highton de Nolasco y Lorenzetti).

(3) CNCiv., sala C, “Saud, Luis Ariel y Otro c/ Argenwolf SA y Otro s/ Ejecución Hipotecaria”, 27/06/2022, TR LALEY AR/JUR/82320/2022.

Casi en simultáneo, el Poder Ejecutivo Nacional dictó, en fecha 20 de diciembre de 2023, el Decreto 70/2023, DNU-2023-70-APN-PTE — Disposiciones denominado “Bases para la reconstrucción de la Economía Argentina”, en el cual, se reformaron los artículos 765, 766, 958, 960, entre otros del Código Civil y Comercial Ley N° 26.994 que tienen una particular relevancia para el tema bajo tratamiento.

La problemática, en este momento, es trascendente frente a la inflación que supera los niveles estructurales o de razonabilidad, y el desafío se centra en el modo de frenar su escalada alcista. En este sentido, históricamente, se coincide en la imperiosa necesidad de bajar el déficit público y la emisión monetaria (4), como las medidas de política económica esenciales para lograr el propósito procurado.

Esta tarea es responsabilidad de quienes conducen el país, cuyas decisiones se plasman en normas jurídicas, las cuales deben ser meritadas por los analistas de las Ciencias Jurídicas, a los fines de considerar el alcance de las mismas, en este caso, para el ámbito de los contratos.

Este desafío se llevará a cabo examinando el contenido del fallo para determinar si fue correc-

---

(4) Ver ALFERILLO, Pascual E., “Obligaciones de dar dinero. Inflación”, La Rocca S.R.L., Buenos Aires, 2023, p. 86 y sig. (El Austral. Decreto 1096/1985), p. 117 y sig. (Pesos convertibles a dólar. Ley 23.928) y p. 130 (Desindexación. Ley 24.283). En esta etapa, el gobierno dictó paralelamente, la Ley 23.696 - Reforma del Estado - Emergencia Administrativa, B.O. 23 agosto 1989 N° 26702 y el Decreto D.N.U. PEN N° 2284/1991. Desregulación Económica. Reforma Fiscal. B.O. 1 noviembre 1991.

to —desde nuestra óptica, por cierto— el encuadre dogmático-jurídico dado a la litis, para luego pasar a observar las modificaciones que pretende introducir el Decreto 70/2023, DNU-2023-70-APN-PTE y, de este modo elaborar algunas conclusiones.

## II. Análisis del fallo “Saud, Luis Ariel y otro...”

### II.1. Contenido del pronunciamiento

El primer punto a tener en cuenta es la fecha de celebración del contrato, acaecido en fecha 02 de octubre de 2014. El mismo, conforme informa la sentencia, fue refinanciado en fecha 08 de noviembre de 2016, aseverándose que se mantuvo, en todos sus términos, las condiciones establecidas en el pacto original.

En el pacto original, recuerda la sentencia que, “en la cláusula tercera, se estableció que todos los importes serían abonados en dólares billetes estadounidenses, por ser la moneda pactada, siendo condición esencial de la operación. Las partes declararon haber examinado detallada y cuidadosamente la situación de los mercados involucrados, especialmente el inmobiliario y el financiero, y manifestaron haber tenido en cuenta la posibilidad de fluctuaciones o modificaciones en dichos mercados, renunciando a la acción o teoría de la imprevisión, cualquiera fuere la evolución de la relación de cambio en la moneda argentina ante el dólar americano. Que para el caso que se prohibiere o restringiere la utilización de dicha moneda o el acceso al mercado de cambios, el comprador, a opción de los vendedores, debía abonar las sumas adeudadas en dólares billetes mediante transferencia bancaria o, bien también, a opción de los vendedores, mediante la compra con pesos de Bono Global o de cualquier otro título en dólares y la transferencia y venta de dichos instrumentos fuera de la República Argentina por Dólares Estadounidenses en una cantidad tal que, liquidados en un mercado del exterior y una vez deducidos los impuestos, costos, comisiones y gastos correspondientes, su producido en Dólares Estadounidenses sea igual a la cantidad de dicha moneda adeudada bajo el presente, o en el caso que existiera cualquier restricción o prohibición de lo establecido, procederían a la entrega a los vendedores de pesos en una cantidad tal que en la fecha de pago de que se trate, dichos pesos sean suficientes, una

vez deducidos los impuestos, costos, comisiones y gastos que correspondan, para adquirir la totalidad de los Dólares Estadounidenses adeudados, según el tipo de cambio informado por Citibank N.A. Nueva York, Estados Unidos de América que desee efectuar adquisiciones de Dólares Estadounidenses con Pesos en la Ciudad de Nueva York o bien, mediante cualquier otro procedimiento existente en la República Argentina o en el Exterior, para la adquisición de dólares Estadounidenses”.

Esta larga cláusula permitió al Tribunal entender que “es apropiado señalar que, en materia contractual, su efecto vinculante determina que su contenido solo pueda ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé (cfr. Art. 959 del CCyCN.), de modo que los jueces no tienen facultades para modificar sus estipulaciones, excepto que sea a pedido de una de ellas cuando lo autoriza la ley o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público (cfr. Art. 960 del CCyCN.).

Deben interpretarse y ejecutarse de buena fe, no solo según lo que se encuentre formalmente expresado en el contrato, sino también respecto de todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor (cfr. Arts. 9, 729, 961 y 1061 del CCyCN.), sin perjuicio de las demás directivas particulares establecidas a partir del Art. 1061 del mismo ordenamiento sustantivo y las pautas previstas en el Título Preliminar en lo pertinente.

Por eso, las normas legales que rigen en estos asuntos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible (cfr. Art. 962 del CCyCN.), y, si concurren disposiciones del Código Civil y Comercial y de alguna ley especial, prevalece el orden que sigue: 1) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; 2) normas particulares del contrato; 3) normas supletorias de la ley especial; y 4) normas supletorias del código (cfr. Art. 963 del CCyCN.)”.

Como se colige, la sentencia aplicó, al caso, el contenido del Código Civil y Comercial. Verbi-gracia, los arts. 959, 960, 9, 729, 961, 962, 963 y 1061 del CCyCN.



A partir de este encuadre, el pronunciamiento ponderó “la esencialidad de la moneda extranjera para la cancelación de la obligación contraída conlleva entender, de manera indubitable, que la prestación debe ser mantenida en la especie pactada”, dado que el art. 765 del Cód. Civ. y Com., no es de orden público y, por consiguiente, debe reputarse disponible por la voluntad de las partes.

Por eso, las normas legales que rigen en estos asuntos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible (cfr. Art. 962 del CCyCN.), y, si concurren disposiciones del Código Civil y Comercial y de alguna ley especial, prevalece el orden que sigue: 1) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; 2) normas particulares del contrato; 3) normas supletorias de la ley especial; y 4) normas supletorias del código (cfr. Art. 963 del CCyCN.).”

En otros términos, “el acuerdo celebrado por los litigantes, entonces, debe reputarse que la facultad que el ordenamiento legal confiere a los deudores de una obligación de dar moneda que no sea de curso legal ha quedado excluida del ámbito de las atribuciones de la parte deudora, por derivación, en función del principio de identidad del pago”.

Finalmente, destacar por ser hechos relevantes que se juzgó que: “establecido lo anterior, se aprecia que la instauración en el régimen cambiario con las particularidades establecidas por la autoridad de contralor en la Comunicación “A” 6869 con vigencia desde el 17 de enero de 2020, según la disposición del apartado 3.6 “Pagos de títulos de deuda con registro público en el país denominados en moneda extranjera y obligaciones en moneda extranjera entre residentes”, luego de disponerse la prohibición de acceso al mercado de cambios para el pago de deudas y otras obligaciones en moneda extranjera entre residentes concertadas a partir del 1º de septiembre de 2019, se establecieron diversas excepciones, entre las cuales adquiera relevancia la prevista en el pto. 3.6.2, donde se excluye de la prohibición a las obligaciones en moneda extranjera entre residentes instrumentadas mediante registros o escrituras públicos anterior al 30 de agosto de 2019.

En otros precedentes de esta sala, con referencia al régimen de la Comunicación “A” 6815 emitida por el BCRA, el Tribunal entendió que no podía desconocerse las indiscutibles limitaciones impuestas para limitar el acceso al mercado de cambios en condiciones de absoluta libertad, que luego, incluso, se profundizaron.

A pesar de esto, la adquisición de bonos soberanos en dólares, que cotizan en pesos y en dólares, no resultaba alcanzada por las restricciones cambiarias impuestas por la citada norma del BCRA”.

En función de las razones expuestas, finalmente se confirma la decisión apelada, que manda a practicar nueva liquidación con aplicación para el cálculo de la deuda, la cotización del dólar MEP.

## *II.2. Algunas observaciones*

En fecha 02 de octubre de 2014, se celebró el contrato, cuando estaba vigente el Código Civil, ello viene a colación por la regulación de la transición de un régimen legal a otro, dada por el histórico art. 3 que reglamentaba en la parte *in fine* que “a los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”. Y, su continuador, el art. 7 del Cód. Civ. y Com., que mantiene el criterio agregándole que “las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

La dogmática de la transición, viene a colación, porque es claro el concepto que el contrato celebrado entre las partes, se integra con las normas supletorias contenidas en el código sustancial que se encuentre vigente. Por ello, si se aplican las nuevas normas supletorias dictadas a un convenio celebrado con el régimen derogado, se está haciendo una aplicación retroactiva de las mismas.

Al respecto se señalaba que el artículo “en la parte final impone que no son aplicables las nuevas leyes supletorias a los contratos en curso de ejecución. La explicación a esta determinación normativa se encuentra en que cuando se celebra un contrato, casi con seguridad, las partes no se prevén todas las soluciones posibles a los efec-

tos o consecuencias emergentes del mismo y que se puedan verificar en el trámite de su ejecución, razón por la cual, las normas supletorias vigentes en ese momento, implícitamente, pasan a formar parte del contrato. A partir de allí, si las nuevas normas supletoria se aplican con relación a las leyes supletorias que rigen en el contrato celebrado durante la vigencia de la antigua ley, se estaría modificando el negocio jurídico original, razón por la cual su aplicación debe ser considerada retroactiva” (5).

Por su parte, Moisset de Espanés, discriminaba, si una ley imperativa sustituye a otra imperativa se aplicará de inmediato a los contratos en curso de ejecución, sin que ello signifique retroactividad. Del mismo modo, si una ley imperativa sustituye a una ley supletoria se aplicará de inmediato, aunque entrañe una cierta retroactividad a las consecuencias posteriores del contrato en curso de ejecución por cuanto el orden público prevalece sobre el interés de las partes. (6)

Al momento de la celebración del contrato objeto del pleito, estaba vigente el Código Civil y la Ley 25.561, razón por la cual todas las normas supletorias sustantivas que regían en ese momento pasaron a formar parte del contenido obligatorio del pacto.

(5) ALFERILLO, Pascual E., “Introducción al Derecho Civil”, Universidad Nacional de San Juan, Facultad de Ciencias Sociales - Secretaría Académica, San Juan, Argentina, mayo 2000, p. 175.

(6) MOISSET de ESPANÉS, Luis, “La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 Código Civil (Derecho transitorio)”, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina, 1976, p. 34. En función de ello observaba como innecesario el agregado realizado al art. 7 CCyC. Ver: Duvergier, “De léffect retroactive des lois”, disertación publicada en la Revue de Droit Français et Etranger, tomo II, pág. 1, edición de Joubert Librairie de la Cour de Cassation. París, 1845, p. 1, citado por Areco, Juan Segundo Irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos - Tesis doctoral - (Editorial Guillermo Kraft Ltda. - Buenos Aires - 1948), p. 44; TOBIAS, José W., “comentario art. 7 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, La Ley, Buenos Aires, 2019, 3ª edición actualizada y aumentada, Tomo I, Jorge Horacio Alterini (Director) - Ignacio E. Alterini (Coordinador), p. 57 y s.; VARIZAT, Andrés, “comentario art. 7 en Código Civil y Comercial. Comentario, anotado y concordado, Garrido, L., Borda A., Alferillo, P.E. (Directores) Krieger W.F. (Coordinador)”, Astrea Buenos Aires-Bogotá, 2015, t. I, ps. 8/9, entre otros.

En función de ello, el modo de cancelarse el precio era el establecido, en primer lugar, en el contrato y por las normas supletoria del Código Civil, por ello, resulta llamativa la preocupación del fallo por analizar normas que no eran técnicamente aplicables porque el mismo tribunal expreso que no era de orden público que las hubiera transformado en apta para dirimir la *litis*.

La pretensión del deudor recurrente, de imponer el régimen de las normas contenida por los arts. 765 y 766 del Código Civil y Comercial, era, *ab initio*, inadmisibles. Desestimable *in limite* dado que era aplicable el Código Civil.

La solución inclusive era más simple, porque el art. 617 del Código Civil entendía que la obligación de dar moneda que no sea de curso legal era una obligación de dar sumas de dinero. En cambio, el ya reformado art. 765 del Código Civil y Comercial trataba a la moneda sin curso legal en la Republica como una obligación de dar cantidades de cosas, es decir era una cosa, un bien material (art. 16 C.C.y C.), pero no dinero.

De igual modo, si se hubieren planteado otras defensas, debían ponderadas con la normativa supletoria, la doctrina autoral y jurisprudencia vigente a ese momento.

Otro detalle que el tribunal colegiado no tiene presente que la Ley 25.561 se encontraba vigente y mantenía la expresa prohibición que limitaba la autonomía de la voluntad contractual prevista en el art. 1197 Cód. Civil, cuando prohibía emplear métodos o mecanismos indexatorios expresos o tácitos.

Esta ley, que no ha sido derogada por el DNU 70/2023, es de orden público conforme lo estatuye su art. 19, con lo cual, el tribunal tenía la obligación de aplicarla de oficio.

Sin duda, el contenido del fallo deja muchos espacios grises para el debate relacionado con la normativa aplicable para dirimir el planteo litigioso que se potencia por el contexto social, económico y jurídico, de una comunidad que se caracteriza por una exacerbada dinámica de cambio ante los procesos inflacionarios recurrentes que padece.

La importancia de resaltar el examen de las normas transitorias aplicable a cada contrato, se actualiza porque a la fecha ya se inició una nueva etapa normativa que será objeto de análisis en los párrafos siguientes.

### III. Alcance de las modificaciones de los arts. 765 y 766 del Código Civil y Comercial por el DNU 70/2023

El art. 250 del DNU sustituye el contenido del art. 765 del Cód. Civ. y Com., reglamentando: “Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación, sea o no de curso legal en el país. El deudor solo se libera si entrega las cantidades comprometidas en la moneda pactada. Los jueces no pueden modificar la forma de pago o la moneda pactada por las partes”.

La primera apreciación surge de entender que cuando el deudor debe cierta cantidad de moneda está frente a una obligación de dar dinero. Ello trae a colación la existencia de apreciaciones diferenciales entre los términos “dinero” y “moneda” que a la fecha se ha dado por superado, razón por la cual se emplean ambos términos como sinónimos (7).

Ello, implica que se abandonó la conceptualización como cantidad de cosas de las monedas sin curso legal en la República, retornando al régimen de la Ley 23.928.

La norma, mantiene la clasificación del dinero entre el que tiene curso legal en la República de aquel que no lo tiene. La necesaria interrogación para responder el alcance de las monedas sin curso legal, es conocer si las mismas deben tener curso legal en su país de origen o pueden ser monedas sin un Estado que la respalde.

La lógica y racional respuesta debe ser que la moneda sin curso legal a emplearse en la República debe tener amparo legal de un Estado o una comunidad de Estados.

(7) Ver ALFERILLO, Pascual E., “Obligaciones de dar dinero. Inflación”, ob. cit., p. 23; GURFINKEL de WENDY, Lilian N., “Depreciación monetaria. Revaluación de deudas dinerarias”, prólogo de Trigo Represas, Félix A., Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 9, entre otros autores.

En este punto, se debe precisar que la redacción original del Código Civil y Comercial, como el DNU 70/2023, hacen referencia a un pluri-monetarismo y no a un bi-monetarismo, dado que permite el empleo de cualquier moneda sin curso legal en el país con la sola limitación del art. 772 que sean “usada habitualmente en el tráfico”. No se limita a una sola moneda, como sería imponer únicamente al dólar como se reglamentó en la Ley 23.928 de convertibilidad en paridad con el peso.

Pero, la observación más crítica a la reforma, por su visión sesgada, esta que la conceptualización de dinero regulada, ha sido prevista exclusivamente para los contratos cuando en el segundo párrafo, limita la liberación del deudor con el pago a las cantidades de monedas pactadas.

Es dable recordar que las normas contenidas en el art 765 y 766, están inserta en el espacio reservado para el Derecho de las Obligaciones, cuya aplicación es para todas las relaciones jurídicas económicas, no exclusivamente para los contratos. Al solo efecto ilustrativo destacar, verbigracia, el art. 772 que no está limitado a la cuantificación del daño legal o extracontractual sino a cualquier deuda de valor.

La línea ideológica de la reforma es tan clara de potenciar a su máxima expresión la libertad contractual (*pacta sunt servanta*) que se ocupó, en la parte *in fine* del artículo 765, de establecer que los jueces no pueden modificar la forma de pago o la moneda pactada por las partes.

Ello es reiterado por el art. 252 del DNU 70/2023, cuando sustituye el contenido del art. 958 al reglamentar la libertad de contratación precisando que “las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley o el orden público. Las normas legales siempre son de aplicación supletoria a la voluntad de las partes expresada en el contrato, aunque la ley no lo determine en forma expresa para un tipo contractual determinado, salvo que la norma sea expresamente imperativa, y siempre con interpretación restrictiva”.

En concreto, elimino del texto anterior el límite impuesto por “la moral y las buenas costumbres”, reiterando conceptos como que un contrato no

puede ser contrario a la ley o ilícito o que ser contrario al orden público. De igual modo, reitera la supletoriedad de la norma contractual ya regulado en el art. 7 Cód. Civ. y Com., con excepción que sea imperativa.

En apariencia deja abierta el DNU 70/2023, la posibilidad de suscribir un contrato inmoral y contrario a las buenas costumbres. Sin embargo, se debe recordar que el art. Primero del Cód. Civ. y Com., consagra que “los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

Además, a los contratos, también están sujeto a cumplir con las reglas impuestas por el contenido de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos.

Y también, que “la moral” no está excluida del art. 10, como hipótesis de abuso del derecho.

En cuanto a la reforma introducida al art. 960 por el art. 253 del DNU 70/2023, relacionado con control judicial cuando establece que “no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley”, en realidad le amplió las facultades a los magistrados por cuanto antes tenía como límite que su actuación de oficio se autorizaba cuando “se afecta, de modo manifiesto, el orden público”. Pero, ahora no existe esa frontera legal y es deber de la magistratura actuar de oficio cuando se vulnera el orden público en un contrato cualquiera fuere su nivel. **(8)**

---

(8) ALFERILLO, Pascual E., “Introducción al Derecho Civil”, Universidad Nacional de San Juan, Facultad de Ciencias Sociales - Secretaría Académica, San Juan, Argentina, mayo 2000, p. 148. El autor recuerda que “las leyes de orden público son aquellas que receptan los principios sociales, políticos, económicos, morales y religiosos cardinales de una comunidad jurídica, cuya existencia prima sobre todos los intereses individuales o sectoriales”. En igual sentido: ARAUX CASTEX, Manuel, “La ley de orden público”, Buenos Aires, 1945, p. 170; RIVERA, Julio Cesar, “Instituciones de Derecho Civil - Parte General I”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 99 y ss.; FUEYO LANERI, Fernando, “Interpretación y Juez”, Universidad de Chile y Centro de Estudios “Ratio Iuris” - Santiago - Chile - 1976, p. 117, entre muchos otros.

Finalmente expresar que, sin lugar a hesitación, el capítulo preliminar del Código Civil y Comercial son normas imperativas y está comprometido el orden público, en particular, las contenidas en los arts. 9º. Principio de buena fe, 10. Abuso del derecho, 11. Abuso de posición dominante y 12. Orden público. Fraude a la ley. **(9)**

El artículo 251 del DNU que reformula el art. 766 del Cód. Civ. y Com., no amerita mayores comentarios, dado que, evidentemente, es una tautología del artículo precedente.

Al respecto, si se hubiere propuesto una concepción integral en la reforma y no direccionada únicamente a los contratos, el contenido normativo insertado en el art. 765, se debió ubicar en el marco del Derecho de los Contratos y dejar en el mismo, una fórmula general, para todas las relaciones jurídicas que defina a la moneda usable en la República.

En un análisis global previo a la reforma incorporada por el DNU 70/2023, se estimaba conveniente redactar el art. 766 de la siguiente forma: “Obligación del deudor. El deudor debe entregar *en pago* la cantidad correspondiente de la especie designada, cuando fuere, *expresamente pactado o fijado judicialmente*”.

De esta forma se ratificaba el principio de libertad para contratar, *pacta sunt servanda*, y se abría la posibilidad, ya dada en el 772 Cód. Civ. y Com., a la judicatura fijar valores monetarios en sus sentencias para dirimir conflictos no contractuales, en monedas sin curso legal en la República, pero de uso habitual en el tráfico económico.

A su vez, en el art. 772 se debería agregar en la parte *in fine* del primer párrafo: “...Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico, *en cuyo caso, se precisará el parámetro de equivalencia y su tasa de interés*”.

#### IV. Conclusiones

Estas breves reflexiones que complementan y actualizan esfuerzos investigativos anterior-

---

(9) ALFERILLO, Pascual E., “La buena fe como norma de orden público”, *El Derecho*, Buenos Aires, lunes 16 de noviembre de 2020, ISSN 1666-8987, N° 14.975, Año LVIII, ED 289.

res, tienen la peculiaridad de encontrarse, en un mismo momento, con dos hechos jurídicos trascendentes que se les ha dado notable publicidad, como es la sentencia de la CSJN desestimatoria de un recurso de queja que dejó firme el fallo de la segunda instancia donde se ordenaba a cumplir conforme a lo pactado el pago en dólares, en forma simultánea, con las modificaciones introducidas al Código Civil y Comercial por el DNU 70/2023.

Del contenido de la sentencia dejada firme por la CSJN, se advirtió un serio problema de derecho transitorio que, en cada cambio de normativa, actualiza su debate respecto del alcance de las nuevas normas sancionadas.

Evidentemente, el fallo del tribunal a quo, omitió este detalle atendiendo que el contrato fue celebrado en vigencia del Código Civil, razón por la cual todas las normas supletorias que no habían sido modificadas por la voluntad de partes, tenían plena aplicación por estar integradas al contrato. Es decir, en este caso no se podía pretender aplicar en la ejecución del contrato normas del Código Civil y Comercial, sin pretender una aplicación retroactiva de la nueva normativa.

Esta situación jurídica especial debe ser tenida en cuenta, en esta época posterior, al dictado del DNU 70/2023, por cuanto el mismo será aplicado para los contratos que se celebren a futuro, desde su entrada en vigencia (art. 5 CCyCN) y no tendrá efecto retroactivo sobre los celebrados precedentemente.

En cuanto al contenido reformado de los art. 765 y 766 se observa que hay un error metodológico notable, pues no se consideró que estos artículos se encuentran dentro del Libro Tercero — Derechos personales; Título I — Obligaciones en general y no en el Título II — Contratos en General.

Ello, para darle una redacción general que incluya el pluri-monetarismo reglado, para otras relaciones económicas no contractuales.

Finalmente, reflexionar sobre la no derogación de la prohibición de indexar contenida en el art. 7 y 10 de la Ley 23928 reformulados por el art. 4 de la Ley 25.561. La inquietud es si hubo olvido o su vigencia es una decisión política.

En respuesta a ello, se debe tener presente que cada uno de los intentos legislativos por frenar la espiral inflacionaria era acompañado por un sistema que trataba de impedir la cultura y los efectos de la inflación.

Así, el Decreto 1096/85, se componía de dos aspectos: la conversión del signo monetario (art. 4) y el desagio de las obligaciones dinerarias (art. 6) (10). En cambio, en 1991 se dictaron en forma separada la Ley 23-928 (Pesos convertibles a dólar) y Ley 24.283 (Desindexación. Ley 24.283). (11)

Traducido ello, a la situación actual, si se pretende seriamente frenar la inflación es ineludible, en nuestra cultura monetaria, prohibir los mecanismos indexatorios, lo cual justificaría la vigencia del art. 7 y 10 de la Ley 23.928 y 25.561.

El nuevo sistema dado por el DNU 70/2023 permite un escape, contratando en moneda sin curso legal, pero de uso habitual en la República, como un mecanismo indexatorio o de actualización. Sobre esta idea, se induce a la economía nacional a cerrar los negocios en moneda extranjera como un modo de prevenir futuros avatares inflacionarios de la economía.

Para cerrar, vuelvo sobre la idea que la inflación no es problema exclusivo del derecho monetario, pues el ejemplo del pluri-monetarismo del Perú, al contrario de nuestra tradición legal nominalista fija en el art. 1234 la inexigibilidad de pago en moneda distinta cuando se pactó en moneda nacional. En el art. 1235 postula la “Teoría valorista”. Y, en el art. 1237 acepta que los negocios puedan concertarse en moneda extranjera no prohibidas por las leyes especiales, permitiendo que, salvo pacto en contrario, el pago pueda hacerse en moneda nacional.

En otras palabras, con el ejemplo del régimen del Perú queda demostrado que no existen dogmas monetaristas y menos juristas responsables del debacle inflacionario, sino que cuando se procura solucionar el problema complejo que presenta un proceso económico inflacionario

(10) ALFERILLO, Pascual E., “Obligaciones de dar dinero. Inflación”, ob. cit., p. 91 y s.

(11) Ibidem, p. 117 y s. y p. 130 y s.

grave, atacando solo una de las causas generadoras, como lo es la emisión monetaria, sin control de ningún tipo, pero, se omiten los remedios radicales, profundos, estructurales, como incrementar la producción de bienes y servicios para generar divisas y, con los impuestos legítimamente recaudados, solventar el gasto racional del Estado. Va de suyo que este remedio no podrá soslayar como solucionar la transición para

incorporar la mano de obra desocupada al sistema productivo-laboral en un contexto de crisis de la naturaleza del trabajo humano sustituido por la máquina.

El desafío para todos los argentinos no es fácil, por cuanto tiene la solución, un fuerte componente cultural y también moral, más allá de lo estrictamente técnico-económico.

# Obligaciones dinerarias.

## Un análisis exegético según el régimen jurídico del DNU 70/2023

Nicolás J. Negri (\*)

**Sumario:** I. Introducción. — II. Modificaciones al art. 765 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. — III. Modificaciones al art. 766 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. — IV. Apreciación conclusiva.

### I. Introducción

El decreto de necesidad y urgencia 70/2023 modifica el régimen de las “obligaciones de dar dinero”, contemplado en el Libro Tercero (Derechos Personales), Título I (Obligaciones en general), Capítulo 3 (Clases de obligaciones), que es de una importancia diaria insoslayable (por ej. en la celebración y cumplimiento de una compraventa; préstamo bancario; locación inmobiliaria; etc.) **(1)**.

En principio, se advierte que la norma jurídica consagrada en el art. 250 del DNU 70/2023 es similar a la prevista por el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, propuesto por la Comisión de Reformas designada por el decreto 191/2011, conocido más simplemente como Anteproyecto del 2012, que luego —como es sabido— fuera modificado por el Poder Ejecutivo y sancionado por el Congreso mediante la ley 26.994 **(2)**.

---

(\*) Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP). Profesor adjunto de Derecho Privado II (UNLP) y adjunto de Derecho Privado III (UCALP). Profesor invitado (Univ. Austral).

(1) PICASSO, Sebastián - MÉNDEZ COSTA, Segundo J., “Obligaciones dinerarias: el dilema entre indexar o ‘desmonetizar’”, en BAELLA, Cristian E. y otros, *Obligaciones en pesos y en dólares*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2023, p. 12. Cfr. COLMO, Alfredo, “De las obligaciones en general”, Librería y Casa Editora de Jesús Menendez, Buenos Aires, 1920, p. 296, n. 416.

(2) TRIGO REPRESAS, Félix A., comentario al art. 765, en ALTERINI, Jorge H. —dir.— y ALTERINI, Ignacio E. —coord.—, “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado

### II. Modificaciones al art. 765 del Cód. Civ. y Com. de la Nación

#### II.1. Epígrafe

El epígrafe del art. 765 sigue siendo el mismo: “Concepto”, el cual se refiere a las obligaciones de dar dinero con que se titula el parágrafo 6°. Estrictamente no es un concepto ni una definición, sino más bien una proposición normativa (con efectos jurídicos), esto es, una regla de carácter constitutiva que establece las condiciones necesarias que deben ser observadas para considerarse cumplida una obligación dineraria o pecuniaria **(3)**.

#### II.2. Primera oración

La primera oración del art. 765 comienza igual que el Anteproyecto, con una modificación al final que es destacada en la siguiente transcripción: “La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación, *sea o no de curso legal en el país*”.

Lo resaltado en “negrita” es la incorporación que trae el decreto y que no contenía la norma proyectada por el Anteproyecto del 2012. El sig-

---

Exegético”, La Ley, Buenos Aires, 2019, 3ª ed., t. IV, p. 203. OSSOLA, Federico A., “Obligaciones”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 315.

(3) NEGRI, Nicolás J., “El valor del epígrafe en los artículos de las leyes”, TR LALEY AR/DOC/372/2021.

nificado de este agregado no puede ser otro que consagrar la idea —en el concepto normativo de obligación de dar dinero— de que toda clase de moneda, es decir, nacional o extranjera (divisa), es alcanzada por esta disposición legal. Se trataría —en principio— del dinero fiduciario tradicional (4).

### II.2.a. Cualquier tipo de monedas

La modificación es significativa por cuanto la obligación dineraria no estaría delimitada conceptualmente porque la moneda que integra el objeto de la obligación “sea o no de curso legal” (en nuestro país, solo ostentan este carácter el peso y el peso oro), sino por la cantidad y especie designada en la constitución de la obligación. Por consiguiente, si la obligación es creada por una cantidad determinadas de dólares estadounidenses, la obligación solo puede ser considerada cumplida, esto es, mediante el pago, con la entrega de la suma establecida en dicha moneda (arts. 865, 867, 868, 869 y 880, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

### II.2.b. Criptomonedas

Otra observación no menos importante de los alcances de la modificación introducida por el decreto es la relativa a qué debe entenderse por “moneda”. Como fuera anticipado, en principio, solo alcanza al dinero fiduciario tradicional.

Sin embargo, al no limitarse a una moneda de curso legal, sino que se extiende a las que no reviste dicho carácter, entiendo que este régimen jurídico sería aplicable a las criptomonedas, sobre todo a partir del reconocimiento —por parte de algunos países soberanos— del Bitcoin como moneda de curso legal (por ende, se trataría de

una moneda extranjera o divisa) (5), al margen de ser considerada como un bien inmaterial con valor económico (6).

### II.3. Segunda oración

La segunda parte del art. 765 es nuevo, aunque en sí redundante, por cuanto ya está previsto por el art. 766, que es el mismo que había previsto el Anteproyecto del 2012: “Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene”.

Es redundante, generando una antinomia innecesaria, por cuanto el art. 765 reformado ya había dispuesto que: “El deudor solo se libera si entrega las cantidades comprometidas en la moneda pactada”. Quizás la insistencia tenga una justificación pedagógica por parte del legislador, y la misma pasa por el hecho de que el signo monetario (o especie) que contenga la obligación dineraria —en su origen— deba ser resguardado en el momento de la entrega de la cantidad pecuniaria, sea ésta de moneda de curso legal o no, lo cual importa un claro apartamiento del régimen

(5) NEGRI, Nicolás J., “¿Las criptomonedas pueden erirse en los elementos de la compraventa?”, TR LALEY AR/DOC/2577/2022.

(6) MORA, Santiago J., “Monedas virtuales. Una aproximación al Bitcoin”, LA LEY, 2016-A, 717. TOBIAS, José H., comentario a los arts. 15 y 16, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), “Código Civil Comentado. Tratado Exegético”, La Ley, Bs. As., 2019, 3ª ed., t. I, pp. 142-144. HEREDIA, Pablo D., comentario al art. 16, en HEREDIA, Pablo D. - CALVO COSTA, Carlos A. —dirs.—, “Código Civil y Comercial. Comentado y Anotado”, La Ley, Bs. As., 2022, t. I, p. 259. Cfr. BONET CORREA, José, “El dinero como bien jurídico”, en AA.VV., “Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas”, Madrid, 1969, t. 4, pp. 87-143. FAVIER DUBOIS, Eduardo M., “Naturaleza jurídica de las ‘criptomonedas’ y sus consecuencias”, ELDial.Com, Suplemento de Derecho Empresarial del 29/10/2021; idem, “Criptomonedas, patrimonio y derechos de los acreedores. Sobre la ineficacia de ciertas operaciones con activos posmodernos”, LA LEY, 2021-F, 534. Cfr. ACCIARRI, Hugo A., “Smart contracts, criptomonedas y el Derecho”, TR LALEY AR/DOC/1017/2019. NEGRI, Nicolás J., “Criptomonedas, billeteras electrónicas y defensa del consumidor”, en GALDÓS, Jorge M. —dir.— y VALICENTI, Ezequiel —coord.—, Daños en los entornos digitales, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2023, t. II, pp. 497-501.

(4) Fiduciario proviene del latín fiducia, cuya raíz etimológica proviene de la palabra fides que significa fe o confianza (TSCHIEDER, Vanina G., “Derecho & criptoactivos”, Thomson Reuters, La Ley, Bs. As., 2020, p. 28. Cfr. Vos “fides”, en NICOLIELLO, Nelson, “Diccionario del Latín Jurídico”, Bdef, Bs. As., 2004, p. 101). Por ello se dice que la moneda o el dinero es fiduciario, porque su valor está dado por la confianza. En el “papel moneda” la confianza que se le dispensa reposa en la fe que merezca el Estado emisor (CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., “Derecho de las Obligaciones”, La Ley, Bs. As., 2010, 4ª ed., t. II, p. 185, n. 721).



previsto por la ley 26.994 que habilitaba la extinción —por pago— de la obligación en moneda extranjera “dando el equivalente en moneda de curso legal”, que en los últimos tiempos fue fuente de múltiples litigios, dado que no es discutible a qué tipo de cambio había realizar la conversión y si debían incluirse o no los impuestos previstos por la Administración nacional (7).

#### II.4. Tercera oración

La última parte del art. 765 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, modificada por el DNU 70/2023, es novedosa, porque no estaba prevista por el Anteproyecto del 2012 ni por la ley 26.994.

“Los jueces no pueden modificar la forma de pago o la moneda pactada por las partes”.

A primera vista, se limitan las prerrogativas judiciales en orden a intentar modificar la voluntad de las partes (una de las fuentes más comunes de creación de las obligaciones) y más aún del propio legislador (art. 726, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En lo que hace a la fuerza vinculante de la autonomía privada, la norma se halla en concordancia con el cambio introducido en el art. 958 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, relativo a los contratos en general: “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley o el orden público. Las normas legales siempre son de aplicación supletoria a la voluntad de las partes expresada en el contrato, aunque la ley no lo determine en forma expresa para un tipo contractual determinado, salvo que la norma

sea expresamente imperativa, y siempre con interpretación restrictiva”.

Por ende, los jueces solamente podrían llegar a modificar la “forma de pago” o la “moneda pactada” por las partes, cuando exista un apartamiento de una norma imperativa o de orden público (pienso ahora, por ejemplo, una normativa relativa a una relación de consumo que dispusiera el pago en moneda de curso legal).

Y en lo relativo a la “forma de pago”, entiendo que las partes pueden convenir libremente el pago en efectivo, transferencia electrónica, etc., y ese medio de pago debe ser respetado por el juez. En relación a los medios electrónicos de pago, regulados por el BCRA ([https://www.bkra.gov.ar/MediosPago/Politica\\_Pagos.asp](https://www.bkra.gov.ar/MediosPago/Politica_Pagos.asp)), que se canalizan —fundamentalmente— a través de las billeteras electrónicas que ofrece la banca tradicional y la Fintech (8).

#### II.5. Derogación

A diferencia del régimen de la ley 26.994, las obligaciones constituidas en moneda extranjera tienen el mismo régimen jurídico que las obligaciones dinerarias de curso legal, por lo que se elimina el problema interpretativo relativo a que aquellas debían “considerarse como de dar cantidades de cosas” (en rigor, según el Código actual, “obligaciones de género”) (9).

(8) Cfr. NEGRI, Nicolás J., “Criptomonedas, billeteras electrónicas y defensa del consumidor”, en GALDÓS, Jorge M. —dir.— y VALICENTI, Ezequiel —coord.—, Daños en los entornos digitales, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2023, t. II, pp. 473-550. MORA, Santiago J., “Medios de pago y dinero electrónico”, en Mora, Santiago J. - Palazzi, Pablo A. —compiladores—, Fintech: aspectos legales, CeTyS, Buenos Aires, 2022, t. V, p. 101 y ss.; ídem, “Un comentario sobre la regulación de los proveedores de servicios de pago que ofrecen cuentas de pago, y una primera referencia al programa Transferencias 3.0”, en Mora, Santiago J. - Palazzi, Pablo A. —compiladores—, Fintech: aspectos legales, CeTyS, Buenos Aires, 2020, t. IV, p. 201 y ss.; ídem, “Sistemas electrónicos de pago en general y sistemas de dinero electrónico en particular”, en Mora, Santiago J. - Palazzi, Pablo A. —compiladores—, Fintech: aspectos legales, CeTyS, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 257 y ss. PERALTA, María G. - ROMEO, María V. - SCARSO, Juan M., “Fintech y banca digital”, La Ley, Buenos Aires, 2021.

(9) SANTARELLI, Fulvio G. - MÉNDEZ ACOSTA, Segundo J., “Fuentes de las Obligaciones”, La Ley, Buenos

(7) OSSOLA, Federico A., “Obligaciones”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, pp. 303-306 y 315-319. HEREDIA, Pablo D., comentario al art. 765, en HEREDIA, Pablo D. - CALVO COSTA, Carlos A. —dirs.—, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, La Ley, Buenos Aires, 2022, t. III, pp. 600-606. NEGRI, Nicolás J., “Actualización por depreciación monetaria e interés moratorio, en las obligaciones dinerarias, ante la coyuntura actual”, RC D 610/2023. PICASSO, Sebastián - MÉNDEZ COSTA, Segundo J., “Obligaciones dinerarias: el dilema entre indexar o ‘desmonetizar’”, en BAELLA, Cristian E. y otros, “Obligaciones en pesos y en dólares”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2023, p. 70 y ss.

### III. Modificaciones al art. 766 del Cód. Civ. y Com. de la Nación

#### III.1. Epígrafe

El título del art. 766 del Cód. Civ. y Com. de la Nación conserva la misma expresión: “Obligación del deudor”. En rigor no es la obligación que constituye el “todo”, sino el objeto de esta, que está dada por la prestación (art. 725, Cód. Civ. y Com. de la Nación), que es el comportamiento o plan prestacional que debe llevar a cabo el sujeto pasivo (*solvens*).

#### III.2. Contenido

Es el mismo que establecía el Anteproyecto del 2012 y que se corresponde con el principio nominalista, según el cual el deudor cumple entregando la misma cantidad y especie a la debida (10).

El nuevo art. 766 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que: “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene”.

En otras palabras, y en línea con lo dispuesto por el art. 765, el deudor debe respetar la moneda establecida en la obligación, sin que se halle facultado para modificarla, so pena de incurrir en incumplimiento obligacional, susceptible de ser sancionado a través de la aplicación de las previsiones de los arts. 768, 769, 790, 1716 y concordantes del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

---

Aires, 2022, t. II, pp. 458-462. OSSOLA, Federico A., “Obligaciones”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 344 y ss. CALVO COSTA, Carlos A., “Derecho de las Obligaciones”, La Ley, Buenos Aires, 2021, pp. 209-212. HEREDIA, Pablo D., comentario al art. 765, en HEREDIA, Pablo D. - CALVO COSTA, Carlos A. —dirs.—, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, La Ley, Buenos Aires, 2022, t. III, pp. 600-606.

(10) Ídem, pp. 442-446. Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix A., comentario al art. 765, en ALTERINI, Jorge H. -dir.- y ALTERINI, Ignacio E. —coord.—, “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético”, La Ley, Buenos Aires, 2019, 3ª ed., t. IV, pp. 220-223. ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Francisco J., “Tratado de las Obligaciones”, La Ley, Buenos Aires, 2020, t. II, n. 970.

### IV. Apreciación conclusiva

#### IV.1. Emergencia económica

El DNU 70/2023 es justificado, por un lado, en la doctrina de la emergencia económica y, por otro, en la delicada situación actual —económico y social— que reclama la adopción de medidas urgentes para el bien común (11).

En este sentido, en el art. 1º es declarada “la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social hasta el 31 de diciembre de 2025”, la cual estaría justificada desde los inicios de los considerandos del propio decreto: “Que la República Argentina se encuentra atravesando una situación de inédita gravedad, generadora de profundos desequilibrios que impactan negativamente en toda la población, en especial en lo social y económico”.

“Que la severidad de la crisis pone en riesgo la subsistencia misma de la organización social, jurídica y política constituida, afectando su normal desarrollo en procura del bien común”.

Por lo demás, cabe apuntar que —con la reforma constitucional del año 1994— constituye una prerrogativa del Poder Ejecutivo Nacional dictar decretos de necesidad y urgencia, y que en razón de la “materia”, la problemática de las obligaciones dinerarias sean o no de curso legal, no estaría excluida del art. 99 inc. 3 de la Constitución de la Nación Argentina, al no tratarse de una asignatura penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos (el tiempo dirá si se hallan configuradas las “circunstancias excepcionales”) (12).

#### IV.2. Coherencia del sistema normativo

Al margen de la validez constitucional del DNU 70/2023, lo cierto es que del caso destacar que las

---

(11) LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), “El derecho constitucional frente a la crisis económica”, en Derecho monetario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2023, p. 27 y ss.

(12) GELLI, María A., “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, La Ley, Buenos Aires, 2022, 6ª ed., t. II, pp. 487-494. MANILI, Pablo L., “Tratado de derecho constitucional y comparado”, La Ley, Buenos Aires, 2021, t. VI, pp. 76, 109 y ss. Cfr. CSJN, Fallos 313:1513.

reformas introducidas por aquel guardan armonía —o consistencia normativa **(13)**— con el resto del cuerpo del Código Civil y Comercial de la Nación (no median antinomias), dado que son —casi— las mismas reglas que había previsto el Anteproyecto del 2012, en su texto origi-

---

(13) NEGRI, Nicolás J., “Casos difíciles”, *La Ley*, Buenos Aires (en prensa), p. 244. Cfr. ALONSO, Juan P., “Interpretación de las normas y derecho penal”, *Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2010, pp. 155, 159-160 y 311-324.

nario, para los casos de obligaciones dinerarias, sean de dar moneda de curso legal o no (véase, a título ejemplificativo, el régimen de los contratos bancarios) **(14)**.

---

(14) ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Francisco J., “Tratado de las Obligaciones”, *La Ley*, Buenos Aires, 2020, t. II, n. 958 y 970. NEGRI, Nicolás J., comentario a los arts. 1390 y 1408, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela —dirs.—, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, *La Ley*, 2023, 2ª ed., t. V, pp. 491 y 540.

# Análisis del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023. Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina

Comentario a las modificaciones más relevantes en materia de tarjeta de crédito, contratos y prepagas

Juan Ignacio Cruz Matteri (\*)

**Sumario:** I. Cambios en materia civil y comercial. — II. Reformas en materia contractual. — III. Cambios en locaciones. — IV. Prepagas. — V. Tarjetas de crédito ley 25.065.

El DNU 70/2023 Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina tiene por objeto la desregulación económica/jurídica en diferentes materias, tales como Derecho Laboral, Aduanero, Civil y Comercial, Salud, Créditos, etc. El Decreto consta de 16 Títulos divididos en 366 artículos. En este breve comentario resaltaremos los cambios más relevantes en materia de derecho civil y comercial, tarjetas de crédito y prepagas.

## I. Cambios en materia civil y comercial

El DNU en su acápite “Justicia” plantea numerosas reformas a nuestro Código Civil y Comercial. En materia de obligaciones se deroga los actuales arts. 765/766 del Cód. Civ. y Com. En su nueva redacción se establece que en las obligaciones de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable,

al momento de constitución de la obligación, sea o no de curso legal en el país. El deudor solo se libera si entrega las cantidades comprometidas en la moneda pactada. Los jueces no pueden modificar la forma de pago o la moneda pactada por las partes. Se debe tener en cuenta que los ciudadanos, en los nuevos contratos que formalicen, la moneda que fije el valor del cumplimiento de la obligación podrá ser las que las partes pacten. Tener en cuenta que la obligación será cumplida en tanto y en cuanto se entregue el monto de moneda pactado, no se libera con su equivalente, salvo que las partes lo dispongan. Mención especial es la limitación del rol de la justicia, no podrán modificar las formas de pago o moneda pactada por los interesados.

## II. Reformas en materia contractual

Uno de los grandes cambios en materia de contratos es el principio de libertad contractual. Se cambia el art. 958 del Cód. Civ. y Com. En su actual redacción dicta lo siguiente “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de

---

(\*) Abogado. Especialista en Contratos por la Universidad de Salamanca, España Arbitro Nacional de Consumo por la Secretaría de Comercio Interior de la Nación, Secretario Académico Colegio de Abogados Zarate Campana. Profesor Derecho Civil Fac. de Derecho UBA.

los límites impuestos por la ley o el orden público. Las normas legales siempre son de aplicación supletoria a la voluntad de las partes expresada en el contrato, aunque la ley no lo determine en forma expresa para un tipo contractual determinado, salvo que la norma sea expresamente imperativa, y siempre con interpretación restrictiva.” Se dejan de lado las buenas costumbres y el orden público y la norma pasa a un segundo plano, imperando así sobre todo la voluntad de los particulares.

En materia de revisión contractual por parte del poder judicial este pasa a ser mucho más acotado. El nuevo art. 960 quita el atributo de los magistrados de modificar los contratos de oficio cuando se afecte el orden público. De ahora en más la nueva redacción queda de la siguiente manera “Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley”. En materia de cláusulas abusivas, desde una primera observación preliminar del proyecto, los administradores de justicia no podrían declarar nulidades parciales sobre el contrato, ni integrar las cláusulas al nuevo cuerpo normativo. El DNU en la redacción del art. 989 dicta “Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial”.

### III. Cambios en locaciones

Se deja sin efecto la Ley Locaciones. En lo relativo a la fianza la misma puede ser determinada libremente por las partes en cuanto a su cantidad, su moneda y como será devuelta una vez finalizada la locación. (Conf. nuevo art. 1196 del DNU).

En cuanto a los plazos de locación grandes cambios se avecinan. La regla general es que las partes pueden estipular, libremente, los plazos de los futuros contratos de locación, sea el destino que fuere. En caso de que no se haya establecido plazo, en los casos de locación temporal, se estará al que establezcan los usos y costumbres del lugar donde se asiente el inmueble locado, en los contratos de locación con destino a vivienda permanente, con o sin muebles, será de dos [2] años y para los restantes destinos será de tres [3] años. (Conf. nuevo art. 1196 del DNU). El pago

del canon locativo, según la nueva redacción del art. 1199, se podrá fijar en la moneda que las partes crean conveniente, como así también el índice de ajuste. El locatario no podrá exigir que se le acepte el pago en una moneda diferente a la establecida en el contrato.

En el campo de mejoras al inmueble se deja sin efecto los arts. 1202 (pago por parte del locador de las mejoras necesarias hechas por el locatario a la cosa locada), 1204 (perdida de luminosidad del inmueble) y 1404 bis (gastos y acreencias que se encuentran a cargo del locador pueden ser compensadas por el locatario con el canon locativo). Estas no se encuentran prohibidas, de querer instaurarlas las partes deberá plantearlas en el contrato.

Dentro de los otros grandes cambios encontramos que el locador, conforme al agregado que le ha hecho al art. 1219 inc. d) podrá resolver (en realidad debería ser rescindir pues es un contrato de tracto sucesivo) la locación por cualquier causa fijada en el contrato. Especial atención deberán prestar el locatario al momento de signar el contrato, pues ante un eventual incumplimiento tipificado en el contrato o hecho sobreviniente podrá habilitar al locador a dar por finiquitada la relación contractual. Desde el lado del locatario podrá en cualquier momento resolver el contrato abonando el equivalente al diez por ciento (10%) del saldo del canon locativo futuro, calculado desde la fecha de la notificación de la rescisión hasta la fecha de finalización pactada en el contrato. Podemos observar que la redacción no es la más feliz en cuanto a su redacción, seguramente esto de para diferentes interpretaciones.

### IV. Prepagas

El régimen de Prepagas de Salud ha sufrido notorios cambios en su Ley 26.682. Se derogan los arts. 5º, incs. g) y m), 6º, 18, 19, 25 inc. a) y 27 de la Ley 26.682. Esto da como resultado que la autoridad de aplicación no podrá autorizar ni revisar los valores de las cuotas y sus modificaciones ni transferir en caso de quiebra, cierre o cesación de actividades de las prestadoras de servicio la cobertura de salud con sus afiliados a otros prestadores inscriptos en el Registro que cuenten con similar modalidad de cobertura de salud y cuota. (Art. 5 incs. g y m).

La autoridad de aplicación pierde la prerrogativa de fijar aranceles mínimos obligatorios que aseguren el desempeño eficiente los prestadores públicos y privados. La libertad de formas en el contrato alcanza a las prepagas, quedando a la discrecionalidad de los prestadores de servicios el modelo de contrato a ofertar al público.

Se agrega el art. 30 *bis* donde las disposiciones de esta ley son aplicables únicamente a los asociados voluntarios cuyo vínculo con el asegurador esté fuera del marco de la Ley 23.660 (quedando exentos los usuarios de obras sociales).

Por ultimo y no menos importante, se sustituye el art. 17 de la Ley 26.682, habilitando así los aumentos por franja etaria. “Artículo 17.- Cuotas de Planes. Los sujetos comprendidos en el art. 1º de la presente ley pueden establecer precios diferenciales para los planes prestacionales, al momento de su contratación, según franjas etarias con una variación máxima de tres [3] veces entre el precio de la primera y la última franja etaria”.

#### **V. Tarjetas de crédito ley 25.065**

Uno de los segmentos que más cambio ha sufrido. La identificación del usuario en la Tarjeta de crédito no es más solicitada por la norma, cada emisor optara por sus estándares conforme a la derogación del art. 5 de la mentada norma. El contrato deja de ser un contrato tipo/modelo y cada uno de las prestatarias optara por el contrato que se ajuste a sus objetivos de mercado. (Conf. derogación del art. 7). Se deja sin efecto el art. 8 donde expresamente marcaba como se perfeccionaba el contrato entre prestador financiero y usuario. Sin perjuicio de ello la doctrina y la jurisprudencia es pacífica al respecto, la supresión del artículo no debería causar mayores cambios en la comunidad jurídica. Se deroga el art. 9 de la norma en el cual encontrábamos que la solicitud de la emisión de la Tarjeta de Crédito, de sus adicionales y la firma del codeudor o fiador no generan responsabilidad alguna para el solicitante, ni perfeccionan la relación contractual; esto significa que quedara a la potestad del emisor si el solicitar la emisión de los plásticos generara o no responsabilidad o vínculo jurídico alguno. En palabras simples: aplicar a una tarjeta de crédito puede tener costos o responsabilidades contractuales. Se levanta la prohibición de informar del art. 53, ahora las entidades emisoras de Tarjetas

de Crédito, bancarias o crediticias podrán informar a las ‘bases de datos de antecedentes financieros personales’ sobre los titulares y beneficiarios de extensiones de Tarjetas de Crédito u opciones cuando el titular no haya cancelado sus obligaciones, se encuentre en mora o en etapa de refinanciación. Sin perjuicio de la obligación de informar lo que correspondiere al Banco Central de la República Argentina. Queda sin efecto que las entidades informantes serán solidaria e ilimitadamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados a los beneficiarios de las extensiones u opciones de Tarjetas de Crédito por las consecuencias de la información provista.

Se modifica el art. 16 bajo el siguiente postulado “Emisor: Es la entidad, de cualquier naturaleza, en tanto se encuentre previsto dentro de su objeto social, que emita Tarjetas de Crédito, o que haga efectivo el pago” Anteriormente debía ser una entidad financiera, que para ello debía ser una SA. Con la nueva norma este requisito ya no sería necesario. En el mismo orden de las cosas se modifica el art. 17, habilitando así a las tarjetas virtuales de las billeteras electrónicas “Se denomina genéricamente Tarjeta de Crédito al instrumento de identificación del usuario, que puede ser física o virtual, magnética o de cualquier otra tecnología, emergente de una relación contractual previa entre el titular y el emisor”.

Queda sin efecto la nulidad de las cláusulas contractuales que estipulen un monto fijo por atrasos en el pago del resumen. (Art. 14 inc. c) y las adicionales no autorizadas por la autoridad de aplicación (art. 14 inc. e). El art VI de la norma sufre cambios. Se dejan de llamar comisiones para denominarse tasas y el artículo 15 es suplantado por el siguiente texto “La entidad emisora deberá obligatoriamente dar a conocer el público la tasa de financiación aplicada al sistema de Tarjeta de Crédito”. Los intereses punitivos del art. 18 dejan de tener límites, se hace la mención que no podrán ser capitalizables.

En cuanto al resumen la norma indica que, preferiblemente, deberá ser enviado por medios electrónicos y ante la falta de envío el usuario podrá solicitarlo por canales telefónicos. “El resumen deberá ser recibido por el titular con una anticipación mínima de cinco [5] días anteriores al vencimiento de su obligación de pago, independientemente de lo pactado en el respectivo

contrato de Tarjeta de Crédito. En el supuesto de la no recepción del resumen, el titular dispondrá de un canal de comunicación telefónico proporcionado por el emisor durante las veinticuatro [24] horas del día que le permitirá obtener el saldo de la cuenta y el pago mínimo que podrá realizar.

El contrato entre el emisor y el usuario no es necesario que sea aprobado por la autoridad de aplicación, pero si la norma demarca requisitos mínimos. a) Plazo de vigencia. b) Topes máximos

por operación de la tarjeta de que se trate. c) Determinación del tipo y monto de las comisiones, intereses y cargos administrativos de cualquier tipo. d) Obligaciones que surgen de la presente ley. e) Plazo y requisitos para la presentación de las liquidaciones. f) Tipo de comprobantes a presentar de las operaciones realizadas. g) Obligación del proveedor de consulta previa sobre la vigencia de la tarjeta. Además, deberán existir tantos ejemplares como partes contratantes haya y de un mismo tenor.

# Las reformas a la Ley de Warrant del DNU 70/2023 y la digitalización de los valores negociables

Nicolás Malumián (\*)

Mariana Scrofina (\*\*)

**Sumario:** I. Certificado de depósito y warrant. — II. Los cambios del DNU a la Ley de Warrant. — III. Pensando a futuro.

Existe una clara tendencia en el Derecho argentino hacia la plena validez y operatividad de los valores negociables digitales. Sin ánimo de hacer una cronología exacta y exhaustiva, digamos que vimos las acciones escriturales, las obligaciones escriturales que luego de alguna discusión sobre su ejecutabilidad fueron plenamente reconocidas y aceptadas como equivalentes a las cartulares, y hoy tenemos el echeq, (1) el pagaré digital y la factura de crédito electrónica. Si bien tratar de predecir el futuro es una tarea que, en la mayoría de los casos, está destinada al fracaso, igualmente nos atrevemos a decir que cabe asumirse que *blockchain* es una tecnología que permitirá otro paso más en esta tendencia, a través de la efectiva *tokenización* de activos (2). Destaco, además, que la digitalización responde al

mandato constitucional de ser un país federal. Lo dicho es porque con los activos digitales cualquier persona, en cualquier punto de la República que tenga acceso a internet puede acceder a prestaciones financieras, y a comprar y vender sus productos en forma eficiente, sin necesidad de trasladarse físicamente.

Es en este contexto que deseamos comentar algunas de las modificaciones a la Ley 9643 de Warrant introducidas por el DNU 70/2023 (en adelante el “DNU”).

## I. Certificado de depósito y warrant

El warrant es un instrumento de financiación que permite que el productor, acopiador o cualquier persona que tiene mercaderías (generalmente *commodities*) obtenga financiación con una garantía real privilegiada sobre las mismas. Para lograr esto, el dueño de los bienes los deposita con un depositario o “warrantera” que contra las mercaderías emite dos valores negociables: (i) un certificado de depósito; y (ii) un warrant. El certificado de depósito es un título representativo de la propiedad del bien depositado que sirve para su transmisión por medio de su endoso. Por su parte, el warrant es un título que permite representar una deuda del depositante de las mercaderías que estará garantizada con una garantía real sobre los bienes depositados. De esta forma, el acreedor podrá dar un préstamo instrumentado en un valor negociable que, en caso de no ser pagado en tiempo y forma por su deudor,

---

(\*) Abogado y Doctor en Derecho de la UBA. Autor de obras sobre los aspectos legales y fiscales del leasing, fideicomisos y securitización, derivados financieros, obligaciones negociables y oferta pública.

(\*\*) Abogada y Docente de la UBA. Diplomada en Tecnología Blockchain aplicada a los Negocios y las Relaciones Jurídicas (Universidad Católica de Córdoba) y Operadora del Mercado de Granos (Bolsa de Comercio de Rosario).

(1) Ver: MALUMIÁN, Nicolás - SCROFINA, Mariana, “Negociación de Cheques Electrónicos (Echeq)” publicado en la Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones (RDCCO) de julio/agosto 2020, Nro. 303, p. 193.

(2) Ver: MALUMIÁN, Nicolás, “Oferta Pública y Privada de Valores Negociables: de los Cartulares a los Criptoactivos”, Revista del Derecho y Comercial y las Obligaciones (RDCCO) de Noviembre - diciembre 2020, Nro. 305, p. 209.



se repagará con la venta de las mercancías depositadas.

Si bien los dos instrumentos (certificado de depósito y warrant) pueden circular por separado pues el depositante puede vender las mercaderías transfiriendo el primero, y obtener crédito con garantía real haciendo circular el segundo, quien desee retirar la mercadería deberá tener ambos títulos en su poder. En otras palabras, el acreedor garantizado con las mercaderías no es el dueño, y el dueño conoce que puede existir un gravamen sobre los bienes adquiridos.

## II. Los cambios del DNU a la Ley de Warrant

El primer punto para destacar es que el art. 6 de la citada ley, reformado por el DNU, dispone la emisión de los dos valores negociables mencionados, esto es, el certificado de depósito y el warrant. La novedad es que se agrega el párrafo que dispone que: “Podrán utilizarse documentos electrónicos en reemplazo de cualquier documentación establecida en la presente ley, en los términos de los arts. 286 y 288 del Cód. Civ. y Com. de la Nación”.

Recordemos el art. 286 del Cód. Civ. y Com., bajo el título, “Expresión escrita” dispone que: “La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”. Es la última oración la que nos interesa, en concreto, lo que dice es que los medios digitales sí son medios escritos, incluso si para leer el texto se deba recurrir a una computadora, teléfono celular, *tablet* o cualquier otro “medio técnico” (anteojos, relojes, telas inteligentes y largo etc.).

Por su parte, el art. 288 del mismo Código dispone, bajo el título “Firma”, que: “La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad

del instrumento”. Este artículo establece como estándar la firma digital, por lo que parecería que la referencia hecha por la Ley de Warrant al mismo conlleva que siempre se requeriría firma digital, no bastando la firma electrónica, punto sobre el cual volvemos más abajo dado que una interpretación armónica lleva a un resultado muy diferente.

El art. 8 de la misma ley, luego de la reforma dispone que: “El ‘warrant’ será siempre nominativo y para su constitución se podrá usar, en su caso, cualquier versión de firma electrónica que identifique de manera indubitable al firmante. Los endosos del certificado de depósito o, en su caso, de ‘warrant’, se incluirá en el registro electrónico del documento, también con cualquier versión de firma electrónica, debiendo, para su validez, ser registrado en los libros de la empresa emisora dentro del término de seis [6] días”.

Cabe recordar la diferencia entre firma digital y firma electrónica (3). La Ley 25.506 de Firma Digital (“LFD”) dispone que: “Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma”.

La firma digital tiene, como mínimo, el mismo valor que la firma ológrafa dado que permite la identificación del firmante en forma segura (*autoría*), asegura que el contenido del documento no ha sido modificado después de la firma (*integridad*) y garantiza que la firma efectivamente fue puesta por el firmante (*exclusividad*), de manera que el firmante posteriormente no pueda desconocerla (*no repudio*). En simultáneo con la firma digital, nació la firma electrónica. Esta última está definida en el art. 5 de la LFD que dispone que: “Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, li-

(3) Ver: MALUMIAN, Nicolás - SCROFINA, Mariana, “Fintech, firma electrónica, digital y vía ejecutiva”. Comentario al fallo del Juzgado Nacional Comercial. Nro. 23, del 14/02/2020, in re “Wenance SA c. Gamboa, Sonia Alejandra s/ ejecutivo”. Diario La Ley del 15 de julio de 2020.

gados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”.

En términos muy sencillos, todo procedimiento que restrinja el acceso pero que no califique como firma digital será firma electrónica. Por la propia definición, no será plena prueba ni vinculará indubitablemente al firmante (pero puede acordarse en el instrumento con firma digital u ológrafa que las partes lo aceptarán como medio adecuado). En este sentido, el legislador, ya ha considerado la situación y decide que ante un desconocimiento la carga de la prueba para demostrar la vinculación de la firma con el firmante corresponderá a quien invoque su validez con, entre otros elementos, el acuerdo en el cual la parte aceptó este medio para hacer transacciones y se comprometió a no desconocerlo.

El tercer y último de los artículos reformados de la Ley de Warrant que analizamos es el art. 11 que actualmente dispone que: “Negociado el ‘warrant’, en su caso, se anotará en el registro electrónico respectivo, el monto del crédito, nombre y domicilio del prestamista, fecha de vencimien-

to y lugar de pago, debiendo estos mismos datos consignarse en el libro de Registro de la empresa emisora, al anotarse la primera transferencia del ‘warrant’, de acuerdo con el art. 8°”.

De los tres artículos citados de la Ley de Warrant reformados por el DNU surge claramente que bastará con una firma electrónica (digamos que equivalente a un *homebanking* pero de una *warrantera*) para la emisión y endoso del warrant, siguiendo con la analogía, equiparando el warrant a *echeq*. Lo dicho conllevará una gran facilidad para la creación y circulación de warrants, permitiendo que productores agropecuarios y otros interesados puedan beneficiarse de este valor negociable.

### III. Pensando a futuro

Las reformas a la Ley de Warrant del DNU están en la línea, que, con mayor o menor velocidad, ha tenido el Derecho argentino en relación con el avance de la digitalización. Esto nos permite pensar en una mayor facilidad de utilización del warrant como instrumento de crédito o de transferencia de activos, sea con registros centralizados o descentralizados, así como también un elemento subyacente de una *tokenización* de los activos depositados y representados por el warrant.

# Sobre las reformas al Registro Nacional de la Propiedad del Automotor dispuestas por el DNU 70/2023

Oscar Agost Carreño (\*)

**Sumario:** I. Las modificaciones del DNU N° 70/2023.— II. Desregulación incompleta del sistema — III. Desregulación incompleta en lo tributario.— IV. Desregulación incompleta respecto de multas de tránsito.— V. Sobre el plazo previsto para la digitalización.— VI. Proyectos de ley para digitalizar el Registro.— VII. Conclusión.

En el año 1958, año en que se dicta el Decreto-Ley N° 6.582 que vino a regular el dominio de automotores. Dicha norma estableció que los mencionados vehículos debían inscribirse obligatoriamente en un registro específico creado a tal fin en la órbita del propio Estado Nacional por medio de solicitudes tipo. Dicho registro se dividió en seccionales ubicados a lo largo y ancho del país.

Cierto es que, antes del dictado del referido cuerpo normativo, ya existían en el país varios registros de automóviles, los cuales se encontraban en las órbitas municipales y provinciales. El problema era que dichos organismos eran creados con fines principalmente fiscales pero no tenían una conexión entre ellos.

Así las cosas, la fundación del Registro Nacional de la Propiedad Automotor, tal como hoy lo conocemos, se atribuye al dictado e implementación del Régimen Jurídico Automotor creado por el mentado decreto-ley, lo que se dio en los hechos en 1960 en la Capital Federal y a partir de 1964 en el resto del país (1). Dicha norma

además pasó a ubicar a los automotores en una nueva categoría de derecho real: la de los “bienes muebles registrables”, dándole a su vez un tratamiento específico bajo un sistema constitutivo de derechos.

Entre las razones políticas que dieron origen a este sistema se destaca, principalmente, la prevención de delitos relacionados con automotores y la interconexión de los registros. Para facilitar dicha tarea se dispuso un proceso de registración basado en el uso de formularios (solicitudes tipo o minutas impresas). Esta decisión dejaba de lado el uso de la escritura pública como sistema de registración de bienes primario. Este nuevo sistema traía aparejado, además de mayor capacidad de prevención y detección de ilícitos penales, gran celeridad y seguridad jurídica, atendiendo al particularismo que implicaban las inscripciones de automotores y sus trámites complementarios.

bilidad legal de regir los automotores, como tampoco lo hizo con los inmuebles, cuya registración ya existía en el ámbito de los estados subnacionales. Cuando se hicieron planteos de una intromisión indebida de la Nación en facultades originarias de las provincias, la solución para acallar los cuestionamientos fue que el registro nacional percibiera impuestos provinciales a los sellos y los transfiriera a las provincias a través de una serie de convenios que sirvieron para que estas no profundizaran en un justo planteo.

---

(\*) Abogado y Magister. Docente especializado en derecho registral. Autor de numerosos libros y artículos de derecho registral. Actualmente Diputado Nacional por Córdoba. Ex Subdirector nacional de Registro de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios de la Nación (2015-2019).

(1) Cabe reconocerse el hecho de que nunca las provincias han delegado expresamente en la Nación la posi-

Ahora bien, es cierto que, a más de sesenta años de su implementación, el formularismo no ha sufrido modificaciones de gran relevancia, por lo que el régimen ha mantenido, casi en su totalidad, la esencia del sistema basado en solicitudes preimpresas que se presentan ante una oficina que realiza un trámite administrativo que termina con la entrega de la documentación que permite circular en legal forma. Hoy en día, ya no se discute sobre la conveniencia de este método registral, pero si se han presentado en Congreso Nacional al menos tres proyectos para modificar la ley madre del sistema, a los efectos de modernizarlo y ajustarlo a las necesidades que imperan en la sociedad moderna donde el internet y los teléfonos inteligentes son el canal de casi todos los trámites y gestiones públicas y privadas.

Si bien se ha avanzado notablemente en la implementación de trámites digitales en el Registro Nacional de la Propiedad Automotor, sobre todo entre 2015 y 2019, su total digitalización resulta muy dificultosa si no se avanzaba en modificar la ley madre del sistema. Dicha norma fue modificada recientemente por el “mega-decreto” de necesidad y urgencia N° 70/23 en el que se dedica un último capítulo a reformular el régimen jurídico automotor. En el presente artículo brindaré mi visión sobre los cambios dispuestos por la referida norma, dejando en claro que soy de la idea de la imperiosa necesidad de hacer las adecuaciones que resulten necesarias para que exista en la Argentina, a la mayor brevedad posible, una plataforma de trámites 100% digitales para la registración de automotores que implique un registro electrónico, más barato y transparente.

### **I. Las modificaciones del DNU N° 70/23**

Sin perjuicio de que los constitucionalistas más reconocidos se han manifestado por la ilegalidad del procedimiento elegido por el Presidente para hacer reformas legales como las que hizo por medio del mentado decreto de necesidad y urgencia (críticas con las que coincido), en este artículo sólo me referiré al contenido de las reformas al Régimen Jurídico Automotor.

El problema de base de las reformas del DNU bajo análisis es que buscan hacer competir a los registros presenciales existentes (de automotores, motovehículos, maquinaria, créditos prendarios) con un sistema informático que,

actualmente, no existe. En vez de digitalizar lo que existe y funciona, se propone duplicarlo sin prever las interconexiones necesarias entre ambos. La forma en que se dispone dicha duplicación de registraciones es de una pésima técnica legislativa (2), pues lo hace eliminando la división registral en seccionales, imaginando una gran “matrix” nacional que transfiera informáticamente vehículos, sin haber tenido en cuenta que la tarea registral requiere de una calificación jurídica que, seguramente en algunos años, podrá ser realizada por inteligencia artificial, pero actualmente es realizada por personas que aplican no sólo el Régimen Jurídico Automotor sino también leyes complejas como el Código Civil y Comercial, los códigos procesales provinciales y nacionales, entre otros.

Se insiste en que, en general, todos coincidimos en ir hacia la digitalización de la actividad registral, el problema es que el sistema análogo debe ser reemplazado por algo que brinde seguridad jurídica y respuestas efectivas y rápidas a cada trámite que inicien usuarios y concesionarias. En lo personal considero que dicho cambio cultural debe hacerse como se hizo en la mayoría de los poderes judiciales. En ellos, se dispusieron expedientes digitales, notificaciones y oficios electrónicos, turneros para trámites presenciales excepcionales, firma electrónica y digital para operadores, y hasta inteligencia artificial para resolver juicios repetitivos como lo son los procesos ejecutivos fiscales. Este cambio cultural requirió, para funcionar y disminuir la resistencia de los operadores, comenzar por mecanismos efectivos dispuestos para evitar la atención al público en barandilla, para lo cual se dispusieron

(2) Parte pertinente del Art. 7 del DNU 70/23: Dichas inscripciones o anotaciones también podrán realizarse directamente ante la Dirección Nacional, que deberá establecer a tal efecto un servicio de inscripción remoto, abierto, accesible y estandarizado, bajo jurisdicción nacional, que permita las inscripciones o anotaciones ordenadas por los titulares o por intermediarios autorizados de manera fehaciente por ellos. A tal efecto, el Poder Ejecutivo Nacional dictará la reglamentación correspondiente. La Dirección Nacional recabará toda la información necesaria para poner en funcionamiento ese registro tanto a automotores por registrarse como a los ya registrados. El Poder Ejecutivo Nacional podrá disponer que determinadas inscripciones y anotaciones se cumplan únicamente ante la Dirección Nacional cuando fuere aconsejable para el mejor funcionamiento del sistema registral.

sistemas informáticos por los cuales la interacción entre humanos sea hecha de manera electrónica en casi la totalidad de los procesos. Ello, en general se fue implementando en etapas, con instancias de capacitación y corrección de errores y faltas de previsión en la programación informática. Ello también permitió crear protocolos de actuación ante el no funcionamiento del sistema informático e incluso calibrar la interacción de los distintos usuarios no sólo entre sí, sino también con los nuevos sistemas. En todos los casos el trabajo de calificación y aplicación del derecho siguió siendo la tarea de los operadores humanos, pero sin necesidad de acudir físicamente en varias oportunidades a una oficina física.

## II. Desregulación incompleta del sistema

Siguiendo con el análisis de los cambios que introdujo al sistema automotor el DNU N° 70/23, vemos que el mismo no desreguló el costo de los trámites registrales, pues no estableció un arancel único ni más barato para cada gestión; por el contrario, mantuvo la delegación absoluta en el Ministro de Justicia, la disposición no sólo de los montos a pagar por cada trámite, sino también la forma de calcular y establecer los aranceles. Y ello es un problema si no se desregula a nivel legislativo por que no tiene en cuenta problemas de muy difícil solución para el titular de la Cartera de Justicia como, por ejemplo, resolver que en la actualidad siete de cada diez pesos que cobra el Registro Nacional del Automotor corresponde a impuestos y multas que cobra por cuenta y orden de las provincias y muchos municipios. De los casi tres pesos que percibe la Nación, casi dos se transfieren a las cuentas del referido Ministerio para afrontar gastos generales y poco más de un peso queda en mano de los registros seccionales para afrontar gastos operativos y sueldos.

Tampoco se desreguló en el DNU el sistema de formularios pagos vigente, pues no se derogaron las leyes N° 23.283 y 23.412. El problema de esa decisión es que una enorme parte de los costos de los trámites se relacionan con la venta compulsiva de, al menos, dos formularios (de papel o digitales) por trámite (3). Al mantenerse ese sistema, el producido de la venta de formularios, tí-

(3) Incluso para cumplir con la verificación policial se exige la compra de un caro formulario.

tulos, placas, cédulas y demás documentos registrales, genera un fondo especial que es administrado por el Ministro de Justicia, el Ministerio de Seguridad y otros organismos nacionales. Dicho fondo escapa a los controles y procedimientos de contratación establecidos para los fondos públicos ordinarios, lo que conlleva a gravísimas situaciones como por ejemplo que se utilizan para pagar al personal de todas las áreas ministeriales incentivos que, no son otra cosa, que una parte de su salario “en negro”.

Ante la existencia de estos fondos especiales, que por normativa vigente debieran ser utilizados exclusivamente para modernizar el sistema registral, en realidad son utilizados para hacer frente a gastos generales de la Nación, a costa de trámites más caros y opacos para los usuarios.

Si de verdad se buscaba modernizar, transparentar y abaratar costos, el camino era derogar las leyes que genera tales fondos especiales. En lo personal creo que la existencia de estos fondos es y ha sido un acierto para dar grandes saltos adelante en la modernización de un sistema grande y complejo, pero cuando el kirchnerismo decidió trasladar su administración fuera del sistema registral, se desnaturalizó su finalidad primigenia. Al advertir el Ministerio de Economía la existencia de tales fondos, comenzó a retacear partidas presupuestarias al Ministerio de Justicia, lo que fue obligando a los ministros a encarecer formularios para hacer frente a gastos de gestión. Por ello, entiendo que el DNU que se proponía desregular el sistema registral, debió hacerlo respecto del nudo gordiano del sistema y no sólo en la capa más expuesta a la sociedad y por ende más mediatizable como “anti casta”.

A ello se suma que si lo que se busca es asfixiar económicamente a los registradores físicos para que renuncien, ello podría implicar que el Estado Nacional deba afrontar enormes juicios millonarios por los derechos que legalmente han adquirido los Encargados de Registros (4). Una posible solución a este problema es la aprobación del

(4) Basta con tener en cuenta que para la designación del Procurador del Tesoro Dr. Barra pese a tener mayor edad que el máximo de ley, se usó como antecedente un fallo logrado por un Encargado de Registro que había accionado judicialmente por las restricciones legales para concursar para dicho cargo.

proyecto de ley que presenté en el Congreso Nacional creando un régimen de jubilaciones para estos funcionarios públicos.

### III. Desregulación incompleta en lo tributario

A simple vista pareciera que el DNU pretende que el Registro del Automotor no exija más el pago total de impuestos provinciales y municipales, o multas por infracciones de tránsito, en el marco de sus trámites; pero en realidad se dispuso que no se restringe la inscripción de trámites por existir deudas tributarias y por infracciones, pero sí permite que el registro retenga la documentación requerida para circular en la vía pública por la existencia de tales deudas (5). En efecto, se dispone que los trámites se hagan e inscriban en el registro, pero el usuario debe abonar toda deuda de impuestos o multas para poder retirar u obtener la documentación para circular (cédulas y placas) que es, en definitiva, lo que la gente busca obtener al hacer el trámite (6). Si realmente se buscaba desregular completamente el registro del automotor como se anunció, debió derogarse el mecanismo por el cual se le exige al comprador de un vehículo afrontar la deuda de un anterior titular para poder circular en la vía pública.

Yendo más allá, podemos ver que, en la actualidad, para iniciar un trámite de inscripción de un “cero kilómetro”, para una transferencia o una prenda sobre un automotor, es necesario pagar impuestos provinciales a los sellos (7), los que suelen tener un valor muy superior a la mayoría

---

(5) “No podrá restringirse o limitarse la inmediata inscripción del dominio de los automotores o de sus transmisiones por normas de carácter administrativo ajenas a los aranceles del Registro. La existencia de deudas en situación regular por multas o patentes tampoco podrá impedir la inscripción o transmisión de automotores en el Registro” (Art. 355 DNU 70/23).

(6) Si bien existen trámites de “negativa de pago” para este tipo de deudas, existen tantos obstáculos para su ejercicio, que es prácticamente nula su utilización en los hechos.

(7) Impuesto que sería eliminado progresivamente por un acuerdo celebrado entre el entonces Presidente Mauricio Macri y casi la totalidad de los gobernadores. Dicho acuerdo fue dejado sin efecto cuando asumió el Presidente Alberto Fernández, sin objeciones de los gobernadores que se vieron beneficiados por los ingresos que les daba este impuesto distorsivo.

de los aranceles registrales. Para no violar el Art. 9 del Régimen Jurídico Automotor, existe un trámite para manifestar la voluntad de no querer pagar el “sellado”, el que es de nulo conocimiento y utilización en la práctica. Esta trampa no fue ni modificada ni derogada en favor de la gente, por el contrario, fue expresamente ratificada en el DNU bajo análisis.

Por otro lado, de mucha gravedad resulta la insistencia del DNU en legislar sobre la autonomía tributaria provincial y municipal, algo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha declarado inconstitucional respecto del texto original del Régimen Jurídico Automotor. Ello surge de la causa “Provincia de Entre Ríos c/ Estado Nacional s/ acción declarativa” de fecha 10/06/2008 (8). En efecto, no se tuvo en cuenta que el Máximo Tribunal del país ya ha resuelto de manera clara y precisa que la Nación no puede disponer la sustitución del sujeto obligado en tributos provinciales o municipales, por ser ello inconstitucional.

### IV. Desregulación incompleta respecto de multas de tránsito

En la Argentina, no se discute hace años, el carácter personal de los impuestos y las multas por infracciones de tránsito. Aún así, la mayoría de los registros públicos de multas nacionales, provinciales y municipales registran y exhiben las multas por dominio del vehículo con el que son cometidas las infracciones. Esta metodología es utilizada por muchos organismos para entorpecer ciertos trámites hasta tanto no se abonen deudas pendientes por multas, siguiendo una finalidad más bien recaudatoria que de prevención. Quizás el caso más conocido por todos sea el del Registro Nacional del Automotor que exige, en determinados trámites registrales, no tener deuda de infracciones de tránsito en el sistema único de gestión de infracciones de tránsito, para poder retirar documentación necesaria para cir-

---

(8) El Art. 363 sustituyó el párrafo quinto del artículo 27 del Decreto-Ley N° 6582/58 ratificado por la Ley N° 14.467 (t.o. 1997) y sus modificatorias por el siguiente texto: “Efectuada la denuncia de la tradición del automotor, se procederá a la sustitución del sujeto obligado al tributo (patente, impuestos, multas, etcétera) desde la fecha de la denuncia, desligando a partir de la misma al titular transmitente de todo tipo de responsabilidad legal sobre el mismo.”

cular como lo es la cédula de identificación del automotor (conocida popularmente como cédula verde; y lo mismo sucede con la cédula azul).

Otro caso conocido se relaciona con el control de infracciones de tránsito a la hora de renovar la licencia de conducir. Dicho control se hace en aquellos municipios que tenga un convenio con la Agencia Nacional de Seguridad Vial y permite acceder a las infracciones por la identificación del infractor.

El hecho de exigir el pago de multas pendientes a un infractor, de manera previa a realizar trámites voluntarios y de su interés, en sí, no es el problema a atacar, puesto que es una buena herramienta indirecta de seguridad vial, pues hace que sea un verdadero problema no cumplir con los preceptos de la Ley Nacional de Tránsito y con ello se propende a resguardar la seguridad de la ciudadanía en las calles y rutas. Esto no fue resuelto por el DNU que nos ocupa, siendo un aspecto sustancial para una verdadera desregulación del sistema, pues se permite que se utilice la aludida metodología para recaudar en base a exigir el pago de multas de tránsito a quien no corresponde o bien que se exijan multas que se encuentren prescriptas o no sean exigibles legalmente.

Partimos de la idea de que las deudas por multas por infracciones de tránsito son siempre de carácter personal. Vale decir que dichas deudas no siguen a un vehículo en manos de quien se encuentre, sino que deben exigirse a la persona que cometió la infracción reclamada.

Dicho esto, estamos en condiciones de sostener que el Estado (nacional, provincial o municipal) solo puede intimar, demandar y ejecutar válidamente deudas por multas, cuando realice esos actos en contra del infractor, o contra la persona del titular del vehículo al tiempo de generarse la deuda reclamada si es que este no demostró que el infractor es una tercera persona por la que no debe responder.

A pesar de entenderse a las multas como deudas de carácter personal de manera unánime, la práctica administrativa parece no utilizar ese criterio, porque suele tomarse a la multa como inherente a la cosa, lo que pone en cabeza del ciudadano efectuar los trámites que resulten perti-

nentes para demostrar que este no tiene la obligación legal de abonar lo reclamado.

Es un hecho innegable y conocido por todos que, en la Argentina, las deudas por infracciones se imputan administrativamente a los automotores y no al DNI de los infractores o de los titulares registrales de los automotores que se utilizaron para cometer las infracciones. Este hecho provoca innumerables inconvenientes a los ciudadanos y para resolverlos terminan abonando deudas que no les corresponde pagar a ellos, o bien, deuda prescripta o no exigible.

Quizás sirva para lograr dicho objetivo, la aprobación de un proyecto de ley que presenté en el Congreso proponiendo que, en ningún caso los registros públicos puedan exhibir y exigir multas por infracciones de tránsito que se encuentren extintas de acciones y sanciones en los términos de los artículos 88 y 89 de la Ley N° 24.449; y que el plazo de prescripción de las multas por infracciones de tránsito sea de la mitad para aquellas faltas que se detecten por fotomultas, radares fijos u otros mecanismos en los que una autoridad no detenga al infractor, le haga ver que cometió una falta, lo identifique debidamente y lo notifique del labrado del acta de rigor.

## V. Sobre el plazo previsto para la digitalización

El Art. 364 del DNU bajo análisis dispuso que la Dirección Nacional de Registros de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios debe hacer efectiva la puesta en marcha de su registro remoto, abierto, estandarizado y accesible a más tardar el 2 de mayo de 2024. En base a mi conocimiento y experiencia, establecer un plazo tan exiguo para la programación y puesta en funcionamiento de un sistema informático tan complejo es absolutamente inviable, entendiéndose no solo lo complejo de la tarea a ejecutar por el organismo aludido, sino también porque se trata de un cambio cultural demasiado grande para el sistema existente.

En el Gobierno del Presidente Mauricio Macri, la referida Dirección Nacional avanzó enormemente en la digitalización del sistema registral automotor, habiéndose incorporado la firma digital, sistemas de pago y validación de identidad remotos, trámites 100% digitales, turneros para trámites presenciales, descuentos para trámites

electrónicos, títulos y cédulas enviadas al mail y a aplicaciones de celular de los usuarios, entre otros trascendentes adelantos. Si no fue posible llegar a un registro íntegramente digital fue por lo anacrónico de la ley vigente, por falta de recursos para una fuerte inversión en programación y tecnología, pero sobre todo por falta de tiempo para hacerlo. Se trató de una gestión que, apenas asumió, inició con el proceso de digitalización, y aún así no logró culminarlo en cuatro años de gobierno.

## **VI. Proyectos de ley para digitalizar el Registro**

Antes del dictado del DNU N° 70/23, tenían estado parlamentario tres proyectos de ley que proponen la digitalización del registro del automotor. El primer proyecto fue presentado por el diputado Martín Tetaz, el segundo por el suscripto y el tercero por la diputada Patricia Vazquez. Las tres propuestas coinciden en la necesidad de digitalizar los trámites ante el Registro Nacional de la propiedad automotor, para lograr un registro más económico, transparente y electrónico. Sólo el tercer proyecto propone la suplantación total del registro actual por un sistema informático.

A mi entender, de las tres propuestas, la de mayor viabilidad en la práctica es la del suscripto, ello en razón de que el Régimen Jurídico Automotor no tenía grandes defectos legales que generaren reclamos de ciudadanos, importadores, fabricantes o vendedores de automotores en la Argentina. La queja unánime era y es hacia normativa de inferior jerarquía y hacia un sistema que se ha vuelto muchas veces kafkiano por su praxis y costos, más no por su normativa de base. Eso sí, para poder digitalizar los trámites y comenzar a “desarmar la bomba” es que propuse en la Cámara de Diputados la incorporación de la firma digital establecida por la ley 25.506, así como la validación de identidad y consentimiento por medio de otros medios electrónicos seguros, según las particularidades de cada trámite o petición. Doy como ejemplo de un sistema robusto que funciona en la actualidad: la validación biométrica del Renaper (Sistema de Identidad Digital).

Con esta modificación se habilitaría al Registro Nacional de la Propiedad Automotor a disponer de trámites absolutamente digitales, rápidos e intuitivos, sin con ello afectar la seguridad jurídica

que se ha consolidado a lo largo de los años. También haría posible que la cédula para circular sea totalmente digital, y que los documentos físicos que deban entregarse (V.Gr. Placas metálicas y cédula si alguien la requiriere en formato físico) pueda ser enviados por correo al usuario. Con ello se podría digitalizar rápidamente los procesos existentes y dar una solución efectiva y rápida a los reclamos legítimos que existen.

En razón de que los avances de la moderna tecnología son constantes, entiendo razonable delegar en la Autoridad de Aplicación el dictado de normas administrativas y la programación de sistemas informáticos necesaria para cumplir con los objetivos propuestos. Ello permitirá que los funcionarios competentes cuenten con la herramienta legal que les permita disponer los mecanismos concretos y eficaces que permitan la realización de los trámites relacionados con los automotores y demás bienes registrables de manera 100% digital y remota; incorporando en el sistema SITE de la DNRPA o el que lo reemplace en el futuro, a la firma digital y a otros mecanismos electrónicos seguros que permitan a los peticionarios identificarse, validar su identidad y consentir trámites registrales, peticiones y contratos.

## **VII. Conclusión**

Considero que la técnica legislativa utilizada en el DNU N° 70/23 para modernizar el Registro Nacional de la Propiedad Automotor no brinda las herramientas necesarias para que el organismo de aplicación pueda digitalizar los trámites burocráticos existentes en forma efectiva y en un corto plazo. Dicho DNU tampoco dispone la disminución de costos de los trámites registrales, ni tampoco transparenta el funcionamiento del registro y de los fondos que genera. Por ello, no se desregula el sistema como se expuso mediáticamente.

La sociedad viene reclamando hace tiempo un registro digital, más barato y transparente, lo que se podría conseguir con verdadera decisión política de desregulación real de todo el sistema y no sólo retocando la punta del iceberg que la gente ve y que la prensa y las redes sociales exponen a diario.



Para realizar estas reformas de manera efectiva y rápida, bastaba con una mínima reforma de aquellos artículos del Régimen Jurídico Automotor que obligaban a realizar gestiones físicas en una oficina, sumado a un plan de gestión que incluyera una fuerte inversión en programación y tecnología. Con ello, y en consonancia con la mayoría de los proyec-

tos de ley existentes en el Congreso, se podría digitalizar rápidamente la interacción entre los usuarios y los funcionarios que aplican el derecho registral, como un primer peldaño de una escalera que termine en algunos años en la calificación de trámites hecha íntegramente por inteligencia artificial y sin la necesidad de humanos en el proceso.

# El régimen de las obligaciones en el DNU 70/2023

Roberto A. Vázquez Ferreyra<sup>(\*)</sup>

En el Boletín Oficial del día 21 de diciembre de 2023 se publicó el DNU 70/2023 que implica una reforma legal que comprende a gran parte el ordenamiento jurídico argentino.

Apenas dado a conocer se ha abierto un debate gigantesco en todos los ambientes de la República, escuchándose voces a favor y en contra de la norma. Un excelente análisis lo hace Alberto Bianchi en el Diario La Nación bajo el título “El megadecreto de Milei frente al espejo de la Constitución”. (WEB de La Nación del 23 de diciembre de 2023).

Es de señalar que el DNU no señala fecha de entrada en vigencia, por lo que la misma se producirá conforme lo previsto en el art. 5 del Código Civil y Comercial. Es muy factible que a la fecha de publicación del presente trabajo ya se haya producido la entrada en vigencia, ya sea por la ocurrencia de los plazos del art. 5 CCyC o bien por una norma posterior ampliatoria que establezca de manera expresa la fecha de entrada en vigencia.

Mucho más complejo será determinar la eficacia temporal del DNU conforme el art. 7 del CCyC, materia ajena a esta colaboración, pero para lo que servirá de mucho todo lo dicho y resuelto cuando entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial.

El DNU es sumamente extenso abarcando todo tipo de materias. En lo que a nosotros nos interesa, dedicaremos algunos pensamientos limitados a algunos puntos del Título X que curiosamente ha sido denominado “Justicia”. Decimos que ha sido denominado curiosamente Justicia pues nada tiene que ver con el Poder Judicial ni con el funcionamiento de la Justicia. En realidad,

debió llamarse Código Civil y Comercial pues todos los cambios que dicho título apareaja están referidos al Código que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. También, con más precisión, podría haberse llamado Obligaciones y Contratos, pero en definitiva el título es lo de menos pues lo que importa es el contenido de la reforma.

El citado título X comienza con el art. 249 que deroga íntegramente la ley 27.551 conocida como ley de alquileres, que tantos problemas trajo al mercado, tal como es de público y notorio. La derogación es total por lo que también el art. 75 del CCyC vuelve a su redacción originaria. El citado artículo había sido reformado por la ley 27.551 y en él se había incluido la posibilidad de constituir un domicilio electrónico en los contratos. En el apuro por derogar la mal afamada “ley de alquileres”, cayó también la mención expresa de la posibilidad de constituir domicilio electrónico pues queda sin efecto la reforma del art. 75. No obstante y conforme la finalidad “libertaria” de todos los cambios, no vemos inconveniente alguno que las partes constituyan un domicilio electrónico en sus convenciones, pues ello no está prohibido y la voluntad de las partes es plenamente válida.

Los artículos 250 y 251 del DNU se refieren a las obligaciones de dar sumas de dinero pues modifican los artículos 765 y 766 del CCyC.

El artículo 765 que define a las obligaciones de dar dinero queda redactado de la siguiente manera: “Concepto: La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación, sea o no de curso legal en el país. El deudor solo se libera si entrega las cantidades comprometidas en la moneda pactada. Los jueces no pueden modificar la forma de pago o la moneda elegida por las partes”.

---

(\*) Profesor Titular de Derecho de las Obligaciones en la Facultad de Derecho de la UNR.

En los hechos implica categorizar como obligaciones de dinero a aquellas constituidas en moneda de curso legal y también en moneda extranjera como pueden ser dólares o Euros o cualquier otra moneda. Cualquiera sea la moneda, nacional o extranjera, la obligación será de dar dinero.

No opinamos respecto de las obligaciones contraídas en criptomonedas. No dudamos de su plena validez, pero no adelantamos opinión si encajan en las obligaciones de dar dinero o en el régimen de las obligaciones de género. En una reciente publicación y con sólidos argumentos Nicolás Negri considera que una obligación contraída en criptomoneda es una deuda de dinero (1).

El nuevo artículo 766 ratificando al anterior queda redactado así: “Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no la tiene”.

Los artículos mencionados corresponden a la clasificación de las obligaciones correspondiente a la categoría de obligaciones de dar dinero que son las que tienen por objeto la entrega de dinero.

En su redacción originaria, el art. 765 permitía contraer obligaciones en moneda extranjera, pero dando la facultad al deudor de liberarse entregando moneda de curso legal, es decir pagar con pesos argentinos. El gran problema que se presentaba era la existencia de diversos tipos de cambios (oficial, MEP, turista, tarjeta, ccl, blue, etc). El acreedor pretendía cobrar en base a la cotización del dólar blue, mientras que el deudor pretendía pagar al dólar oficial, siendo que en algunos momentos la brecha llegó al doble.

La cuestión también pasa por determinar si el art. 765 es (o era) una norma supletoria o imperativa. La doctrina dominante consideraba que es una norma dispositiva por lo que las partes pueden apartarse de ella y pactar libremente que el deudor solo pueda liberarse pagando en la especie de moneda extranjera pactada. “La facultad que la ley confiere al deudor de pagar en moneda

nacional equivalente una deuda en moneda extranjera sólo constituye un simple permiso que la ley otorga, de los cual puede colegirse que la materia reglada no es indisponible. La ley dice que el deudor puede liberarse pagando en moneda nacional y no que debe hacerlo de ese modo” (2). Ese permiso o facultad de liberarse pagando con moneda nacional ya no existe.

En este sentido podemos citar —entre muchos otros— una sentencia de la Sala C de la Cámara Nacional Civil de fecha 27 de junio de 2022 —que a posteriori fuera confirmado por la CSJN al rechazar el recurso extraordinario—. Entre otras consideraciones, el tribunal expresa que “Si el pago en moneda extranjera ha sido, por voluntad de las partes, establecido como condición esencial para el cumplimiento de las obligaciones convenidas y, además, al margen de la reservas indicadas en punto a la naturaleza jurídica del negocio, dicha propiedad se obtiene a partir del objeto mismo del acto —se previó la restitución en igual moneda y forma— y la propia regulación del contrato prevé la misma solución —cfr. Arts. 1525 y 1527 del Código Civil y Comercial de la Nación—, debe entenderse desplazada la aplicación de la facultad contenida en el artículo 765 del código de fondo y, con ello, excluida la posibilidad que el deudor cancele la deuda en el equivalente en moneda nacional. La autorización que la disposición mencionada incluye, que consagra una facultad que se confiere al sujeto obligado para liberarse de la deuda contraída en moneda extranjera en función de su equivalente en pesos de nuestro país según la cotización vigente al momento del pago, no compromete el orden público y, por ende, debe admitirse que exhibe un carácter eminentemente disponible y, por derivación, que es supletoria de la voluntad de las partes. Bajo este entendimiento, la entrega del equivalente en pesos no es aplicable a las obligaciones donde se pactó expresamente que la moneda extranjera era esencial...” (Cita: TR LALEY AR/JUR/82320/2022).

La nueva redacción del art. 765 despeja toda duda, siendo que ya no estamos frente a una obligación facultativa del deudor de pagar en la moneda extranjera o la de curso legal, ya sea que

(1) NEGRI, Nicolás, “Obligaciones Dinerarias”, LA LEY 21/122023, 1.

(2) PIZARRO - VALLESPINOS, “Manual de Obligaciones”, Rubinzal Culsoni, t. I, p. 256.

se haya pactado o no como condición esencial el pago en moneda extranjera. Ahora la obligación asumida en moneda extranjera se equipara de manera absoluta a la contraída en moneda de curso legal. Quien se obligó en moneda extranjera solo puede cumplir pagando en la moneda extranjera pactada, haya sido o no pactada como condición esencial del contrato y cualquiera sea la naturaleza de los bienes que hacen a la contra-prestación.

Como si fuera poco en su parte final el nuevo artículo 765 dispone que “los jueces no pueden modificar la forma de pago o la moneda pactada por las partes”. Por nuestra parte creemos que resulta un tanto opinable que una norma del Código Civil impida a los jueces su revisión. Sería muy largo de explicar, pero los que tenemos formación jurídica, sabemos que existe una pirámide de normas en las que las de naturaleza inferior no pueden contrariar las de naturaleza superior, y los jueces están obligados a cuidar de ese orden normativo. Sumado a ello hay otros ordenamientos como la ley 24240 de Defensa del consumidor cuya naturaleza de orden público no se discute, y tratándose de un contrato de consumo bien podríamos estar ante una cláusula abusiva. De hecho, el propio Código Civil y Comercial regula los contratos de consumo y los contratos celebrados por adhesión a cláusulas general predispuestas. Estas normas que no han sido derogadas ni modificadas otorgan facultades de revisión a los jueces. Así por ejemplo los arts. 989; 1094; 1122, etc. del Código Civil y Comercial. En todo caso habrá que recurrir una vez más al diálogo de fuentes, pero siempre teniendo en cuenta la jerarquía normativa.

En cuanto al art. 766 en su nueva redacción no es más que una ratificación de lo dispuesto en el art. 765. Recordemos que expresa lo siguiente: “Obligación del deudor” el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no la tiene”.

Si bien el art. 989 ha sido modificado por el art. 254 del DNU, la facultad de los jueces de revisar las cláusulas abusivas sigue en pie. Solo se ha suprimido el párrafo que disponía que “Cuando el juez declare la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo deberá integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad”. Recor-

damos que el art 37 de la Ley 24.240 de defensa de los consumidores mantiene una previsión similar para los contratos de consumo cuando una cláusula sea declarada nula por abusiva.

No obstante la derogación de la parte final del art. 989, nos preguntamos cuál será la solución cuando el juez declare la nulidad de una cláusula que resulte fundamental a los fines de la subsistencia del contrato. ¿Podrá o no integrar el contrato? La eliminación de esa facultad expresa que le daba el art. 989 ahora está vedada, o igualmente el juez podrá integrar el contrato?

En el sentido que venimos exponiendo también debe ser interpretado el nuevo art. 960 del CCyC, el que conforme art. 253 del DNU, queda redactado de la siguiente manera: “Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley”.

La nueva redacción del art. 960 le quita la facultad a los jueces de pronunciarse de oficio cuando una cláusula contractual de modo manifiesto afecte el orden público, lo cual puede ser objetable.

El artículo 252 del DNU modifica el art. 958 del CCyC el que queda redactado de la siguiente manera: “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley o el orden público. Las normas legales siempre son de aplicación supletoria a la voluntad de las partes expresada en el contrato, aunque la ley no lo determine en forma expresa para un tipo contractual determinado, salvo que la norma sea expresamente imperativa y siempre con interpretación restrictiva”.

Este artículo se relaciona con la libertad de negociación del art. 990 CCyC y es un derivado lógico del art. 19 de la Constitución Nacional. Si hay una rama del derecho en la que impera la autonomía de la voluntad es precisamente en materia de contratos. “En una economía capitalista, el principio de autonomía privada, junto al reconocimiento del derecho de propiedad, constituyen los pilares del Derecho privado, sobre los que se

construye la totalidad del sistema jurídico económico” (3).

La libertad contractual se manifiesta en la posibilidad de contratar o no, y en su caso con quien hacerlo. Y por otro lado, en la libertad de establecer el contenido del contrato.

En el nuevo texto, en semejanza al Código Civil Francés, se eliminó a la moral y a las buenas costumbres como límites a la libertad de contratar, lo que genera la siguiente pregunta ¿se podrá celebrar un contrato contrario a la moral y las buenas costumbres? La respuesta desde el derecho positivo parece ser afirmativa. Habrá que ver los casos que se vayan presentado y la eventual respuesta de nuestros tribunales.

A continuación, se incorpora la declaración según la cual las normas son de aplicación supletoria, es decir se trata de derecho disponible. Es decir que toda la normativa contractual es derecho supletorio que puede ser dejado de lado por las partes en sus convenciones. Solo rige la excep-

---

(3) Nicolau, Noemí, Carlos Hernández Directores “Contratos”, La Ley, p. 47.

ción cuando la norma de manera expresa determina su imperatividad. Debe quedar claro que esa declaración solo resulta aplicable respecto de los contratos y no de todas las normas con carácter general.

No obstante, mantiene vigencia el art. 12 CCyC según el cual las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El artículo habla de leyes en cuya observancia está interesado el orden público, sin requerir que la norma de maneja expresa se autodefina como indisponible. Una vez más habrá que recurrir al diálogo de fuentes, siendo que en este caso se trata de artículos de un mismo cuerpo legal.

Respecto de las modificaciones al régimen de locaciones, lo dejamos para otra oportunidad, sin perjuicio de señalar que el art. 257 del DNU al modificar el art. 1199 del CCyC, permite que los alquileres se pacten en moneda de curso legal o en moneda extranjera, no pudiendo el locatario imponer un pago en una moneda que no sea la convenida. También se permite el ajuste de los alquileres dando amplia libertad para elegir el índice aplicable.

# La claridad es la elegancia de la ley. (A propósito del dec. 70/2023)

Luis F. P. Leiva Fernández (\*)

**Sumario:** I. Alcance de estas líneas.— II. Las normas “ómnibus”.— III. El tiempo de verbo.— IV. Sobre las derogaciones y sustituciones.

## I. Alcance de estas líneas

Se puede leer en los medios que se cuestiona en ámbitos políticos al dec. 70/2023, de necesidad y urgencia, por cuestiones de forma, sin emitir opinión sobre su contenido. Pero lo debatido —si reúne los caracteres de necesidad y urgencia conforme al art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional— no es una cuestión de forma como allí se debate, sino de derecho constitucional.

En estas líneas sí se trata de “forma”

De la técnica legislativa de las normas generales (leyes decretos, resoluciones etc.) en particular del dec. 70/2023, en la convicción que prestarle atención contribuirá a producir el efecto de fondo que —en lo personal— considero encaminado en la dirección correcta.

Tanto como el juez sin saber mecánica, ingeniería o medicina, es asesorado por peritos para llegar a conclusiones justas y equilibradas, para elaborar normas generales, no es necesario ser jurista, pero sí es conveniente contar con el asesoramiento técnico en todas las áreas que se deba abordar. Una de ellas es referida a la forma y redacción de los textos normativos donde también el Estado cuenta con especialistas, y buenos.

Es que los defectos de técnica legislativa pueden llegar a desmerecer la substancia y al dificultar su comprensión social, reducir su acatamiento, o aumentar la resistencia a sus preceptos.

---

(\*) Prof. Titular Consulto (UBA). Prof. Titular (UNLP). Prof. de Postgrado (Univ. Austral, UNSalta, UNNE [Corrientes] y UNNOBA (U. del Noroeste de la Prov. de Bs As)). De la Academia de Iusprivatistas Europeos. Director de Anales de Legislación Argentina.

Por tanto, en estas líneas no se trata del derecho substancial, sea público, constitucional, o privado. Sino de Legística o Técnica Legislativa.

## II. Las normas “ómnibus”

Debo decir que la crítica que reciben en el mundo las leyes ómnibus (1), no concurre en el caso del dec 70/2023, ni lo hará en las futuras normas, leyes o decretos que pueden promulgarse o enviarse el Congreso de la Nación; por la sencilla razón que provienen de una única fuente, el Poder Ejecutivo Nacional, mientras que en los casos cuestionados se trata de un medio para concitar mayorías circunstanciales en diversos temas que no guardan relación entre sí, y que de otra manera no podrían sancionarse.

Las normas que pueda producir el Poder Ejecutivo —cualquier poder ejecutivo— escapan esa crítica porque no hay allí negociaciones cir-

---

(1) “En la mayoría de los Estados de la Unión americana las constituciones estatales —no la Constitución Federal— prohíben este tipo de ley para evitar que minorías legislativas que por sí solas no acceden a obtener la sanción de la ley que les interesa, se unan constituyendo una mayoría circunstancial y obtengan la sanción de una ley que por fracciones satisface la finalidad de cada una de ellas En Iberoamérica se prevé idéntico reparo en la Constitución de Puerto Rico, Estado Libre Asociado a los Estados Unidos de América, que en su art. 3 (“Del Poder Legislativo”) en su Sección 17 expresa...” No se aprobará ningún proyecto de ley con excepción de los de presupuesto general, que contenga más de un asunto, el cual deberá ser claramente expresado en su título. También la Constitución de Colombia, prevé en su art. 169 que...” “El título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido...” y en su art. 158 “ Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia.” Leiva Fernández, Luis F.P., “Fundamentos de Técnica Legislativa”, La Ley, Buenos Aires, 1999, N° 36 p. 45

cunstanciales que desvirtúen la representación popular.

Pero las normas ómnibus —que a veces son necesarias— dificultan la comprensión, y sin tal, los sujetos pueden decidir por emociones más o menos arraigadas, y no por la comprensión de lo dispuesto.

### III. El tiempo de verbo

El tiempo de verbo de la ley (decretos, reglamentos etc.) debe ser presente, y no futuro porque “promoverá” “asegurará” “quedarán sin efecto”, “dispondrá”, como expresa Vg. en art. 2º del dec. 70/2023, solo indica la intención de efectuar algo en el futuro, de lo que se sigue justamente que no se realiza en el momento actual.

Distinto sería “promueve” “asegura” “queda sin efecto” y “dispone” que describen acciones coetáneas a la decisión. En cambio, la “reglamentación determinará” si puede ser futuro, bien que lo correcto sería “debe determinar”, expresiones estas que importan una orden para la administración que de esa autoridad depende.

Utilizar el tiempo presente había hecho innecesaria la última frase del artículo 2º del Decreto que se refiere a la “desregulación dispuesta en el párrafo anterior”. Sin esta última oración, cualquier exegeta concluiría que es un programa de gobierno y no una disposición.

Aquí, sólo “dispuesta”, dispone.

Otra interpretación conduciría a asumir que todo el art. 2º es meramente programático y que las desregulaciones se harán por la “reglamentación” como expresa el art. 2º *in fine*, es decir mediante decretos reglamentarios, que, en cauto rales, carecen de entidad normativa para derogar leyes.

“El tiempo del verbo que se utilice en la redacción de las leyes y normas jurídicas inferiores debe ser presente del indicativo.

En la redacción de las leyes en español el tiempo futuro solo debe usarse cuando sea futuro respecto a otro referido en la misma oración o artículo.

También “por razones de simplicidad, es aconsejable evitar dichas formas del subjuntivo y preferir el uso del presente de indicativo (“vengo”) y reservar el presente y pretérito perfecto del subjuntivo (“venga”, “haya venido”) para expresar la subordinación gramatical. Incluso los sostenedores de la redacción con verbo en tiempo futuro admiten los inconvenientes que plantee su uso en las normas legales por lo que aconsejan el uso de perífrasis (Vg. debe pagar).

Incluso se sugiere el uso del verbo en tiempo presente “hasta cuando se exponen los trámites sucesivos de un proceso: “presentada la demanda, se da traslado de ella”; disuelta la sociedad, se procede a su liquidación...” (2).

En términos generales el tiempo futuro se reserva para las constituciones porque de nota una tarea por realizar en el futuro.

### IV. Sobre las derogaciones y sustituciones

La ansiada seguridad jurídica —que todos buscamos— se aleja si las formas de las normas no son suficientemente claras, máxime cuando la extensión conspira contra su lectura detenida y meditada.

En los artículos 250 a 263 del Dec. 70/2023 se han referido los arts. 765, 766, 958, 960, 989, 1204 y 1219 del Código Civil y Comercial de la Nación y “sus (leyes) modificatorias”, pese a que nunca las hubo, porque provenían de la redacción originaria de tal Código.

Por otro lado, se han utilizado diversos métodos que no se corresponden con la técnica que ha adoptado el derecho argentino, y que en su momento fue recibida en el derogado decreto 333/85 que se utilizó durante 40 años, que es la sustitución de textos, en vez de incorporar o interlinear frases u oraciones, lo que contribuye a la claridad.

El decreto de marras a veces sustituye texto, como en los arts. 1196, 1198, u 1199 del CCCN)— y a veces se incorpora frases como al art. 1219 del mismo Código.

(2) Leiva Fernández, Luis F.P., “Fundamentos de Técnica Legislativa”, La Ley, Buenos Aires, 1999, N° 249, p. 279

También, así como se derogó a la ley 27.551, debería haberse procedido igualmente con la ley que la modificó en forma parcial que es la ley 27.737; que en una interpretación puede entenderse comprendida dentro de la referencia a “leyes modificatorias” (efectuada en los arts. 250 a 263 del Dec. 70/2023).

Pero —insisto— esa referencia a la ley “y sus modificatorias” se hizo incluso en supuestos en los que los artículos son originarios del Código Civil y Comercial de la Nación pues no han sido modificados nunca.

Hacer modificaciones parciales —puntuales— en un cuerpo normativo como el Código Civil y Comercial de la Nación, de 2671 artículos, equivale a zurcir una manta tejida a mano con un diseño de varios colores. Cortar una hebra actúa en cadena en toda la manta. Es como un rompecabezas, no como una guía telefónica (*altri tempi*) en las que se puede suprimir un renglón sin desmerecer el contexto. Todo conculca, esa es una de las diferencias entre el concepto de consolidación y el de código.

Por eso, a veces luego de años de la reforma parcial de un código, suele descubrirse alguna inconsistencia.

No se debe hacer sin considerar el todo, al que se debería conocer profundamente.

En la especie esto no parece haberse considerado.

Vaya a modo de ejemplo el caso del art. 260 del Decreto 70/2023 que deroga el art. 1204 del CCCN.

Paso a explicar: “el Código Civil (el de Vélez Sarsfield) consideraba a la pérdida de luminosidad del inmueble locado por realizarse construcciones vecinas, como una especie de vicio redhibitorio. Ya entonces se observó que era incorrecta dicha calificación jurídica habida cuenta que, la oscuridad de un inmueble no proviene de la cosa en sí misma, sino como consecuencia de construcciones en las fincas vecinas. Dicha regla que pudo justificarse en los tiempos de Vélez porque no se había descubierto la energía eléctrica, hoy carece de todo sentido. Además, sería anacrónica aplicarla frente a la creciente expansión de las construcciones en las grandes ciudades. Por eso, tanto en el art. 1135 del Proyecto de 1998 como en el que derivó en el Código Civil y Comercial de la Nación se optó por suprimir la norma. Por ello el Código Civil y Comercial de la Nación dispuso: “Pérdida de luminosidad del inmueble. La pérdida de luminosidad del inmueble urbano por construcciones en las fincas vecinas, no autoriza al locatario a solicitar la reducción del precio ni a resolver el contrato, excepto que medie dolo del locador” (3).

Ante la actual supresión del artículo 1204 originario del CCCN, algún interprete podría considerar que se propicia la reducción del precio de la locación por volverse obscuro el inmueble locado, ya que deroga la prohibición de requerir tal disminución en esas circunstancias.

Concluyo entonces, como inicié estas líneas, expresando: la claridad es la elegancia de la ley.

---

(3) Leiva Fernández, Luis F.P., “Tratado de los Contratos”, La Ley, Buenos Aires, 2017, t. III, N° 1101, p. 316



# Primeras notas concursales al DNU 70/2023

Ángel Luis Moia (\*)

**Sumario:** I. El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/23.— II. La vigencia del DNU 70/23.— III. El DNU y la ley concursal.— IV. Las modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo y sus proyecciones concursales.— V. Los efectos del concurso o la quiebra y su relación en el ejercicio como despachante de aduanas.— VI. Conclusiones (provisorias).

## I. El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/23

Una de las primeras medidas adoptadas por el actual gobierno fue el dictado de un decreto de necesidad y urgencia comprensivo de una profunda reforma del régimen económico nacional. La noche del 20 de diciembre el Presidente Javier Milei presentó por cadena nacional una síntesis de las disposiciones, entre las que se contaba la derogación de distintas leyes y decretos y la reforma de otras tantas.

En sus fundamentos se da cuenta de que el país se encuentra atravesando una situación de gravedad inédita, generadora de profundos desequilibrios que impactan negativamente en toda la población. La mayor parte de las razones que se enumeran derivan de las consecuencias de la gestión anterior. Por estos motivos, se justifican los extremos constitucionales de necesidad y urgencia que habilitan el excepcional ejercicio de las facultades previstas por el art. 99 inc. 3 C.N.

Bajo el título de “Bases para la reconstrucción de la economía argentina” se planteó un rediseño de la economía nacional bajo un claro signo de liberalización. Según los fundamentos de la norma, el calamitoso estado de la economía

pone en riesgo la paz social y el bien común, por lo que “el gobierno nacional ha decidido implementar un plan de desregulación de amplísimo alcance”. Esta desregulación producirá -según las metas oficiales— el acrecentamiento de las actividades productivas que permitan la expansión de la producción y reducir los precios.

Se declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social hasta el 31.12.25 (art. 1), fijándose como objetivo del estado la promoción y garantía de un sistema económico basado en decisiones libres, adoptadas en un ámbito de libre concurrencia, con respeto a la propiedad privada y a los principios constitucionales de libre circulación de bienes, servicios y trabajo (art. 2).

A diferencia de otras declaraciones de emergencia previas (1), esta norma introduce modificaciones sustanciales y permanentes al ordenamiento nacional. *Presenta una extensión inusitada —366 artículos—, modificando o extinguiendo casi tres centenares de normas.*

(1) La ley 27.541 (B.O. 23.12.19) acompañó el inicio del anterior gobierno. Se la denominó como “Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública”. Luego de declarar formalmente la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, definió una delegación legislativa, en los términos del art. 76 C.N., hasta el 31.12.20. A lo largo de 88 artículos disponía una serie de adecuaciones transitorias a distintas normas con el fin de paliar la situación de excepción que la justificaba.

(\*) Máster en Asesoramiento Jurídico de Empresas, Facultad de Ciencias Empresariales (Univ. Austral, Rosario). Especialista en Derecho Procesal Civil y Comercial y en Derecho de Daños por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL). Profesor de posgrado (UNL, UC Cuyo y UNER). Profesor de grado (UNL y Fac. Teresa de Ávila, UCA). Juez del Juzgado Civil y Comercial N° 9 de la ciudad de Paraná.

Proponemos una primera aproximación al decreto, desde una óptica particular, la concursal. No obstante no haberse incluido a la ley 24.522 analizaremos algunas disposiciones que tendrán repercusiones en los concursos.

Debido a lo reciente del dictado de la norma, proponemos una serie de reflexiones preliminares y provisorias sobre las implicancias concursales de esta innovación. De acuerdo con la presentación realizada por el Presidente en la cadena nacional, el DNU 70/23 tiene un sentido refundacional para el país, integrándose con una serie de normas posteriores que completarían la propuesta de retomar la senda del liberalismo económico como camino al desarrollo.

## II. La vigencia del DNU 70/23 (2)

A pesar de las razones de urgencia que se invocan para justificar la norma, el decreto no contiene una previsión específica sobre su entrada en vigencia. Esto implica que su vigencia se producirá *después del octavo día de su publicación oficial*, de conformidad con lo establecido por el art. 5 C.C. y C.

En otras ocasiones, ante estas semejantes, las normas de emergencias se integraron con otras aclaratorias para establecer su inmediata entrada en vigor. Tal el caso de la ley 25.561 (3), de Emergencia pública y reforma del estado, dictada como medio para salir del régimen de convertibilidad en el año 2.002. La norma no preveía un momento especial para su entrada en vigor, por lo que las importantes medidas económicas que preveía se veían postergadas por ocho días. De modo inmediato se dictó el 50/02 (4) y se esta-

(2) B.O. 21/12/2023

(3) B.O. 07/01/2002

(4) B.O. 09/01/2002. En sus fundamentos se expresa que “Que el escenario social, económico y financiero y la marcada crisis por la que atraviesa nuestro país, requiere la íntegra y urgente entrada en vigencia de la Ley N° 25.561. Que la Ley N° 25.561 no prevé expresamente la fecha de su entrada en vigencia por lo que debería estarse a lo dispuesto por el artículo 2° del Código Civil. Que, en razón de ello, resulta de extrema necesidad y urgencia proceder al dictado del presente decreto a efectos de establecer la íntegra vigencia de la norma en cuestión, a efectos de que el Poder Ejecutivo Nacional implemente los actos tendientes a la regulación de los diversos aspectos sociales, económicos y financieros contenidos en la Ley N° 25.561. Que en

bleció que la ley de emergencia entró en vigencia el mismo día de su dictado, 6 de enero, aún antes de su publicación oficial.

Más allá de especulaciones aisladas, el vocero presidencial confirmó esta situación como una decisión política, antes que como una falencia técnica (5). Lo que implica que cobrará vigencia el viernes 29 de diciembre próximo.

De conformidad con lo exigido por el art. 99.3 C.N., el Jefe de Gabinete de Ministros debe presentar el decreto a la Comisión Bicameral respectiva dentro de los diez días de su dictado. El art. 365 del decreto dispone dar cuenta a esa comisión que, a la fecha, no se encuentra conformada.

Este tipo de decretos se encuentra regulado por una ley especial, conforme la manda constitucional. La ley 26.122 (6) reglamenta la labor de la Comisión bicameral, propendiendo a la preservación de la vigencia de la norma (arg.art. 17).

La labor común de los legisladores se traduce en un dictamen sobre la validez o invalidez del decreto que se somete a la consideración del pleno de cada cámara dentro de los diez días (art. 13). Esta decisión debe ser expresa (arg. art. 22) y versa sobre el decreto como unidad, sólo pudiendo aceptarlo o rechazarlo.

El Decreto de necesidad y urgencia conserva su vigencia hasta que sea rechazado por ambas cámaras, por el voto de la mayoría absoluta (arg. art. 24). Sólo en este caso la excepcional decisión presidencial pierde vigencia, dejando siempre a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia. Sin perjuicio de este procedimiento, el Congreso conserva la posibilidad de legislar sobre las materias comprendidas en el decreto, redefiniendo el perfil de las normas.

En resumidas cuentas, desde su entrada en vigencia, el decreto de necesidad y urgencia resulta aplicable hasta tanto resulte derogado por el rechazo conjunto de ambas cámaras del Congreso.

el caso, se evidencian circunstancias excepcionales que hacen imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.”

(5) <https://www.youtube.com/watch?v=fE4UNq0ApV4>

(6) B.O. 28/07/2006

Circunstancia esta que no se ha dado en ningún caso hasta la fecha.

El control de validez de la norma corresponde también al Poder Judicial, según la manda del art. 116 C.N. A la fecha, aún sin estar en vigencia, se tiene noticia de la presentación de dos acciones de amparo.

### III. El DNU y la ley concursal

Las versiones que precedieron a la presentación en sociedad del decreto incluían una modificación a la ley concursal, lo que finalmente no sucedió. La ley 24.522 no está entre las normas modificadas, al menos directamente.

No se han producido reformas en el articulado de la ley. Sí se han introducido modificaciones en otros regímenes que se proyectan sobre la dinámica concursal.

En los puntos siguientes abordaremos algunas modificaciones puntuales que hacen referencia a la situación concursal del deudor, sin que esto repute agotar las implicancias de tan notable reforma en el ámbito concursal.

### IV. Las modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo y sus proyecciones concursales

Una de las principales modificaciones que introduce el D.N.U. en estudio se da en materia laboral. En los fundamentos se expresa que “el trabajo productivo, inclusivo y digno, centrado en un contexto social adecuado es la principal herramienta de crecimiento para una comunidad que busca la distribución equitativa de los bienes producidos, dado que sin producción no hay distribución posible. Que los emprendimientos, esencialmente privados, resultan el mejor recurso para la contención social, a través del empleo y la generación de bienes y servicios para la vida de toda la sociedad, y para ello se requieren cambios que permitan una expansión de la demanda de trabajo en el país”

La interrelación entre las normas concursales y las laborales deriva de la intrínseca relación que existe entre la empresa y trabajo. Es que, sin empresa no hay trabajo y sin trabajo no hay empresa, en un contexto de justicia. Como lo explican Junyent Bas y Flores “en la base del derecho ha estado siempre la justicia, como directriz que

permite una adecuada composición patrimonial, superando cualquier alternativa individualista. El replanteo de la empresa sigue siendo una materia pendiente para los juristas, con el objeto de superar viejos esquemas de la relación trabajo-capital y trascender el clásico e histórico enfrentamiento entre sus agentes. En esta perspectiva, el trabajador tiene un nuevo rol. Como integrante de la empresa no puede ser considerado como un tercero ajeno a su suerte, o sea, un simple acreedor, por privilegiado que sea su crédito. El trabajador ha aprendido que el mantenimiento de la fuente de trabajo es un punto que le atañe directamente. Por ello, también debe sumar su esfuerzo al saneamiento empresarial, sin que ello implique el menoscabo de sus derechos, sino por el contrario, el reconocimiento de un rol más maduro y protagónico” (7).

Los arts. 83 y 84 del D.N.U. modifican los arts. 276 y 277 de la Ley de Contrato de Trabajo. Se trata de dos disposiciones complementarias de dicha ley.

La primera de las normas preveía originariamente la actualización de los créditos laborales en cualquier escenario, aún el concursal. Con la sanción de la ley de convertibilidad se prohibió todo tipo de repotenciación económica (ley 23.928 arts. 7 y 10) se consideró que esta norma había resultado abrogada.

La segunda, vigente, a lo largo de 4 párrafos regulaba la situación de los pagos de los créditos laborales en proceso. Como regla se determinaba la obligatoriedad del pago mediante depósito bancario a favor del trabajador o sus derechohabientes. Se prohibía la celebración de pactos de cuota litis superiores al 20 %, los que quedaban sujetos a la homologación judicial. La infracción a estas disposiciones implicaba la nulidad de pleno derecho. Finalmente, la ley 24.432 adicionó el párrafo final sobre la proporción de los honorarios en todo proceso, al igual que se hiciera en el código civil (art. 505 parte final).

Los arts. 66 y 67 modificaron los arts. 9 y 12 L.C.T. La primera reforma redefine el esquema probatorio en las controversias laborales, cuya

(7) JUNYENT BAS, FRANCISCO y FLORES, FERNANDO M., “Las relaciones laborales ante el concurso y la quiebra”, Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 100

solución resulta aplicable al proceso concursal en tanto se traten créditos de ese linaje. La segunda ratifica el tenor del orden público laboral, admitiendo la posibilidad de homologar acuerdos que modifiquen aspectos esenciales del contrato de trabajo, lo que ratifica las disposiciones especiales de la ley concursal.

El replanteo de las normas que gobiernan las relaciones laborales alcanza sin dudas al trámite concursal. Es que, como afirma la doctrina “la pretensión laboral debe juzgarse a la luz de su propia normativa, es decir, el bloque de juridicidad del derecho del trabajo, implicando dicho aserto la necesidad de tamizar el reclamo del acreedor laboral a través de los pilares de la legislación sustantiva que regula la materia y los que impone el ordenamiento foral” (8).

#### *IV.1. La renovada indexación de los créditos laborales*

El art. 84 del D.N.U. remoja la tradicional disposición del art. 276 L.C.T. que prevé la preservación del valor de los créditos laborales a partir de la admisión de su revaluación.

Este remozamiento al que referimos apunta a erigir al caso como una excepción la prohibición de actualizar los créditos establecida por lo que queda de la ley de convertibilidad. Así como sucedió en distintos casos, el legislador ha planteado a los créditos laborales como una excepción explícita.

El replanteo del viejo artículo reputa la renovación del precepto, de modo posterior a la veda general. De ahí que se pueda afirmar que con la vigencia del D.N.U. 70/23 se amplíe el catálogo de créditos que se repotencian por índices.

Se modifica el título del artículo, que tradicionalmente refería a la actualización de estos créditos. Se agrega ahora la referencia a la repotenciación de estos créditos. No obstante, la distinción que parecería establecerse por la dualidad de términos, ambos refieren a un mismo fenómeno, la actualización del capital por efecto de la depreciación monetaria.

La actualización refiere a la repotenciación del capital, sin afectar el curso de los intereses, que cumplen una función distinta. Se aclara que ambos institutos se aplicarán conjuntamente a estos créditos, contando con un tope cuantitativo.

Como novedad se define un máximo para los acrecentamientos reconocidos. El límite se define al afirmar que “la suma que resulte de dicha actualización y/o repotenciación y/o aplicación de intereses, en ningún caso podrá ser superior a la que resulte de calcular el capital histórico actualizado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con más una tasa de interés pura del 3% anual”.

La disposición se reconoce como “de orden público federal”. Se trata de una referencia extraña para calificar al orden público, pero que deja en claro su indisponibilidad. Igualmente se consigna que debe ser aplicada, aún, oficiosamente por las autoridades administrativas o judiciales. En particular se señala su aplicación al concurso preventivo o quiebra del deudor.

Es una de las escasas normas que refiere expresamente a su aplicación al trámite concursal en dos de sus variantes. No obstante, no menciona al Acuerdo Preventivo Extrajudicial, no caben dudas de su aplicación también a este proceso reorganizativo.

La indexación habilitada por el D.N.U. genera una modificación sustancial de la dinámica de los procesos concursales. La condición de orden público del instituto impide su disminución convencional por medio de la propuesta a ofrecer, si existieran acreencias laborales quirografarias. Cuestión distinta es que se ofrezca su mejora, lo que no afectaría el orden público y resultaría acorde con la consideración de la situación más favorable al trabajador.

La volubilidad de los créditos laborales, en tanto resulten comprendidos en el universo de la propuesta concursal, presenta un problema al momento de considerar su incidencia en la base de cálculo general. Sin perjuicio de que continúe la actualización, consideramos que debe cristalizarse su consideración en un momento determinado que permita contar con una base cierta de cálculo para computar las mayorías que requiere la propuesta para ser homologada (art. 45 LCQ).

(8) *Ibidem*, p. 206

Naturalmente, si la cuestión no estuviera prevista en la propuesta, resulta indudable su aplicación en la liquidación de los créditos. De este modo a lo largo del trámite, así como continúan devengándose los intereses moratorios, el capital continuará recomponiéndose periódicamente, tanto durante el concurso preventivo, como en la eventual etapa de cumplimiento.

Misma solución se aplica a los créditos privilegiados de origen laboral. Sin perjuicio de que no puedan ser reclamados a lo largo del concurso, una vez homologado el acuerdo (arg. art. 57 LCQ) recuperan la posibilidad de su reclamo judicial, y deben ser liquidados de acuerdo con estas reglas. A su vez, resultaría aplicable al supuesto, la modalización que se establece en el artículo siguiente.

En el escenario de la quiebra, se da igual expansión del capital, sobre el que se devengarán secuencialmente los intereses. De modo que habrá que recalcular el crédito en ocasión de presentar el proyecto de distribución final (arg. art. 218 LCQ). En caso de existir distribuciones complementarias (art. 222 LCQ), igualmente habrá de adecuarse la entidad del crédito.

También debe considerarse el acrecentamiento de los créditos a los fines de evaluar la eventual conclusión por pago total (art. 228 LCQ) y por avenimiento (art. 225 LCQ).

Puede mencionarse como antecedente de esta consideración el art. 1 de la ley 21.488 (9), que disponía que “en los concursos civiles y quiebras, aún abiertos con anterioridad a la sanción de la presente ley, una vez satisfechos los créditos en la forma prevista en la primera parte del artículo Nro. 228 de la ley 19.551, si hubiere remanente, se aplicará al pago de: a. Las sumas que resulten de calcular la incidencia de la depreciación monetaria sobre los créditos verificados, regulados o reconocidos en juicio. Una vez satisfechas las cantidades anteriores, los intereses suspendidos por el concurso, calculados sobre los créditos actualizados.”

(9) B.O. 11/01/77

Viejas herramientas de la economía inflacionaria que sirven de punto de partida para dar respuesta a estos interrogantes (10).

#### *IV.2. La modalización del pago de la condena en el caso de las pymes*

La reforma anotada introduce como segundo párrafo una previsión sobre la modalización del pago de las condenas judiciales para el caso de las pequeñas y medianas empresas comprendidas en la ley 24.467. Se prevé la posibilidad de acogerse a una distribución del monto de la condena de hasta 12 cuotas mensuales.

El nuevo párrafo dice “Las personas humanas y las personas jurídicas alcanzadas por la Ley N° 24.467, ante una sentencia judicial condenatoria, podrán acogerse al pago total de la misma en hasta un máximo de doce [12] cuotas mensuales consecutivas, las que serán ajustadas conforme la pauta establecida en el artículo 276 de la presente Ley”.

Al igual que sucede en el derecho común con el beneficio de competencia (892/893 CC. y C.), la ley establece la posibilidad de que el deudor pague “lo que buenamente puedan, según las circunstancias, y hasta que mejoren de fortuna”. El beneficio se encuentra diferido a ciertos deudores, esencialmente identificados dentro de las relaciones de familia o en el marco de la donación.

Este beneficio se emparenta con el pago a mejor fortuna, regulado en los tres artículos previos, donde se faculta al juez, en caso de condena, a fijar su pago en cuotas.

La identificación de los beneficiarios de esta facultad se remite a la ley 24.467, denominada ley de pequeñas y medianas empresas. Su artículo 1 resume su finalidad al disponer que “La presente ley tiene por objeto promover el crecimiento y

(10) Al presentar su clásica obra sobre la materia indexatoria, indicaba Adolfo Rouillón “Los argentinos convivimos con el fenómeno inflacionario desde hace décadas. Ello ha determinado la creación de un verdadero derecho indexatorio, integrado por reglas legales y judiciales. El derecho concursal, tan dinámico en muchos aspectos, ha llegado tarde a elaborar reglas adecuadas para el fenómeno de la depreciación monetaria” ROUILLÓN, ADOLFO A.N., “Indexación concursal”, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 9.

desarrollo de las pequeñas y medianas empresas impulsando para ello políticas de alcance general a través de la creación de nuevos instrumentos de apoyo y la consolidación de los ya existentes.”

A partir de una definición de pequeña empresa elaborada a partir de indicadores de actividad, se considera como elementos tipificantes que:

- Su plantel no supere los cuarenta trabajadores.
- Tengan una facturación anual inferior a la cantidad que para cada actividad o sector fije la Comisión Especial de Seguimiento del artículo 104 de esta ley.

La valoración de estos requisitos resulta flexible, ya que el mismo art. 83 en su parte final prevé, para el caso de que la empresa supere estos márgenes que “Las pequeñas empresas que superen alguna o ambas condiciones anteriores podrán permanecer en el régimen especial de esta ley por un plazo de tres [3] años siempre y cuando no dupliquen el plantel o la facturación indicados en el párrafo segundo de este artículo”. Paralelamente se define una configuración dinámica de los requisitos, ya que el art. 2 encomienda a la autoridad de aplicación definir las características de las empresas que serán consideradas micro, pequeñas y medianas empresas, pudiendo contemplar, cuando así se justificare, las especificidades propias de los distintos sectores y regiones del país y con base en alguno, algunos o todos los siguientes atributos de las mismas o sus equivalentes, personal ocupado, valor de las ventas y valor de los activos aplicados al proceso productivo.

Se define al sujeto en tanto empresario, ya se trate de una persona física o jurídica, como titular de la facultad de acogerse al pago en cuotas. Para este caso, en el marco del código civil y comercial, habrán de tomarse las pautas definitivas del art. 320 para identificar a la empresa, excluyendo a otros empleadores singulares que no reúnan tales condiciones. La referencia en este punto a la ley de pymes es clara.

La cuestión no es menor, ya que quedan marginados empleadores no empresarios, como sucede en el caso de los empleadores del régimen de

casas particulares (11). El art. 1 de la ley 26.844 define el ámbito de aplicación del régimen consignando que alcanza a los “empleados y empleadas por el trabajo que presten en las casas particulares o en el ámbito de la vida familiar y que no importe para el empleador lucro o beneficio económico directo, cualquiera fuere la cantidad de horas diarias o de jornadas semanales en que sean ocupados para tales labores”. Expresamente las prestaciones de labores semejantes para empleadores configurados como personas jurídicas quedan excluidas del régimen especial (art. 3 inc. a), en especial por los consorcios de propiedad horizontal, clubes de campo y demás figuras afines en las distintas unidades funcionales (inc. g).

La opción que abre la reforma permite al deudor la posibilidad de pagar el crédito hasta en un año calendario, distribuyendo el crédito en cuotas. Las mismas deben ser mensuales y consecutivas, ajustables.

Esta última característica es, quizás la más innovadora y entronca con lo desarrollado en el apartado anterior. La configuración del crédito prorrateado será dinámica en tanto el capital subsistente mes a mes está sujeto a repotenciación en los términos generales establecidos por el art. 84 del D.N.U.

La cuestión a resolver es la aplicación de esta modalización al marco concursal. Un supuesto a pensar sería la ejecución de la sentencia de verificación de un crédito laboral privilegiado, una vez homologado el acuerdo preventivo y sin que haya propuesta para ellos (art. 57 LCQ).

Más allá de que en este caso la norma no explicita su aplicación en el campo de los concursos, es de considerar que no hace acepción de circunstancias ni establece diferencias. La realiza-

---

(11) Más allá de la exclusión de este sector de la actividad laboral de la nueva forma de actualización, la legislación especial fija un precepto particular sobre la necesidad de actualizar el capital de las acreencias derivadas de la actividad. Bajo el título “Actualización. Tasa aplicable”, el art. 70 dispone que “Los créditos demandados provenientes de las relaciones laborales reguladas por la presente ley, en caso de prosperar las acciones intentadas, deberán mantener su valor conforme lo establezca el Tribunal competente, desde que cada suma es debida y hasta la fecha de su efectiva y total cancelación”.

ción del crédito, en cualquier escenario, habilita la opción de pago a lo largo de un año.

El hecho de que el capital se recomponga por períodos iguales disminuye la afectación del crédito, a pesar de que la fórmula propuesta dista mucho de los índices inflacionarios que se viven. Es de esperar que la finalidad de reactivación y estabilización de la economía nacional que informa al decreto se alcance en un plazo razonable.

#### *IV.3. Las reglas probatorias laborales*

Resulta derivación de la universalidad inherente a los procesos concursales la diversidad de materias que se han de tratar en su seno. Entre otras variantes, es común el tener que resolver controversias de derecho laboral, tal como verificaciones de créditos, o aún el dictado de sentencias de conocimiento pleno.

Dentro de las reglas procesales generales que contempla la ley concursal, el art. 273 inc. 9 dispone que “La carga de la prueba en cuestiones contradictorias, se rige por las normas comunes a la naturaleza de la relación de que se trate”. Esto implica reconocer las particularidades de distintas ramas del derecho al momento de sentenciar, aplicando reglas probatorias específicas como las del derecho del trabajo o del consumidor, por ejemplo.

En el primer caso, más allá de las disposiciones procesales locales, el art. 9 L.C.T. consagra un direccionamiento material en la valoración de la prueba.

La ley 26.428 reconfiguró su texto, previamente solo orientado a la interpretación de las normas del modo más favorable al trabajador, para incorporar una regla probatoria. Se incorporó un segundo párrafo al art. 9 L.C.T. que dispone “si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la ley en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”.

El decreto en estudio realizó un agregado a esta última disposición. La decisión en el sentido más favorable al trabajador en el aspecto probatorio se podrá hacer “cuando hubieran agotado todos los medios de investigación a su alcance y persis-

tiera duda probatoria insuperable, valorando los principios de congruencia y defensa en juicio. En tal sentido se aplicará la regla general procesal, en virtud de la cual los hechos deben ser probados por quien los invoca, con plena vigencia de la facultad de los magistrados en la obtención de la verdad objetiva y el respecto a la seguridad jurídica”.

Como puede verse se establece una fijación de la resolución por medio de la duda a una instancia final, donde se han agotado todos los medios posibles y se ha planteado una carga de la prueba tradicional. El derecho procesal del trabajo emplea frecuentemente presunciones y cargas especiales según el tema probatorio (v.gr. art. 76 C.P.L.E.R.).

#### *IV.4. Una reforma que confirma la renunciabilidad concursal provisoria del privilegio laboral*

Ha sido motivo de debate continuo la inclusión en la ley concursal de la disponibilidad del privilegio reconocido a los créditos laborales. Resultó una innovación notable su incorporación como décimo párrafo del art. 43 y provocó una airada reacción de la doctrina laboralista.

La controversia se reeditó con la reforma del art. 12 L.C.T. por la ley 26.574 (12) que reforzó la noción de indisponibilidad del privilegio laboral. A esto se sumó la previsión del art. 2.575 C.C. y C. que luego de establecer la regla de la renunciabilidad del privilegio fijó como excepción expresa a los créditos laborales. El último párrafo del artículo dispone que “el privilegio del crédito laboral no es renunciable ni postergable”.

La especialidad de la previsión concursal y su adecuación a los parámetros protectorios generales zanjaron la discusión en favor de la validez de las disposiciones concursales.

El decreto incorpora un nuevo párrafo al art. 12 L.C.T. que prevé la posibilidad de validar mediante homologación administrativa acuerdos que impliquen una modificación esencial del contrato de trabajo. Se trata de una medida general más profunda que la prevista en el específico campo concursal, sujetando a control de la autoridad de aplicación el contenido de estos conve-

(12) B.O. 29.12.09

nios. Se produce así una ampliación del campo de aplicación de la autonomía de la voluntad.

### **V. Los efectos del concurso o la quiebra y su relación en el ejercicio como despachante de aduanas**

Entre las modificaciones relacionadas con el comercio exterior (Título V), se revisó el régimen de los despachantes de aduana contenido en código respectivo.

Se modificó así el art. 41 que define las inhabilidades para ser despachante. El inciso 7º contemplaba las consecuencias el estado concursal. Su texto había quedado configurado según el esquema de la ley 19.551.

Se preveía como óbice “ser fallido o concursado civil, hasta dos [2] años después de su rehabilitación. No obstante, cuando se tratase de quiebra o concurso culpable o fraudulento la inhabilidad se extenderá hasta cinco [5] o diez [10] años después de su rehabilitación”.

El nuevo texto dispone que no podrá desempeñarse como despachante de aduanas quien se encuentre “...en concurso preventivo o resolutorio, hasta que hubiere obtenido carta de pago o acreditare el cumplimiento total del acuerdo respectivo”.

Si bien puede intuirse que entre los móviles de la reforma estuvo la modernización del régimen aduanero y la adecuación del viejo texto al régimen concursal vigente, el texto incorporado, no resulta del todo feliz.

Queda claro que el status de concursado es impedimento para el ejercicio profesional como despachante. Tal restricción subsiste aún en la etapa de cumplimiento del acuerdo preventivo en tanto la norma la exige la acreditación de la carta de pago o el cumplimiento total del acuerdo.

A pesar de no excluirse expresamente al fallido —como sí lo hacía el texto anterior—, resulta claro que lo está. La referencia al “concurso resolutorio” parece aludir al viejo acuerdo resolutorio, previsto por la ley 19.551 como variante conclusiva de la quiebra (arts. 222/224).

La reconstrucción lógica del concepto nos lleva a concluir que el fallido se encuentra privado de ejercer tal profesión. Dado que el acuerdo mencionado pone fin a la condición de fallido y el código aduanero remarca la necesidad de haber cumplido con las prestaciones comprometidas (13), es obligado concluir que mientras subsiste el carácter de fallido no se tendrá la posibilidad de ejercer como despachante.

### **VI. Conclusiones (provisorias)**

La publicación una de las primeras medidas del nuevo gobierno nacional ha provocado conmoción en el mundo del derecho. El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/23 introduce múltiples y profundas reformas en el ordenamiento jurídico nacional.

El empleo de este tipo excepcional de regulación es un primer capítulo de debate que abre una vía especial de verificación ante el Congreso de la Nación y de evaluación judicial. Sin perjuicio de los cuestionamientos que se han realizado, queda por ver qué tratamiento político tendrá esta extensa norma.

Se ha tratado de abordarla analizando algunas de sus aristas con implicancias concursales. Su notable extensión y diversidad de materias muestran que, sin dudas, habrá otros temas con proyecciones en la praxis concursal, pero las que analizamos son, quizás, las que más directamente encontramos vinculadas.

La reedición de la indexación de créditos, acotada al campo laboral, es una situación previsible ante los elevados índices de inflación vigentes. El modo en que se prevé la actualización impondrá replantear la dinámica de los procesos concursales, esencialmente atravesados por la prohibición de actualizar los créditos que fijó en el año 1991 la ley de convertibilidad. La subsistencia de esta regla ha experimentado excepciones que se van multiplicando, conforme la realidad de una economía inflacionaria se impone.

---

(13) El derogado art. 224 de la ley 19.551 establecía con respecto al régimen y efectos del acuerdo resolutorio que “se aplican, en cuanto a lo demás, las normas del acuerdo preventivo. Si es homologado, no se califica la conducta del fallido. El deudor debe asegurar el pago de los gastos y costas mediante el otorgamiento de garantía suficiente a criterio del juez, antes de la restitución de los bienes”.



El resto de las reformas busca reorientar la legislación y la economía nacionales hacia un planteo de liberalismo político y económico. Según se puede avizorar, esta norma será el comienzo de una serie de modificaciones sucesivas que acompañarán un profundo ajuste de las variables económicas.

Así como estas líneas son concomitantes con la aparición de la norma, aún sin vigencia, estas conclusiones son provisorias, ya que se trata de albores de un derrotero mayor, cuyas medidas concretas habrá que ir analizando.

El planteo de un ajuste general de la economía y de sus principales variables nos da la noticia de que el derecho concursal tendrá un papel privilegiado en los próximos meses. En este escenario estas primeras notas buscan pensar algunas implicancias del cambio en la praxis concursal que responden en gran medida a un sinceramiento

de la economía y un redireccionamiento de la legislación.

Hemos dado cuenta de posibles soluciones y consecuencias de estas nuevas herramientas que se implementan. En gran medida, se trata de una vuelta a viejas situaciones por las que ya atravesó nuestra legislación, pero que deberán aplicarse en escenarios nuevos y cambiantes.

Sin dudas, volveremos sobre nuestras ideas para profundizar el análisis de este decreto, cuya suerte aún no está consolidada y de futuras normas que se dicten.

Al finalizar su mensaje de presentación de estas medidas por cadena nacional el Presidente invocó a Dios y a las fuerzas del cielo para que acompañen al pueblo argentino en esta nueva etapa. Esperemos que las medidas adoptadas tengan un buen fin, para superar la profunda crisis que atraviesa el país.

# La derogación de la ley de abastecimiento y los desafíos inmediatos del régimen de competencia

Marcos F. L. Nazar Anchorena (\*)

El art. 9 del decreto de necesidad y urgencia 70/2023 derogó la ley 20.680 (la “Ley de Abastecimiento”) (1), y con ello introdujo un cambio fundamental en nuestro régimen jurídico y económico: a partir de la fecha de entrada en vigencia de la norma, el PEN no contará con facultades para intervenir en los mercados al amparo del régimen de abastecimiento y en consecuencia no

podrá determinar las variables económicas que inciden en el sistema de precios (2).

De acuerdo con los considerandos del dec. 70/2023, la decisión de derogar la Ley de Abastecimiento estuvo motivada en la necesidad de “facilitar la operatoria económica eliminando los obstáculos que han introducido diversas leyes en el libre funcionamiento de los mercados mediante una indebida injerencia del Estado”. Ello es particularmente cierto en la medida que se considera que, a diferencia de aquellos regímenes que injustificadamente crearon privilegios a determinados sectores o monopolios a favor del Estado en determinadas actividades perjudicando el funcionamiento de esos mercados, la Ley de Abastecimiento permitió una injerencia aun mayor, ya que facultaba al PEN a dirigir prácticamente cualquier actividad económica (3) al

(\*) Abogado, Universidad de Buenos Aires. Diploma de Honor. Master en Derecho y Economía Universidad Torcuato Di Tella / Chicago-Kent College of Law, Illinois Institute of Technology). Ex Director de la Dirección de Lealtad Comercial de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo (2017-2020). Profesor de grado en Derecho Comercial y en Derecho de la Competencia y Lealtad Comercial, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Subdirector del Programa de Actualización en Economía Digital, Consumo y Competencia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Director de la Diplomatura en Derecho de Consumo y Competencia, Universidad Torcuato Di Tella.

(1) Esta ley fue modificada por el dec. 2284/91, por la ley 26.991 y, más recientemente, por el decreto 287/2020 que suspendió, por el plazo que durara la emergencia, el último párrafo del artículo 1º de la Ley de Abastecimiento. Con motivo de la ampliación de la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541 a través del DNU 260/20 y del dictado del DNU 297/20, que determinó el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO), numerosas medidas en materia de comercio interior dictadas por el PEN, el ex Ministerio de Desarrollo Productivo y la ex Secretaría de Comercio Interior durante el ASPO apelaron a ella, sea a través de la ampliación de su ámbito de aplicación como también previendo su régimen infraccional para la sanción de las conductas contrarias a dichas normas.

(2) Ello sin perjuicio de las atribuciones que cuenta el PEN en virtud de otras normas que regulan ciertos mercados específicos.

(3) Ello surge del art. 1 de la Ley de Abastecimiento, que disponía: “La presente ley regirá con respecto a la compra-venta, permuta y locación de cosas muebles, obras y servicios —sus materias primas directas o indirectas y sus insumos— lo mismo que a las prestaciones —cualquiera fuere su naturaleza, contrato o relación jurídica que las hubiere originado, de carácter gratuito u oneroso, habitual u ocasional— que se destinen a la producción, construcción, procesamiento, comercialización, sanidad, alimentación, vestimenta, higiene, vivienda, deporte, cultura, transporte y logística, esparcimiento, así como cualquier otro bien mueble o servicio que satisfaga —directamente o indirectamente— necesidades básicas o esenciales orientadas al bienestar general de la población. El ámbito de aplicación de esta ley comprende todos los procesos económicos re-

terando (si es que no lo sustituía) el sistema de precios.

La derogación de la Ley de Abastecimiento implicaría también la inaplicabilidad de aquellas normas que la reglamentaron, como es la Res. ex SCI 237/2021, que implementó el Sistema Informativo para la Implementación de Políticas de Reactivación Económica (“SIPRE”), un régimen de suministro de información mensual de precios y cantidades vendidas de bienes finales o intermedios. En consecuencia, los sumarios iniciados y en curso por incumplimiento de la Ley de Abastecimiento y sus normas reglamentarias deberían archiversarse a partir de la entrada en vigencia del decreto.

Como primer comentario sobre la medida, cabe destacar que el dec. 70/2023 está sujeto al control del Congreso y deberá transitar el procedimiento previsto por la ley 26.122. En este sentido, la Comisión Bicameral Permanente del Congreso deberá expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso e inmediato tratamiento. El rechazo por ambas Cámaras implicará su derogación, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia. De lo contrario, el decreto mantendrá su vigencia. Importa aclarar que, ante el silencio de una o ambas Cámaras del Congreso de la Nación, o la aprobación de una sola de ellas, el dec. 70/2023 mantendrá su vigencia.

En línea con lo anterior, en lo que respecta a la decisión del PEN de derogar la Ley de Abastecimiento a través de un DNU y no someter la decisión a la discusión legislativa mediante el envío de un proyecto de ley, existen a mi entender algunas circunstancias que pienso deberían ser consideradas para valorar esa decisión.

En primer lugar, las facultades que consagraba la Ley de Abastecimiento eran facultades legislativas delegadas por el Congreso de la Nación al PEN. En este sentido, la derogación de la norma implicaría, en todo caso, una autolimitación o renuncia del PEN a utilizar este régimen para intervenir en la economía.

lativos a dichos bienes, prestaciones y servicios y toda otra etapa de la actividad económica vinculada directamente o indirectamente a los mismos.”

En segundo lugar, la Ley de Abastecimiento contenía disposiciones inconciliables con la CN y los fundados reproches que recibió en este sentido —vinculados fundamentalmente con la extensión de la delegación que realizó el Congreso de la Nación a favor del PEN, el carácter permanente de ésta, y el hecho que no sea necesaria una situación de emergencia para ser aplicada, entre otros— no conmovieron demasiado la postura de nuestros legisladores, que jamás adaptaron la norma a las exigencias constitucionales sino que incluso profundizaron sus contradicciones, en especial mediante la reforma realizada a través de la ley 26.991.

En este punto corresponde mencionar que inicialmente la aplicación del régimen de abastecimiento estaba limitado a situaciones temporales y de emergencia de tipo económico. Sin embargo, con el correr de los años estas limitaciones fueron desdibujándose a tal punto que terminó siendo aplicada durante situaciones normales y sin necesidad de que exista una declaración de emergencia. Esa fue la situación del régimen desde 1966 hasta 1991, fecha en que se dictó el decreto de necesidad y urgencia 2284/91, que requirió una declaración de emergencia de abastecimiento por el Congreso para ser aplicada. Luego, con la sanción de la ley 26.991 en 2014, que reformó la Ley de Abastecimiento, volvió a desvincularse su aplicación a la declaración de emergencia.

Contrasta con lo anterior la mirada de la Corte, que si bien convalidó reiteradamente este tipo de medidas en el pasado —aunque sus fallos deben ser analizados en el contexto en que fueron dictados—, sostuvo que la determinación de los precios es una facultad privativa del propietario, y que el Estado no tiene el poder general de fijar o limitar el precio de las cosas (4).

Por otro lado, corresponde tener en cuenta que durante la última década varios legisladores plantearon iniciativas orientadas en el sentido del dec. 70/2023. Entre estas iniciativas se encuentran los proyectos de ley 1028-D-2014, de los diputados Tonelli y Bergman, el 5741-D-2014, de la diputada Bullrich, De Ferrari Rueda, etc., el 7492-D-2014, de los diputados Pinedo, Schmidt Liermann, etc., el 9594-D-2014, de los diputados

(4) CS, “Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta”, 28/4/1922.

Pérez, Schwindt, etc., el 0939-S-2015, del senador Basualdo, el 5616-D-2015 de los diputados Garrido, Donda, etc., el 0192-D-2016, del diputado Negri; el 2409-S-2021, del senador Blanco, y el 4529-D-2021 y 0962-D-2023 del diputado Sánchez.

Como segundo comentario sobre la derogación de la Ley de Abastecimiento, para comprender el impacto de la medida es importante profundizar un poco más en qué consistió la ley y a qué facultó al PEN, que es lo que precisamente no podrá hacer en adelante.

La Ley de Abastecimiento era una norma de naturaleza federal dictada por el Congreso que se enmarcaba en un régimen de intervención directa del Estado en la economía. El objetivo del régimen de abastecimiento y de la Ley de Abastecimiento en particular fue siempre el mismo: dirigir la actividad económica prescindiendo de las reglas del mercado y del sistema de precios (o en todo caso, a costa de éste). Subyace en el régimen un enfoque intervencionista en lo económico, en el sentido que implica una regulación directa del Estado sobre variables económicas por fuera del mecanismo del mercado, es decir, el de la interacción libre entre la oferta y la demanda. Fue dictada en 1974 durante la tercera presidencia de Perón; sin embargo, el régimen de abastecimiento no se inició aquel año sino que sus orígenes se remontan a las primeras décadas del siglo pasado. Algunos sitúan el inicio del régimen de abastecimiento en el año 1939, en el que se sancionó la ley 12.591. Sin embargo, corresponde notar que este tipo de régimen de intervención estatal directa existió algunas décadas antes. Para dar algunos ejemplos, en 1915 se sancionó la ley 9.652 que prohibió las exportaciones de ciertos insumos industriales para asegurar el abastecimiento interno; en 1921, durante el gobierno de Yrigoyen, se sancionaron las leyes 11.156 y 11.157, que regularon el plazo y precio de los alquileres. En 1923, con la sanción de las leyes 11.226 y 11.227 la regulación de precios se extendió al mercado de la carne. En 1933, durante la presidencia de Justo, se creó la Junta Reguladora de Granos y la Junta Nacional de Carnes. Y los ejemplos siguen (5).

(5) Un estudio completo y profundo del tema puede consultarse en CASTRO VIDELA, S. M., MAQUEDA FOURCADE, S., "Tratado de la regulación para el abastecimiento. Estudio constitucional sobre los controles de

Sin duda, el proceso de intervención directa del Estado en los mercados se profundizó o esquematizó a partir de la sanción de la ley 12.591, de 1939. Sucedió a esta ley, la ley 12.830 de 1946, la ley 12.983 de 1947, la ley 16.454 de 1964, los dec. Ley 17.017/66, 17.724/68, 19230/71 y 19.508/72. Como mencioné, la Ley de Abastecimiento fue modificada por el DNU 2284/91 y luego por la ley 26.991 en 2014. Es decir, el régimen de abastecimiento cuenta con una larga tradición en nuestro país.

La Ley de Abastecimiento logró lo que pocas políticas públicas lograron: resistir el paso del tiempo a pesar no solo de no respetar la CN sino también de sus pésimos resultados. Aplicada con mayor o menor intensidad según la orientación ideológica y política del gobierno de turno, desde 1974 se mantuvo vigente y sirvió, de alguna manera u otra, a los diversos gobiernos que administraron nuestro país.

En sus inicios, el objetivo del régimen de abastecimiento fue el de asegurar la provisión de ciertos productos considerados esenciales para la población y para controlar sus precios en situaciones de emergencia. Sin embargo, la Ley de Abastecimiento tuvo un objetivo más ambicioso. Esta ley tuvo por objetivo recoger la experiencia de toda la legislación anterior en la materia dictada a partir de la ley 12.591 y delegar facultades al PEN para intervenir directamente en los mercados, algo que no estaba previsto en las normas que vino a reemplazar. Pero también tuvo por finalidad controlar el proceso inflacionario, la redistribución de ingresos, de precios, de salarios y de racionalización de los sistemas de comercialización (6). Para lograr este propósito —que nunca alcanzó—, la Ley de Abastecimiento concedió facultades al PEN y a ciertos funcionarios designados por éste para establecer precios máximos y mínimos en cualquier etapa del proceso económico, establecer márgenes de utilidad, dictar normas que rijan la comercialización, intermediación, distribución y/o producción de productos, obligar a continuar con

precios y de la producción", Ábaco, 2015; "Los controles de precios. Ley 20.680 de abastecimiento comentada", Ábaco, 2019".

(6) Cfr. Mensaje de elevación del proyecto de ley 20.640, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 8ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 12-6-1974, ps. 657-660.

la producción, comercialización, distribución o prestación de servicios, determinar cuotas de mercado, etc. Sancionaba la elevación artificial o injustificada de precios y el acaparamiento de materias primas, entre muchas otras. Y creó un régimen infraccional para sancionar sus incumplimientos que inicialmente preveía la pena de prisión, entre otras sanciones.

Usualmente se identificaba a la Ley de Abastecimiento con una norma que autorizaba al PEN a establecer controles de precios. Si bien es cierto que consagraba esta facultad, su alcance era mucho más amplio: además del establecimiento de controles de precios, incluía también la rebaja o suspensión temporaria de derechos, aranceles y/o gravámenes de importación, el otorgamiento de subsidios y/o exenciones impositivas, establecer regímenes de licencias, e intervenir temporariamente empresas. A diferencia de las normas del régimen de competencia, no se limitaba simplemente a establecer prohibiciones de conducta sino también facultaba a la autoridad a imponer obligaciones de hacer a los sujetos alcanzados.

Como tercer y último comentario, cabe mencionar que lo paradójico de este régimen es que convivía con el régimen de competencia —incluso tenía la misma Autoridad de Aplicación, la Secretaría de Comercio—, que es un modelo que pretende todo lo contrario: busca incentivar la innovación tecnológica, la diversificación de la oferta y la disminución de los precios a través de la competencia entre los participantes del mercado, aplicando las reglas propias del mercado, y propiciando la utilización de medios lícitos para competir. Este régimen presupone el ejercicio de los derechos más elementales que la Ley de Abastecimiento de alguna manera u otra siempre negó, esto es, el derecho de propiedad y la libertad de comercio. En este sentido, el régimen de competencia, el cual se integra por las normas de la ley 27.442 de defensa de la competencia (“LDC”) y las normas de competencia desleal previstas en el Dec. 274/19 de Lealtad Comercial (“DLC”), presupone la existencia de una economía de mercado respetuosa de estos derechos.

Nuestra Constitución Nacional de 1853 reconoció el derecho de propiedad y la libertad económica. Y expresamente reconoció la existencia del mercado y de la competencia como mecanis-

mo para la asignación de bienes y servicios en la reforma constitucional de 1994, disponiendo la obligación en cabeza de las autoridades de protegerlo frente a las distorsiones. Estas distorsiones no tienen que ver con la inflación, o con los desequilibrios macroeconómicos, o con la apertura o cierre de importaciones, o con el déficit fiscal, sino con conductas específicas llevadas adelante por agentes económicos que poseen la capacidad de influir por sí mismas en la formación de precios o en el abastecimiento, sin que los competidores puedan contrarrestar dicho poder, o bien que compiten utilizando medios reprochables por la ley.

Sobre el artículo 42 CN descansa todo el fundamento constitucional de la protección de la competencia, que, insisto, no se limita exclusivamente a la legislación antimonopólica y de defensa de la competencia, sino también incluye la regulación contra la competencia desleal. Los actos sancionados bajo ambos regímenes se orientan a evitar las distorsiones que menciona la CN. El régimen de competencia tiene una lógica directamente opuesta al régimen de abastecimiento, aun cuando a veces se intente vincular a este último con el régimen de defensa de la competencia.

Es por ello que la derogación de la Ley de Abastecimiento no implica que el Estado deba tener, en adelante, un rol abstencionista en los mercados. Todo lo contrario, podrá intervenir —y esperamos que así lo haga— aplicando la LDC y el DLC (entre otras normas que regulan el comercio interior), que son los instrumentos más adecuados para sancionar los actos que afectan el normal funcionamiento de los mercados, en especial en mercados no regulados.

Con todo, la efectividad de este régimen presenta, en lo inmediato, dos desafíos. Por un lado, hace más de 40 años nuestra autoridad de competencia (el organismo que aplica la LDC) depende directamente del poder político: hoy, al igual que en 1980, año en el que se sancionó la ley 22.262, nuestra autoridad de competencia depende de una Secretaría. Con la sanción de la ley 25.156 en 1999 contamos en nuestro país con una autoridad de competencia “independiente”, en tanto autárquica: el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Sin embargo, nunca se conformó. La ley 25.156 fue reemplazada por la

LDC en 2018, que creó la Autoridad Nacional de la Competencia (ANC). Y tampoco se conformó.

La ANC es un organismo descentralizado y autárquico que funcionará en el ámbito del PEN. Bajo su órbita funcionarán el Tribunal de Defensa de la Competencia, el cual estará integrado por cinco miembros —un presidente y cuatro vocales, dos de ellos abogados y dos economistas—, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas, a cargo de un secretario instructor, y la Secretaría de Concentraciones Económicas, a cargo de otro secretario. Estos siete funcionarios serán los responsables de aplicar la LDC. De acuerdo con la LDC, deben ser designados por el PEN con acuerdo del Senado de la Nación y previo concurso público de antecedentes y oposición. La LDC establece que dicho concurso se debe realizar ante un jurado (7) cuya intervención está prevista para que verifiquen que los candidatos que participen del concurso reúnan los requisitos previstos en el art. 19 LDC, y para que realicen una preselección de los mismos. El jurado debe realizar la preselección en forma de ternas para cada uno de los puestos de los miembros de la ANC a ser cubiertos, y los debe remitir al PEN, quien dará a conocer los nombres y antecedentes curriculares de cada uno, los designará y comunicará su decisión al Senado de la Nación para el acuerdo. Es un proceso complejo y, sobre

todo, extenso, pero que tiene por objetivo asegurar que quienes sean designados como miembros de la ANC sean funcionarios idóneos.

Durante el 2019 se intentó conformar la ANC, y muchos de estos pasos fueron cumplidos, incluida la realización del concurso. El PEN y el ex Ministro de Producción y Trabajo elevaron a consideración del Senado de la Nación las ternas del concurso; sin embargo, al poco tiempo, los pliegos fueron retirados del Senado de la Nación y diez meses después, en octubre de 2020, se dejó sin efecto la aprobación de las ternas y el concurso fue declarado nulo. Y no se llamó a un nuevo concurso.

Por el otro lado, si bien el DLC está vigente, el mismo no fue tratado por el Congreso. En 2019 la Comisión Bicameral Permanente trató el DLC, junto con otros decretos de necesidad y urgencia pero no elevó el correspondiente despacho por no reunir las mayorías correspondientes, quedando el Decreto formalmente a disposición de ambas Cámaras. La Comisión Bicameral Permanente no se expidió sobre su validez o invalidez. Tampoco fijó un plazo para que las Cámaras se expidan y hasta el momento ninguna de ellas se abocó de oficio a su tratamiento.

La eficacia del régimen de competencia está condicionada al establecimiento de una autoridad de competencia independiente del poder político y económico, y a la aprobación legislativa del DLC, que permita generar una jurisprudencia consistente y continua en el régimen de competencia desleal.

---

(7) El cual estará integrado por el Procurador del Tesoro de la Nación, el ex Ministro de Producción de la Nación (hoy Ministro de Economía de la Nación), un representante de la Academia Nacional del Derecho y un representante de la Asociación Argentina de Economía Política.

# Nuevo marco regulatorio para la actividad aerocomercial

Luis A. Arana Tagle (\*)

**Sumario:** I. Política de “cielos abiertos”.— II. Desregulación de tarifas y de acuerdos de colaboración interempresaria.— III. Modernización de normas.— IV. Concepto de “espacio aéreo argentino”.— V. Circulación aérea.— VI. Fiscalización.— VII. Infraestructura.— VIII. Faltas y delitos.— IX. Otras modificaciones.— X. Conclusión.

Entre copiosas normas de emergencia, desregulación económica y reforma del Estado, el decreto de necesidad y urgencia 70 del 20 de diciembre de 2023 (B.O. 21/12/2023) ha introducido sustanciales reformas al marco regulatorio del mercado aerocomercial argentino, con el propósito declarado de dotar a ese mercado de un entorno competitivo.

A continuación, comentamos de manera resumida los principales cambios legislativos introducidos por el decreto 70/2023, y su significación para el mercado aerocomercial argentino.

## I. Política de “cielos abiertos”

El Estado argentino adoptó en la década de 1940 la llamada “doctrina argentina en derecho internacional aéreo”, elaborada por el doctor Enrique Ferreira. Conforme a esa doctrina, el Estado argentino se consideró propietario del tráfico aéreo internacional originado en su territorio, y sólo permitió a transportistas aéreos extranjeros captar ese tráfico en condiciones de reciprocidad con transportistas argentinos. Y, en forma consecuente, reservó el tráfico aéreo interno o de cabotaje para transportistas argentinos. Todo ello con privilegios acordados a Aerolíneas Argentinas como línea de bandera estatal. Las siguientes

reformas introducidas por el decreto 70/2023 importan un giro copernicano y el abandono drástico de ese modelo regulatorio (1), y la adopción de un modelo exactamente opuesto, liberal y laxo (2).

1. Derogación de la ley 19.030. El artículo 179 del decreto 70/2023 ha derogado la ley 19.030 sobre política nacional para el transporte aéreo comercial (B.O. 27/05/1971). Esa ley era el epítome normativo de la doctrina Ferreira, pues aseguraba a los transportistas nacionales la distribución igualitaria de la demanda de transporte aéreo internacional con explotadores de otras banderas (artículo 9), otorgaba prioridad a Aerolíneas Argentinas para la realización de servicios de transporte aéreo internacionales regulares (artículos 15 a 17) y le aseguraba el 50% de la capacidad

---

(1) Modelo que hemos calificado como “intenso” en “Propiedad estatal del tráfico aéreo y la evolución del concepto de servicio público” (LA LEY 26/01/2010, 1).

(2) El modelo de la doctrina Ferreira había sido horadado ya por el decreto 52 del 18 de enero de 1994 (B.O. 21/01/1994), que permitió a compañías de transporte aéreo extranjeras tener participación mayoritaria indirecta (a través de una subsidiaria argentina) en el capital social de prestadoras de servicios de transporte interno argentinas. La aplicación del decreto 52/1994 fue suspendida por el artículo 1º del decreto 204 del 3 de marzo de 2000 (B.O. 7/03/2000). Tras una prórroga de esa suspensión por el artículo 1º del decreto 1113 del 27 de noviembre de 2000 (B.O. 1/12/2000) y el artículo 11 del decreto 1654 del 4 de septiembre de 2002 (B.O. 6/09/2002), la vigencia del decreto 52/1994 fue restablecida por el artículo 10 del decreto 1012 del 7 de agosto de 2006 (B.O. 8/08/2006).

---

(\*) Abogado, UBA (Diploma de Honor, 1998); LL.M., Columbia University School of Law (2002); Especialista en Derecho Aeronáutico y Espacial (Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, 2010). Actualmente en ejercicio de la profesión en Inglaterra y Gales como Solicitor.

autorizada para servicios regulares internos (artículo 32) **(3)**.

Asimismo, el artículo 12 la ley 19.030 provee de justificación a la facultad de la autoridad aeronáutica argentina para celebrar acuerdos bilaterales simplificados o ejecutivos con sus pares de otros países **(4)**. Con la derogación de la ley 19.030, tal justificación ha desaparecido.

2. Derogación del decreto-ley 12.507/1956. En igual sentido, el decreto 70/2023 también ha derogado el decreto-ley 12.507 del 12 de julio de 1956 (B.O. 18/07/1956), que en su artículo 8º reservaba a “empresas argentinas” las actividades comerciales de trabajo aéreo **(5)**.

3. Modificaciones al Código Aeronáutico. El decreto 70/2023 modifica varias normas del Código Aeronáutico **(6)** en forma consecuente con la derogación de la ley 19.030:

(a) Eliminación de la reserva de cabotaje para empresas de capitales argentinos. Se ha eliminado la restricción a las empresas aéreas extranjeras de tomar pasajeros, carga o correspondencia en la República Argentina, para su transporte a otro punto del país (es decir, la llamada quinta libertad del aire; cfr., nuevo texto del artículo 97 del Código). El nuevo artículo 128 bis del Código Aeronáutico explícitamente manda que la República Argentina fomente entre los operadores aerocomerciales nacionales y extranjeros “el libre

(3) Sin embargo, si bien la ley 19.030 (y el Código Aeronáutico) mencionaban (hasta la entrada en vigencia del decreto 70/2023) la necesidad de una concesión para la explotación de los servicios de transporte regulares de cabotaje, el Estado Nacional no había asumido expresamente la titularidad de esa actividad. Por ello, y según lo sostuvimos en el trabajo citado en la nota al pie 1, la explotación de los servicios mencionados no era (hasta la entrada en vigencia del decreto 70/2023) un servicio público, sino una actividad de titularidad privada, sobre la cual el Estado Nacional ejercía su poder de policía. Por ello, cabría argüir que la ley 19.030 no reflejaba en un todo la doctrina Ferreira.

(4) Al respecto, ver nuestro trabajo “Acuerdos en la actividad aerocomercial celebrados por la autoridad aeronáutica”, *La Ley Actualidad*, 1/04/2014, pág. 1.

(5) El trabajo aéreo suele definirse como toda actividad aerocomercial con exclusión de los servicios de transporte.

(6) Ley 17.285 (B.O. 23/05/1967), y modificatorias.

acceso recíproco a los mercados aerocomerciales y la conectividad internacional y de cabotaje”.

Sin embargo, y como veremos en el párrafo “(b)” siguiente, el nuevo artículo 99 del Código requiere que las sociedades que presten servicios de transporte aéreo interno sean constituidas “en cualquiera de las formas que autoricen las leyes argentinas aplicables y vigentes”; ello importa que una transportista extranjera (constituida como sociedad en su país de origen) no podría operar en forma directa servicios de cabotaje en la Argentina, sino que debería hacerlo a través de una subsidiaria local **(7)**.

Ahora bien, el nuevo texto del artículo 2º del Código Aeronáutico (según el artículo 182 del decreto 70/2023) dispone en su tercer párrafo:

“La aeronáutica civil en la REPÚBLICA ARGENTINA se rige por los Tratados e Instrumentos Internacionales ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y sus normas reglamentarias, las Regulaciones Aeronáuticas de Aviación Civil y normas complementarias.”

Por ello, si la República Argentina acordara en un tratado o instrumento internacional **(8)** ratificado la posibilidad de que una empresa de

(7) En definitiva, se trata de un modelo similar al que permite el decreto 52/1994, excepto que con la reforma del decreto 70/2023 ya no será necesario que la transportista extranjera sea titular de la participación en el capital social de la transportista local a través de una subsidiaria argentina. A partir del decreto 70/2023, la transportista extranjera podrá ser titular en forma directa de una participación mayoritaria en el capital social de la transportista argentina (siempre y cuando cumpla con la inscripción que requiere el artículo 123 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (B.O. 25/04/1972), y modificatorias).

(8) La referencia a “instrumentos internacionales” en el artículo 2º del Código como categoría separada de los tratados es poco clara. Es posible que los redactores del decreto 70/2023 hayan querido referirse a los acuerdos bilaterales simplificados o ejecutivos suscriptos por la autoridad aeronáutica argentina con sus pares de otros países. Respecto de tales acuerdos, ver nuestro trabajo citado en la nota al pie 4. Es importante que, cualquiera sea el significado que se atribuya a la expresión “instrumentos internacionales”, el artículo 2º del Código Aeronáutico requiere que esos instrumentos sean ratificados (ratificación que debe hacerse previa aprobación por el Congreso). En definitiva, los acuerdos celebrados por la autoridad aeronáutica también deben ser considerados tratados si conceden derechos de tráfico.



transporte extranjera operase en forma directa servicios de cabotaje en el país, tal acuerdo prevalecería sobre la norma del artículo 99 del Código Aeronáutico, pues conforme al artículo 99, inciso 22, de la Constitución Nacional, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes.

(b) Participación extranjera en empresas de transporte aéreo argentinas. Se ha eliminado como requisito de tales empresas que la mayoría de sus socios sean argentinos con domicilio real en la República y con mayoría del capital social (cfr., nuevo texto del artículo 99 del Código, aplicable a explotadoras de servicios de transporte interno y, en virtud del artículo 128, internacional). Sí se requiere que (i) el control y la dirección de la empresa estén en manos de personas humanas con domicilio legal en la República, y (ii) el presidente del directorio o consejo de administración, los gerentes y por lo menos dos tercios de los directores o administradores sean argentinos con domicilio legal en la República Argentina.

El requisito del domicilio legal es sumamente extraño, pues ninguna de las personas humanas que tienen tal domicilio conforme al artículo 74 del Código Civil y Comercial de la Nación será normalmente administrador de una sociedad: los funcionarios públicos, los militares en servicio activo y los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante (no mencionamos a las personas incapaces, también incluidas en el citado artículo 74, pues su falta de capacidad obstaría a que puedan ser administradores de una sociedad). Probablemente se trate de un error de concepto los redactores del decreto, (9) quienes tal vez hayan querido referirse a un domicilio

(9) Similar al error incurrido por los redactores del artículo 40 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (t.o. decreto 1042 del 18 de agosto de 1981 —B.O. 27/08/1981— y leyes modificatorias), que refleja una mala costumbre preexistente a ese código procesal. La denominación que debería ser usada en ese código es “domicilio procesal”, pues se constituye al solo efecto del proceso. Es por definición un domicilio especial, que produce efectos limitados a una relación jurídica determinada. El domicilio legal, en cambio, es un domicilio general, pues tiene efectos respecto de toda relación jurídica no exceptuada (ver LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “Tratado de derecho civil. Parte general”, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1991, t. I, n° 911; CIFUENTES, Santos, “Elementos de derecho civil parte general”, Astrea, Buenos Aires, 1992, § 79.a).

especial constituido a efectos del cumplimiento de sus obligaciones como administrador de una empresa área.

(c) Personas humanas extranjeras como titulares de aeronaves y prestadoras de servicios de transporte interno. Para ser propietario de una aeronave argentina, una persona humana debe ahora tener domicilio legal y no meramente real en la Argentina (artículo 48, inciso 1°). Igual modificación se introdujo respecto de copropietarios y socios de sociedades (artículo 48, incisos 2° y 3°). Según comentamos arriba, el requisito de domicilio es ahora mucho más estricto, aunque sospechamos que se trata de un error de concepto de los redactores del decreto, y que su intención ha sido referirse a un domicilio especial constituido.

Asimismo, ya no es requisito que las personas humanas que presten servicios de transporte aéreo interno sean argentinas ni tengan domicilio real en el país (cfr., nuevo texto del artículo 98). Se requiere ahora que tales personas tengan domicilio legal. Nos remitimos una vez más a lo ya dicho arriba sobre este requisito.

(d) Concesión de explotación de servicios de transporte aéreo interno regulares. La explotación de servicios de transporte aéreo interno regulares requería concesión otorgada por el Poder Ejecutivo Nacional (previa audiencia pública). Con la reforma del decreto 70/2023, ahora simplemente requiere una autorización, otorgada según procedimiento fijado por la autoridad competente (artículo 102 del Código), que presumimos será la autoridad aeronáutica.

Varias son las normas de las cuales se ha eliminado la referencia al término “concesión” (cfr. nuevo texto de los artículos 95, 102, 104), y se ha dejado a la autorización como acto que habilita a un solicitante a la prestación de determinados servicios. Lamentablemente los considerandos del decreto 70/2023 no explican las razones para tal cambio. Presumimos que los redactores del decreto 70/2023 han considerado que la prestación de servicios de transporte aéreo no constituye un servicio público (esto es, una actividad de titularidad del Estado), sino una actividad de titularidad privada sujeta a la reglamentación dictada por el Estado en ejercicio de su poder

de policía **(10)**. Ello no es del todo claro, pues el nuevo texto del artículo 2º del Código Aeronáutico establece que la aeronáutica civil aerocomercial es un “servicio esencial”, sin dar mayores precisiones sobre el significado de esa expresión y sus consecuencias. Hubiera sido preferible que el decreto 70/2023 hubiera asumido una postura más explícita sobre este tema.

El artículo 91 del Código Aeronáutico definía a la aeronáutica comercial como los servicios de transporte aéreo y los de trabajo aéreo. El decreto 70/2023 ha sustituido ese artículo por un nuevo texto que se refiere a “servicios esenciales de transporte aéreo” en lugar de “servicios de transporte aéreo”, sin brindar definición alguna sobre qué servicios de transporte aéreo son esenciales y cuáles no. Parecería así que ciertos servicios de transporte aéreo han quedado fuera del campo de aplicación del Código Aeronáutico. Tal vez futuras normas reglamentarias aclaren este punto.

(e) Trabajo aéreo. Con una redacción poco clara, el artículo 107 del Código Aeronáutico ha dejado de calificar como excepcional el otorgamiento del permiso para el uso de aeronaves de matrícula extranjera para servicios aerocomerciales y de aviación general. Y el artículo 131 del Código permite la realización de trabajo aéreo con aeronaves de matrícula extranjera. Ello era posible antes del decreto 70/2023, pero sólo en forma excepcional en caso de no existir en el país empresas o aeronaves capacitadas (sic) para la realización de una determinada especialidad del trabajo aéreo. Esta reforma suscita dos cuestiones prácticas:

(i) Una aeronave extranjera en tránsito puede permanecer en el país hasta 45 días por año (dicha permanencia puede ser continua o discontinua). Vencido ese plazo el o los propietarios deben inscribirla en el Registro Nacional de Aeronaves; de lo contrario, no podrán utilizar a la aeronave en forma alguna o sacarla del país sin autorización escrita. Tal plazo es prorrogable a pedido del interesado, siempre que él justifique su

---

(10) Sobre este punto, ver nuestro trabajo citado en la nota al pie 1. En cuanto a la distinción entre concesiones y permisos, es clásica la explicación de Marienhoff, Miguel S., “Tratado de derecho administrativo”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. III-B, n° 1146 y nota al pie 1880, con remisión a la explicación sobre permiso y concesión de uso en t. V, n° 1808 a 1817.

condición de turista, y sujeto a un plazo máximo de prórroga de 75 días (artículo 34 de la Reglamentación de la Aeronavegación sobre el Territorio Argentino y sus Aguas Jurisdiccionales, decreto 1270 del 30 de julio de 1926 (B.O. 26/08/1926), modificado por los decretos 16.410 del 9 de diciembre de 1959 (B.O. 21/12/1959) y 4078 del 13 de abril de 1960 (B.O. 23/04/1960)).

(ii) Facilitar el uso de aeronaves extranjeras para fines comerciales en el país añade un importante factor de riesgo en el tráfico jurídico. Si tal uso causara daños a sujetos en la Argentina (por ejemplo, por responsabilidad por incumplimiento contractual o por daños causados a terceros en la superficie), y los sujetos así afectados iniciaran acciones judiciales de reparación contra el titular o explotador de la aeronave, en la práctica podría ser imposible o sumamente difícil inscribir y hacer efectivas medidas cautelares o ejecutorias respecto de la aeronave en cuestión si ella estuviere matriculada en un registro extranjero.

(f) Servicios de transporte internacional. El artículo 129 del Código Aeronáutico preveía que las empresas extranjeras podían realizar servicios de transporte aéreo internacional (i) de conformidad con las convenciones o acuerdos internacionales en que la Nación sea parte, o (ii) mediante autorización previa del Poder Ejecutivo, otorgada previa audiencia pública para analizar la conveniencia, necesidad y utilidad general de los servicios. El artículo 129 sujetaba a aprobación previa de la autoridad aeronáutica los itinerarios, capacidad, frecuencias y horarios correspondientes a los servicios de transporte aéreo internacional regular y las tarifas en todos los casos.

El nuevo texto del artículo 129 según el decreto 70/2023 repite el anterior, salvo que (i) se ha eliminado el requisito de previa audiencia pública, (ii) el análisis de la conveniencia, necesidad y utilidad general de los servicios debe ser “conforme a los principios de libertad de mercado y/o acuerdos bilaterales o multilaterales suscriptos”; y (iii) las tarifas de los transportistas no requieren aprobación por la autoridad aeronáutica. Asimismo, el nuevo texto del artículo 95 del Código Aeronáutico (aplicable a toda actividad aerocomercial) requiere al Poder Ejecutivo (respecto de la autorización a empresas de bandera extranjera) “obtener principios de reciprocidad” (sic). Sin

embargo, ver nuestro comentario sobre la reciprocidad en el párrafo siguiente.

(g) Reciprocidad: ¿Es requisito para la autorización de empresas extranjeras a prestar servicios de transporte aéreo comercial? Creemos que no. Conforme mencionamos arriba, la reciprocidad aparece mencionada en los artículos 95 (respecto de toda actividad aerocomercial), 107 (respecto de aeronaves empleadas en servicios de transporte aéreo internos) y 128 bis (en cuanto a servicios de transporte aéreo internacional). El artículo 135 del Código Aeronáutico (en texto según el artículo 1º de la ley 22.390 —B.O. 13/02/1981) enumeraba en su inciso 10, entre las causales de caducidad de la concesión o el retiro de las autorizaciones conferidas para la explotación de actividades aeronáuticas comerciales:

“Si se tratare de un transportador extranjero y el gobierno del país de su bandera no confiriese a los transportadores argentinos similares o equivalentes derechos y facilidades en reciprocidad a los recibidos por aquél.”

El artículo 228 del decreto 70/2023 ha eliminado esa causal (así como la de no subsistencia de los motivos de interés público que determinaron el otorgamiento de la concesión o autorización). Por lo tanto, la Argentina ha abierto su mercado aéreo comercial a prestadores de países que no necesariamente serán igual de generosos con prestadores argentinos.

(h) Principios de libertad de mercado. El nuevo texto de varios artículos requiere ahora observar reglas de sana competencia, conforme los principios de libertad de mercado (cfr., nuevo texto de los artículos 104 y 129).

## II. Desregulación de tarifas y de acuerdos de colaboración interempresaria

El Estado argentino tenía la potestad de fijar tarifas aplicables a la prestación de servicios de transporte aéreo internacional (artículos 22 a 27, entre otros, de la ley 19.030, y artículo 129 del Código Aeronáutico) e interno (artículos 42 a 46, entre otros, de la ley 19.030 y artículo 109 del Código Aeronáutico). Con la derogación del decreto 1654 del 4 de septiembre de 2002 (B.O. 6/09/2002) y el nuevo texto de los artículos 109 y 129 del Código Aeronáutico, el decreto 70/2023 ha dispuesto un

régimen de libertad de tarifas para servicios de transporte aéreo internacional e interno; ahora sólo se requiere que los prestadores de servicios de transporte aéreo interno registren sus tarifas ante la autoridad competente.

Otra reforma importante del decreto 70/2023 ha sido la eliminación del requisito de aprobación previa por la autoridad aeronáutica de los acuerdos que impliquen arreglos de pool, conexión, consolidación o fusión de servicios o negocios. El nuevo texto del artículo 110 del Código Aeronáutico se limita a decir que “los acuerdos empresarios de impacto operativo que impliquen compartir códigos de comercialización, consolidación o fusión de servicios o negocios” estarán regidos por la Ley de Defensa de la Competencia (sin citar el número de registro de esa ley).

## III. Modernización de normas

El decreto 70/2023 ha modificado varias normas del Código Aeronáutico a la luz de avances técnicos y novedades ocurridas en los últimos años. Por ejemplo, se han introducido normas sobre aeronaves no tripuladas (artículos 18, 36 y 79 - con una referencia muy confusa al comandante de tales aeronaves), el uso de billetes de pasaje, talones de equipaje y cartas de porte electrónicos (artículos 113, 116 y 120), así como la realización de inscripciones en el Registro Nacional de Aeronaves (y el acceso a tales inscripciones) por medios electrónicos (artículos 45 y 47) (11).

## IV. Concepto de “espacio aéreo argentino”

Numerosas normas del Código Aeronáutico se referían al territorio de la República Argentina, sus aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo que los cubre (cfr., artículos 1º, 3º, 74, 190, 199, 200, 201, 202 y 231). Tales referencias han sido reemplazadas por el término “espacio aéreo argentino”, definido en el nuevo texto del artículo 1º como comprensivo del territorio de la República, su mar territorial y aguas adyacentes, así como “aquellos espacios en los que la Repúbli-

(11) Notamos que el nuevo artículo 45 se refiere al “Registro de Aeronaves”, mientras que otras normas del Código continúan refiriéndose al Registro Nacional de Aeronaves (por ejemplo, los artículos 47 y 50).

ca Argentina ejerza jurisdicción y/o derechos de soberanía, conforme a y en cumplimiento de los tratados internacionales de los que es parte”.

El uso de un término definido parece una solución práctica para evitar largas repeticiones de texto. Y la referencia al “mar territorial” en vez de “aguas jurisdiccionales” es consistente con el artículo 235, inciso “a”, del Código Civil y Comercial de la Nación (12), la ley 23.968 de espacios marítimos (B.O. 5/12/1991) y modificatorias, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. (13) Lo que ha sido poco claro es el uso de la expresión “aguas adyacentes”. ¿Son tales aguas la zona contigua y la zona económica exclusiva argentina definidas en los artículos 4º y 5º de la ley 23.968, o sólo la zona contigua?

También despierta viva curiosidad la referencia a espacios en los que nuestro país ejerza la jurisdicción o derechos de soberanía según los tratados internacionales de los que es parte. No parece tratarse de la zona contigua ni la zona económica exclusiva argentina de los citados artículos 4º y 5º, pues la primera fuente normativa de la jurisdicción argentina sobre tales zonas es el derecho interno (la ley 23.968, conforme al artículo 75, inciso 15, de la Constitución Nacional). La referencia tampoco podría tener por objeto los territorios situados en la llamada Antártida Argentina, pues tales espacios son parte del territorio nacional, según el artículo 1º de la ley 23.775 (B.O. 15/05/1990), modificado por la ley 26.552 (B.O. 11/12/2009). Su mención en una norma como una categoría separada del territorio nacional podría perjudicar el reclamo de soberanía de la República Argentina sobre su territorio antártico.

## V. Circulación aérea

El artículo 13 del Código Aeronáutico establecía que los servicios de protección al vuelo serían prestados en forma exclusiva por el Estado Nacional. Según el artículo 11 del decreto-ley 12.507/1956, tales servicios serían “reglamenta-

(12) Aunque el inciso “e” de ese mismo artículo se refiere al “espacio aéreo suprayacente (...) a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina...”

(13) Aprobada por el Congreso argentino a través de la ley 24.543 (B.O. 25/10/1995), y ratificada el 1/12/1995.

dos y explotados por el Ministerio de Aeronáutica” (14).

Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 13 del Código preveía la posibilidad de que sujetos privados intervengan en ciertos aspectos de los servicios de protección al vuelo:

“La planificación, habilitación, contralor y ejecución de los servicios, estarán a cargo exclusivo de la autoridad aeronáutica. Sin embargo, ésta podrá por razones de utilidad pública, efectuar convenios con empresas privadas para la realización de aspectos parciales de aquéllos” (15).

El decreto 70/2023 ha derogado el decreto-ley 12.507/1956, y sustituyó el texto del artículo 13 del Código Aeronáutico por el siguiente:

“Los servicios esenciales de navegación aérea serán prestados conforme la reglamentación vigente. La autoridad regulatoria y de contralor fiscalizará a los prestadores de los servicios de navegación aérea, bajo los principios de garantía de la seguridad, libre competencia y acceso a los mercados. Los servicios estarán sujetos al pago de tasas, conforme reglamentación vigente. La defensa del espacio aéreo y su control policial es potestad exclusiva del Poder Ejecutivo Nacional.”

El nuevo artículo 13 suscita varias dudas. Por ejemplo, ¿cuáles son los “servicios esenciales de navegación aérea”? ¿Los servicios de tránsito aéreo? ¿O sólo alguno de ellos? (por ejemplo, ¿los servicios de búsqueda y salvamento (SAR), de información al vuelo (FIS) o de altura (ALRS) o de control de tránsito aéreo (ATS)? ¿Cuál es la situación de los servicios no esenciales? ¿Quedarán sin estar sujetos a reglamentación alguna?

(14) El Código Aeronáutico no definió (ni antes ni después del decreto 70/2023) qué se entiende por servicios de protección al vuelo. En ello se apartó del anterior Código Aeronáutico argentino (ley 14.307; B.O. 18/08/1954), que en sus artículos 13 y 14 mencionaba como incluidos en tales servicios a los servicios de control de vuelo, protección a la circulación aérea, de meteorología, telecomunicaciones e instalaciones de ayudas terrestres.

(15) En cuanto al margen dejado a la iniciativa privada por el texto original del Código Aeronáutico, ver los comentarios de Federico N. Videla Escalada en “Derecho aeronáutico”, Buenos Aires, Víctor P. de Zavala, t. I, nº 131.

Por otra parte, el artículo 13 original del Código Aeronáutico y el artículo 11 del decreto-ley 12.507/1956 implicaban que la potestad reglamentaria respecto de los servicios de protección al vuelo estaba en cabeza exclusiva del Estado Nacional, con exclusión de los Estados provinciales. Con la reforma del decreto 70/2023, esa exclusión ha desaparecido.

## VI. Fiscalización

El artículo 21 del Código Aeronáutico requería que las aeronaves privadas que no se destinan a servicios de transporte aéreo debían ser fiscalizadas en el aeródromo o aeropuerto internacional más próximo a la frontera. Excepcionalmente, tales aeronaves podían ser dispensadas de esa obligación por la autoridad aeronáutica, la que indicaría la ruta a seguir y el aeródromo de fiscalización. En el nuevo texto del artículo 21, tal dispensa no es excepcional.

Habrà que ver en la práctica qué actitud adoptará la autoridad aeronáutica sobre el grado de contralor a ejercer sobre las aeronaves referidas.

## VII. Infraestructura

El artículo 105 del Código Aeronáutico requería para la concesión o autorización de servicios de transporte aéreo interno la comprobación previa de la capacidad técnica y económico-financiera del explotador y de la posibilidad de utilizar en forma adecuada aeródromos, servicios auxiliares y material de vuelo a emplear. El decreto 70/2023, además de eliminar las referencias a la concesión, ha añadido, junto a la referencia a aeródromos una mención a aeropuertos y lugares aptos denunciados. Al respecto:

(a) Creemos que no era necesario agregar la referencia a aeropuertos, pues ellos son una especie del género aeródromo (ver artículo 26 del Código Aeronáutico).

(b) Si bien es positivo que se confirme la necesidad de controlar lugares aptos, resulta preocupante que se implique entre líneas la posibilidad de explotar tales lugares en forma comercial.

El decreto-ley 12.507/1956 establecía:

(a) la competencia exclusiva del Estado Nacional respecto de la habilitación y el registro de los

aeródromos públicos y privados y el dictado de normas necesarias para su funcionamiento (artículo 9º, inciso “d”);

(b) la operación por el Estado nacional de los aeródromos públicos de propiedad de las provincias, municipios y particulares (artículo 10); y

(c) la competencia del Estado nacional para regular y aprobar las tasas para la utilización de aeródromos y los servicios de protección al vuelo (artículo 12).

La derogación del citado decreto-ley ha quitado al Estado Nacional la competencia exclusiva y potestad operativa y de fijación de tasas arriba mencionadas. Ello implica que los servicios aeroportuarios habrían dejado de ser considerados servicio público, y de aquí en más estarán sujetos a regulación por el Estado en ejercicio de su poder de policía. Asimismo, los Estados provinciales podrían ahora dictar normas sobre habilitación y funcionamiento de aeródromos, y operar por sí aeródromos públicos de su propiedad. Y los cargos por uso de aeródromos estaría ahora desregulada.

Es poco claro el alcance que tendrán en la práctica (al menos en lo inmediato) semejantes cambios, pues la operación de la mayoría de los aeropuertos de la República Argentina (agrupados en el llamado Sistema Nacional de Aeropuertos) ha sido otorgada en concesión por el Estado Nacional. Y las tarifas y tasas percibidas por el concesionario deben fijarse según las bases y criterios incluidas en los términos y condiciones de la concesión (16).

El decreto 70/2023 ha añadido un nuevo artículo 129 bis, el cual dispone que los servicios aeroportuarios (que incluyen entre otros a los servicios de rampa en general), serán reglamentados bajo los principios de garantía de la seguridad, libre competencia y acceso a los mercados.

En lo que hace a las restricciones al dominio en beneficio de la circulación aérea, el decreto

(16) Ver artículos 9º, inciso “f”, 14, inciso “b”, y 17.7 del decreto 375 del 24 de abril de 1997 (B.O. 25/04/1997), y Anexo I, Capítulo 17, de la resolución 96 del 31 de julio de 2001 del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (B.O. 22/08/2001).

70/2023 ha sustituido el artículo 34 del Código Aeronáutico por el siguiente:

“Si con posteridad a la aprobación de las superficies de despeje de obstáculos en un aeródromo se comprobare un delito o una infracción a la norma a que se refieren los artículos 30 y 31 de este código, violando la seguridad operacional, el propietario del aeródromo, la autoridad o un tercero interesado, intimará al infractor la eliminación del obstáculo. El intimado deberá, a su exclusivo costo e inmediatamente eliminarlo e indemnizar todos los daños ocasionados.”

Caben los siguientes comentarios:

(a) Es poco claro porqué se añadió la referencia a un delito. El artículo 34 es relevante sólo respecto de los artículos 30 y 31, no de actividad delictiva en general.

(b) Se ha añadido un nuevo requisito para habilitar al sujeto legitimado a intimar al infractor la eliminación del obstáculo: la violación de la seguridad operacional. Ese añadido es innecesario y sumamente vago. Justamente, la definición de una superficie de despeje por la autoridad aeronáutica es en protección de la seguridad operacional del aeródromo.

(c) Se ha ampliado la lista de sujetos legitimados para la intimación. Además del propietario del aeródromo, pueden también efectuar la intimación la autoridad (la norma no aclara cuál) o un tercero interesado (podría ser un explotador del aeródromo a título de concesión). Antes la autoridad aeronáutica sólo podía intimar al infractor en caso de no hacerlo el propietario del aeródromo dentro de 30 días (el artículo 34 no aclaraba desde cuándo corría ese plazo).

### VIII. Faltas y delitos

El decreto 70/2023 también ha introducido importantes reformas en materia de faltas y delitos aeronáuticos. En su nuevo texto, el Código Aeronáutico delega ahora en el Poder Ejecutivo el dictado de un Reglamento General de Infracciones a la Aviación Civil, y fija nuevos montos de multas con referencia al Argentino Oro en lugar de tarifas (artículo 208); ello es acertado, dada la desregulación tarifaria arriba comentada. Asimismo, el nuevo texto de los artículos 209 y 210 del Có-

digo pone en cabeza de la autoridad aeronáutica potestades que antes correspondían al Poder Ejecutivo.

En cuanto vías de impugnación de actos sancionatorios, el Código Aeronáutico preveía en su artículo 215 la posibilidad de recurrir ciertos actos ante la Justicia Federal en lo Contencioso Administrativo, una vez agotada la vía administrativa. Era claro entonces que la revisión judicial de las sanciones enumeradas en el antiguo artículo 215 debía efectuarse a través de un recurso judicial y no una acción contencioso administrativa. La reforma del decreto 70/2023 introdujo una frase bastante confusa en el artículo 215: “Todos estos recursos y acciones que [sic] seguirán el trámite de juicio ordinario. El recurso deberá interponerse dentro de los 15 días de notificado el acto administrativo.” Por una parte, a pesar de la mención inicial de “estos recursos y acciones” (notamos que, previo a esa mención, el nuevo texto del artículo 215 no tiene referencia alguna al tipo de vía de impugnación), la norma dispone que la revisión judicial del acto administrativo sancionatorio seguirá el trámite de un juicio ordinario, pero seguidamente se refiere a un recurso (17). Parecería entonces que la vía de impugnación es un recurso judicial (y no una acción contencioso administrativa). Pero el artículo 215 no menciona ante cuál instancia de la “Justicia Federal en lo Contencioso Administrativo” debe interponerse ese recurso (como tampoco lo hacía el texto original del artículo con anterioridad al decreto 70/2023).

### IX. Otras modificaciones

Otras modificaciones al Código Aeronáutico dignas de mención son:

(17) Ello no es necesariamente contradictorio, pues incluso en el supuesto de la impugnación por vía de recurso las facultades revisoras del tribunal judicial deberían ser amplias y comprender tanto las cuestiones de derecho como las de hecho. Ver: MAIRAL, Héctor A., “Control judicial de la administración pública”, Depalma, Buenos Aires, 1984, vol. I, n° 90 y 93.h). Se ha dicho que los recursos judiciales son una forma del ejercicio de la acción (al igual que la demanda), por la cual se inicia un juicio administrativo especial (HUTCHINSON, Tomás, “Régimen de procedimientos administrativos”, Astrea, Buenos Aires, 1995, comentario al 25 de la ley 19.549, n° 4)

1. Tratados internacionales. El decreto 70/2023 ha introducido expresa referencia a tratados internacionales en los nuevos artículos 1º y 2º del Código, dándoles operatividad inmediata en lo atinente a la aeronáutica civil. Tal operatividad será relevante cuando un tratado no sea consistente con las normas del Código Aeronáutico (ver I.3(a), último párrafo, supra).

## 2. Reformas registrales.

(a) La compra de aeronaves con matrícula extranjera con reserva de dominio sólo podía inscribirse en el Registro Nacional de Aeronaves respecto de aeronaves con peso máximo de más de seis toneladas autorizado por certificado de aeronavegabilidad. La compra con reserva de dominio respecto de aeronaves extranjeras de menor peso también podía inscribirse cuando eran destinadas a la prestación de servicios regulares de transporte aéreo (artículo 42). El decreto 70/2023 ha eliminado la distinción de peso o uso para este tipo de inscripciones.

(b) El artículo 45 del Código contenía una lista de actos y documentos susceptibles de inscripción (“anotación”, según el citado artículo 45) en el Registro Nacional de Aeronaves, que incluía en su inciso 7 “[e]l estatuto o contrato social y sus modificaciones, así como el nombre y domicilio de los directores o administradores y mandatarios de las sociedades propietarias de aeronaves argentinas”. El decreto 70/2023 ha eliminado ese inciso, lo cual creemos es acertado. El estatuto o contrato social y sus modificaciones, así como la identidad de los administradores de la sociedad propietaria, obrarán en el Registro Público de Comercio de la jurisdicción de constitución de tal sociedad. Requerir la inscripción de tales documentos y datos en el Registro Nacional de Aeronaves no es necesario para acreditar la existencia de la sociedad, e importaba un dispendio administrativo innecesario. Es poco claro qué beneficio traería además la inscripción en el Registro Nacional de Aeronaves de los datos de los mandatarios de una sociedad (18).

(18) Como mencionamos más arriba, el texto del nuevo artículo 45 menciona un “Registro de Aeronaves”. Otros artículos cuyo texto ha sido sustituido por el decreto 70/2023 (por ejemplo, los artículos 47 y 50) mantienen la denominación “Registro Nacional de Aeronaves”.

3. Contratos sobre aeronaves. El Capítulo IX del Título IV del Código Aeronáutico, originalmente “locación de aeronaves” (y no meramente “aeronaves”, como erróneamente menciona el artículo que citamos a continuación), se titula ahora “contratos sobre aeronaves” en virtud del artículo 200 del decreto 70/2023. Y, en línea con esa modificación, el decreto 70/2023 ha sustituido el texto del artículo 68 del Código (originalmente limitado a los contratos de locación de aeronaves) por el siguiente:

“Las formas y tipos de contratos sobre aeronaves se rigen por el principio de la libertad contractual y serán válidos entre partes. Los contratos en que las partes acuerden, expresamente, transferir la calidad de explotador deben ser realizados por escrito e inscriptos en el Registro Nacional de Aeronaves, a los fines de los artículos 66 y 67 de este código.”

Así, el nuevo texto del artículo 68 permite inscribir en el Registro Nacional de Aeronaves cualquier contrato (no sólo contratos de locación) que importe transferir la calidad de explotador de la aeronave. Tal vez la modificación tenga como objeto permitir la inscripción de contratos de leasing de aeronaves, en tanto es un contrato típico distinto de la locación (19).

4. Privilegios. El decreto 70/2023 ha sustituido el texto del artículo 60 del Código, con una nueva redacción para la lista de los privilegios sobre la aeronave.

5. Carga postal. Se derogó la Sección E del Título VI, Capítulo II (artículos 125 a 127). Ello implica que los explotadores de servicios de transporte aéreo regular no tendrán obligación de transportar carga postal. Tal obligación no está prevista en la ley 20.216 de correos (B.O. 23/03/1973); antes bien, ella establece en su artículo 18, inciso 1º, tercer párrafo:

“La recepción, conducción y entrega de despachos postales por las empresas de transporte aéreo, y las retribuciones que ellas hayan de percibir, se ajustarán a las normas y política aeronáutica”.

(19) La inscripción de contratos de leasing de aeronaves era posible antes del decreto 70/2023 en virtud de la Disposición Técnico Registral 6 del 27 de septiembre de 2005 del Registro Nacional de Aeronaves (B.O. 29/09/2005).

tica y secundariamente —en lo que fuere compatible— a la legislación postal y general.”

6. Protección al pasajero. El decreto 70/2023 ha introducido un nuevo artículo 130 bis, que faculta a la autoridad aeronáutica para sancionar un reglamento relativo a la protección de los derechos del pasajero. La relación entre las normas del derecho aeronáutico y las de protección al consumidor no ha sido fácil en años recientes.

La República Argentina es parte del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, suscripto en Montreal el 28 de mayo de 1999 (20). El artículo 29 de ese Convenio prevé que en el transporte de pasajeros, de equipaje y de carga, toda acción de indemnización de daños solo podrá iniciarse con sujeción a las condiciones y a límites de responsabilidad como los previstos en el Convenio (sin que ello afecte a la cuestión de qué personas pueden iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos derechos). Esa norma consagra así el carácter de autonomía legislativa del derecho aeronáutico (consagrado también en el artículo 2º del Código Aeronáutico), cuyo fin es conservar la unidad de las soluciones mediante el recurso a los principios de la materia.

En línea con tal autonomía, el artículo 63 de la ley 24.240 de defensa del consumidor (B.O. 15/10/1993) establece que para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la ley 24.240. Ese artículo fue derogado por la ley 26.361 (B.O. 7/04/2008), pero esa derogación fue observada por el decreto 565 del 3 de abril de 2008 (B.O. 7/04/2008) (21). Los considerandos de ese decreto dejan en claro que en claro que los tribunales de cada país no cuentan con la libertad de brindar recursos previstos por las normas de derecho interno, dado que ello significa socavar la Convención (refiriéndose a la Convención de Varsovia de 1929, antecesora del Convenio de Montreal de 1999). A pesar de la claridad del citado artículo 63, autoridades administrativas y

(20) Aprobado por ley 26.451 (B.O. 13/01/2009), y ratificado el 16/12/2009.

(21) El decreto 565/2008 fue declarado válido por resolución 344 del 28 de octubre de 2009 de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (B.O. 13/01/2010).

tribunales judiciales argentinos suelen dar prelación a normas de defensa del consumidor por sobre las de derecho aeronáutico (22).

Es posible que, en ejercicio de la facultad conferida por el nuevo artículo 130 bis del Código Aeronáutico, la autoridad aeronáutica considere reemplazar la resolución 1532 del 27 de noviembre de 1998 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (B.O. 10/12/1998), que establece las condiciones generales del contrato de transporte aéreo. De hacerlo, sería importante que no dicte normas inconsistentes con las del Convenio de Montreal de 1999.

7. Subvenciones. El artículo 138 del Código establecía la facultad del Poder Ejecutivo de subvencionar “la realización de servicios de transporte aéreo” en aquellas rutas que resulten de interés general para la Nación, con el objeto de “cubrir el déficit de una sana explotación”; igual facultad se le otorgaba respecto de los servicios de trabajo aéreo. El decreto 70/2023 ha sustituido el texto de ese artículo, por uno que otorga similar facultad al Poder Ejecutivo, pero respecto de la demanda de servicios de transporte aéreo en vez de su oferta. El Poder Ejecutivo podría así subvencionar a los usuarios, pero no a las empresas transportistas.

8. Investigación de accidentes. El decreto 70/2023 ha sustituido el texto del artículo 185 por uno que ahora expresamente establece que la investigación de accidentes o incidentes de aviación “no puede asignar responsabilidad o culpa ni es admisible como prueba judicial”. Ello está en línea con el Anexo 13 al Convenio de Aviación Civil Internacional firmado en Chicago, EE.UU., el 7 de diciembre de 1944. (23) Era el criterio implícito del Código Aeronáutico, que no incluyó el deber de la autoridad aeronáutica de aplicar san-

(22) Al respecto, ver nuestro comentario al fallo CNFed. Civ. y Com., Sala III, “Agromayor, Denise y otro c/ American Airlines Inc. y otro s/ incumplimiento de contrato”, 19/03/2019: “Consumidores versus transportistas aéreos: más allá de la cuarta jurisdicción” (RCCyC 2019 (septiembre), 04/09/2019, 137).

(23) Aprobado por el decreto-ley 15.110 del 24/05/1946 (B.O. 10/07/1946) y ratificado el 4/06/1946. El decreto-ley 15.110/1946 fue ratificado por la ley 13.891 (B.O. 15/12/1949). Varias enmiendas al Convenio han sido aprobadas por normas argentinas subsiguientes.



ciones que preveía el artículo 208 del anterior código de la materia. **(24)**

9. Aerolíneas Argentinas. El artículo 248 del decreto 70/2023 sustituyó el artículo 5° de la ley 26.466 (B.O. 24/12/2008). Tal sustitución eliminó el límite a la cantidad de acciones de Aerolíneas Argentinas Sociedad Anónima y Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur Sociedad Anónima y sus sociedades controladas. El propósito de esta medida, según anuncio hecho por el Poder Ejecutivo, es transferir la totalidad de la participación accionaria del Estado Nacional en tales sociedades a favor de sus empleados.

## X. Conclusión

El decreto 70/2023 ha introducido importantes modificaciones al marco regulatorio de la actividad aerocomercial. En cuanto a la forma en que esas modificaciones han sido efectuadas, sin duda se debatirá acaloradamente si circunstancias excepcionales justificaban (conforme al artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional) dictar semejantes medidas sin intervención previa del Congreso.

En lo que respecta a la sustancia del decreto 70/2023, hemos comentado sobre sus reformas en este artículo. En líneas generales, el Poder Ejecutivo Nacional ha modificado en forma significativa el marco regulatorio de la actividad aerocomercial, con desregulación de tarifas y flexibilización de restricciones para el ingreso de

(24) Nos referimos al Código Aeronáutico aprobado por la ley 14.307 (ver nota al pie 14).

prestadoras extranjeras en el mercado del transporte de cabotaje (sin requisitos firmes de reciprocidad), y ha eliminado los privilegios de Aerolíneas Argentinas como línea estatal de bandera. De manera intencional o no, se han levantado también restricciones para que las provincias puedan ejercer su poder de policía local respecto de las actividades aerocomerciales.

Como hemos apuntado, varias de las normas del decreto 70/2023 son poco claras, y necesitarán ser clarificadas (por ejemplo, la definición del concepto de “espacio aéreo argentino”, la norma sobre la vía de impugnación contra actos sancionatorios y las referencias al domicilio legal de ciertas personas humanas).

Opinar sobre el mérito o acierto político y económico del decreto 70/2023 es ajeno al objeto de este artículo. Pero sí observamos que no conocemos ningún “libro blanco” (white paper) o estudio técnico sobre el mercado aerocomercial argentino, que haya servido de base para el diseño de las reformas introducidas por el decreto. Tales reformas (dictadas a escasos diez días de la asunción de las nuevas autoridades nacionales) parecen basarse meramente en una posición ideológica sobre la libertad de mercado **(25)**. Es probable que los aciertos y los yerros del decreto 70/2023 sean evidentes en muy poco tiempo.

(25) Posición que fue afirmada durante toda la campaña presidencial de 2023 (y hasta en el discurso de asunción) por el actual titular del Poder Ejecutivo con vivas a la libertad como leitmotiv, seguidas de una palabra malsonante.

# Decreto 70/2023. Modificaciones en los contratos de alquiler. Análisis de la normativa comparada con la ley 27.551

María Paula Císaro (\*)

Sumario: I. Introducción.— II. Características principales de la ley 27.551 que se derogan con el DNU.— III. Normativa comparada.

## I. Introducción

En el presente trabajo hablaremos sobre las implicancias en los contratos de alquiler introducidas mediante el Título X del dec. 70/2023 “Bases para la reconstrucción de la economía argentina” emitido por el presidente Javier Milei y sus ministros, publicado en el Boletín Oficial de La República Argentina el 21 de diciembre de 2023 en pleno ejercicio de las facultades otorgadas por el art. 99, inc. 3 de la CN (1).

(\*) Contadora Pública UBA.

(1) Dice la Constitución Nacional “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 de 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 los considerandos del Decreto se explica la magnitud de la crisis, poniendo de manifiesto, que la República Argentina se encuentra atravesando una situación de gravedad inédita, con profundos desequilibrios que impactan negativamente en toda la población, en especial en lo social y

El art. 249 del Decreto de Milei deroga la ley 27.551 y su modificatoria, la ley 27.737 la cual entró en vigencia el 18 de octubre de 2023 y produjo una enorme contracción en la oferta de alquiler-

económico, y que la severidad de la crisis pone en riesgo la subsistencia misma de la organización social, jurídica y política constituida, que afecta el normal desarrollo en procura del bien común, y que resulta indudable que la situación de la Argentina es extremadamente crítica y de una emergencia sin precedentes en nuestra historia, esta situación exige la adopción de medidas urgentes dada la desesperante situación económica general que no admite dilaciones y hace que sea imposible esperar el trámite normal de formación y sanción de las leyes, ya que ello podría implicar un agravamiento de las condiciones adversas que atraviesa la Nación, así se emite el dec. 70/2023 “Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina” conforme las facultades otorgadas por la Constitución Nacional, y cuyo trámite y alcances se encuentra regulado bajo la ley 26.122 promulgada el 27 de Julio de 2006, mediante la cual (en resumen) se establece que la Comisión Bicameral tiene competencia para pronunciarse respecto de los Decretos de necesidad y urgencia, debe expedirse acerca de la validez o invalidez del Decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El Poder Ejecutivo, dentro de los diez días de dictado un Decreto de delegación legislativa lo someterá a consideración de la Comisión Bicameral Permanente. El dictamen de la comisión debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del Decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado. En el art. 17 de la ley mencionada se establece que los DNU tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el Cód. Civil. Conforme lo indica expresamente el art. 19 de la misma ley, la Comisión Bicameral Permanente tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el jefe de gabinete para expedirse acerca del

res, generando una crisis habitacional sin precedentes (el propietario no quiere alquilar porque no le conviene hacerlo bajo esos términos —el importe de la locación pierde valor adquisitivo respecto de la inflación—, el inquilino y/o las familias no encuentran oferta de inmuebles en alquiler, y tampoco existen créditos hipotecarios en la Argentina para comprar una vivienda).

Al respecto, y como ya lo he planteado en trabajos anteriores relativos a este tema, me interesa enfatizar lo que indica el art. 1187 del Cód. Civ. y Com., (en adelante CCyCo): “hay contrato de locación si una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa, a cambio del pago de un precio en dinero”.

Esta definición va de la mano de la característica principal de los contratos de alquiler que son de carácter privado. Dicho esto, no debería existir injerencia por parte del Estado en estas cuestiones, pero vemos que con los años, y sobre todo en estos últimos tiempos, el Estado ha invadido la libertad contractual de los sujetos, a partir de la gran cantidad de regulación normativa que ha introducido en este campo, cuando —al contrario—, debería garantizar la libertad de contratación, el ejercicio regular de los derechos de los contratantes en las locaciones, y el poder público no debería aplicar medidas en relación a las mismas, porque siendo así se alteran los objetivos planteados para cada uno de los actores y vulnera la libre contratación entre las partes. Entonces tenemos que, el Estado al regular el precio, el tiempo, el modo de indexación en momentos de alta inflación, las garantías, el tipo de moneda, la forma de publicar el inmueble, los anticipos, etc. produce efectos perjudiciales para ambas partes, y ahí es cuando nos vemos inmersos en una grave “crisis de carácter habitacional”.

Para solucionar los efectos negativos de la crisis ocasionada por la ley 27.551 y su modificatoria, el Decreto plantea la derogación de la norma-

Decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras. Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes. El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del Decreto de que se trate implica su derogación, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia.

tiva que regula injerencia estatal sobre los contratos de locación inmobiliarios.

## II. Características principales de la ley 27.551 que se derogan con el DNU

El 17 de octubre de 2023 se sancionó la ley 27.737 que modificó su antecesora nro. 27.551, y cuya vigencia operó a partir del 18 de ese mes. Las modificaciones radicaron básicamente en los siguientes puntos que han insertado mayor regulación estatal sobre los contratos de locación efectuados entre privados y que profundizaron la crisis habitacional ya vigente:

- en los contratos de locación de inmuebles con destino a uso habitacional, el precio del alquiler debía fijarse como valor único, *en moneda nacional*, y por períodos mensuales, sobre el cual podían realizarse ajustes con la periodicidad que acordaran las partes, pero *los intervalos de ajuste no podían ser inferiores a los seis meses*;

- en los contratos con destino vivienda, los ajustes debían efectuarse utilizando un coeficiente conformado por la menor variación que surja de comparar el promedio del 0,9 de la variación del Coeficiente de Variación Salarial (CVS), publicado por el INDEC y la variación del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), publicado por el Banco Central de la República Argentina (*Índice Casa Propia*);

- *se prohibía toda publicidad*, en cualquier medio o plataforma, que incluya precio de locaciones de inmuebles con destino habitacional expuestos en *moneda extranjera*, por lo tanto, solo podían realizarse publicaciones en moneda nacional.

Todo ello entre otras varias cuestiones que el Decreto elimina, y que veremos a continuación mediante un cuadro comparativo.

## III. Normativa comparada

En el siguiente cuadro veremos cada uno de los arts. del CCyCo que han sido modificados por el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 comparado con la normativa anterior.

Se transcriben textualmente los arts. del CCyCo modificados por el DNU en paralelo con el texto anterior, a los efectos de visualizar clara-

mente ambas normas y conocer las modificaciones en el plexo normativo de base que aplican sobre los contratos de locación a partir de la plena vigencia del Decreto.

Se aclara que el texto que he resaltado en negrita corresponde a las modificaciones introducidas por el DNU al CCyCo, y el texto marcado en color gris es la parte que el Decreto 70/2023 elimina.

<p style="text-align: center;"><b>D.N.U. 70 2023 B.O. 21 12 2023</b> <b>Vigencia desde 29 12 2023 (2) en adelante (3)</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>CCyCo. modificado por la Ley 27.737</b> <b>B.O. 17 10 2023</b> <b>Vigencia desde 18 10 2023 hasta el 28 12 2023</b></p>
<p>Art. 765.- Obligaciones de dar dinero. Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación, <b>sea o no de curso legal en el país. El deudor solo se libera si entrega las cantidades comprometidas en la moneda pactada. Los jueces no pueden modificar la forma de pago o la moneda pactada por las partes.</b></p>	<p>Art. 765.- Obligaciones de dar dinero. Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.</p>
<p>Art. 766.- Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, <b>tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene.</b></p>	<p>Art. 766.- Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.</p>
<p>Art. 958.- Contratos en general. Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley o el orden público. <b>Las normas legales siempre son de aplicación supletoria a la voluntad de las partes expresada en el contrato, aunque la ley no lo determine en forma expresa para un tipo contractual determinado, salvo que la norma sea expresamente imperativa, y siempre con interpretación restrictiva.</b></p>	<p>Art. 958.- Contratos en general. Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.</p>
<p>Art. 960.- Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley.</p>	<p>Art. 960.- Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.</p>
<p>Art 989.- Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial.</p>	<p>Art 989.- Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad.</p>

(2) Conforme lo establece el art. 5 del CCyCo.

(3) Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes. El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del Decreto, implica su derogación, pero quedan a salvo todos los derechos adquiridos durante su vigencia. Ley 26.122 (promulgada el 27 de Julio de 2006) arts. 23 y 24.

<p><b>D.N.U. 70 2023 B.O. 21 12 2023</b>  <b>Vigencia desde 29 12 2023 (2) en adelante (3)</b></p>	<p><b>CCyCo. modificado por la Ley 27.737</b>  <b>B.O. 17 10 2023</b>  <b>Vigencia desde 18 10 2023 hasta el 28 12 2023</b></p>
<p>Art. 1196.- <b>Fianza, garantía y periodicidad del pago. Las partes pueden determinar libremente las cantidades y moneda entregadas en concepto de fianza o depósito en garantía, y la forma en que serán devueltas al finalizar la locación. Las partes pactaran libremente la periodicidad del pago, que no podrá ser inferior a mensual.</b></p>	<p>Art. 1196.- Locación habitacional. Si el destino es habitacional, no puede requerirse del locatario:  a) El pago de alquileres anticipados por períodos mayores a un mes.  b) Depósitos de garantía o exigencias asimilables, por cantidad mayor del importe equivalente al primer mes de alquiler. El depósito de garantía será devuelto mediante la entrega de una suma equivalente al precio del último mes de la locación, o la parte proporcional en caso de haberse efectuado un depósito inferior a un mes de alquiler. El reintegro deberá hacerse efectivo en el momento de la restitución del inmueble. En el caso de existir alguna deuda por servicios públicos domiciliarios o expensas, correspondientes al período contractual y que al momento de la entrega del inmueble no hubiese sido facturada, puede acordarse su pago tomando al efecto los valores del último servicio o expensas abonado, o bien el locador puede retener una suma equivalente a dichos montos como garantía de pago. En este último caso, una vez que el locatario abone las facturas remanentes, debe presentar las constancias al locador, quien debe restituir de manera inmediata las sumas retenidas;  c) El pago de valor llave o equivalentes; y  d) La firma de pagarés o cualquier otro documento que no forme parte del contrato original.</p>
<p>Art. 1198.- Plazo mínimo de la locación de inmueble. <b>El plazo de las locaciones con cualquier destino será el que las partes hayan establecido. En caso que no se haya establecido plazo, (i) en los casos de locación temporal, se estará al que establezcan los usos y costumbres del lugar donde se asiente el inmueble locado, (ii) en los contratos de locación con destino a vivienda permanente, con o sin muebles, será de dos años y (iii) para los restantes destinos será de tres años.</b></p>	<p>Art. 1198.- Plazo mínimo de la locación de inmueble. El contrato de locación de inmueble, cualquiera sea su destino, si carece de plazo expreso y determinado mayor, se considera celebrado por el plazo mínimo legal de tres años, excepto los casos del artículo 1.199.</p>
<p>Art. 1199. <b>Moneda de pago y actualización. Los alquileres podrán establecerse en moneda de curso legal o en moneda extranjera, al libre arbitrio de las partes. El locatario no podrá exigir que se le acepte el pago en una moneda diferente a la establecida en el contrato. Las partes podrán pactar el ajuste del valor de los alquileres. Será válido el uso de cualquier índice pactado por las partes, público o privado, expresado en la misma moneda en la que se pactaron los alquileres. Si el índice elegido dejara de publicarse durante la vigencia del contrato, se utilizará un índice oficial de características similares que publique el Instituto Nacional de Estadística y Censos si el precio estuviera fijado en moneda nacional, o el que cumpla las mismas funciones en el país que emita la moneda de pago pactada. No será de aplicación a los contratos incluidos en este Capítulo el artículo 10 de la Ley N° 23.928.</b></p>	<p>Art. 1199.- Excepciones al plazo mínimo legal. No se aplica el plazo mínimo legal a los contratos de locación de inmuebles o parte de ellos destinados a:  a) Sede de embajada, consulado u organismo internacional, y el destinado a habitación de su personal extranjero diplomático o consular;  b) Habitación con muebles que se arrienden con fines de turismo, descanso o similares, y para cualquier otro fin temporario en interés del locatario. Si el plazo del contrato o de los contratos consecutivos supera los tres meses, se presume, salvo prueba en contrario, que no fue hecho con esos fines;  c) Guarda de cosas;  d) Las locaciones de puestos en mercados o ferias.  Tampoco se aplica el plazo mínimo legal a los contratos que tengan por objeto el cumplimiento de una finalidad determinada expresada en el contrato y que debe normalmente cumplirse en el plazo menor pactado.</p>

<p align="center"><b>D.N.U. 70 2023 B.O. 21 12 2023</b>  <b>Vigencia desde 29 12 2023 (2) en adelante (3)</b></p>	<p align="center"><b>CCyCo. modificado por la Ley 27.737</b>  <b>B.O. 17 10 2023</b>  <b>Vigencia desde 18 10 2023 hasta el 28 12 2023</b></p>
<p><b>Derogado</b></p>	<p>Art. 1202.- Pagar mejoras. El locador debe pagar las mejoras necesarias hechas por el locatario a la cosa locada, aunque no lo haya convenido, si el contrato se resuelve sin culpa del locatario, excepto que sea por destrucción de la cosa.</p>
<p><b>Derogado</b></p>	<p>Art. 1204.- Pérdida de luminosidad del inmueble. La pérdida de luminosidad del inmueble urbano por construcciones en las fincas vecinas, no autoriza al locatario a solicitar la reducción del precio ni a resolver el contrato, excepto que medie dolo del locador.</p>
<p><b>Derogado</b></p>	<p>Art. 1204 bis. - Compensación. Los gastos y acreencias que se encuentran a cargo del locador conforme las disposiciones de esta sección, pueden ser compensados de pleno derecho por el locatario con los cánones locativos, previa notificación fehaciente al locador del detalle de los mismos.</p>
<p>Art. 1219.- Resolución imputable al locatario. El locador puede resolver el contrato:  a) por cambio de destino o uso irregular en los términos del artículo 1205;  b) por falta de conservación de la cosa locada, o su abandono sin dejar quien haga sus veces;  c) por falta de pago de la prestación dineraria convenida, durante dos períodos consecutivos.  <b>d) por cualquier causa fijada en el contrato</b></p>	<p>Art. 1219.- Resolución imputable al locatario. El locador puede resolver el contrato:  a) por cambio de destino o uso irregular en los términos del artículo 1205;  b) por falta de conservación de la cosa locada, o su abandono sin dejar quien haga sus veces;  c) por falta de pago de la prestación dineraria convenida, durante dos períodos consecutivos.</p>
<p>Art. 1220.- Resolución imputable al locador. El locatario puede resolver el contrato si el locador incumple:  a) la obligación de conservar la cosa con aptitud para el uso y goce convenido, <b>salvo cuando el daño haya sido ocasionado directa o indirectamente por el locatario;</b>  b) la garantía de evicción o la de vicios redhibitorios</p>	<p>Art. 1220.- Resolución imputable al locador. El locatario puede resolver el contrato si el locador incumple:  a) la obligación de conservar la cosa con aptitud para el uso y goce convenido;  b) la garantía de evicción o la de vicios redhibitorios.</p>
<p>Art. 1221.- Resolución anticipada. <b>El locatario podrá, en cualquier momento, resolver la contratación abonando el equivalente al diez por ciento (10%) del saldo del canon locativo futuro, calculado desde la fecha de la notificación de la rescisión hasta la fecha de finalización pactada en el contrato.</b></p>	<p>Art. 1221.- Resolución anticipada. El contrato de locación puede ser resuelto anticipadamente por el locatario:  a) Si la cosa locada es un inmueble y han transcurrido seis meses de contrato, debiendo notificar en forma fehaciente su decisión al locador con al menos un mes de anticipación. Si hace uso de la opción resolutoria en el primer año de vigencia de la relación locativa, debe abonar al locador, en concepto de indemnización, la suma equivalente a un mes y medio (1½) de alquiler al momento de desocupar el inmueble, y la de un mes si la opción se ejercita transcurrido dicho lapso, considerándose para su cálculo el valor equivalente al mes locativo en que se entrega el inmueble. En los contratos de inmuebles destinados a vivienda, cuando la notificación al locador se realiza con una anticipación de tres meses o más, y dicho</p>

<b>D.N.U. 70 2023 B.O. 21 12 2023</b> <b>Vigencia desde 29 12 2023 (2) en adelante (3)</b>	<b>CCyCo. modificado por la Ley 27.737</b> <b>B.O. 17 10 2023</b> <b>Vigencia desde 18 10 2023 hasta el 28 12 2023</b>
	<p>preaviso opere sus efectos luego de haberse cumplido seis meses de contrato, no corresponde el pago de indemnización alguna por dicho concepto;</p> <p>b) En los casos del artículo 1.199, debiendo abonar al locador el equivalente a dos meses de alquiler, considerándose para su cálculo el valor equivalente al mes locativo en que se entrega el inmueble.</p>
<b>Derogado</b>	<p>Art. 1221 bis. - Renovación del contrato. En los contratos de inmuebles destinados a vivienda, dentro de los tres últimos meses de la relación locativa, cualquiera de las partes puede convocar a la otra, notificándola en forma fehaciente, a efectos de acordar la renovación del contrato, en un plazo no mayor a quince días corridos. En caso de silencio del locador o frente a su negativa de llegar a un acuerdo, estando debidamente notificado, el locatario puede resolver el contrato de manera anticipada sin pagar la indemnización correspondiente.</p>





# DERECHO LABORAL Y PREVISIONAL

---



# La desprotección manifiesta frente a los despidos por causales de tratos discriminatorios que trae el DNU 70/2023

Iván G. Lupinacci (\*)

**Sumario:** I. Introducción. — II. Criterios adoptados en materia de discriminación laboral por nuestro país y que el DNU 70-2023 no puede menoscabar. — III. El impacto en el despido por causales de discriminación del art. 82 (art. 245 bis ley 20.774) del decreto 70/2023. — IV. Conclusión.

## I. Introducción

Lo que es materia de estudio en supuestos de despido por causales de discriminación ha ido en crecimiento y progresividad desde la aplicación de la ley 23.592 a casos de discriminación en el ámbito laboral. Este es un horizonte que no debe perderse.

Lo que hace en materia de deficiencia probatoria y dificultad en supuestos de despidos discriminatorios fue la misma CSJN la que nos brindó un cierto sendero para poder probar los supuestos de discriminación laboral en el marco de un despido.

---

(\*) Abogado (UBA). Jefe de trabajos prácticos por concurso -Cátedra de la Dra. Liliana Hebe Litterio. Especialista en casos de discriminación laboral. Profesor en grado y posgrado (Facultad de Derecho UBA). Profesor en grado (Facultad de Ciencias Económicas UBA). Maestrando (Facultad de Derecho UBA). Posgrado en Derecho e Inteligencia Artificial por la Universidad de Salamanca (España). Especialista en normas internacionales del trabajo por la academia sobre normas internacionales del trabajo de la OIT. Director y coordinador sobre diversos cursos de la especialidad tanto a nivel nacional como internacional. Miembro del comité científico sobre asuntos laborales de la Cámara de Sociedades. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Comisión de Cursos). Se desarrolla profesionalmente en el Poder Judicial de la Nación.

Esa corriente doctrinaria siempre brindó herramientas para poder soslayar estos impedimentos o dificultades, ya sea mediante presunciones o criterios que, desde un relato objetivamente fundado y por aplicación de algunos de los principios del derecho del trabajo, como puede ser el de primacía de la realidad, ha dotado a los jueces de la posibilidad de dirimir estos conflictos, afianzar la justicia y llegar a buenos resultados. Sin embargo, con la publicación del DNU 70/2023, se busca cambiar el paradigma en sus alcances, lo cual sería claramente regresivo y contrario a la doctrina sostenida en diversas oportunidades por nuestra CSJN.

## II. Criterios adoptados en materia de discriminación laboral por nuestro país y que el DNU 70-2023 no puede menoscabar

En el día de ayer se firmó y publicó el DNU 70/2023 por el poder ejecutivo, el cual “desregula” y “regula” varios aspectos del derecho laboral que podemos entender como clásico. Los principios y valores preponderados por la doctrina y la jurisprudencia, que han costado años de trabajo fortalecer los criterios adoptables para no menoscabar a personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, como pueden ser las que sufren un trato discriminatorio en su puesto de trabajo, lo hago en sentido lato, es decir, a cualquier tipo de discriminación, y que desde las

obligaciones asumidas por nuestro estado a nivel internacional, y que se resguardan en la Constitución Nacional en su art. 75 inc. 22, inc. 23, no debiendo perderse de vista que este eje es de principal importancia, y que se tendrá en cuenta al momento de su control de constitucionalidad y convencionalidad.

En el caso de la República Argentina, nuestra legislación se somete a una protección muy amplia con respecto a la discriminación, teniendo por finalidad lograr el cese de estos supuestos en todo sentido.

El maestro German Bidart Campos, reflexionó sobre una distinción entre dos tipos de igualdad: 1) igualdad jurídica, y 2) la fáctica. A raíz de ello, desarrolló que la jurídica es la que explica que no se discrimine arbitrariamente en las posibilidades teóricas que tiene cada individuo para realizarse; y que en cuanto a la fáctica se va a desprender de la idea en que es el Estado es el que debe de garantizar y de remover los obstáculos para lograr la efectiva igualdad de oportunidades (1).

La protección se encuentra diversificada en diferentes convenios de la OIT (de los cuales varios son fundamentales), y protegen la igualdad de trato y la prohibición de todo trato discriminatorio como pilar fundamental dentro del desarrollo de sus expresiones normativas.

Se pueden mencionar el Convenio sobre igualdad de remuneración, de 1951 (núm. 100), el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958 (núm. 111), como los más importantes, y, el más reciente sobre violencia y acoso 2019 (núm. 190) (2).

Sumado a ello, el Estado Argentino ha ratificado el convenio 190 sobre violencia y acoso laboral, el cual en sus arts. 5, 6 y 11 —juntamente con su recomendación 206—, resalta nuevamente la importancia de eliminar la discriminación dentro del ámbito laboral, y la envergadura que tiene esta idea para la OIT, y que si ha sido ratificado por nuestro país es porque lo que se busca es la

protección contra cualquier trato discriminatorio, y su consecuente erradicación.

### III. El impacto en el despido por causales de discriminación del art. 82 (art. 245 bis ley 20.774) del decreto 70/2023

Primeramente, es importante destacar la redacción que se ha tomado para la configuración del decreto 70/2023 (3) en su art. 82, el cual incorpora el art. 245 bis a la Ley 20.744 cuya redacción quedó de la siguiente manera: “Artículo 245 bis.- Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio. Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial. En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal, y en caso de sentencia judicial que corrobore el origen discriminatorio del despido, corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al 50% de la establecida por el artículo 245 de la Ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso. Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el 100%, conforme los parámetros referidos anteriormente. La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios. El despido dispuestto, en todos los casos, producirá la extinción del vínculo laboral a todos los efectos”.

Esto trae varios cambios, los cuales entiendo perjudiciales para lo que fue el crecimiento y progresividad en materia de discriminación laboral, y como he reseñado en otras oportunidades, el punto clave está en que para entender de qué hablamos cuando nos referimos a discriminación, la RAE la define como: “2. TR. Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etc.” (4). Es decir, que, la definición dada es lo que debe entenderse por dis-

(1) BIDART CAMPOS, Germán, “La recreación del liberalismo, Ediar, Buenos Aires, 1982, ps. 66 y 67.

(2) [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C190](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190)

(3) <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/301122/20231221>.

(4) <https://dle.rae.es/discriminar>.

criminación en sentido lato, y no circunscrita al ámbito del derecho, y que también se ha tomado en gran parte por la CADH que, si bien es similar a la antes mencionada, tiene otros hitos característicos que amplían el espectro de la definición de la RAE.

Ahora bien, más allá del problema de indemnizaciones agravadas que claramente el DNU está dejando de lado, como así también acumulación con las que no son agravadas tiene otro problema estructural y es la aplicación de la ley 23.592 (sobre actos discriminatorios) de 1988 que nos da una solución “(...) dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados” (5). Lo cual desde la CSJN se ha tomado en diversas oportunidades nulificando el acto que genera la discriminación y, en caso de corresponder y que ese acto sea el distracto, poder buscar la reinstalación.

Como lo he mencionado en otras oportunidades, el resorte protectorio de la ley funciona de la siguiente manera: ante un caso de discriminación lo que debe suceder es: 1) nulificar ese acto que la genera. En la interpretación de la doctrina y jurisprudencia se han dado casos donde la solución hallada versó sobre la aplicación de esta norma, y, por otro lado, también se han permitido despidos con indemnización agravadas en el marco de la LCT, las cuales han resultado acumulables. 2) Repararse el daño moral o materialmente ocasionado.

La aplicación de esta forma interpretativa al derecho del trabajo fue muy compleja, y devino necesaria la construcción de una doctrina jurisprudencial, pero que trajo varios inconvenientes en materia probatoria, lo cual el decreto quiere dejar de lado, imponiendo a la persona que alega el haber padecido un supuesto de discriminación el probar la causal de discriminación, desoyendo la clara y basta jurisprudencia de la CSJN en materia de despido discriminatorio (Pellicori; Sisneros; Varela; entre otros).

En el marco del fallo “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo SA s/ Amparo (6)” fue

(5) <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/20000-24999/20465/norma.htm>.

(6) <http://www.sajj.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires>

donde se comenzó a abrir el abanico protectorio e interpretación normativa en materia de discriminación, por lo que la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil hizo aplicación de la ley 23.592 a los fines de poder darle una solución, la cual fue: 1) dejar sin efecto ese acto de discriminación y 2) reparar los daños, ya sea moral o materialmente ocasionados.

Ese fue el disparador para los siguientes pronunciamientos de la CSJN en materia de discriminación en el derecho del trabajo, que su gran implicancia fue en los despidos.

Del fallo de CSJN, “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA s/ acción de amparo (7)”, se ha dado una solución, atento a la implementación de la ley 23.592 al ámbito laboral por despidos y en ese sentido la solución dada por la CSJN, fue la de dejar sin efecto el acto discriminatorio, e imponer la reincorporación de dichos trabajadores fundamentando su decisión en diversos instrumentos de orden nacional e internacional y —a modo de resalto—, lo que importa en cuanto a la interpretación de la estabilidad de esos trabajadores, y reseñando que: “(...)no pone en la liza un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: *la discriminación*”.

En el fallo de CSJN, “Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo (8)”, donde también por una razón de discriminación se vio afectada la actora, y donde la CSJN va a dar nuevamente una solución en este sentido, “(...)en los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en térmi-

fundacion-mujeres-igualdad-otro-freddo-sa-amparo-fa2020188-2002-12-16/123456789-881-0202-0ots-eup-mocsollaf.

(7) <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-alvarez-maximiliano-otros-cencosud-sa-accion-amparo-fa10000047-2010-12-07/123456789-740-0000-1ots-eupmocsollaf>.

(8) <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-pellicori-liliana-silvia-colegio-publico-abogados-capital-federal-amparo-fa11000149-2011-11-15/123456789-941-0001-1ots-eup-mocsollaf>.

nos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado *prima facie* que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente”.

Destaco nuevamente una idea que he reseñado en otros trabajos, y esta es que no es terminológicamente correcto cuando se hace referencia a que “la carga probatoria se invierte”, sino que lo que se busca es dar un marco de protección para la persona inmersa en un supuesto de discriminación, lo principal es si existe o no indicio suficiente para denotar que ese trato diferente existió. Y, en caso de que se pueda entender que así fue, va a ser la parte a la que se le atribuye el trato discriminatorio, quien se encuentra en mejores condiciones de probar que no incurrió en ellos, es decir, no es una inversión de la carga probatoria estrictamente, sino una excepción al “*onus probandi*” y que se da en el marco de un trato protegido por las normas internacionales y locales refiriéndome lisa y llanamente a un trato discriminatorio.

El grave problema con el art. 82 que incorpora el art. 245 *bis*, es que deja por fuera un vasto análisis jurisprudencial, la aplicación de la ley contra actos discriminatorios, carga a la parte débil de la relación laboral con la atribución de poder llevar a cabo la probanza del supuesto de discriminación, cuando en esos casos la parte que tiene ventaja para poder llevar a cabo la labor probatoria de demostrar que dicha actitud no ha sido discriminatoria es a la que se le está imputando esta actitud, y no así la que lo ha sufrido.

Por mi parte, he llamado doctrina del “Pay to Leave”, que como su nombre lo dice, lo que tiene por finalidad es abordar un costo monetario para poder “salirse”, “desligarse”, de la responsabilidad que debe tener por incurrir en un acto discriminatorio, lo he mencionado oportunamente como una crítica ante las indemnizaciones agravadas que se dieron en supuestos como puede ser la interpretación del arts. 178, y 182 de la LCT, los que no debieron tener objetivo primordial el abordar un canon de dinero, si lo que se busca es erradicar la discriminación, en contraposición lo que se está es permitiendo el pago para poder salir de la contingencia.

Esto claramente se aparta de finalidad y del espíritu normativo de la ley 23.592, siendo lo que

debiera resaltar la progresividad del principio de igualdad, y seguir mejorando el sendero en la búsqueda de erradicación de cualquier acto discriminatorio.

#### IV. Conclusión

Por años se ha construido una doctrina que tiene por finalidad evitar que sucedan supuestos de discriminación (sacando los supuestos de indemnización agravada que buscan desalentar este tipo de tratos haciendo más gravosa la indemnización a abonar), y se han tenido en cuenta herramientas que han sido implementadas para arribar a su solución, como por ejemplo: la prueba de presunciones, o la posibilidad de una interpretación normativa donde se busque primar la realidad, lo que va de la mano con el cumplimiento del art. 16 de la CN.

Esta forma de interpretación que brinda la redacción del DNU 70/2023, conlleva una desventaja y peligro en sus cimientos, y esta es la posibilidad de probar el acto discriminatorio, el cual se caracteriza por ser muy complejo de probar por la parte débil de la relación laboral, ya que muchas veces no cuentan con testigos de ese suceso, fueron comentarios en reuniones en privado, cotejos por parte del empleador de estudios médicos rutinarios (los cuales el empleado no tiene acceso usualmente), y que pueden tener algún diagnóstico que motive de la desvinculación, como lo fue en su momento la conocida “peste rosa” motivada en el HIV, tema que ha sido abordado tanto por la OMS como por la OIT en reiteradas oportunidades, y que fomentan al trabajo decente.

Lo único que va a traer aparejado la aplicación del DNU y su redacción es que se abone una indemnización, entiendo “atenuada” que no puede acumularse, y que se va a graduar de un 50% a un 100% del 245 para los supuestos de discriminación laboral, pero pierde completamente el horizonte de erradicación, ya que la 23.592 habla de “dejar sin efecto el acto discriminatorio”, y en la doctrina que arriba he reseñado y llamado “Pay to Leave”, no se busca dejar sin efecto ese acto, sino abonar un monto para evitar contingencias mayores, pero su impacto es sólo positivo a nivel empresarial, ya que no contempla el menoscabo personal de la persona que sufrió el trato discriminatorio.

# Período de prueba según el DNU 70/2023

Álvaro Iriarte (\*)

Sumario: I. Introducción.— II. Esquema normativo.— III. Período de prueba.— IV. Indemnización integración mes de despido.— V. Indemnización por antigüedad.— VI. Despido discriminatorio.— VII. Enfermedades y accidentes inculpables.— VIII. Adicional SAC proporcional para accidentes y enfermedades laborales.— IX. Desvinculación art. 212 CLT.— X. Art. 92 bis. Período de prueba.— XI. Art. 92 bis anterior al DNU 70/2023.— XII. Conclusiones.

## I. Introducción

Las leyes de contrato de trabajo en conjunto con otras normativas legales regulan las relaciones laborales entre el trabajador y el empleador fijando un complejo esquema de derechos y obligaciones y sus sanciones por incumplimientos. Las modalidades de contratación es uno de los conceptos mas importante con la incorporación de la modalidad de teletrabajo.

Desde hace muchos años que se espera una modernización de las normas laborales para beneficiar a todos los actores y potenciar la económica y los procesos de las empresas.

El Presidente de la Nación Javier Milei ha publicado un Decreto de Necesidad y Urgencia número 70 del año 2023 que introduce cambios muy importantes al funcionamiento del estado y de las relaciones de los individuos y las personas.

El título IV desarrolla de manera específica temas relacionados con las derechos y obligaciones laborales de las partes.

## II. Esquema normativo

Título IV Trabajo

Capítulo I - Registro Laboral (Ley 24.013)

Capítulo II - Ley de contrato de trabajo - Ley 20.744 (T. O. 1976)

Capítulo III - Convenciones Colectivas de Trabajo (Ley 14.250)

Capítulo IV - Asociaciones Sindicales (Ley 23.551)

Capítulo V - Régimen del Trabajo Agrario (Ley 26.727)

Capítulo VI - Régimen del Viajante de Comercio (Ley 14.546)

Capítulo VII - Régimen Legal del Contrato de teletrabajo (Ley 27.555)

Capítulo VIII - De los Trabajadores independientes con colaboradores

Capítulo IX - Servicios esenciales (Ley 25.877)

Este capítulo IV del DNU 70/2023 deroga leyes y artículos específicos y por otro lado modifica artículos existentes y agrega nuevos artículos a la norma laboral tocando temas diversos como sanciones laborales, modalidades de contratación, indemnización por despidos sin justa causa, trabajadores independientes con colaboradores y otros temas.

En este artículo desarrollaremos el tema de Período de Prueba de los trabajadores siendo un concepto modificado por el DNU muy importan-

(\*) Contador público UBA. Titular de Estudio Contable. Autor de ABC de Sueldos y Jornales, Editorial La Ley Thomson Reuters.

te que impacta en las decisiones de tomar a trabajar a un nuevo empleado.

Además de dar una explicación sobre las características del período de prueba con las modificaciones, incorporamos la normativa vigente comparando el artículo específico de período de prueba 92 *bis* como también el art. 245 ya que se relaciona con el tema de este artículo y además ha sufrido modificaciones importantes mediante el actual DNU.

### III. Período de prueba

El período de prueba es una herramienta que el empleador tiene para analizar en una nueva relación laboral si el empleado cumple con las expectativas del puesto de trabajo.

Según la normativa actual de este DNU el período de prueba es de ocho meses donde las partes podrán extinguir la relación laboral sin que se generen obligaciones a indemnizaciones que detallamos como indemnización integración mes de despido y antigüedad. O sea que, si el empleador decide despedir sin justa causa al trabajador dentro del período a prueba, no tiene que abonar la indemnización integración mes de despido que significa abonar la remuneración bruta correspondiente a los días hasta fin de mes y por otro lado no se tiene que abonar la indemnización por antigüedad que significa abonar un sueldo bruto por cada año o fracción mayor a tres meses de antigüedad.

Con respeto al concepto de preaviso recordemos que el preaviso gozado significa el plazo que se debe trabajar a partir de la notificación de la desvinculación cuyo plazo depende de la antigüedad del empleado o si está en período de prueba. El preaviso no gozado significa en el caso del despido sin justa causa y sin darle el plazo de trabajo del preaviso entonces el empleador deberá abonar la remuneración bruta de los períodos de dichos plazos. Dicho esto, informamos que el preaviso se debe cumplir por ambas partes en el caso del despido sin justa causa dentro del período a prueba ya sea cumpliendo con los plazos de trabajo como preaviso gozado o pagando los plazos en bruto en el caso de preaviso no gozado al cual se le agrega una adicional llamado SAC sobre preaviso que será la doceava parte del concepto principal.

Entonces cuando el empleador despide sin justa causa a un trabajador durante el período de prueba se le realiza la liquidación de sueldos de este último período como si fuera una renuncia o sea con los siguientes conceptos:

- Sueldo mensual proporcional al tiempo de trabajo en el mes
- Adicionales que correspondan como comisiones, horas extras y otros conceptos
- Sueldo Anual Complementario proporcional al tiempo de trabajo en el semestre
- Preaviso No Gozado de corresponder (concepto no remunerativo)
- SAC sobre Preaviso No Gozado de corresponder (concepto no remunerativo)
- Descuentos laborales sobre los conceptos remunerativos
- Descuentos sindicales sobre los conceptos remunerativos
- Sueldo Neto resultante

Con respecto al preaviso gozado el art. 231 de la ley de contrato de trabajo fija los plazos de trabajo de dicho concepto de esta manera:

Del Preaviso. Plazos. El contrato de trabajo no podrá ser disuelto por voluntad de una de las partes, sin previo aviso, o en su defecto, indemnización además de la que corresponda al trabajador por su antigüedad en el empleo, cuando el contrato se disuelva por voluntad del empleador. El preaviso, cuando las partes no lo fijan en un término mayor, deberá darse con la anticipación siguiente:

- a) por el trabajador, de quince [15] días;
- b) por el empleador, de quince [15] días cuando el trabajador se encontrare en período de prueba; de un [1] mes cuando el trabajador tuviese una antigüedad en el empleo que no exceda de cinco [5] años y de dos [2] meses cuando fuere superior.

Por el trabajador

- 15 días



Por el empleador

- 15 días en período de prueba
- 1 mes con antigüedad hasta 5 años
- 2 meses con antigüedad mayor a 5 años

Y el art. 232 de la ley de contrato de trabajo dice lo siguiente:

Indemnización substitutiva. La parte que omite el preaviso o lo otorgue de modo insuficiente deberá abonar a la otra una indemnización substitutiva equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante los plazos señalados en el art. 231.

Si no se otorga el plazo de preaviso se debe abonar en bruto con más un adicional llamado SAC sobre preaviso.

Las dos indemnizaciones que no se deben abonar en un despido sin justa causa dentro del período de prueba son:

- 1) Integración mes de Despido
- 2) Antigüedad

A continuación, transcribimos el texto de ambas indemnizaciones.

#### **IV. Indemnización integración mes de despido**

- art. 233 de la ley de contrato de trabajo. (*no se ha modificado por el DNU 70/2023*)

Integración de la indemnización con los salarios del mes del despido. Los plazos del art. 231 correrán a partir del día siguiente al de la notificación del preaviso.

Cuando la extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador se produzca sin preaviso y en fecha que no coincida con el último día del mes, la indemnización substitutiva debida al trabajador se integrará con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en el que se produjera el despido.

La integración del mes de despido no procederá cuando la extinción se produzca durante el período de prueba establecido en el art. 92 bis.

#### **V. Indemnización por antigüedad**

- art. 245 de la ley de contrato de trabajo. *Texto anterior al DNU 70/2023*

##### **Indemnización por antigüedad o despido**

En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un [1] mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres [3] meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres [3] veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo.

Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno.

Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable.

El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un [1] mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo.

- art. 245 de la ley de contrato de trabajo. *Texto actual del DNU 70/2023*

Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso

y luego de transcurrido el período de prueba, se deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un [1] mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres [3] meses, tomando como base de cálculo la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor. La base de cálculo de esta indemnización no incluirá el Sueldo Anual Complementario, ni conceptos de pago semestral o anual.

Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones mensuales variables, será de aplicación el promedio de los últimos seis [6] meses, o del último año si fuera más favorable al trabajador.

Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres [3] veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Le corresponderá a la Autoridad de Aplicación fijar y publicar el promedio resultante, conjuntamente con las escalas salariales de cada convenio colectivo de trabajo.

Para aquellos trabajadores excluidos de todo convenio colectivo de trabajo, el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno.

La base de cálculo de la indemnización no podrá en ningún caso ser inferior al sesenta y siete por ciento (67 %) del importe correspondiente a un [1] mes de sueldo, obtenido conforme el método descrito en el primer y segundo párrafo del presente.

La indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un [1] mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer y segundo párrafo del presente.

Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir el presente régimen indemnizatorio por un fondo o sistema de cese laboral cuyo costo estará siempre a cargo del empleador, con un aporte mensual que no podrá ser

superior al ocho por ciento (8%) de la remuneración computable.

Por su parte, los empleadores podrán optar por contratar un sistema privado de capitalización a su costo, a fin de solventar la indemnización prevista en el presente artículo y/o la suma que libremente se pacte entre las partes para el supuesto de desvinculación por mutuo acuerdo conforme art. 241 de la presente ley”.

## **VI. Despido discriminatorio**

*También este DNU 70/2023 incorpora un art. 245 bis para el tratamiento del despido motivado por un acto discriminatorio y lo transcribimos a continuación:*

- art. 245 bis de la ley de contrato de trabajo.  
*Texto actual del DNU 70/2023*

Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio. Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial.

En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal, y en caso de sentencia judicial que corrobore el origen discriminatorio del despido, corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al 50% de la establecida por el art. 245 de la ley 20.744 (T. O. 1976) y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso.

Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el 100%, conforme los parámetros referidos anteriormente.

La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios.

El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción del vínculo laboral a todos los efectos”.

Y en concordancia con estos temas se modifica el art. 255 de la ley de contrato de trabajo quedando el nuevo texto de esta manera:

- art. 255 de la ley de contrato de trabajo. *Texto actual del DNU 70/2023*

Reingreso del trabajador. Deducción de las indemnizaciones percibidas.

La antigüedad del trabajador se establecerá conforme a lo dispuesto en los arts. 18 y 19 de esta ley, pero si hubiera mediado reingreso a las órdenes del mismo empleador se deducirá de las indemnizaciones de los arts. 245, 246, 247, 250, 251, 253 y 254 lo pagado oportunamente, actualizado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con más una tasa de interés pura del 3% anual, por la causal de cese anterior.

En ningún caso la indemnización resultante podrá ser inferior a la que hubiera correspondido al trabajador si su período de servicios hubiera sido solo el último y con prescindencia de los períodos anteriores al reingreso”.

Esto figura en el primer párrafo del nuevo art. 92 bis que se encuentra publicado dentro del presente DNU 70/2023.

*Entonces resumiendo esta primera parte, el nuevo período de prueba es de ocho meses donde el empleado puede ser despedido sin justa causa sin derecho a las indemnizaciones de integración mes de despido y antigüedad, pero si funciona el concepto de preaviso ya sea gozado o no gozado.*

También se mencionan características para el correcto funcionamiento de este concepto del período de prueba dentro del segundo párrafo.

*Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador más de una vez con período de prueba y en el caso de la segunda contratación o siguientes se entiende como que el empleador renuncia al período de prueba y dichos ingresos de trabajadores ingresan con períodos que tienen la cobertura de las indemnizaciones generales.*

El uso abusivo del período de prueba en las contrataciones de un número relevante de empleados para ser despedidos sin justa causa sin las indemnizaciones antes explicadas será un tema pasible de sanciones para la empresa.

Se aclara que dentro del período a prueba las partes tienen todos los derechos y obligaciones propias de la relación de trabajo incluyendo los derechos sindicales como el ingreso de aportes del trabajador y las contribuciones patronales.

Por último, este concepto contempla que dentro del período de prueba funcionan de manera normal el tratamiento de las enfermedades y accidentes laborales o inculpables conforme al art. 208 de la ley de contrato de trabajo y en el caso de las interrupciones laborales dentro de la órbita de las ART se aplican las liquidaciones del art. 2 de la res. gral. 983 del año 2010.

## **VII. Enfermedades y accidentes inculpables**

Veamos la redacción del art. 208 de la ley de contrato de trabajo.

Cada accidente o enfermedad inculpable que impida la prestación del servicio no afectará el derecho del trabajador a percibir su remuneración durante un período de tres [3] meses, si su antigüedad en el servicio fuere menor de cinco [5] años, y de seis [6] meses si fuera mayor. En los casos que el trabajador tuviere carga de familia y por las mismas circunstancias se encontrara impedido de concurrir al trabajo, los períodos durante los cuales tendrá derecho a percibir su remuneración se extenderán a seis [6] y doce [12] meses respectivamente, según si su antigüedad fuese inferior o superior a cinco [5] años. La recidiva de enfermedades crónicas no será considerada enfermedad, salvo que se manifestara transcurridos los dos [2] años. La remuneración que en estos casos corresponda abonar al trabajador se liquidará conforme a la que perciba en el momento de la interrupción de los servicios, con más los aumentos que durante el período de interrupción fueren acordados a los de su misma categoría por aplicación de una norma legal, convención colectiva de trabajo o decisión del empleador. Si el salario estuviere integrado por remuneraciones variables, se liquidará en cuanto a esta parte según el promedio de lo percibido en el último semestre de prestación de servicios, no pudiendo, en ningún caso, la remuneración del trabajador enfermo o accidentado ser inferior a la que hubiese percibido de no haberse operado el impedimento. Las prestaciones en especie que el trabajador dejare de percibir como consecuen-

cia del accidente o enfermedad serán valorizadas adecuadamente.

La suspensión por causas económicas o disciplinarias dispuestas por el empleador no afectará el derecho del trabajador a percibir la remuneración por los plazos previstos, sea que aquélla se dispusiera estando el trabajador enfermo o accidentado, o que estas circunstancias fuesen sobrevinientes.

### **VIII. Adicional SAC proporcional para accidente y enfermedades laborales**

También agregamos el art. 2 de la res. gral. 983/2010 de aplicación exclusiva para las interrupciones por accidentes de trabajo y enfermedades laborales.

Art. 2 - La prestación dineraria que se devengue deberá incluir la parte proporcional del Sueldo Anual Complementario (SAC.).

### **IX. Desvinculación art. 212 CLT**

Como se menciona en el punto 5) de las reglas del nuevo art. 92 *bis* sobre período de prueba.

Cuarto párrafo del art. 212 de la ley de contrato de trabajo:

Cuando de la enfermedad o accidente se derivara incapacidad absoluta para el trabajador, el empleador deberá abonarle una indemnización de monto igual a la expresada en el art. 245 de esta ley.

### **X. Art. 92 *bis*. Período de prueba**

A continuación, vemos como queda redactado el nuevo texto del art. 92 *bis* de la ley de contrato de trabajo según el DNU 70/2023.

“Art. 92 *bis*. - Período de prueba. El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el art. 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros ocho [8] meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los arts. 231 y 232”.

El período de prueba se regirá por las siguientes reglas:

1. Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba.

2. El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.

3. Las partes tienen los derechos y las obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.

4. Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social, con los beneficios establecidos en cada caso.

5. El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescripto en el cuarto párrafo del art. 212”.

### **XI. Art. 92 *bis* anterior al DNU 70/2023**

El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el art. 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros tres [3] meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los arts. 231 y 232.

El período de prueba se regirá por las siguientes reglas:

1. Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el pe-

río de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba.

2. El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contratara sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.

3. El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba. Caso contrario, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento, se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a dicho período.

4. Las partes tienen los derechos y obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.

5. Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social.

6. El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescripto en el cuarto párrafo del art. 212.

7. El período de prueba, se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social.

## XII. Conclusiones

Dentro de la cantidad importante de cambios en las normativas que regulan el trabajo en relación de dependencia hemos desarrollado el tema del período de prueba que se modifica en el presente DNU 70/2023 aumentando de tres meses a ocho meses dando mayor plazo al empleador para evaluar el desempeño del nuevo trabajador con el beneficio de que si despide sin justa causa el empleador no tiene que abonar la indemnización de integración mes de despido y la indemnización por antigüedad. Si tiene que cumplir con el preaviso ya sea otorgando los plazos o abonando en bruto dichos plazos si despide con preaviso no gozado.

Por otro lado esta modificación perjudica al trabajador por perder estabilidad al tener más plazos de período de prueba donde el despido sin justa causa dentro de dichos plazos no abona indemnizaciones costosas.

Como recomendación al poder ejecutivo o legislativo mencionamos que en ocasión de modificar la ley de contrato de trabajo sería un momento óptimo para corregir errores o mejorar redacción en determinados temas que generan vacíos legales conocidos por el mundo laboral y que han generado doctrina y jurisprudencia como mecanismo de interpretación o de fijación de criterios para la liquidación de sueldos correspondiente.

La flexibilización del mercado laboral y la reducción de costos para el empleador debería perseguir un aumento en las contrataciones que deberían estar acompañados con las otras modificaciones de este DNU 70/2023 y la reducción de cargas sociales y sindicales para que los beneficios económicos sean un factor clave en la decisión de contratar un trabajador en relación de dependencia.

# Período de prueba y régimen indemnizatorio por despido sin causa en el decreto 70/2023

Stella Maris Chiti (\*)

Sumario: I. Introducción.— II. El período de prueba.— III. Indemnizaciones derivadas del despido sin justa causa.

## I. Introducción

A través del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 (1), el Presidente Javier Milei instaura un *Plan de Desregulación de altísimo alcance para revertir la situación de estancamiento y empobrecimiento en que se encuentra sumido el país*, según anuncia en uno de sus considerandos.

Dicho decreto incluye sustanciales reformas al régimen de contrato de trabajo —entre muchos otros—, en la inteligencia de que *los emprendimientos, esencialmente privados, resultan el mejor recurso para la contención social, a través del empleo y la generación de bienes y servicios necesarios para la vida de toda la sociedad*. En tal contexto, el presidente considera que para lograr el éxito de tales emprendimientos se requiere efectuar cambios que permitan una expansión de la demanda de trabajo en el país.

*A contrario sensu*, cabría interpretar que la falta de expansión de la demanda de trabajo en el país (manifestada en los altos y constantes índices de desempleo) se halla en relación directa con la regulación legal de diferentes institutos del Derecho del Trabajo que el decreto modifica.

De la lectura de la norma se desprende que ha receptado, no sólo críticas efectuadas a la normativa laboral por sectores determinados, sino también jurisprudencia plenaria de la Cámara

Nacional de Apelaciones del Trabajo y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Esta receptividad resulta de gran trascendencia por cuanto se trata de jurisprudencia que zanjó cuestiones largamente debatidas en el fuero del trabajo, pero que carecía de alcance general y obligatorio.

## II. El período de prueba

Una de las modificaciones introducidas por el dec. 70/2023 a la Ley de Contrato de Trabajo, es la extensión del período de prueba, de 3 a 8 meses.

No surge de los considerandos ningún argumento que sustente esta ampliación, la cual, en definitiva, no deja de ser una cuestión discrecional. En efecto, no cabe afirmar que existan motivos atendibles para concluir con contundencia que el período de prueba deba ser de 3, de 8 ni de ninguna otra cantidad específica de meses.

Si la finalidad del período de prueba es evaluar la aptitud del dependiente contratado para determinado puesto, dada la diversidad de personas y puestos, no puede concluirse con fuerza de verdad que exista un parámetro objetivo para establecer con alcance general un lapso de tiempo necesario para adquirir certeza acerca de tal aptitud. Sin perjuicio de ello, y dado que por un imperativo constitucional, las relaciones laborales han de ser reguladas normativamente, parece acertado concluir que la mayor o menor extensión del período de prueba es una cuestión librada al arbitrio del legislador.

(\*) Abogada Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Docente de la materia Régimen Indemnizatorio Laboral, en la Facultad de Derecho (UBA).

(1) BO 21/12/2023.

En este caso, la ampliación otorga al empleador un plazo mayor para evaluar la conveniencia de mantener la relación de trabajo con cada dependiente que contrate.

La nueva redacción del art. 92 *bis* de la LCT afecta también otras reglas del período de prueba, ajenas al plazo, cuya eliminación genera interrogantes acerca de la intención de tal reforma. Se trata de los incs. 3 y 7 del art. 92 *bis* de la LCT.

El primero se refiere a la obligación del empleador de registrar al trabajador durante el período de prueba (es decir, desde el inicio de la relación laboral), estableciendo una presunción de renuncia a dicho período en caso de incumplimiento.

El segundo, al cómputo del período de prueba como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social.

Aunque la eliminación de estos dos incisos constituye una acción concreta que no cabe suponer accidental ni infundada, podría sostenerse (en primera instancia) que resultaría inocua, si se analiza el nuevo art. 92 *bis* como integrante de un ordenamiento integral.

Resulta evidente que durante el período de prueba existe un contrato de trabajo y consecuentemente, el mismo debe ser registrado pues no cabe suponer que el legislador consienta la clandestinidad del vínculo durante ningún lapso de tiempo. A ello cabe agregar que en el actual inc. 4 se prevé la obligación de pago de aportes y contribuciones a la seguridad social (lo que presupone la registración del contrato).

No obstante ello, la eliminación del inciso acarrea una importante consecuencia: ya no cabría presumir la renuncia al período de prueba por parte del empleador en caso de incumplimiento a la obligación registral. Es decir, dejaría de existir la presunción de renuncia al período de prueba ante la falta de registración.

Ello, sin perjuicio de las sanciones económicas que pudieran eventualmente corresponder, tema que también merece comentario ya que el decreto deroga los arts. 8 a 17 de la ley 24.013 pero no establece ningún tipo de indemniza-

ción para el caso de falta o defectuosa registración, por lo que, a estarse al régimen vigente, al empleador le cabría en este caso, el pago de los aportes y contribuciones no efectuados más sus intereses y multas (2), y la aplicación de sanciones por parte de Policía del Trabajo en el marco de la ley 25.212.

En lo que respecta a la eliminación del inc. 7 del art. 92 *bis*, referida al cómputo de la antigüedad obtenida durante el período de prueba, manteniendo su vigencia el art. 18 de la LCT, no se advierte que conlleve ninguna consecuencia en la práctica. Ello es confirmado expresamente por el nuevo art. 255.

### III. Indemnizaciones derivadas del despido sin justa causa

En materia indemnizatoria en caso de despido sin justa causa, el decreto contiene importantes modificaciones.

La primera de ellas es *la exclusión del Sueldo Anual Complementario y de los conceptos de pago semestral o anual, de la base de cálculo de la indemnización.*

Ello constituye la consagración normativa de la doctrina plenaria sentada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el fallo “Tulosai” (3).

En efecto, luego de constantes discusiones doctrinarias y existiendo jurisprudencia contradictoria respecto de la inclusión de tales conceptos en la base de cálculo de la indemnización por despido por no tratarse de rubros que se devenguen mensualmente (como exige el art. 245 de la LCT), dicha doctrina determinó su exclusión (4).

(2) Leyes 17.250 y 18.820.

(3) Plenario N° 322 del 19/11/2009, “Tulosai, Alberto Pascual c. Banco Central de la República Argentina s/ Ley 25.561”.

(4) La exclusión del SAC se determinó en todos los casos, mientras que las de las remuneraciones semestrales o anuales, en la medida en que su pago con dicha periodicidad, no encubriera fraude (cuestión de hecho a acreditar por el empleador).

A diferencia de lo establecido en “Tulosai” el decreto no distingue acerca de la configuración de fraude en el pago de las remuneraciones devengadas semestral o anualmente, lo que no implica que dicha circunstancia pueda ser argumentada en caso de controversia.

Cabe destacar la importancia de consagrar esta doctrina plenaria a nivel normativo, dado que la misma era de aplicación obligatoria sólo en el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo pero no en las jurisdicciones provinciales, lo que implicaba que en el territorio nacional se diera tratamiento desigual a situaciones equiparables.

Otra toma de postura respecto de una cuestión debatida en lo que respecta a la de base de cálculo de la indemnización por despido, es la disposición acerca de las remuneraciones variables, previendo que en estos casos será de aplicación el promedio de los últimos 6 meses, o del último año si fuera más favorable al trabajador. De este modo, el decreto hace a un lado la doctrina plenaria sentada en el fallo “Brandi” (5) que establece que debe considerarse la remuneración “más elevada” sin efectuar ningún promedio.

En lo que respecta a otra cuestión largamente debatida respecto de la base de cálculo de la indemnización por despido (“el tope”), el decreto recepta lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el precedente “Vizzoti” (6) al disponer que, de corresponder la aplicación del tope, la base de cálculo no podrá en ningún caso ser inferior al 67 % de la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada en el último año.

En cuanto al mínimo inderogable que esta indemnización debe alcanzar, se reproduce el previsto por la LCT, es decir, que en ningún caso podrá ser inferior a 1 mes de la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada en el último año de relación.

(5) Fallo Plenario N° 298 del 5/10/00, “Brandi, Roberto Antonio c. Lotería Nacional SE s/ despido”.

(6) CS, “Vizzoti, Carlos c. AMSA SA s/ despido”, 14/09/2004, Fallos 327:3677.

*Dos importantes innovaciones en materia indemnizatoria son, por un lado, la posibilidad de que, a través la negociación colectiva, se sustituya el régimen indemnizatorio por un fondo o sistema de cese laboral, lo que constituye un cambio radical del régimen indemnizatorio vigente, aunque “en expectativa” de la postura que asuman las partes colectivas de cada actividad. En este caso, el costo del mismo estará a cargo del empleador a través del pago de un aporte mensual que no podrá ser superior al 8% de la remuneración computable (la percibida por el trabajador).*

*Por otro lado, el empleador podrá optar por contratar un sistema privado de capitalización a su costo, a fin de solventar la indemnización por despido o bien la que acuerden las partes en caso de que la extinción se produzca por mutuo acuerdo en los términos del art. 241 de la LCT. Esta última posibilidad otorgaría legitimidad expresa a las “extinciones negociadas”.*

*Una trascendente incorporación en materia indemnizatoria es la previsión de agravamiento en caso de despido discriminatorio. Si bien la jurisprudencia lo receptaba por aplicación de la ley 23.592, no existe en el ordenamiento una fórmula de cálculo que tarife la indemnización correspondiente. A partir de la entrada en vigencia del dec. 70/2023, la misma sería equivalente al 50% de la indemnización por despido cuando éste pueda considerarse fundado en la etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial del trabajador.*

Esta disposición resulta de gran importancia ya que otorga certidumbre a las partes, que en la actualidad, quedan libradas a los múltiples criterios jurisprudenciales a la hora de establecer la reparación por despido discriminatorio.

Asimismo, se prevé que, dependiendo de la gravedad de los hechos (cuestión de prueba), los jueces podrán incrementar la indemnización hasta el 100%.

Finalmente, para los supuestos de reingreso del trabajador, en los casos en que se le hubiese pagado una indemnización por el primer período trabajado, el decreto fija una nueva forma de actualización de la misma.



En este sentido dispone que el monto que, en concepto de cualquiera de las indemnizaciones previstas por los arts. 245, 246, 247, 250, 251, 253 y 254 que el empleador hubiera pagado oportunamente, será actualizado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con más una tasa de interés pura del 3% anual.

Asimismo establece un mínimo inderogable: *En ningún caso la indemnización resultante podrá ser inferior a la que hubiera correspondido al trabajador si su período de servicios hubiera sido solo el último y con prescindencia de los períodos anteriores al reingreso.*

# Los “cinco colaboradores independientes” del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 ¿Una invitación al fraude laboral?

Liliana Hebe Litterio<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. Introducción al art. 96 del DNU 70/2023.— II. La reglamentación prometida.— III. ¿Qué entiende la norma por emprendimiento productivo?— IV. Alguna reflexión final.

## I. Introducción al art. 96 del DNU 70/2023

Nos preguntamos de entrada si los cinco colaboradores “independientes” de los que habla el art. 96 del decreto de necesidad y urgencia 70, que estalló en el Boletín Oficial la noche del 20 de diciembre de 2023, en definitiva ¿son dependientes de un “independiente”?

Claro que esto no pretende ser nada más que un juego de palabras. Se trata de una novedad normativa introducida por el mencionado DNU 70 y que en alguna medida cuesta entender.

La lectura fina y la comprensión atenta del contenido del decreto en su totalidad reclaman tiempo de análisis de cada una de sus disposiciones, en tanto está colmado de derogaciones, modificaciones e innovaciones, algunas de ellas difíciles de interpretar, más allá de los cambios que era necesario realizar.

---

(\*) Abogada graduada con Diploma de Honor (UCA). Doctora en Derecho (UBA). Profesora Titular Consulta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UBA). Profesora en los Posgrados de Derecho del Trabajo y de Derecho de Familia (UBA, UCA y otras universidades del país). Consultora externa de la OIT en materia de trabajo infantil y adolescente. Autora de numerosos libros y artículos en la especialidad.

Una de esas cuestiones nada simples es, precisamente, la vinculada a la norma apuntada en el primer párrafo de este trabajo.

Nos acercaremos a dicha disposición sin formular consideración alguna acerca de las formas, es decir, de la constitucionalidad o no del decreto en estos momentos, porque es un tema reservado a los especialistas. Por lo tanto, intentaremos ir solamente, de manera simple y breve, a la cuestión de fondo.

Con esa salvedad, vamos a detenernos por un momento en la norma que instaura en nuestro derecho la figura de los “trabajadores independientes con colaboradores”. No haremos referencia alguna al derecho extranjero.

El art. 96 (Capítulo VIII), establece que: “El trabajador independiente podrá contar con hasta otros cinco [5] trabajadores independientes para llevar adelante un emprendimiento productivo y podrá acogerse a un régimen especial unificado que al efecto reglamentará el Poder Ejecutivo Nacional.

El mismo estará basado en la relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre ellos, ni con las personas contratantes de los servicios u obras, e incluirá, tanto para el trabajador independiente como para los trabajadores colaboradores, el aporte individual de una cuota mensual que comprenda la cotización al Régimen

men Previsional, al Régimen Nacional de Obras Sociales y Sistema Nacional del Seguro de

Salud y al Régimen de Riesgos del Trabajo, en las condiciones y requisitos que establezca la reglamentación”.

## II. La reglamentación prometida

De acuerdo con el decreto 70/2023 cualquier trabajador independiente puede, entonces, contar con un máximo de cinco trabajadores “independientes”, a efectos de llevar adelante un emprendimiento productivo, para lo cual podrá acogerse a un “régimen especial unificado”, que desconozca el carácter dependiente de los trabajadores considerados independientes por la normativa.

La reglamentación es la encargada de fijar los requisitos y las condiciones de la cotización al Régimen Previsional, al Régimen Nacional de Obras Sociales y Sistema Nacional del Seguro de Salud y al Régimen de Riesgos del Trabajo, tanto por parte del trabajador independiente que da trabajo como de sus colaboradores independientes.

La figura apuntada en su ejecución práctica dependerá, entonces, de la reglamentación de la misma autoridad que dictó el decreto de necesidad y urgencia (el Poder Ejecutivo Nacional).

Recién en ese momento podrá formularse la interpretación armónica de las normas en juego, que reclama el art. 2º del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por lo tanto, en principio, habrá que esperar la llegada de ese decreto a dictarse, que ignoramos si demorará o no en aparecer, a fin de que se torne aplicable esta figura novedosa en nuestro derecho, de la que inmediatamente pasamos a ocuparnos en forma somera.

## III. ¿Qué entiende la norma por emprendimiento productivo?

No es el momento de formular precisiones. Pero sí es necesario acercarse a la idea de que, en principio, el emprendimiento productivo es una iniciativa de un individuo que asume un riesgo económico o que invierte recursos con el objetivo de aprovechar una oportunidad que brinda

el mercado. Además, el emprendimiento nace de una idea que tiene el fin de realizarla (1).

La norma enfatiza que “el mismo”, puede entenderse que refiriéndose al emprendimiento productivo, estará basado en la *relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre ellos, ni con las personas contratantes de los servicios u obras*.

Ahora bien, de entrada, cuando cualquiera se encuentra frente a la norma en consideración puede pensar que se refiere a los *emprendimientos productivos en el caso de los oficios*. Por ejemplo, el del plomero o del gasista que tienen un título profesional habilitante y prestan servicios en forma autónoma en una obra en construcción, pero se sirven de ¿colaboradores independientes? para hacer las instalaciones de gas o de electricidad en el edificio.

También podría pensarse que, como en general sucede, en esos casos los trabajadores en verdad son dependientes del independiente que los contrata, pero como *en la práctica esa calidad no se les reconoce* es mejor que por lo menos, se los regularice como monotributistas.

La dependencia laboral queda más clara en otro tipo de emprendimientos. Por ejemplo, en los de los *pequeños comercios*. Allí ¿el comerciante independiente contrata hasta cinco independientes para que colaboren?, tal vez, atendiendo su negocio en diversos turnos

Esto es difícil de sostener.

En verdad, se trata de trabajadores dependientes del principal.

Además, tal como se señala, tampoco se sabe si, al hablar de emprendimiento productivo la reglamentación incluirá, por ejemplo, a un *estudio de abogados o contadores, o un consultorio médi-*

(1) OVANDO PÉREZ, Vanessa Lidia y VALENCIA CAMACHO, Shirley Carolina, “Factores de éxito y fracaso al emprendimiento productivo de derivación de lácteos de mujeres en el Municipio de Batallas”, Revista Perspectivas, versión impresa ISSN 1994-3733, disponible en: [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1994-37332021000200119](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1994-37332021000200119), fecha de consulta: 21/12/2023.

co, donde se reúnan varios profesionales dentro de este régimen simplificado (2).

No hay que perder de vista en momento alguno que la ley 24.467, en cuyo Título III instaura el *régimen laboral de las pequeñas empresas* y que milagrosamente no fue derogada por la norma en estudio, establece como una de las dos condiciones para que la empresa sea considerada pequeña, la de contar con un máximo de 40 trabajadores (número que puede elevarse hasta 80 por negociación colectiva). Todos esos trabajadores, obviamente, son considerados dependientes (3).

Ahora bien, o las empresas pequeñas ya no son emprendimientos productivos o a partir de ahora ya no se tratan de las que cuenten con hasta 40 trabajadores sino, desde 6 hasta cuarenta, porque por debajo de ese número los trabajadores son indefectiblemente independientes, salvo que prueben lo contrario.

Esto es mucho más difícil de sostener todavía.

#### IV. Alguna reflexión final

Alguien sostiene que un solo artículo le basta al decreto de desregulación para derogar completamente la LCT en el caso de micropymes de hasta 5 empleados, ya sea que sus dueños estén

---

(2) OLVEIRA, Dolores, “Letra chica del decreto: por qué es total la desregulación laboral para empleados de monotributistas”, 21/12/2023, disponible en: <https://es-us.finanzas.yahoo.com/noticias/letra-chica-decreto-desregulaci%C3%B3n-laboral-093700449.html>, fecha de consulta: 21/12/2023.

(3) Sobre el tema puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, entre otros lugares en: Régimen laboral de las pequeñas empresas, Joaquín Fernández Madrid Editor, Buenos Aires 1999; Idem, en Estatutos Lborales Especiales dirigido por Ackerman, Mario, Tomo II, Santa Fe, 2022, p. 273 a 362.

inscritos en materia previsional e impositiva como monotributistas o en el régimen general de autónomos, IVA y Ganancias (4).

Por nuestra parte pensamos que así como están planteadas las cosas hoy, antes de la llegada del otro decreto anunciado que ignoramos que dirá, el art. 96 del decreto de necesidad y urgencia 70/2023 *es una invitación al fraude laboral*.

No podemos omitir mencionar al paso que el proyecto de ley, de IPA (Industriales Pymes Argentinos), que abordaba el tema en similar sentido al de la norma consagrada por decreto, establecía que todo incumplimiento al límite establecido para la colaboración de trabajadores independientes (que era de cuatro) sería considerado fraude laboral en los términos del artículo 14 de la LCT (5). Por lo menos, se animaba a introducir la expresión frente a una situación.

En definitiva, a partir del art. 96 del decreto de necesidad y urgencia 70/2023, nosotros nos preguntamos cuántos responsables de “emprendimientos productivos” reconocerán el carácter dependiente de las personas que, al trabajar, colaboran con ellos.

Lamentablemente, la presencia de la norma no va a disminuir los juicios. Todo lo contrario, lloverán los reclamos judiciales por dependencia encubierta.

---

(4) OLVEIRA, Dolores, ob. cit.

(5) IPA (industriales Pymes Argentinos), Del “Borrador oficial”, Proyecto de ley de reformas Derecho del Trabajo, Gabinete Profesional, Departamento Legal, disponible en: <https://piesciorovsky.com/wp-content/uploads/2016/02/Proyecto-Borrador-Reforma-Laboral-argentina.pdf>, fecha de consulta: 21/12/2023.

# Anotaciones de “Necesidad y Urgencia” sobre el “Fondo o Sistema de Cese Laboral” incorporado al DNU 70/2023

Juan Ángel Confalonieri (h.) (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. La nueva norma ante las experiencias austríaca y española.— III. El limitado alcance del FCL y la casi ilimitada delegación en favor del convenio colectivo.— IV. El rol del FCL: ¿complementario o sustitutivo de la indemnización establecida en el art. 245 de la LCT?— V. *Excursus* sobre la resignación de competencia normativa de la ley en favor del convenio colectivo y la morfología de las normas legales delegativas.— VI. Para terminar, unas preguntas.— VII. Bibliografía.

## I. Introducción

A última hora de un día agitado por protestas sociales, llegó a mis manos el DNU 70/2023 (1). Aunque los anuncios del Sr. Presidente de la Nación y de algunos funcionarios que lo acompañan permitían presagiar una reforma laboral profunda, confieso que su primera lectura me sorprendió. Una sorpresa no incompatible con mi anuencia en algunos aspectos. Tomo como muestra una norma cuya constitucionalidad he puesto en tela de juicio (2) porque habilitó la reversibilidad de teletrabajo a trabajo presencial por la mera revocación del consentimiento del trabajador, lo que obligaba al empleador a darle

tareas en el mismo establecimiento o en el más cercano a su domicilio y facultaba al primero a considerarse despedido o a demandar el restablecimiento de las condiciones anteriores (art. 8 de la ley 27.555), en caso contrario. La nueva disposición, acertadamente, condiciona la reversibilidad al “acuerdo mutuo entre el trabajador y el empleador”.

El hondo calado de la reforma exige estudios y reflexiones responsables y muy minuciosas. Las reacciones acaloradas, desmedidas y apresuradas (vengan de quien sea) no aportarán lo necesario para construir un consenso sensato, cauto y, por ende, de la envergadura que reclaman las circunstancias —imperiosamente—. La sociedad implora el abandono urgente de la sordera malintencionada, de la indiferencia —que muy frecuentemente escala a desprecio con asco de las ideas que aportan los que piensan distinto—, en razón de que es consustancial a las democracias la pluralidad ideológica y la búsqueda denodada de avenencias, única senda para lograr la paz que merecen las personas de bien. En eso también consiste el respeto a la libertad en sus múltiples manifestaciones —entre ellas, la libertad de trabajar—, pilar incuestionable de la Constitución Nacional, que dejaría de ser tal sin una adecuada (idónea), necesaria y proporcionada protec-

---

(\*) Abogado (UBA) (diploma de honor). Doctor en derecho (UBA), tesis sobresaliente. Profesor en la Maestría de Derecho del Trabajo (UCA). Integrante del Registro de Expertos de la CONEAU.

(1) B.O., 21 de diciembre de 2023.

(2) Me refiero al régimen de reversibilidad plasmado en el art. 8 de la ley 27.555 (Régimen legal del contrato de teletrabajo). Sobre el particular, de mi autoría, “El concepto de teletrabajo y el régimen de reversibilidad. Dos de los varios aspectos cuestionables de la reciente ley argentina 27.555. Sucinta comparación con el régimen español”; Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 57, IUSTEL, 2020.

ción, incluyendo —sin hesitación— la destinada a la ruptura intempestiva y arbitraria del contrato de trabajo debido a que, de no existir, le abriría las puertas a una amenaza silenciosa, injusta y constante que obligaría al trabajador a soportar cualquier abuso con tal de no perder su fuente de ingresos, con todas las implicancias que ello pueda originar. Decía el profesor López —uno de los juristas más lúcidos que tuvo el país en los últimos cincuenta años— recordando una publicación del profesor alemán Hueck (3) que "donde no existe estabilidad el patrón puede privar al trabajador de su empleo mediante el despido... En los peores casos puede llevar al trabajador a la desocupación. Todo esto puede hacerse en forma arbitraria, aun por puro capricho..." (4). Por eso que, para López, la protección contra el despido antijurídico es un "instrumento fundamental" (5).

Para que el debate jurídico sea serio, los argumentos deben portar la misma cualidad. Por ese motivo, debemos dejar completamente al margen frases efectistas por todos conocidas y creadas con el fin de poner por encima de la dignidad del trabajador la "empleabilidad" de seres que sin tutela adecuada, necesaria y proporcionada dejarían de ser personas humanas dando espacio a una sociedad distópica y deletérea ideada por seres que, cuanto menos, rinden culto a una procacidad sin límites. La señal que emerge de los considerandos del DNU no es saludable, porque permite entrever una finalidad contraria a la concepción filosófica que subyace en la Carta Maga (art. 14 bis). El trabajo, al que se le atribuye ser "la principal herramienta de crecimiento para la comunidad", debe ser —ante todo— "digno". Por tanto, la dignidad no debió ser rezagada a modo de colofón de una frase ("...productivo, inclusivo y digno...") que denota una preferencia verdadera por la empleabilidad, claramente puesta de manifiesto, entre otras regulaciones, a través de la negación de la condición de trabajadores dependientes a quienes naturalmente lo son (los "colaboradores" del art. 96 del DNU) con la

única finalidad de crear empleo y sin asumir que, de esa manera, están fomentando lo que quieren evitar apelando a una frase tan efectista y trillada como carente de lógica y de juridicidad: la "industria del juicio".

Es muy criticable, debido a la enorme trascendencia que significa reemplazar completamente el régimen de indemnización por despido sin causa —instalado desde hace casi nueve décadas— (6) por el fondo o sistema de cese laboral (FCL), que no haya existido un intenso debate previo acorde a las circunstancias, porque no es de otro modo como se deberían concretar alteraciones de instituciones tan sensibles para la sociedad. Las verdaderas democracias, no se limitan a la existencia de procesos eleccionarios; requieren debates constantes y abiertos entre todos los sectores sociales, orientados —siempre— por el bien común, para lo cual debemos contribuir, parafraseando a Romero, con ímprobos esfuerzos para olvidar la "presencia intrusiva de cuestiones del pasado, que define a priori y rígidamente a los actores, conforma ideas y posicionamientos maniqueos, alienta los comportamientos excluyentes y facciosos y hasta bloquea los diálogos" (7).

Dos ejemplos quiero traer a colación, porque representan conductas a seguir. En Austria, el régimen de fondo que reemplazó a partir del 1º de enero de 2003 al régimen indemnizatorio que venía rigiendo desde 1921 y que se había extendido a todos los trabajadores en el año 1979, surgió a raíz de un acuerdo entre los agentes sociales en octubre de 2001 que derivó en la aprobación de la ley en junio de 2002. En España, el programa previsto en el RDL 10/2010 y luego ratificado en la Ley 35/2010, fue sometido al estudio de un Grupo de Expertos en virtud del acuerdo alcanzado entre el Gobierno y las entidades empresariales y sindicales más representativas, el 2 de febrero de 2011 (ASE); y el resultado, a raíz de dicho informe, es que, al día de hoy, ese país sigue con el régimen de indemnización por despido que conocemos.

(3) HUECK, A., "La evolución de la protección contra el despido arbitrario; su evolución en el derecho alemán del trabajo", LA LEY 53-893.

(4) LÓPEZ, J., "Es inconstitucional el derecho a la estabilidad", L.T.XVII-A-398.

(5) *Ibidem*, p. 393.

(6) B.O., 25/09/1934.

(7) ROMERO, L. A., "Construir la Historia Pública de la Democracia Plural", El resurgir de la Argentina (Coord. Barcia, P. L.), Editorial Docencia, Buenos Aires, 2023, p. 357.

Siento que incurriría en una notoria incoherencia si me pusiera a escribir en lo inmediato sobre el contenido del extenso capítulo laboral (arts. 53 a 97) del variopinto DNU N° 70/2023 que ni siquiera está vigente ni comenzó a transitar la instancia procedimental de convalidación por el Congreso plasmada en la ley 26.122, reglamentaria del art. 99.3 de la Norma Fundamental. Me limitaré al párrafo sexto del art. 245 de la LCT, sin entrar en el debate acerca de la correspondencia con la Carta Magna de la norma mediante la cual se pretende efectivizar la puesta en marcha de los “nuevos contenidos” de un “Derecho del Trabajo” que expulsa auténticos trabajadores de su ámbito de aplicación, cuestión que, por cierto, debido a su muy significativa relevancia, merece un estudio específico.

La premura obedece a que es un tema al que ya le dediqué atención a raíz de un proyecto de ley que se dio a conocer durante la presidencia del Sr. Ingeniero Macri remitido al Congreso Nacional el 18 de noviembre de 2017 (8) (que no tuvo tratamiento) (9) y que, al margen del acotado ámbito de aplicación del art. 15 de la ley 22.250 y de la posibilidad concedida a las pequeñas y medianas empresas por el art. 92 de la ley 24.467 (derogado por el art. 41 de la ley 25.877), no fue el primer intento de introducción del hoy llamado “fondo o sistema de cese laboral” (art. 82 del DNU 70/2023) (10).

## II. La nueva norma ante las experiencias austríaca y española

La norma (art. 81, párrafo séptimo), dice esto: “Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir el presente régimen indemnizatorio por un fondo o sistema de cese laboral cuyo costo estará siempre a cargo del empleador, con un aporte mensual que no podrá ser superior al ocho por ciento (8%) de la remuneración computable”.

(8) INLEG-2017-28952312-APN-PTE.

(9) “Primeras reflexiones sobre el fondo de cese laboral sectorial previsto en el Proyecto de reforma laboral de 2018”, TySS, 2018, p. 519.

(10) Proyecto de ley remitido al Congreso por el PEN el 17 de octubre de 1996 (53-P.E.-96), y proyecto suscripto en 1998 por los diputados Cavallo, Francos y Albrisi (Expte. Dip.1586-D-98).

En términos generales, el “fondo o sistema de cese laboral” (FCL) es un patrimonio que se va incrementando paulatinamente con aportes periódicos sólo a cargo del empleador, mediante el cual se procura asegurarle al trabajador un importe de dinero si el contrato de trabajo se extinguiere sin causa.

En los países que integran la Unión Europea, solamente Austria incorporó —por ley— un régimen de fondos de despido (*Mitarbeitervorsorgekassen*, MVK - “Fondos de Previsión de los Trabajadores”) (11). El hecho de que sea el convenio colectivo y no la ley la fuente constitutiva del FCL traerá aparejadas, entre otras, dos consecuencias: en primer lugar, podría haber trabajadores protegidos frente al despido arbitrario con un régimen de indemnización y trabajadores “protegidos” con un régimen de FCL; en segundo lugar, por hipótesis, un trabajador podría pasarse su vida laboral deambulando por varios FCL con aspectos diferentes, intercalando esa situación con períodos en los que se le podría aplicar el régimen de indemnizaciones de la LCT.

### II.1. La iniciativa frustrada de regulación en España

Durante el lapso comprendido entre 2012 y 2023, las reformas laborales fueron constantes y, algunas, muy profundas en España. Sin embargo, no se ha llegado a instalar el programa diagramado durante los últimos años de mandato del presidente Rodríguez Zapatero a través del RDL

(11) Sobre el régimen austríaco, vigente desde el 1° de enero de 2003, HOFER, H.; “The Severance Pay Reform in Austria (AbfertigungNeu)”, CESifo DICE Report, vol 5, N° 4, 2007, ps. 41 a 48; “La reforma de la Ley sobre indemnización por despido en Austria”, está publicada en R.L. I-2010, págs.1433 a 1445; RAMÍREZ SOBRINO, J.N. y FRÖLICH, M., “La reforma de la indemnización por despido: el modelo austríaco a la española”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 25 (2011); ALEMÁN PÁEZ, F.; “Fondos de capitalización e indemnización por despido. Modelos y antimodelos teóricos con referencia empírica”, Revista Doctrinal Aranzadi Social N° 6/2011; TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Los fondos de despido del modelo austríaco: ¿un modelo a seguir?”, elderecho.com, Lefebvre - El Derecho, 8 de noviembre de 2010; CONDE RUIZ, I., FELGUEROSO, F. y GARCÍA PÉREZ; “El fondo de capitalización a la austríaca: costes y beneficios de su implantación en España”, Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA), Colección Estudios Económicos, 06-2011, www.fedea.es

10/2010, de 16 de junio. Varias fueron las medidas a partir de la primera gestión del presidente Rajoy en materia de despido, incluyendo una rebaja significativa de las indemnizaciones, pero nada hubo sobre el “fondo de capitalización para los trabajadores” aludido en su Disposición Final Segunda del RDL 10/2010. Tampoco se incluyó mención alguna en la extensa reforma de 2021 (RDL 32/2021, de 28 de diciembre).

La Disposición Adicional Décima de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, reprodujo el programa del RDL 10/2010: “El Gobierno, en el plazo máximo de un año a partir del 18 de junio de 2010, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, aprobará un proyecto de Ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de Capitalización para los trabajadores, mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar. La regulación reconocerá el derecho del trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el Fondo de Capitalización en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Las indemnizaciones a abonar por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo. El Fondo deberá estar operativo a partir del uno de enero de 2012”.

El 2 de febrero de 2011, el Gobierno, las organizaciones empresariales (CEOE y CEPYME) y las sindicales (UGT y CCOO) suscribieron el “Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y las garantías de las pensiones”, en el que decidieron convocar a un grupo de expertos con el fin de “analizar el funcionamiento de instituciones similares que existen en otros países...y su posible adaptación al sistema español de relaciones laborales”. Ese grupo, integrado por especialistas en distintas áreas (Pilar González de Frutos, Juan López Gandía, Alberto Nadal Belda, José Ignacio Pérez Infante, Esteban Rodríguez Vera y Santos Miguel Ruesga Benito), produjo un extenso y fundado informe por medio del cual, en muy apretada síntesis, hizo saber “la dificultad de crear un Fondo de Capitalización para todos los trabajadores” en las condiciones establecidas en

la Ley 35/2010, las cuales exigirían “un volumen de recursos extraordinariamente elevado”.

La fecha prevista en la Ley 35/2010 había quedado atrás, sin que el gobierno aprobara ningún proyecto de ley en la materia. De ahí que el 26 de agosto de 2011 se dictara el Real Decreto Ley 10/2011, modificando la disposición adicional décima de la citada ley del siguiente modo: “Teniendo presente la situación de la economía y del empleo y su previsible evolución, así como el informe elaborado por el grupo de expertos constituido según el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y las garantías de las pensiones de 2 de febrero de 2011, El Gobierno desarrollará durante el primer semestre de 2013 un proceso de negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre la conveniencia y oportunidad de aprobar un proyecto de ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores...”. Por consiguiente, no sólo hubo un atraso temporal considerable, sino que se abandonó la contundencia de los términos de la Ley 35/2010 (“el Gobierno...aprobará un proyecto de ley...”), por la tibieza de la nueva redacción en la que se previó una posible aprobación, precedida, necesariamente, de un negociación (ya no consulta) con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, destinada a evaluar su conveniencia y oportunidad.

Así ha quedado el tema del fondo de capitalización para los trabajadores en España (ocupando un espacio en las bibliotecas).

### **III. El limitado alcance del FCL y la casi ilimitada delegación en favor del convenio colectivo**

De acuerdo a la redacción de la norma transcrita precedentemente, el alcance sustitutivo del FCL se limita a la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT. La frase “el presente régimen indemnizatorio”, sólo da pie para extenderlo a las indemnizaciones previstas en las normas remisivas a dicha disposición (vg. art. 212, párrafos tercero y cuarto de la LCT; art. 213 de la LCT, sólo en cuanto a la indemnización por despido sin causa); no para extenderlo a las indemnizaciones por despido sin causa establecidas en algunos estatutos particulares (vg., las leyes 12.908



y 12.931). Tampoco habilita a proyectarlo a otras indemnizaciones o partidas que debe abonar el empleador por despido incausado (arts. 95, 97, 213 y 246 de la LCT, y art. 74 de la ley 24.013), despido discriminatorio y violatorio de otros derechos fundamentales (arts. 182 LCT, 52 de la ley 23.551, 1º de la ley 23.592 y 1740 del CCYC); por renuncia (art. 182 segundo párrafo del inciso b) de la LCT); por causas económicas (art. 247 de la LCT); por muerte de cualquiera de las partes (arts. 248 y 249 de la LCT); por las causas enunciadas en los arts. 212, párrafo segundo, 250, 251 y 254 de la LCT; por omisión de preaviso; por integración del mes del despido, ni por vacaciones no gozadas. Esto significa que el convenio colectivo deberá ajustarse a la delegación en los términos especificados. Dicho de otro modo, en virtud de la regla de norma mínima, no podrá sustituir las indemnizaciones plasmadas en normas que no sean el art. 245 de la LCT o las que a él se remiten (arts. 7 de la ley 14.250 y 8 de la LCT).

La delegación de la competencia de normación en el convenio colectivo es amplísima. Fuera del porcentual que debe aportar el empleador para integrar el FCL sobre la “remuneración computable”, no hay pauta alguna en la norma delegante acerca de las más elementales circunstancias, por ejemplo: si el retiro de los importes de la cuenta del trabajador estará sujeto a un plazo mínimo de aportes (12); a cargo de quién estará la custodia y gestión del fondo (13); si se podrá

(12) En Austria, hay un plazo de carencia de tres años desde el último cobro. De todos modos, en caso de cambiar de empleador, si el trabajador no hubiere alcanzado aquella franja temporal, no pierde los importes existentes en su cuenta; los puede mantener en el “Fondo de Previsión” actual o lo puede acumular en el “Fondo de Previsión” de su nuevo empleador. Incluso, habiendo completado los tres años, tiene la facultad de no rescatar suma alguna con el fin de transferirlas a un fondo de pensión (que es lo que, de alguna manera, estimula el régimen de ese país).

(13) En Austria, la custodia y gestión de los importes que integran la cotización del empleador está a cargo de entidades privadas que, obviamente, tienen fines lucrativos. Normalmente invierten los activos en bonos, en activos inmobiliarios y en fondos de inversión, y perciben en concepto de gastos por gestión importes que oscilan entre el 1% y el 3,5% de los aportes anuales que realiza el empleador. Como vimos, dichas entidades se denominan “Mitarbeitervorsorgekassen” (MVK) o “Fondos de Previsión de los Trabajadores”, requieren autorización del gobierno para operar. En el proyecto del Sr. Presidente Ing.

elegir la entidad que tenga a su cargo la gestión del fondo y, en ese caso, a quien le corresponderá la misma (14). Lógicamente, la inexistencia de una demarcación mínima de la delegación posibilitará la existencia de regímenes convencionales disímiles a los cuales quedarán sometidos los trabajadores en caso de emplearse en actividades alcanzadas por distintos convenios colectivos, con la consiguiente inseguridad que ello les acarreará.

#### IV. El rol del FCL: ¿complementario o sustitutivo de la indemnización establecida en el art. 245 de la LCT?

Los modelos europeos que tomé como referencia comparativa, han adoptado soluciones diferentes: uno, absorbe de modo total la responsabilidad indemnizatoria del empleador; el otro, acumula el derecho al fondo con el derecho a una indemnización.

En Austria, el régimen vigente a partir del año 2003 (*Afertigungneu*), exime totalmente al empleador de la obligación de pagar la indemnización por despido prevista en el régimen anterior (*Abfertigungalt*) (15). En España, tanto el Real

Macri, la administración del fondo se le confió a “un ente sin fines de lucro, de conducción bipartita”.

(14) En Austria, la existencia de varias entidades destinadas a gestionar los fondos de despido se compadece con el método de selección de las mismas. El empleador y el comité de empresa deben celebrar un acuerdo de selección de un “Fondo de Previsión”, y sólo cuando no exista esa representación de los trabajadores el empleador tiene a su cargo la elección. En el primer caso, una vez que las partes hayan decidido cuál será el “Fondo de Previsión”, el empleador debe celebrar un contrato con el elegido que será el encargado de gestionar las cuentas de cada uno de los trabajadores. En ambos casos es posible cambiar el “Fondo de Previsión”.

(15) El régimen de protección de los trabajadores en el sistema antiguo (*Alfertigungalt*) variaba en función de la antigüedad en el empleo: los trabajadores con menos de tres años de antigüedad no tenían derecho a indemnización; los que tuvieran entre tres y menos de cinco años, tenían derecho a dos sueldos brutos mensuales; los que tuvieran entre cinco años y menos de diez años, tenían derecho a tres sueldos brutos mensuales; los que tuvieran entre diez años y menos de quince años, tenían derecho a cuatro sueldos brutos mensuales; los que tuvieran entre quince años y menos de veinte años, tenían derecho a seis sueldos brutos mensuales; los que tuvieran entre veinte años y menos de veinticinco años, tenían derecho a nue-

Decreto 10/2010 como la Ley 35/2010, aludieron a un régimen mixto en razón de que "las indemnizaciones a abonar por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicios equivalente al que se determine para la constitución del Fondo".

El nuevo art. 245 LCT (según texto del art. 81 del DNU 70/2023) adoptó un modelo sustitutivo restringido, pues sólo reemplaza a la indemnización por despido sin causa fijada en dicha norma legal. Una notoria diferencia con el proyecto presentado ante el Congreso durante la presidencia del Sr. Ingeniero Macri (modelo sustitutivo amplio), mediante el cual se procuraba reemplazar por el FCLS a los rubros contemplados en los arts. 232, 245 de la LCT, y "las reparaciones indemnizatorias...previstas en los arts. 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253 y 254 de la Ley de Contrato de Trabajo".

### **V. Excursus sobre la resignación de competencia normativa de la ley en favor del convenio colectivo y la morfología de las normas legales delegativas**

La remisión de la ley al convenio colectivo para que se encargue de establecer normas en una materia determinada, no es algo novedoso en nuestro medio. Hay ejemplos que cuentan con varios años de trayectoria (art. 9, segunda parte de la ley 14.250 y art. 171 de la LCT). Cuando la ley llama al convenio colectivo para que se encargue de regular una materia determinada, la relación entre ambas fuentes es, *lato sensu*, por delegación o remisión (16). Una relación que por ser conocida no deja de ser infrecuente en nuestro ordenamiento, pese a su significativa presencia en la ley 27.555. La relación por delegación o remisión entre la ley y el convenio colectivo, expresa una retracción de la primera acompañada de una mayor competencia normativa del segundo, con tres variantes: i) sin regulación subsidiaria; ii) con regulación subsidiaria; iii) con regulación parcial de mínimos necesitados de complementación. Estamos, pues, delante de una deslegali-

ve sueldos brutos mensuales; y los que tuvieran al menos veinticinco años, tenían derecho a doce sueldos brutos mensuales (Hofer, H., ob. cit., pág. 1436).

(16) ALARCÓN CARACUEL, M. R., quien alude a la relación de remisión, con o sin regulación subsidiaria; ob. cit., p. 36.

zación por convencionalización que no sólo implica menos ley y más convenio colectivo, sino, por añadidura y dependiendo de las circunstancias, menos derecho necesario de fuente legal y menos regla de norma mínima en la relación ley - convenio, combinada con más relación de complementariedad y más relación de subsidiariedad entre la ley y el convenio colectivo. Y no sólo eso; también puede significar más regla de norma mínima en la relación convenio colectivo - contrato individual; más posibilidad de articulación (relación de complementariedad) entre convenios colectivos (art. 18 de la ley 14.250); y más posibilidad de concurrencia y de aplicación de regla de norma más favorable, en la medida en que se esté frente al supuesto previsto en el art. 19, segunda parte, de la ley 14.250.

La remisión o llamada al convenio colectivo admite variantes. Podría la ley convocar al convenio colectivo a fin de que regule una materia completa o "en bloque" (17), o sólo una parte de la misma dotada, en su otra parcela, de imperatividad. Tanto en la primera como en la segunda variante, el legislador podría optar por incorporar una regulación en subsidio dotada de imperatividad relativa frente a la autonomía individual hasta que la autonomía colectiva se haga cargo de la llamada.

La relación por remisión *stricto sensu*, supone ausencia de regulación subsidiaria. Lo contrario, derivaría en una relación de subsidiariedad (18) (de supletoriedad, para algunos autores) (19). Y cuando cohabitan una parcela legal provista de imperatividad y otra en la que el convenio colectivo hizo efectiva la delegación de la ley, la relación entre ambas fuentes será de complementariedad (20) (no de suplementariedad). La preferencia por el término subsidiariedad en lugar de supletoriedad obedece a que es inherente a la

(17) Expresión de Alarcón Caracuel, M. R., ob. cit., p. 35.

(18) ALARCÓN CARACUEL, M. R., ob. cit. p. 35; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., "El nuevo reparto...", p. 248.

(19) MARTÍN VALVERDE, A., "Concurrencia...", Revista de Política Social, N° 119, julio-septiembre de 1978, ps. 8, 9, 15 y 16. Fuentes Rodríguez, E., ob. cit., ps. 85 a 88.

(20) ALARCÓN CARACUEL, M. R., ob. cit. p. 35; Palomeque López, M. C. y ÁLVAREZ de la ROSA, M., ob. cit., pág. 406; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., "El nuevo reparto...", p. 248.

relación de supletoriedad la existencia de una laguna, vacío o carencia normológica neutralizable por medio de la aplicación de normas análogas, de los principios de la justicia social o de los propios del derecho del trabajo, o de la equidad y la buena fe (en los términos del art. 11 de la LCT). Por ejemplo, de supletoriedad es la relación entre el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la ley 18.345 (art. 155, in fine), y la relación entre el derecho del trabajo y el derecho civil. No hay tal cosa en la relación de subsidiariedad, porque la ley no sólo llama al convenio para que regule una determinada materia, sino que, además, establece normas imperativas a cumplir por la autonomía individual hasta que la negociación colectiva efective su llamada **(21)**. Dicho en otros términos, las lagunas, vacíos o carencias de normas no son propias de la relación de subsidiariedad.

El art. 171 de la LCT, es un claro ejemplo de relación por delegación o remisión entre la ley y el convenio colectivo. Lo mismo podría decirse de su art. 92 ter, inciso 5. Ejemplo de remisión de la ley al convenio colectivo, acompañada de mínimos, es el art. 44 de la ley 23.551. Y ejemplo de remisión de la ley al convenio colectivo con previsiones subsidiarias (relación de subsidiariedad), es el inciso 9 del art. 4 de la derogada ley 24.465, junto a su decreto reglamentario 738/95 (art.17).

Claro que la deslegalización por convencionalización no debe asimilarse a la dispositivización, es decir, a la posibilidad de reemplazar normas legales (dispositivas) por convenio colectivo, independientemente de que sean o no más favorables al trabajador **(22)** (por ej. los arts. 106 LCT; 90 y 91 de la ley 24.467, y el texto original del art. 92 bis, agregado a la LCT por la ley 24.465). En la deslegalización por convencionalización plena (relación por remisión *stricto sensu*), no existe norma legal a ser reemplazada por el convenio colectivo. Y cuando la haya, solo será para abrirle camino a la relación de subsidiariedad. En cambio, la dispositivización presupone presencia de norma legal (disponible). Cuando la deslegalización es parcial, tenemos por delante una norma legal incompleta que precisa del con-

venio colectivo para que la complemente, lo que no ocurre con la dispositivización que requiere normas completas (sin mínimos ni máximos). Sin embargo, es posible advertir cierta similitud en esta variante de la delegación con la dispositivización, en razón de que el convenio colectivo cuenta, en la parcela delegada, con una competencia normativa no cercenada por regulaciones legales imperativas.

¿Está limitada la ley, por razón de la materia, para la delegación de su competencia de normación en favor del convenio colectivo? Como es de suponer, las limitaciones provendrán de las normas de imperatividad absoluta. De ahí que el convenio colectivo no tenga competencia para incursionar en ese ámbito gobernado por la relación de exclusión con la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, la Norma Fundamental suministra algunas pautas orientativas en el art. 14 bis: el modo imperativo del verbo empleado en su encabezamiento (“gozará”) indica que no es posible una discrecionalidad plena del legislador. Su contundente directiva dirigida al legislador para que “El trabajo en sus diversas formas” goce “de...protección”, significa que la remisión plena de la ley al convenio colectivo, sin o con regulación en subsidio, no sería viable sin condicionamientos porque, en las materias allí enunciadas, la ley es destinataria de un rígido mandato constitucional que no debe eludir. Por tanto, debería establecer, inexorablemente, reglas de derecho necesario absoluto o relativo habilitando, en las segundas, relaciones de suplementariedad con el convenio colectivo; nunca relaciones por delegación (total).

## VI. Para terminar, unas preguntas

Primera. ¿Es suficiente, a los efectos de respetar el art. 28 de la Constitución Nacional justificar el móvil orientado a sustituir el régimen de indemnización estampado en el art. 245 de la LCT por el FCL con esta escueta frase: “tal como se ha implementado en algunas actividades” sin decir cuáles son esas actividades?

Indudablemente, no lo es.

Segunda. A los efectos de implementar el FCL, ¿se requiere un convenio colectivo específico?

(21) ALARCÓN CARACUEL, M.R., ob. cit. p. 36.

(22) SALA FRANCO, T., “Los principios de imperatividad legal, de norma mínima y de norma más favorable”; Anuario de Derecho del Trabajo, Universidad Austral, N° 1, p. 97, Editorial Quorum, 2002.

No hay respuesta en el DNU. De todos modos, si así fuera, sumaríamos un tipo más de convenio colectivo: el convenio colectivo de fondo de cese laboral.

Tercera. ¿Podría un convenio colectivo de ámbito mayor delegarles la regulación del FCL a los convenios colectivos de ámbito menor? (art. 18 de la ley 14.250).

No hay prohibición al respecto en el DNU. Por tanto, sería posible pese a la tremenda dispersión normativa que ello provocaría.

Cuarta. Si la respuesta a la pregunta anterior fuere afirmativa, ¿qué convenio debería aplicarse, a la luz de lo dispuesto en el art. 19.b) de la ley 14.250, en caso de que el convenio de ámbito mayor (anterior o posterior) haya implementado un régimen indemnizatorio por despido sin causa?

Sin hesitación, en virtud de la respuesta que daré a la pregunta octava, el convenio de ámbito mayor por ser más favorable.

Quinta. ¿A qué trabajadores se les aplicaría el régimen del FCL: a todos, independientemente de la fecha de ingreso a la empresa, o solamente a los contratados a partir de que comience a aplicarse dicho régimen?

Pese a la delegación sin cortapisas de la ley en favor del convenio colectivo, no podrían quedar incluidos todos los trabajadores. Salvo que a los vinculados por contratos anteriores se los indemnice conforme a las pautas legales previas a la implementación del FCL.

Sexta. ¿Qué significa "remuneración computable" a los efectos del porcentual que debe ingresar el empleador para engrosar el FCL?

Sin duda, la que se corresponda con el Convenio 95 (OIT), con el art. 103 de la LCT y con la doctrina "*Pérez c/ Disco*" de la CSJN.

Séptima. En caso de que el empleador hubiera declarado sólo una parte del salario del trabajador, ¿cuáles serían las consecuencias de un aporte menor al de la totalidad de la remuneración? La parte no declarada, debe integrar la "remuneración computable".

Que la parte del salario no declarada deba integrar la "remuneración computable", es una verdad de Perogrullo. Por otra parte, pese a la amplia delegación de la ley al convenio colectivo, este no tendría posibilidad alguna para tipificar infracciones o faltas de carácter administrativo pues, de lo contrario, estaría conculcando el principio de legalidad. Al margen de eso, no me parece que exista impedimento para que el convenio colectivo establezca causales de caducidad del FCL, entre ellas, el incumplimiento de la obligación de efectuar el aporte sobre el monto completo del salario del trabajador, en todo o en parte.

Octava. ¿Es inembargable la totalidad del importe existente en el FCL?

En razón del silencio del DNU, y salvo disposición en contrario del convenio colectivo, entiendo que sería aplicable lo dispuesto en el decreto 487/87 en razón de que el FCL sustituye la indemnización del art. 245 de la LCT.

Novena. ¿Goza de privilegio el crédito del trabajador en concepto de FCL?

En caso de concurso de la entidad que administrara el FCL, cualquier trabajador "por causa o título anterior a la presentación" deberá presentar ante el síndico el correspondiente pedido de verificación de crédito (art. 32 de la ley 24.522). Lo mismo en caso de quiebra (art. 126 de la ley 24.522). En cualquiera de esos casos, advierto que el FCL queda comprendido en la expresión "cualquier otro derivado de la relación laboral" que forma parte del art. 246 de la ley 24.522. Por tanto, sólo tendrá privilegio general (no especial como se le reconoce a la indemnización "por antigüedad o despido" (art. 241, inciso 2 de la ley 24.522). Y como los privilegios sólo pueden ser reconocidos por ley sin que el deudor tenga la posibilidad de "crear a favor del acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro" (art. 2574 del CCYC), el convenio colectivo no tendrá competencia para establecer un privilegio diferente al de carácter general previsto en la ley 24.522 en caso de ejecución colectiva. Lo propio sucedería si la ejecución fuera individual (art. 263 de la LCT).

Décima. ¿Podría el convenio colectivo establecer la responsabilidad solidaria del empleador?

Sí, podría. La única limitación que emerge del art. 828 del CCYC es la imposibilidad de presumir la solidaridad. Por tanto, debe estar fijada “inequívocamente” en la ley o en “el título constitutivo de la obligación”.

Undécima. ¿Es constitucional un sistema de fondo de despido en Argentina para los trabajadores en general?

Insisto; el hecho de que la ley haya delegado a la autonomía colectiva la sustitución de cuajo del régimen indemnizatorio previsto en el art. 245 de la LCT, confronta con la directiva al legislador emanada del párrafo inicial del art. 14 bis de la CN y con el principio de legalidad (art. 19 in fine de la CN) ya que son las leyes las que deben asegurarle al trabajador “...protección contra el despido arbitrario” (23). Por tanto, en principio, no hay posibilidad de injerencia alguna de la negociación colectiva con fines sustitutivos por vía de delegación legislativa.

La redacción del art. 14 bis clausura cualquier régimen de fondo de despido sustitutivo para los trabajadores en general, por una razón elemental: es un sistema que le facilita al empleador la extinción de la relación laboral por la vía del despido sin causa. Y si esto es así —por mi parte, estoy convencido que lo es— estamos en las antipodas del propósito disuasivo que subyace en el texto constitucional destinado a que la protección sea eficaz y efectiva. Todos los autores que he leído, al momento de enumerar las ventajas y desventajas de un sistema de fondo de despido, coinciden en destacar la facilidad con la que contaría el empleador para ponerle fin a la relación laboral mediante un despido incausado. Transcribo lo dicho por algunos. “...La principal ventaja del nuevo sistema radica, sin lugar a dudas, en que el empresario no tiene que pagar una cantidad de dinero inesperada cuando decide extinguir el contrato...el empresario que opta por mantener puestos de trabajo tiene el incentivo de ahorrarse el coste de la indemnización; si se cambia a un sistema de capitalización, ese incentivo desaparece, por lo que pueden aumentar los despidos...” (Ramírez Sobrino y Frölich, 2011). “... Los FC conllevan un importante ahorro econó-

mico para las empresas en términos de costos laborales. El ingreso periódico en una cuenta de cantidades alicuotas de la indemnización por despido, facilita la realización de ajustes en la organización del trabajo...” (Alemán Páez, 2011). “... En primer lugar, el coste marginal del despido es cero y por lo tanto sabemos que se van a producir despidos ineficientes...cuando existen prestaciones por desempleo y el coste del despido es cero las empresas despiden más de lo que sería óptimo...” (Conde Ruiz, Felgueroso y García Pérez, 2011).

Duodécima. Vinculada a la anterior. ¿Sólo se puede vincular el convenio colectivo con la ley por suplementariedad?

Al decir de García (24), “las cláusulas de la convención colectiva sólo pueden entablar vínculos de suplementariedad con las normas de la ley laboral”. Sin ánimo de confrontación, no comparto la concluyente afirmación del reconocido autor. Amén de que la ley y el convenio colectivo se pueden relacionar por “exclusión” (25), en el contexto analizado por García, también es viable que entre ambos haya una relación por complementariedad.

Ejemplifico la relación de exclusión poniendo sobre la mesa el proyecto de ley remitido al Congreso el 18 de noviembre de 2017, al que hice referencia en el comienzo de esta redacción. En el ámbito de las normas absolutamente imperativas, el convenio colectivo no hubiera tenido movilidad alguna. En concreto, hubiera tenido completamente vedado: i) alterar la regla de adhesión voluntaria del empleador (art. 29); ii) crear otras fuentes para nutrir el patrimonio del Instituto (art. 23); iii) permitir otras inversiones distintas a la prevista en el arts. 24; iv) fijar el aporte a cargo del empleador sobre rubros diferentes a los individualizados en el art. 25; v) otorgarle a

(24) GARCÍA, H., “Fondo de cese de servicios, Ley de Contrato de Trabajo y convenio colectivo”, LA LEY 18/12/2023.

(25) Por todos, ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Las relaciones ley-convenio”, p. 27, Las reformas laborales de 1994 y 1997 (coord. Rojo Torrecilla, E.), Marcial Pons, Madrid, 1998; FUENTES RODRÍGUEZ, F., “El papel del convenio colectivo tras la reforma laboral”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 23; RAMOS QUINTANA, M. I., “La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)”, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 106.

(23) CONFALONIERI (h), Juan A.; “Primeras reflexiones sobre el fondo de cese laboral sectorial previsto en el Proyecto de reforma laboral de 2018”, TySS, 2018, p. 519.

los montos del FCLS correspondientes al trabajador caracteres diferentes a los establecidos por el art. 26; vi) alterar el régimen de percepción del fondo por el trabajador (art. 46), o la consecuencia en caso de incumplimiento del empleador de su obligación de efectuar los aportes al fondo (art. 29); vii) modificar el régimen de sanciones al empleador previsto en el art. 33; viii) alterar el momento a partir del cual se computa el plazo al que se refiere el art. 30.

Paso a la posible relación de complementariedad entre el convenio colectivo y la ley. Para ello, me ajustaré a los señalamientos de García quien sostiene que la única posibilidad que tiene el convenio colectivo para instituir un fondo de despido es bajo condición de que "la ley no desmantele su esquema de protección contra la rescisión contractual arbitraria". Y agrega: "...de modo tal que el convenio colectivo pueda cumplir su función de establecer condiciones más favorables".

El razonamiento de García parte de una premisa que no es otra que la coexistencia o sumatoria de dos regímenes destinados a tutelar al trabajador de cara al despido arbitrario (el de la ley y el del convenio colectivo). En otros términos, dos regímenes que no se excluyan recíprocamente sino que se acumulen; por tanto, típica relación de complementariedad incompatible, por definición, con la de suplementariedad (única vía de relacionamiento ley — convenio colectivo, para García). Si la premisa inicial de García es correcta (pienso que lo es), no hay que someter al convenio colectivo a ningún escrutinio de mayor favorabilidad para determinar si ha respetado la regla de norma mínima acogida por los arts. 7 de la ley 14.250 y 8 de la LCT (citados por García), porque dicha regla presupone la aplicación de una sola norma, esto es, entre las comparadas, la que establezca condiciones más favorables y, por consiguiente el total desplazamiento de la otra (la ley o el convenio). En cambio, la relación de complementariedad conduce a la aplicación de dos o más normas, sin tener que pasar por el tamiz de la mayor favorabilidad porque ambas portan regulaciones normativas que no se superponen sino que marchan en paralelo sin descartarse recíprocamente. Es lo que acontece, en la relación entre convenios colectivos cuando un convenio de ámbito mayor delega en uno de ámbito menor la regulación de ciertas y determinadas ma-

terias (art. 18.a de la ley 14.250), o cuando, sin delegación expresa, el convenio de ámbito menor incluye materias no tratadas en el de ámbito mayor. De ambos convenios colectivos su nutre el contrato individual (no sólo del más favorable, en esos casos). Lo mismo puede darse en la relación ley — convenio cuando el segundo cubre vacíos de la primera o cuando agrega regulaciones que, acumuladas, tendrán proyección sobre las relaciones individuales. Por tanto, relación de complementariedad y no suplementariedad. Tampoco test de mayor favorabilidad, por resultar naturalmente ajeno a la primera.

## VII. Bibliografía

Ackerman, M.; "Dos proyectos que convergen en la individualización y precarización de la contratación laboral", Relaciones Laborales y Seguridad Social, Año II — N° 22, diciembre de 1996, Ediciones Interocéánicas.

Alarcón Caracuel, M. R., "Las relaciones ley-convenio", Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 27, Las reformas laborales de 1994 y 1997 (coord. Rojo Torrecilla, E.).

Alemán Páez, F.; "Fondos de capitalización e indemnizaciones por despido: una aproximación teórica y valorativa"; Aranzadi Social N° 6, 2011.

Álvarez del Cuvillo, A.; "Informe sobre la regulación del despido en Europa", Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social N° 99/2009.

Blasco Pellicer, A.: "Hacia un fondo especial de capitalización de indemnizaciones: el modelo austríaco", en La Reforma Laboral en el Real Decreto Ley 10/2010, Tirant lo Blanch, 2010.

Conde Ruiz, I., Felgueroso, F., García Pérez, I.; "El fondo de capitalización a la austríaca: costes y beneficios de su implantación en España", Fundación de Estudios de Economía Aplicada, Colección Estudios Económicos, 06-2011.

Confalonieri (h), J. A.; "Primeras reflexiones sobre el fondo de cese laboral sectorial previsto en el Proyecto de reforma laboral de 2018", TySS, 2018.

Confalonieri (h), J. A.; “El concepto de teletrabajo y el régimen de reversibilidad. Dos de los varios aspectos cuestionables de la reciente ley argentina 27.555. Sucinta comparación con el régimen español”; *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 57, IUSTEL, 2020

Fuentes Rodríguez, F., “El papel del convenio colectivo tras la reforma laboral”, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 1995.

García, H., “Fondo de cese de servicios, Ley de Contrato de Trabajo y convenio colectivo”, L.L., diario de 18 de diciembre de 2023.

Gimeno Díaz de Atauri, P.; “El fondo de capitalización del despido y su incidencia en el sistema de pensiones”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* N° 112/2011.

Gómez López Egea, S.; “El fondo de capitalización en Austria y su aplicación en España”, [www.iese.edu](http://www.iese.edu)

Hofer, H.; “La reforma de la ley sobre indemnización por despido en Austria”, R.L. 2010.

Hofer, H.; “The Severance Pay Reform in Austria (Abfertigung Neu)”, *CESifo DICE Report*, vol 5, N° 4, 2007.

Hueck, A., “La evolución de la protección contra el despido arbitrario; su evolución en el derecho alemán del trabajo”, L.L., 53-893.

Informe del Grupo de expertos sobre el Fondo de Capitalización para los Trabajadores, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid.

López, J., “Es inconstitucional el derecho a la estabilidad”, L.T.XVII-A-398.

Proyecto de ley sobre un nuevo régimen de extinción de relaciones de trabajo y nuevas formas de contratación (53-P.E.-96), y Mensaje 1.182/96.

Proyecto de ley para la promoción del empleo y la seguridad social, Expte. Dip.1586-D-98.

Proyecto de ley reforma laboral, INLEG-2017-28952312-APN-PTE.

Ramírez Sobrino, J., N. y Fröhlich, M.; “Las reformas de la indemnización por despido: el modelo austríaco a la española”; *RGDTSS* N° 25, IUSTEL, 2011.

Romero, L. A., “Construir la Historia Pública de la Democracia Plural”, *El resurgir de la Argentina* (Coord. Barcia, P. L.), Editorial Docencia, Buenos Aires, 2023.

Selva Penalva, A.; “El fondo de capitalización anunciado en la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo”, *Tirant lo Blanch*, 2012.

Toscani Giménez, D.; “Los fondos de despido del sistema austríaco ¿un modelo a seguir?”, [elderecho.com](http://elderecho.com), 8 de noviembre de 2010.

# Breve análisis de las razones y consecuencias de la prolongación del período de prueba. A propósito de las modificaciones del DNU 70/2023

María Sol Loredo<sup>(\*)</sup>

El contrato de trabajo por tiempo indeterminado tiene vocación de permanencia hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de acceder a los beneficios del régimen de la seguridad social (art. 91 LCT). Por ello, ante el prospecto de extensa duración en condiciones de normalidad, es razonable que exista un lapso inicial durante el cual se pongan a prueba concretamente las habilidades del dependiente para que el empleador pueda comprobar la compatibilidad entre dicha prestación y sus necesidades puntuales. Así también, se constituye como una oportunidad para que el trabajador aprenda sobre la metodología de trabajo, las prácticas de la empresa y su afinidad con el puesto de trabajo para el que fue seleccionado.

Entre 2004 y 2023, conforme la redacción de la ley 20.744 (modificada por la ley 25.877 B.O. 19/04/2004) este lapso de tanteo transcurría durante los primeros tres meses del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, durante el cual cualquiera de las partes podría extinguir la relación sin expresión de causa y sin derecho a indemnización, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los artículos 231 y 232 de esa norma. Allí también se plasmaron algunas reglas complementarias, a saber: a) la imposibili-

dad de reutilizar el período de prueba respecto de un mismo trabajador; b) la consagración de sancionar a los empleadores que hicieran uso abusivo del instituto para evitar la efectivización de trabajadores; c) la necesidad de que el empleador registre al trabajador desde el comienzo de la relación laboral, bajo pena de, entre otros, considerar que ha renunciado al período de prueba; d) el reconocimiento de los derechos y obligaciones a cargo de ambas partes propias de la relación laboral y de los derechos sindicales; e) la obligación de pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social; f) el derecho del trabajador a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo e inculpable hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescripto en el cuarto párrafo del artículo 212 LCT; y g) la consagración de que el período de prueba, se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social.

Pues bien, de la lectura de la norma introducida en el art. 71 del decreto 70/2023, que modifica el art. 92 bis LCT surgen varias modificaciones al instituto, pero una es la que puntualmente resalta y es la relativa a la extensión del plazo del período de prueba, fijada en ocho meses. Aquella modificación adquiere estelaridad por las implicancias que conlleva para los contratos de trabajo que se celebren a partir de su entrada en vigencia.

---

(\*) Abogada (UM) graduada con Diploma de Honor. Magíster en Derecho del Trabajo (UCA). Miembro de la Asociación Argentina del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Relatora en la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.



Para un mejor análisis de la cuestión, cabe señalar que no es la primera vez que, desde la introducción de esta figura, son alterados los plazos de gracia durante los cuales la extinción puede ser dispuesta por el empleador sin invocación de causa y sin obligación indemnizatoria. Así, en la ley 24.465 (B.O 28/03/1995) se dispuso que el contrato por tiempo indeterminado se entendería celebrado a prueba durante los primeros tres meses, aunque los convenios colectivos de trabajo podrían ampliar dicho plazo hasta seis meses. Luego, la ley 25.013 (B.O 24/09/1998) acotó el lapso piloto a los primeros treinta días del vínculo, aunque se mantuvo la potestad de ampliarse a seis meses colectivamente, con la aclaración de que, en este último caso, “a partir del segundo mes, todos los aportes y contribuciones legales y convencionales, rigiendo las normas generales en materia de indemnización y preaviso” con una disponibilidad de hasta el 50% del régimen general.

La ley 25.250 (B.O 02/06/2000) retrotrajo la modificación de su predecesora y volvió a la fórmula original de tres meses de prueba, aunque aquí también se sostuvo la potestad de disponer colectivamente su ampliación. La novedad se impuso en el ámbito de las pequeñas empresas (cfr. art. 83 de la ley 24.467), respecto de quienes se dispuso que el plazo de prueba de sus dependientes sería de seis meses y mediante disponibilidad colectiva podría extenderse al doble, cuando se tratara de trabajadores calificados.

Una nueva modificación se produjo mediante el dictado de la ley 25.877, mediante la cual se derogó la norma antecesora y se dispuso la modificación del régimen del art. 92 bis LCT en la redacción que hasta la actualidad se aplicó, a la que aludí en primer término.

Pues bien, la ampliación prevista en el decreto 70/23 (B.O 21/12/2023) encuentra fundamento, según los considerandos de la extensa norma, en la falta de creación de puestos de trabajos formales desde hace más de una década, por lo que se implementan numerosas modificaciones al régimen laboral para promover la remoción de obstáculos en este sentido.

Desde tal perspectiva, pueden advertirse dos potenciales justificativos para que el Ejecutivo dispusiera la ampliación del plazo, vistas desde

el punto de vista del empleador que es, quien en definitiva, va a ser el creador de la fuente de trabajo. En primer lugar la ya conocida necesidad de quien contrata los servicios de un trabajador para ponderar si éste se amolda a los requerimientos del puesto que se trate aunque, en este sentido, habría que analizar, si este incremento temporal podría ser beneficioso en todos los casos o si, por el contrario, la mayor extensión se aprovecharía respecto de aquellos puestos de trabajo en los que realmente sea necesario para el empleador contar con un mayor lapso de reflexión para la ponderación del desempeño en las tareas diarias, como puede suceder en los empleos de mayor calificación y jerarquía. O si, en el caso contrario, la extensión del lapso legal no encuentra justificación razonable y se trate de una innecesaria prolongación de la incertidumbre del trabajador respecto de su incorporación definitiva a la empresa.

En segundo lugar, se destaca la posibilidad con la que cuenta un empresario de encarar nuevas explotaciones u otras ramas de negocios, lo cual podría requerir para el análisis de la viabilidad del modelo un lapso mayor al que hasta ahora exige la norma. Esto no se encuentra directamente vinculado con la idoneidad del trabajador, sino con la de su propia explotación comercial, pero como su natural consecuencia, la extensión del lapso podría permitirle al empresario un estudio más exhaustivo y adoptar una decisión informada acerca de la necesidad de efectiva incorporación de ese dependiente. Habría que reflexionar aquí, entonces, si la norma no traslada en cierta medida el riesgo empresario al trabajador, para discurrir acerca de su razonabilidad.

Respecto de los incisos mencionados en el art. 92 bis LCT, la nueva redacción de la norma mantiene los atinentes a la imposibilidad de reutilizar el período de prueba respecto de un mismo trabajador y las sanciones para el eventual uso abusivo del instituto para evitar la efectivización de trabajadores. También se conservan la obligación de pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social y el derecho del trabajador a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo e inculpable, en las condiciones antes descriptas. También se mantiene la obligación de preavisar la extinción con anterioridad al vencimiento del plazo.

En cambio, se eliminó el punto relativo a la obligación del empleador de registrar el vínculo desde el comienzo de la relación laboral que estaba consagrada “sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento” y que preveía como consecuencia “de pleno derecho que ha renunciado a dicho período”. Sin embargo, si bien hasta la actualidad había que discutir en cada caso puntual acerca de la aplicabilidad de la doctrina del plenario n° 218 en autos “Sawady Manfredo c/ SADAIC” y los alcances del artículo 245 de la LCT en casos en los que la relación laboral no poseía una extensión superior a tres meses, en el art. 81 del decreto 70/23 se establece específicamente que la indemnización por antigüedad se reconocerá cuando el despido incausado se produzca “luego de transcurrido el período de prueba”, lo cual es coherente con la modificación aquí en análisis.

Asimismo, es necesario señalar que en el apartado en donde se indica la obligación de pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social (punto 4°), se establece que será “con los beneficios establecidos en cada caso”, lo cual plantea interrogantes acerca de los alcances de tal expresión que en la anterior redacción no estaba consignada. Para ello será esencial monitorear su implementación, a efectos de evaluar sus efectos en los derechos de los trabajadores.

Por otra parte puede advertirse que la remoción del inciso 7° del art. 92 bis LCT que establece expresamente que el lapso de prueba se computará “como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social” no pareciera, a simple vista, ser regresiva. Ello es así pues, se mantienen las previsiones relativas a la necesidad de registro oportuno del vínculo y no se altera el criterio legal de que este instituto se encuentra inmerso dentro del contrato por tiempo indeterminado (y no como una etapa previa a la estabilidad relativa), a lo que se suma lo expuesto en el art. 18 LCT.

De allí que la simplificación de la redacción no parecería impedir *-prima facie-* que efectivamente este lapso compute como tiempo de servicios, máxime cuando ello no es expresamente mencionado en la norma en sentido adverso.

En última instancia, resulta fundamental que cualquier alteración en las normas laborales se lleve a cabo con un análisis minucioso de sus implicancias para todas las partes involucradas. El equilibrio ha de salvaguardar tanto la estabilidad y los derechos laborales como la capacidad empresarial para operar y expandirse, lo cual redundará en un desarrollo económico sostenible respetuoso de la dignidad y los derechos de los trabajadores.

# Principales modificaciones relativas al DNU 70/2023 y su impacto en el derecho individual del trabajo y en el derecho de la seguridad social

Nadia García (\*)

**Sumario:** I. Derecho de la seguridad social.— II. Derecho individual del trabajo.

En estas líneas se realiza un análisis preliminar de los aspectos en que el DNU 70/23 modifica, altera o elimina normas relacionadas con el derecho de la seguridad social y el derecho individual del trabajo.

## I. Derecho de la seguridad social

### I.1. Derecho previsional

“ARTÍCULO 1º.- EMERGENCIA. Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social hasta el 31 de diciembre de 2025.”

El decreto se limita a declarar la emergencia, pero luego no contiene modificaciones en la materia, sin embargo el artículo 276 en materia de “Actualización y repotenciación de los créditos laborales por depreciación monetaria” podría ser utilizado para los planteos en materia de actualización ya que no existirían razones para no aplicar dicha pauta a créditos que también se ven afectados por la inflación y que tienen carácter netamente alimentario.

---

(\*) Abogada. Doctora en previsión social y derechos humanos. Docente de grado y posgrado.

### I.2. Prestación por desempleo

“ARTÍCULO 64.- Incorpórase como inciso i) al artículo 114 de la Ley Nº 24.013, el siguiente:

i) Extinción por mutuo acuerdo de las partes en los términos del artículo 241 de la Ley Nº 20.744”

Se incorpora como inciso i) dentro de la “situación legal de desempleo” prevista en la ley 24.013 los casos de extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo. Esto resulta una excepción al principio general en cuanto la extinción debe producirse por causas no imputables al trabajador. La modificación afectaría únicamente a las prestaciones por desempleo alcanzadas por la ley 24.013 y no a aquellas correspondientes a la industria de la construcción o al trabajo agrario, ya que solo se modifica el 114 de la ley 24.13.

### I.3. Derecho a la salud

Por el ARTÍCULO 264 se deroga la Ley 27.113 que declaraba de interés Nacional y estratégico la actividad de los laboratorios de producción pública.

Por ARTÍCULO 265 deroga el Decreto 743/22 disponía tope máximo al incremento del valor cuota de los contratos de adhesión voluntaria de medicina prepagada.

Por esta razón la SSS ya no informará los topes máximos en relación al 90% RIPTTE. Por este decreto existía también la posibilidad de los usuarios de pedir una reducción del incremento de hasta el 50% si se encontraba dentro de ciertos parámetros. Todas estas disposiciones quedarían derogadas. No quedaría, con la vigencia del decreto ningún tipo de contralor y los incrementos rondan entre el 35% y el 40%, que según declaraciones de los titulares de estas empresas no compensaría el desfasaje por lo que seguiría.

Entre los fundamentos del DNU 70/2023, se menciona la crisis del sistema de salud y el objetivo de lograr reducciones contundentes en el costo de las prestaciones.

Las modificaciones normativas en el ámbito de la salud tendrán impacto no sólo en los sistemas de las leyes 23.660, 23.661 y 26.682 sino también en los medicamentos, laboratorios, farmacias, etc.

El Título XI del DNU se denomina “Salud”. En el capítulo I se modifica la Ley 25.649 sobre nombre genérico de medicamentos. En el Capítulo II se modifica la Ley 26.682 de Marco Regulatorio de la Medicina Prepaga. El Capítulo III modifica la ley 23.660 de Obras Sociales y el Capítulo IV, la ley 23.661, que regula el Sistema Nacional del Seguro de Salud.

a) Capítulo I — Utilización de medicamentos por su nombre genérico (Ley N° 25.649)

“ARTÍCULO 266.- Sustitúyese el artículo 2° de la Ley N° 25.649 por el siguiente:

ARTÍCULO 2°.- Toda receta o prescripción médica deberá efectuarse en forma obligatoria expresando exclusivamente el nombre genérico del medicamento o denominación común internacional que se indique, seguida de forma farmacéutica y dosis/unidad, con detalle del grado de concentración. El farmacéutico, debidamente autorizado por la autoridad competente, es el único responsable y capacitado para la debida dispensa de especialidades farmacéuticas que requieran recetas en cualquiera de sus modalidades.”

Elimina la posibilidad de indicar el nombre comercial, en dichos casos, a pedido del consumi-

dor e farmacéutico tendrá la obligación de sustituir la misma por una especialidad medicinal de menor precio que contenga los mismos principios activos, concentración, forma y similar cantidad de unidades.

b) Capítulo II- Modificaciones al Marco Regulatorio de la Medicina Prepaga

El art. 267 elimina:

- la función de la Autoridad de Aplicación —es decir, la Superintendencia de Servicios de Salud— de autorizar y revisar los valores de las cuotas del servicio de medicina prepaga (art. 5 inc. g).

Como ya se mencionó podrían modificar unilateralmente la cuota que ronda actualmente entre el 35% y 40% e incluso establecer variaciones según franjas etarias con una variación máxima de 3 veces entre el precio de la primera y la última franja etaria, libremente.

- la función de transferir a los afiliados a otro prestador, cuando se produzca la quiebra, cierre o cesación de actividades de una empresa de medicina prepaga (art. 5 inciso m).

Al derogarse esta función la persona afiliada, lo que puede incluir personas con discapacidad, podrían quedar automáticamente sin cobertura y debiendo buscar una nueva empresa que no respetaría ni antigüedad y podría efectuar incrementos por preexistencias.

- elimina la Comisión Permanente creada por el art. 6 de la ley 26.682, cuyo objetivo es articular las funciones fijadas en la ley, integrada por 3 representantes del Ministerio de Salud y 3 representantes del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

-elimina la atribución de la Autoridad de Aplicación de fijar aranceles mínimos para los prestadores públicos y privados que contraten con las empresas de medicina prepaga. El objetivo de estos aranceles mínimos es asegurar el desempeño eficiente de los prestadores. Además, en este artículo se establecía que la mora en el pago a los prestadores hacía pasible aplicación de las sanciones del art. 24 a las empresas de medicina prepaga (art. 18).

Al eliminarse los aranceles mínimos puede perderse calidad en el servicio por bajo arancel o incrementar la cuota. Ciertas especialidades podrían no resultar rentables de contratar.

-elimina el art. 19, que establecía que los contratos debían adecuarse a modelos establecidos por la Autoridad de Aplicación.

-elimina la matrícula anual que debían pagar las empresas de medicina prepaga y que era fuente de recursos para el Ministerio de Salud (art. 25 inc. a.)

-elimina el art. 27, en el cual se establecía la creación de un Consejo Permanente de Concertación con representantes del Ministerio de Salud, de la Autoridad de Aplicación de la ley 24.240, de las empresas de medicina prepaga de los usuarios y de los prestadores. Este consejo tenía facultades consultivas y sus miembros se desempeñaban ad-honorem.

-Art. 268: incorpora el art. 30 bis, que establece que la ley 26.682 sólo será de aplicación a los asociados voluntarios cuyo vínculo con el asegurador esté fuera del alcance de la ley 23.660. Es decir que, cuando la prepaga actúe como obra social, no se aplicará la ley 26.682.

No se modificó el art. 1 de esta norma, que determina que las obras sociales cuando ofrezcan planes superadores se registrarán por la ley 26.682. Pero según este art. 30 bis, cuando un trabajador opte por una empresa de medicina prepaga y pague con sus aportes, no se le aplicaría la ley 26.682. Con lo cual, se genera una contradicción en la norma.

Entendemos que la ley 26.682 solo aplicaría a los contratos voluntarios individuales. Las prepagas deberían ofrecer un servicio de cobertura mínima que necesariamente deberá cubrir el PMO que es una cobertura bastante amplia. Esta sería una salida para quienes no pueden pagar y solo tienen prepaga. Si actúa con derivación de aportes es distinto y aplicaría 23.660.

El trabajador o monotributista podría optar directamente entre medicina prepaga u obra social, sin intermediación por esta razón competirían entre ellas para captar a ese afiliado.

Por otra parte, al incluirse a las empresas de medicina prepaga en el sistema de obras sociales deberá aportar al Fondo Solidario destinado a la cobertura de enfermedades poco frecuente y prestaciones de discapacidad.

c) Capítulo I — Utilización de medicamentos por su nombre genérico (Ley N° 25.649)

“ARTÍCULO 266.- Sustitúyese el artículo 2° de la Ley N° 25.649 por el siguiente:

ARTÍCULO 2°.- Toda receta o prescripción médica deberá efectuarse en forma obligatoria expresando exclusivamente el nombre genérico del medicamento o denominación común internacional que se indique, seguida de forma farmacéutica y dosis/unidad, con detalle del grado de concentración. El farmacéutico, debidamente autorizado por la autoridad competente, es el único responsable y capacitado para la debida dispensa de especialidades farmacéuticas que requieran recetas en cualquiera de sus modalidades.”

d) Capítulo III- Obras sociales

Este Capítulo incluye a los arts. 270 a 294.

En el art. 270, se incorpora dentro de la ley 23.660 a “todas las entidades del art. 1 de la ley 26.682”. Este artículo enuncia a: empresas de medicina prepaga, planes superadores o voluntarios que ofrezcan los Agentes del Seguro de Salud, cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones cuyo objeto total o parcial consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana.

El art. 271 modifica el art. 2 de la ley 23.660. Este artículo determina cuáles sujetos son personas jurídicas de derecho público y cuáles son personas jurídicas de derecho privado. El DNU modifica el texto original de la ley 23.660, adecuándolo al Código Civil y Comercial de la Nación. En este sentido, se modifica la remisión al antiguo art. 33 del Código Civil por el nuevo art. 148 del C.C.C.

El art. 272 sustituye el art. 3 de la ley 23.660, sólo en que deja de referirse a las obras sociales y pasa a referirse a los sujetos del art. 1. Este artículo 3, se refiere a las prestaciones que deben

otorgar (prestaciones de salud y otras prestaciones sociales).

El art. 273, sustituye el artículo 4°. Esta norma establece la documentación que deben presentar los sujetos de la ley (programa de prestaciones, presupuesto, balances, etc). La modificación del DNU consiste en que se elimina la referencia a la ANSSAL y se sustituye por la Superintendencia de Servicios de Salud.

El art. 274 deroga el art. 5, que establecía que las obras sociales:

-debían destinar el 80% de los recursos brutos a prestaciones de salud (deducidos los aportes al Fondo de Redistribución).

-las obras sociales que recauden centralizadamente, debían utilizar el 70% recaudado por jurisdicción, para atender a los beneficiarios de esa jurisdicción.

-debían establecer en sus estatutos mecanismos de redistribución regional solidaria que asegure el acceso de los beneficiarios a los servicios de salud sin discriminación de ningún tipo.

Ya no existe la obligación de destinar el 80% a prestaciones de salud por lo cual las obras sociales podrían invertir en otras cosas como edificaciones etc. que les de mayor competitividad.

El art. 275 modifica el art. 6°, sólo en cuanto a la mención de obras sociales (que ahora pasa a referirse a los sujetos de esta ley) y a la ANSSAL, que se reemplaza por la Superintendencia de Servicios de Salud.

“ARTÍCULO 276.- Sustitúyese el artículo 7° de la Ley N° 23.660 por el siguiente:

ARTÍCULO 7°.- Las resoluciones que adopten el Ministerio de Salud y la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS), en ejercicio de las funciones, atribuciones y facultades otorgadas por la legislación, serán de cumplimiento obligatorio para las entidades, exclusivamente en lo que atañe a su condición de agentes del Seguro de Salud.”

Efectúa cambios terminológicos elimina ANSSAL y obliga a los agentes del Seguro de Salud (no

refiere a obras sociales y agentes de salud como antes).

ARTÍCULO 277.- Sustitúyese el artículo 8° de la Ley N° 23.660 por el siguiente:

ARTÍCULO 8°.- Quedan obligatoriamente incluidos en calidad de beneficiarios de las entidades (antes decía Obras Sociales):

a) Los trabajadores que presten servicios en relación de dependencia, sea en el ámbito privado o en el sector público.

b) Los jubilados y pensionados nacionales;

c) Los beneficiarios de prestaciones no contributivas nacionales.”

Incluiría en la medicina prepaga a las PNC y a jubilados y pensionados que podrían optar entre Obra Social o Medicina Prepaga.

“ARTÍCULO 278.- Sustitúyese el último párrafo del artículo 9° de la Ley N° 23.660 por el siguiente:

La Superintendencia de Servicios de Salud (SSS) podrá autorizar, con los requisitos que ella establezca, la inclusión como beneficiarios, de otros ascendientes o descendientes por consanguinidad del beneficiario titular y que se encuentren a su cargo, en cuyo caso se fija un aporte adicional del uno y medio por ciento (1,5%) por cada una de las personas que se incluyan.”

Cambia la autoridad encargada de autorizar pasa de a la Dirección Nacional de OS a la Superintendencia de Servicios de Salud.

“ARTÍCULO 279.- Sustitúyese el inciso e) del artículo 10 de la Ley N° 23.660 por el siguiente:

“e) Los trabajadores de temporada podrán optar por mantener el carácter de beneficiarios durante el período de inactividad y mientras subsista el contrato de trabajo cumpliendo durante ese período con las obligaciones de aporte a su cargo y de la contribución a cargo del empleador que establece la presente ley. Este derecho cesará a partir del momento en que, en razón de otro contrato de trabajo, pasen a ser beneficiarios titulares en los términos previstos en el artículo 8 de la presente ley.”

Incluye los demás incisos del artículo 8 esto es jubilados y pensionados y PNC.

“ARTÍCULO 280.- Derógase el inciso f) del artículo 10 de la Ley N° 23.660.”

Elimina la posibilidad de mantener la afiliación en el caso de servicio militar obligatorio o convocatoria especial.

“ARTÍCULO 281.- Sustitúyese el artículo 11 de la Ley N° 23.660 por el siguiente:

ARTÍCULO 11.- Cada entidad elaborará su propio estatuto conforme con la presente ley y las normas que se dicten en consecuencia, el que presentará ante la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS).”

Antes a la Dirección Nacional de Obras Sociales.

“ARTÍCULO 282.- Sustitúyese el inciso h) del artículo 12 de la Ley N° 23.660 por el siguiente:

h) Las obras sociales y otras entidades que adhiran a la presente ley mantendrán su propio régimen de administración y gobierno.”

Agrega otras entidades.

“ARTÍCULO 283.- Sustitúyese el artículo 15 de la Ley N° 23.660 por el siguiente:

“ARTÍCULO 15.- Cuando la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS) realice tareas de control y fiscalización en las obras sociales, en ejercicio y dentro de las facultades comprendidas por los artículos 7º, 8º, 9º, 21 y concordantes de la Ley del Sistema Nacional del Seguro Salud, aquéllas facilitarán el personal y elementos necesarios para el cumplimiento de la aludida misión.”

Cambia la autoridad.

“ARTÍCULO 284.- Sustitúyese el artículo 19 de la Ley N° 23.660 por el siguiente:

ARTÍCULO 19.- Los empleadores, dadores de trabajo o equivalentes en su carácter de agentes de retención deberán depositar la contribución a su cargo junto con los aportes que hubieran debido retener —al personal a su cargo—, dentro de los quince días corridos contados a partir de

la fecha en que se deba abonar la remuneración a la entidad seleccionada por el beneficiario y a través del mecanismo correspondiente del organismo responsable de recaudación de fondos.

a) Para el caso de las Obras Sociales, el noventa por ciento (90%) de la suma de la contribución y los aportes que prevén los incisos a) y b) del artículo 16 de esta Ley, cuando las remuneraciones brutas mensuales sean de hasta pesos un mil (\$ 1.000.-) inclusive, y del ochenta y cinco por ciento (85%) cuando dichas remuneraciones superen los pesos un mil (\$ 1.000.-). Para el caso de las Obras Sociales del Personal de Dirección y de las asociaciones Profesionales de Empresarios o de otras entidades mencionadas en el inciso i del artículo 1º, dicho porcentaje será del ochenta y cinco por ciento (85 %) cuando las remuneraciones brutas mensuales sean de hasta pesos un mil (\$ 1.000.-) inclusive, y del ochenta por ciento (80 %) cuando superen ese tope;”

Las remuneraciones de referencia carecen de sentido y actualización.

“b) Conforme los niveles remunerativos mencionados, el diez por ciento (10 %) o el quince por ciento (15 %), respectivamente, de la suma de la contribución y los aportes que prevén los incisos a) y b) del artículo 16 de esta Ley, y cuando se trate de las Obras Sociales del Personal de Dirección y de las Asociaciones Profesionales de Empresarios o de otras entidades mencionadas en el inciso i del artículo 1º, el quince por ciento (15 %) o el veinte por ciento (20 %), respectivamente, de la suma a depositarse se destinarán al Fondo Solidario de Redistribución, a la orden de las cuentas recaudadoras que determine la reglamentación.”

Antes eran a la orden de cuentas de la ANSSAL.

“c) El cincuenta por ciento (50 %) de los recursos de distinta naturaleza que prevé la presente ley en su artículo 16, a la orden de la obra social correspondiente;

d) El cincuenta por ciento (50 %) de los recursos de distinta naturaleza que prevé la presente ley en su artículo 16 a la orden de la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS), en los mismos términos que los indicados en el inciso b) precedente;”

Antes era a la orden de la ANSSAL.

“e) Cuando las modalidades de la actividad laboral lo hagan conveniente, la autoridad de aplicación podrá constituir a entidades en agentes de retención de contribuciones y aportes calculados sobre la producción, que equivalgan y reemplacen a los calculados sobre el salario, a cuyo efecto aprobará los convenios de corresponsabilidad suscriptos entre dichas entidades y las respectivas obras sociales.”

“ARTÍCULO 285.- Incorpórase como artículo 19 bis a la Ley N° 23.660, el siguiente:

ARTÍCULO 19 bis.- Cuando las entidades reciban aportes adicionales a los de la suma de la contribución y los aportes que prevén los incisos a) y b) del artículo 16 de esta Ley, deberán depositar el VEINTE (20 %) al Fondo Solidario de Redistribución.”

Si existen excedentes irán al Fondo Solidario de redistribución.

“ARTÍCULO 286.- Sustitúyese el artículo 21 de la Ley N° 23.660 por el siguiente:

ARTÍCULO 21.- Para la fiscalización y verificación de las obligaciones emergentes de la presente ley por parte de los responsables y obligados, los funcionarios e inspectores de la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS) y de las entidades tendrán, en lo pertinente, las facultades y atribuciones que la ley asigna a los de la Dirección Nacional de Recaudación Previsional.

Las actas de inspección labradas por los funcionarios e inspectores mencionados en el párrafo anterior hacen presumir, a todos los efectos legales, la veracidad de su contenido.”

Reemplaza la autoridad e incluye “las entidades” incorporando a las empresas de medicina prepaga en la ley como se ha señalado en reiteradas oportunidades.

“ARTÍCULO 287.- Sustitúyese el primer párrafo del artículo 23 de la Ley N° 23.660 por el siguiente:

Los fondos previstos por la presente ley como también los que por cualquier motivo correspondan a las entidades deberán depositarse en insti-

tuciones bancarias y serán destinados exclusivamente a la atención de las prestaciones y demás obligaciones de las mismas y de los gastos administrativos que demande su funcionamiento.”

Elimina el segundo párrafo referido a limitación de inversiones.

“ARTÍCULO 288.- Sustitúyese el primer párrafo del artículo 24 de la Ley N° 23.660 por el siguiente:

El cobro judicial de los aportes, contribuciones, recargos, intereses y actualizaciones adeudados a las entidades, y de las multas establecidas en la presente ley se hará por la vía de apremio prevista en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sirviendo de suficiente título ejecutivo el certificado de deuda expedido por las entidades o los funcionarios en que aquéllas hubieran delegado esa facultad.”

Elimina la competencia de los juzgados federales de primera instancia en lo civil y comercial. Y en la Capital la de la Justicia Nacional del Trabajo. También la prescripción de 10 años.

“ARTÍCULO 289.- Sustitúyese el artículo 25 de la Ley N° 23.660 por el siguiente:

ARTÍCULO 25.- La Superintendencia de Servicios de Salud (SSS) actuará como Autoridad de Aplicación de la presente ley, con jurisdicción sobre las entidades del artículo 1°.”

Elimina la Dirección Nacional de Obras Sociales.

“ARTÍCULO 290.- Sustitúyese el artículo 26 de la Ley N° 23.660 por el siguiente:

ARTÍCULO 26.- Otorga todas las facultades a la SSS.”

“ARTÍCULO 291.- Sustitúyese el artículo 27 de la Ley N° 23.660 por el siguiente:

ARTÍCULO 27.- Otorga todas las atribuciones a la SSS”

“ARTÍCULO 292.- Incorpórase como artículo 28 bis a la Ley N° 23.660, el siguiente:



ARTÍCULO 28 bis.- Para las entidades comprendidas en el inciso i) del artículo 1º de esta Ley regirá el régimen sancionatorio de la Ley Nº 26.682.”

Incorpora para las Empresas de Medicina Pre-paga el régimen sancionatorio de dicha ley.

“ARTÍCULO 293.- Sustitúyese el último párrafo del artículo 40 de la Ley Nº 23.660 por el siguiente:

El síndico será designado por el Ministerio De Salud a propuesta de la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS).”

Modifica la designación del síndico antes a cargo del MSyAS a propuesta de la ANSSAL.

“ARTÍCULO 294.- Derógase el artículo 42 de la Ley Nº 23.660.”

Refería al Instituto Nacional de Obras Sociales.

d) Capítulo IV — Sistema Nacional del Seguro de Salud (Ley Nº 23.661)

“ARTÍCULO 295.- Sustitúyese el último párrafo del artículo 2º de la Ley Nº 23.661 por el siguiente:

Se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones, las entidades incorporadas al inciso i) del artículo 1º de la Ley Nº 23.660 y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye, las que deberán adecuar sus prestaciones de salud a las normas que se dicten y se regirán por lo establecido en la presente ley, su reglamentación y la ley de Obras Sociales, en lo pertinente.”

Incorpora dentro de los agentes del seguro además de las obras sociales mencionadas las empresas de medicina prepaga de la ley 26.682.

“ARTÍCULO 296.- Sustitúyese el inciso a) del artículo 5º de la Ley Nº 23.661 por el siguiente:

a) Todos los beneficiarios comprendidos en la Ley 23.660.”

Incluye como beneficiarios también a los de Medicina Prepaga.

“ARTÍCULO 297.- Sustitúyese el artículo 15 de la Ley Nº 23.661 por el siguiente:

ARTÍCULO 15.- Las entidades comprendidas en la Ley Nº 23.660 serán agentes naturales del seguro, así como aquellas otras obras sociales que adhieran al régimen de la presente ley.”

Incluye medicina prepaga y otras obras sociales que adhieran a la ley como agentes naturales del seguro.

“ARTÍCULO 298.- Sustitúyese el inciso a) del artículo 17 de la Ley Nº 23.661 por el siguiente:

a) A las entidades comprendidas en la Ley Nº 23.660.”

Sustituye la remisión a obras sociales por ley 23.660 con lo cual agrega las empresas de medicina prepaga en el Registro Nacional de Agentes del Seguro. En este artículo se mantiene la referencia a la ANSSAL que llevaría el registro.

“ARTÍCULO 299.- Sustitúyese el último párrafo del artículo 17 de la Ley Nº 23.661 por el siguiente:

La inscripción, habilitará el agente para aplicar los recursos destinados a las prestaciones de salud, previstos en la Ley Nº 23.660.”

Idem modificación anterior.

“ARTÍCULO 300.- Sustitúyese el inciso a) del artículo 21 de la Ley Nº 23.661 por el siguiente:

a) La cobertura de prestaciones que tienen que dar a sus beneficiarios las entidades comprendidas en la Ley Nº 23.660.”

Elimina remisión únicamente a obras sociales y lo reemplaza por 23.660.

“ARTÍCULO 301.- Sustitúyase el inciso a) del artículo 22 de la Ley Nº 23.661 por el siguiente:

a) los previstos en la Ley Nº 23.660 y sus modificaciones.”

Sobre los recursos del Fondo Solidario de Redistribución. Se modifica el inciso a) y se dispone en general “con los recursos previstos en la ley 23660”, entendemos que refiere a las modifi-

caciones del artículo 19 y 19 bis versión según el decreto en análisis.

## II. Derecho individual del trabajo

“ARTÍCULO 53.- Deróganse los artículos 8º a 17 y 120, inciso a), de la Ley Nº 24.013.”

-Artículos 8º a 17: Elimina todo el régimen de indemnizaciones por trabajo no registrado o parcialmente registrado, así como el incremento por ocurrir el despido luego de la intimación que al respecto formulara el trabajador.

-art. 120, inciso a) Elimina la obligación del empleador de cumplir con las registraciones previstas en el artículo 7 de la ley 24.013; esto es libro especial del artículo 52 de la LCT y los registros previsionales, asignaciones familiares y obra social.

Esto por cuanto modifica la referencia al artículo 18 de la ley 24.013 y el Sistema único de Registro laboral.

“ARTÍCULO 54.- Derógase el artículo 9º de la Ley Nº 25.013.”

Elimina la calificación de temeraria y maliciosa la conducta del empleador que no abonare en término y sin causa justificada la indemnización por despido incausado o acuerdo homologado.

“ARTÍCULO 55.- Derógase la Ley Nº 25.323.”

Con esta derogación se eliminan dos indemnizaciones. La primera referida al incremento indemnizatorio por relación laboral no registrada o parcialmente registrada, que completaba el sistema de la ley 24.013 para los supuestos en que se hubiera dado la extinción del contrato de trabajo y el trabajador no hubiera cursado la intimación del art.11 de la ley 24.013.

La otra indemnización derogada se encontraba prevista para el caso que el empleador fehacientemente intimado no abonare las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la ley 20.744.

“ARTÍCULO 56.- Deróganse los artículos 43 a 48 de la Ley Nº 25.345.”

-art. 43º. Este artículo incorporaba el artículo 132 bis a la LCT disponiendo una sanción para el empleador que habiendo retenido aportes con destino a los organismos de seguridad social o sindicales y al producirse la extinción no los hubiera ingresado. La sanción consistía en pagar al trabajador la remuneración mensual que se devengaba hasta el efectivo pago de los fondos retenidos.

“ARTÍCULO 57.- Derógase el artículo 15 de la Ley Nº 26.727.”

Se elimina la prohibición de actuación de las empresas de servicios temporarios, agencias de colocación o cualquier otra empresa que provea trabajadores para la realización de tareas y actividades incluidas en el régimen de trabajo agrario.

“ARTÍCULO 58.- Derógase el artículo 50 de la Ley Nº 26.844.”

Se elimina el agravamiento indemnizatorio por falta o deficiente registración en el estatuto del personal de casas particulares, el mismo consistía en la duplicación de la indemnización por antigüedad prevista en el art. 48 de dicha ley.

“Capítulo I - Registro Laboral (Ley Nº 24.013)

ARTÍCULO 59.- Sustitúyese el artículo 7º de la Ley Nº 24.013 por el siguiente:

ARTÍCULO 7º.- Se entiende que la relación o el contrato de trabajo se encuentran registrados cuando el trabajador esté inscripto en las formas y condiciones que establezca la reglamentación que determine el Poder Ejecutivo.

Dicha registración deberá ser simple, inmediata, expeditiva, y realizarse a través de medios electrónicos.”

Se dispone la modificación del régimen registral que quedará supeditado a la reglamentación que a futuro se establezca y lo dispuesto en la modificación del art. 18 de la ley.

“ARTÍCULO 60.- Incorpórase como artículo 7º bis de la Ley Nº 24.013, el siguiente:

ARTÍCULO 7º bis - En virtud de lo establecido en los artículos 29 y 30 de la Ley Nº 20.744, la registración efectuada en los términos del artículo

7º se considera plenamente eficaz cuando hubiera sido realizada por cualquiera de las personas intervinientes, humanas o jurídicas.”

Conforme este artículo se considerará registrada la relación en los casos de intermediación, mediación, subcontratación y/o delegación cuando la misma sea realizada por cualquiera de las personas intervinientes.

“ARTÍCULO 61.- Incorpórase como artículo 7º ter de la Ley Nº 24.013, el siguiente:

ARTÍCULO 7º ter - El trabajador podrá denunciar la falta de registración laboral ante la Autoridad de Aplicación, que deberá ofrecer un medio electrónico a tal efecto, ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía, o ante las autoridades administrativas del trabajo locales.”

Se mantiene la posibilidad de denuncia del trabajo no registrado que deberá canalizarse por un medio electrónico. No obstante, se desconoce cuándo se considerará registrada la relación laboral, esto por cuanto no se estableció aún la reglamentación al respecto.

“ARTÍCULO 62.- Incorpórase como artículo 7º quáter de la Ley Nº 24.013, el siguiente:

ARTÍCULO 7º quáter.- En el supuesto de sentencia judicial firme que determine la existencia de una relación de empleo no registrada, la autoridad judicial deberá poner en conocimiento de la entidad recaudadora de las obligaciones de la seguridad social, dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que quede firme y consentida la sentencia, todas las circunstancias que permitan la determinación de deuda existente, si la hubiera.

Si conforme sentencia judicial firme, la relación laboral se encontrara enmarcada erróneamente como contrato de obra o servicios, de la deuda que determine el organismo recaudador, se deducirán los componentes ya ingresados conforme al régimen del cual se trate, se establecerá un sistema de intereses menos gravoso y facilidades de pago.”

Se dispone un sistema de intereses menos gravoso para el empleador incumplidor, lo cual lejos

de desalentar la incorrecta registración la torna más tentadora.

“ARTÍCULO 63.- Sustitúyese el artículo 18 de la Ley Nº 24.013, por el siguiente:

ARTÍCULO 18.- El Sistema Único de Registro Laboral concentrará los siguientes registros:

a) la inscripción del empleador y la afiliación del trabajador al Instituto Nacional de Previsión Social, a las cajas de subsidios familiares y al prestador del sistema nacional de salud elegido por el trabajador;

b) el registro de los trabajadores beneficiarios del sistema integral de prestaciones por desempleo.”

Elimina la obligación de registración en el libro especial del art. 52 de la ley 20.744, también se elimina la inscripción a la obra social, siendo ahora obligación el registro del trabajador en un nuevo sistema registral y en el prestador de salud que elija el trabajador.

“Capítulo II — Ley de contrato de trabajo — Ley Nº 20.744 (t.o. 1976)

ARTÍCULO 65.- Sustitúyese el artículo 2º de la Ley Nº 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:

ARTÍCULO 2º.- Ámbito de Aplicación. La vigencia de esta Ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta. Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables:

a. A los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o Municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo.

b. Al personal de casas particulares, sin perjuicio que las disposiciones de la presente Ley serán de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del régimen específico o cuando así se lo disponga expresamente.

c. A los trabajadores agrarios, sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley serán de aplicación supletoria en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del Régimen de Trabajo Agrario.

d. A las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación.”

La inclusión del último apartado atrasa en décadas la jurisprudencia y doctrina en la materia, la aplicación o no de las disposiciones de la LCT resultará de la realidad de los hechos que permitan afirmar o descartar la existencia de un contrato de trabajo.

“ARTÍCULO 66.- Sustitúyese el artículo 9º de la Ley Nº 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:

ARTÍCULO 9º.- El principio de la norma más favorable para el trabajador.

En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerando la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo.

Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba, en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador, cuando hubieran agotado todos los medios de investigación a su alcance y persistiera duda probatoria insuperable, valorando los principios de congruencia y defensa en juicio.

En tal sentido se aplicará la regla general procesal, en virtud de la cual los hechos deben ser probados por quien los invoca, con plena vigencia de la facultad de los magistrados en la obtención de la verdad objetiva y el respeto a la seguridad jurídica.”

La modificación restringe una histórica regla de aplicación del principio protectorio de rango constitucional. La existencia de una duda probatoria “insuperable” parece echar por tierra la razón de ser de la regla.

Por otra parte, la aplicación de la regla general en materia probatoria desconoce la evolución ju-

risprudencia del CSJN y la carga dinámica de la prueba, así como la apreciación de la prueba en los casos de discriminación y la doctrina de “categoría sospechosa” elaborada por la CSJN en los casos “Pellicori” y “Sisnero”.

“ARTÍCULO 67.- Sustitúyese el artículo 12 de la Ley Nº 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:

“ARTÍCULO 12 - Protección de los trabajadores. Irrenunciabilidad. Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.

Cuando se celebren acuerdos relativos a modificaciones de elementos esenciales del contrato de trabajo o de desvinculación en los términos del artículo 241 de esta Ley, las partes podrán solicitar a la autoridad de aplicación su homologación en los términos del artículo 15 de la presente Ley.”

El artículo vuelve a la antigua redacción con la cual resultaría válida la renuncia a mejores derechos provenientes del contrato de trabajo. Resulta claramente regresivo, las mismas razones que llevan a un trabajador a renunciar derechos provenientes de la ley o de la CCT son las mismas que lo llevan a renunciar derechos provenientes del contrato de trabajo. No solo esto, sino que habilitaría incluso a modificar elementos esenciales del contrato de trabajo.

El artículo permite que cualquiera de las partes solicite la homologación judicial. Sin embargo, no precisa los alcances de dicha homologación ni las facultades de la autoridad administrativa respecto de estos acuerdos.

“ARTÍCULO 68.- Sustitúyese el artículo 23 de la Ley Nº 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:

ARTÍCULO 23.- Presunción de la existencia del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que, por las circunstancias,

las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

La presunción contenida en el presente artículo no será de aplicación cuando la relación se trate de contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación o el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente. Dicha ausencia de presunción se extenderá a todos los efectos, inclusive a la Seguridad Social.”

La reforma implica la eliminación absoluta de la presunción y sus consecuencias. La razón de ser de la presunción es evitar que el empleador aproveche la prestación del contrato de trabajo y luego desconozca la existencia del contrato. Las excepciones incorporadas a la presunción la desvirtúan por completo.

“ARTÍCULO 69.- Sustitúyese el artículo 29 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:

ARTÍCULO 29.- Mediación. Intermediación. Solidaridad. Subsidiariedad. Los trabajadores serán considerados empleados directos de aquellos que registren la relación laboral, sin perjuicio de haber sido contratados con vistas a utilizar su prestación o de proporcionarlos a terceras empresas. La empresa usuaria será responsable solidaria por las obligaciones laborales y de la seguridad social respecto de los trabajadores proporcionados.”

Elimina la diferenciación entre la intermediación y la intermediación mediante una empresa de servicios eventuales. Cualquiera sea la mediación o intermediación asigna titularidad del contrato de trabajo a quien efectúa la registración, habilitando la intermediación fraudulenta en clara violación del principio de realidad y del principio general por el cual quien usufructúa la prestación el trabajador resulta empleador principal. La modificación permite mantener fuera de las obligaciones laborales a empresas que aprovechan la prestación del trabajador.

“ARTÍCULO 70.- Sustitúyese el artículo 80 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, por el siguiente:

ARTÍCULO 80.- Entrega de certificados. El Poder Ejecutivo Nacional establecerá en orden a la obligación de entrega de los certificados del artículo 80 de la Ley N° 20.744, un mecanismo opcional de cumplimiento de entrega a través de una plataforma virtual.

Se considera efectivamente cumplida dicha obligación por parte de los empleadores cuando se hubieran incorporado a la plataforma virtual los certificados pertinentes. Asimismo, también se considera cumplimentada cuando la información se encuentre actualizada y disponible para el trabajador a través de la página web del organismo de la seguridad social”.

Incorpora un mecanismo más ágil de realización y entrega del certificado de trabajo, sin embargo, elimina la multa para el caso de falta de entrega.

“ARTÍCULO 71.- Sustitúyese el artículo 92 bis de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, por el siguiente:

ARTÍCULO 92 bis.- Período de prueba. El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros ocho meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los artículos 231 y 232.

El período de prueba se regirá por las siguientes reglas:

1. Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba.

2. El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.

3. Las partes tienen los derechos y las obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.

4. Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social, con los beneficios establecidos en cada caso.

5. El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescripto en el cuarto párrafo del artículo 212.”

“ARTÍCULO 72.- Sustitúyese el artículo 124 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, por el siguiente:

ARTÍCULO 124.- Las remuneraciones en dinero debidas al trabajador deberán pagarse, bajo pena de nulidad, en efectivo, cheque a la orden del trabajador para ser cobrado personalmente por este o quien él indique o mediante la acreditación en cuenta abierta a su nombre en entidad bancaria, en institución de ahorro oficial o en otras categorías de entidades que la autoridad de aplicación del sistema de pagos considere aptas, seguras, interoperables y competitivas.”

La modificación habilita el depósito en otras categorías de entidades incluso no oficiales. A su vez elimina las garantías relacionadas con la cuenta sueldo relativas a extracciones ilimitadas y sin costo alguno.

También elimina la posibilidad de que el trabajador solicite el pago en efectivo.

“ARTÍCULO 73.- Sustitúyese el inciso c) del artículo 132 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, por el siguiente:

inciso c).- pago de cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo o que resulte de su carácter de afiliados a

asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial o de miembros de sociedades mutuales o cooperativas así como por servicios sociales y demás prestaciones que otorguen dichas entidades, solo si existe un consentimiento explícito del empleado autorizando el mismo.”

La modificación obliga a contar con consentimiento expreso del trabajador para efectuar deducciones del salario en particular aquellas con destino a asociaciones profesionales de trabajadores o de mutuales o cooperativas.

“ARTÍCULO 74.- Sustitúyese el artículo 136 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, por el siguiente:

ARTÍCULO 136.- Contratistas e intermediarios. Sin perjuicio de la facultad de retención establecida en el art. 30 de esta ley, los trabajadores contratados por contratistas o intermediarios tendrán derecho a solicitar al empleador principal para los cuales dichos contratistas o intermediarios presten servicios o ejecuten obras, que retengan, de lo que deben percibir estos, y den en pago por cuenta y orden de su empleador, los importes adeudados en concepto de remuneraciones, indemnizaciones u otros derechos apreciables en dinero provenientes de la relación laboral.

Conforme lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, el principal estará facultado a retener sin preaviso, de lo que deben percibir los contratistas o intermediarios, los importes que estos adeuden a los organismos de seguridad social con motivo de la relación laboral mantenida con los trabajadores contratados por dichos contratistas o intermediarios. Dichas sumas deberán depositarse a la orden de los correspondientes organismos en las formas y condiciones que determine la reglamentación.

La Administración Federal de Ingresos Públicos, dentro de los noventa días de sancionada la presente ley establecerá un mecanismo simplificado a fin de poder efectivizar la retención correspondiente a la seguridad social establecida en el presente artículo.”

Elimina cualquier referencia a la solidaridad de quien usufructúa la prestación del trabajador, manteniéndolo indemne. Solo reconoce el dere-

cho del trabajador de reclamarle al “empleador principal”.

“ARTÍCULO 75.- Sustitúyese el artículo 139 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, por el siguiente:

ARTÍCULO 139.- Modalidad. El recibo será confeccionado por el empleador debiendo hacer entrega de una copia fiel del original al trabajador la que podrá ser instrumentada de forma electrónica.”

Permite la confección del recibo y su entrega en formato electrónico.

“ARTÍCULO 76.- Sustitúyese el artículo 140 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, por el siguiente:

ARTÍCULO 140.- Contenido necesario. El recibo de pago deberá necesariamente contener, como mínimo, las siguientes enunciaciones:

a) Nombre íntegro o razón social del empleador y su domicilio y su Clave Única de Identificación Tributaria (C.U.I.T);

b) Nombre y apellido del trabajador y su calificación profesional y su Código Único de Identificación Laboral (C.U.I.L.);

c) Total de remuneración que perciba, con indicación substancial de su determinación. Si se tratase de porcentajes o comisiones de ventas, se indicarán los importes totales de estas últimas, y el porcentaje o comisión asignada al trabajador.

d) Los requisitos del artículo 12 del Decreto-Ley N° 17.250/67.

e) Total bruto de la remuneración básica o fija y porcentual devengado y tiempo que corresponda. En los trabajos remunerados a jornal o por hora, el número de jornadas u horas trabajadas, y si se tratase de remuneración por pieza o medida, número de estas, importe por unidad adoptado y monto global correspondiente al lapso liquidado.

f) Importe de las deducciones que se efectúan por aportes jubilatorios u otras autorizadas por esta ley; embargos y demás descuentos que legalmente correspondan.

g) Importe neto percibido, expresado en números y letras.

h) En el caso de los artículos 124 y 129 de esta ley, firma y sello de los funcionarios o agentes dependientes de la autoridad, la que podrá ser electrónica y supervisión de los pagos.

i) Fecha de ingreso o antigüedad reconocida y tarea cumplida o categoría en que efectivamente se desempeñó durante el período de pago.

j) Total de contribuciones abonadas por el empleador por disposición legal”.

Elimina la obligación de consignar lugar y fecha que deberán corresponder al pago real y efectivo de la remuneración del trabajador. También refiere a la firma electrónica.

“ARTÍCULO 77.- Sustitúyese el artículo 143 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, por el siguiente:

ARTÍCULO 143.- Conservación - Plazo. El empleador deberá conservar los recibos y otras constancias de pago durante todo el plazo correspondiente a la prescripción liberatoria del beneficio de que se trate.

A efectos de la conservación de los recibos y otras constancias de pago, los mismos podrán ser digitalizados, los cuales tendrán la misma validez que en formato papel.

El pago hecho por un último o ulteriores períodos no hace presumir el pago de los anteriores.”

Introduce la posibilidad de resguardo mediante digitalización.

“ARTÍCULO 78.- Sustitúyese el artículo 177 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, por el siguiente:

ARTÍCULO 177.- Prohibición de trabajar. Conservación del Empleo. Queda prohibido el trabajo del personal femenino o persona gestante durante los cuarenta y cinco días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco días después del mismo.

Sin embargo, la persona interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a diez

días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pretérmino se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa días.

La trabajadora o persona gestante deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador.

La misma conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas.

Garantízase a toda mujer o persona gestante durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo, el que tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la misma practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior.

En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanudarlo vencidos aquellos plazos, la mujer o persona gestante será acreedora a los beneficios previstos en el artículo 208 de esta ley.”

La modificación permite la reducción de la licencia preparto a 10 días a fin de acumular la diferencia al período de licencia posparto. Introduce la referencia a persona gestante. Refiere a el supuesto de nacimiento pretérmino, pero continúa como el texto actual sin referirse al nacimiento postérmino.

Incorpora una garantía de estabilidad en el empleo con carácter de derecho adquirido desde que efectúa la notificación no refiere al plazo de finalización de esta estabilidad.

“ARTÍCULO 79.- Incorpórase como artículo 197 bis de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, el siguiente texto:

ARTÍCULO 197 bis.- Las convenciones colectivas de trabajo, respetando los mínimos indisponibles de 12 horas de descanso entre jornada y jornada por razones de salud y seguridad en el trabajo, así como los límites legales conforme la naturaleza de cada actividad, podrán establecer regímenes que se adecuen a los cambios en las modalidades de producción, las condiciones propias de cada actividad, contemplando especialmente el beneficio e interés de los trabajadores.

A tal efecto, se podrá disponer colectivamente del régimen de horas extras, banco de horas, francos compensatorios, entre otros institutos relativos a la jornada laboral.”

Se incorpora la posibilidad de adecuar la jornada a las modalidades de producción y condiciones de la actividad, manteniendo como límite el descanso indisponible de 12 horas entre jornada y jornada, así como los límites relaciones con la naturaleza de la actividad, por ejemplo en caso de actividades insalubres.

“ARTÍCULO 80.- Sustitúyese el artículo 242 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:

ARTÍCULO 242.- Justa causa. Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuran injuria y que, por su gravedad, no consientan la prosecución de la relación.

La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso.

Configura injuria laboral grave la participación en bloqueos o tomas de establecimiento. Se presume que existe injuria grave cuando durante una medida de acción directa:

a.- Se afecte la libertad de trabajo de quienes no adhieran a la medida de fuerza, mediante actos, hechos, intimidaciones o amenazas;



b.- Se impida u obstruya total o parcialmente el ingreso o egreso de personas y/o cosas al establecimiento;

c.- Se ocasionen daños en personas o en cosas de propiedad de la empresa o de terceros situadas en el establecimiento (instalaciones, mercaderías, insumos y materias primas, herramientas, etc.) o se las retenga indebidamente.

Previo al distracto el empleador debe intimar al trabajador al cese de la conducta injuriosa, excepto en el supuesto de daños a las personas o cosas previsto en el inciso c), donde la producción del daño torna inoficiosa la intimación.”

El artículo introduce una serie de situaciones en las cuales se considerará que existe justa causa de despido, debiendo intimar previamente, salvo daños a la persona o cosas. La injuria depende siempre de una valoración judicial. La casuística introducida solo permitirá a empleadores invocar una injuria que en definitiva no podrá sortear nunca la revisión judicial posterior en los términos del segundo párrafo del artículo 242 de la LCT. Resulta una casuística innecesaria y sin sentido jurídico alguno.

“ARTÍCULO 81.- Sustitúyese el artículo 245 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:

ARTÍCULO 245.- Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuestos por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso y luego de transcurrido el periodo de prueba, se deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES meses, tomando como base de cálculo la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor. La base de cálculo de esta indemnización no incluirá el Sueldo Anual Complementario, ni conceptos de pago semestral o anual.

Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones mensuales variables, será de aplicación el promedio de los últimos seis meses, o del último año si fuera más favorable al trabajador.

Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Le corresponderá a la Autoridad de Aplicación fijar y publicar el promedio resultante, conjuntamente con las escalas salariales de cada convenio colectivo de trabajo.

Para aquellos trabajadores excluidos de todo convenio colectivo de trabajo, el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno.

La base de cálculo de la indemnización no podrá en ningún caso ser inferior al sesenta y siete por ciento (67 %) del importe correspondiente a un mes de sueldo, obtenido conforme el método descrito en el primer y segundo párrafo del presente.

La indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer y segundo párrafo del presente.

Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir el presente régimen indemnizatorio por un fondo o sistema de cese laboral cuyo costo estará siempre a cargo del empleador, con un aporte mensual que no podrá ser superior al ocho por ciento (8%) de la remuneración computable.

Por su parte, los empleadores podrán optar por contratar un sistema privado de capitalización a su costo, a fin de solventar la indemnización prevista en el presente artículo y/o la suma que libremente se pacte entre las partes para el supuesto de desvinculación por mutuo acuerdo conforme artículo 241 de la presente ley.”

El artículo mantiene la indemnización por antigüedad en los términos actuales, excluye expresamente en la base de cálculo el proporcional del SAC situación que jurisprudencialmente se encuentra discutida, así como otros conceptos de pago semestral o anual.

En aquellos casos de trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones mensuales variables, será de aplicación el promedio de los últimos seis meses, o del último año si fuera más favorable al trabajador. Esto implica claramente una disminución de la base de cálculo.

Incorpora al texto legal el fallo “Vizzoti” en tanto dispone que el tope a la base de cálculo no podrá afectar más del 67%.

Incorpora la posibilidad mediante Convención Colectiva de sustituir el régimen indemnizatorio por un fondo o sistema de cese laboral cuyo costo estará siempre a cargo del empleador, con un aporte mensual que no podrá ser superior al ocho por ciento (8%) de la remuneración computable.

También podrán, los empleadores, contratar un sistema de capitalización privada a su cargo para afrontar estas indemnizaciones o las resultantes de los acuerdos de extinción en los términos del artículo 241 de la LCT.

“ARTÍCULO 82.- Incorpórase como artículo 245 bis a la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, el siguiente:

ARTÍCULO 245 bis.- Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio. Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial.

En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal, y en caso de sentencia judicial que corrobore el origen discriminatorio del despido, corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al 50% de la establecida por el artículo 245 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso.

Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el 100%, conforme los parámetros referidos anteriormente.

La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régi-

men especial que establezca agravamientos indemnizatorios.

El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción del vínculo laboral a todos los efectos.”

El artículo incorpora el despido discriminatorio estableciendo un “agravamiento” de 50% y hasta el 100% del artículo 245 de la LCT según apreciación judicial.

Intenta evitar la aplicación de la ley antidiscriminación, ley 23.592, al aclarar que en todos los casos el despido será efectivo. La jurisprudencia actual hace lugar a los pedidos de reinstalación por aplicación del artículo 1 de la ley 23.592 que dispone la nulidad del acto discriminatorio. Sería colocar al trabajador en una situación desventajosa respecto de cualquier otra persona, teniendo menos opciones ante un acto discriminatorio, tarifando la indemnización y vedando la solicitud de nulidad del acto y por ello la reinstalación.

“ARTÍCULO 83.- Sustitúyese el artículo 255 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:

ARTÍCULO 255.- Reingreso del trabajador. Dedución de las indemnizaciones percibidas.

La antigüedad del trabajador se establecerá conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de esta ley, pero si hubiera mediado reingreso a las órdenes del mismo empleador se deducirá de las indemnizaciones de los artículos 245, 246, 247, 250, 251, 253 y 254 lo pagado oportunamente, actualizado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con más una tasa de interés pura del 3% anual, por la causal de cese anterior.

En ningún caso la indemnización resultante podrá ser inferior a la que hubiera correspondido al trabajador si su período de servicios hubiera sido solo el último y con prescindencia de los períodos anteriores al reingreso.”

En el texto reformado las sumas percibidas en conceptos indemnizatorios se descontaban de forma nominal, ahora se aplicará a dichas sumas el IPC más una tasa de interés pura del 3% anual. Nunca el trabajador podrá percibir una indemnización menos a la que le hubiere correspondido por su último período.

“ARTÍCULO 84.- Sustitúyese el artículo 276 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:

ARTÍCULO 276.- Actualización y repotenciación de los créditos laborales por depreciación monetaria. Los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo serán actualizados y/o repotenciados y/o devengarán intereses.

La suma que resulte de dicha actualización y/o repotenciación y/o aplicación de intereses en ningún caso podrá ser superior a la que resulte de calcular el capital histórico actualizado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con más una tasa de interés pura del 3% anual.

La presente disposición es de orden público federal y será aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa, de oficio o a petición de parte, incluso en los casos de concurso del deudor, así como también, después de la declaración de quiebra.”

En este aspecto la norma no luce regresiva si se tiene en cuenta que actualmente las tasas de interés aplicables surgen jurisprudencialmente o mediante Acta en el ámbito de la capital federal.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires el interés otorgado actualmente resulta significativamente menor.

“ARTÍCULO 85.- Sustitúyese el artículo 277 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:

ARTÍCULO 277.- Pago en juicio. Todo pago que deba realizarse en los juicios laborales se efectivizará mediante depósito bancario en autos a la orden del Tribunal interviniente y giro judicial personal al titular del crédito o sus derechohabientes, aún en el supuesto de haber otorgado poder.

Queda prohibido el pacto de cuota litis que exceda del veinte por ciento (20%) el que, en cada

caso, requerirá ratificación personal y homologación judicial.

Las personas humanas y las personas jurídicas alcanzadas por la Ley N° 24.467, ante una sentencia judicial condenatoria, podrán acogerse al pago total de la misma en hasta un máximo de doce cuotas mensuales consecutivas, las que serán ajustadas conforme la pauta establecida en el artículo 276 de la presente Ley.

El desistimiento por el trabajador de acciones y derechos se ratificará personalmente en el juicio y requerirá homologación.

Todo pago realizado sin observar lo prescripto, así como el pacto de cuota litis o el desistimiento no homologado, serán nulos de pleno derecho.

La responsabilidad por el pago de las costas procesales, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no excederán del veinticinco por ciento (25 %) del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades superaran dicho porcentaje, el juez procederá a prorratear los montos entre los beneficiarios.

Para el cómputo del porcentaje indicado no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas.”

La modificación introduce las personas humanas y la Pequeña y Mediana Empresa, en los casos de sentencia judicial, de acogerse a un plan de pagos de hasta 12 cuotas mensuales y consecutivas actualizadas conforme el artículo 276.

Se dispone, de esta forma, del crédito del trabajador sin su consentimiento.

# La entrega de los certificados laborales a la luz del DNU 70/2023. El futuro de las indemnizaciones a raíz de la modificación de las normas laborales

Santiago L. Sfeir (\*)

Sumario: I. Introducción.— II. La obligatoriedad de la entrega de los certificados del art. 80 LCT y el proceso de consignación.— III. Palabras finales. La solución brindada por el DNU 70/2023.

## I. Introducción

Ríos de tinta han corrido en torno a la vetusta obligación de entrega de los certificados y constancias documentadas por el art. 80 LCT; diferentes tribunales con opiniones disímiles mostrando posturas que van desde la necesidad del inicio de procesos especiales para que el empleador pueda dar cumplimiento a la obligación, mientras que existe un polo opuesto que considera que, con la simple confección de las constancias en el plazo contenido en el art. 3 del Dec. 146/2001, siempre generando controversias res-

pecto de la procedencia de la multa prevista por el art. 45 de la Ley 25.345.

Ciertamente hoy, con la aparición en escena del Decreto 70/2023, la procedencia de la multa ya no es una opción, más hemos de detenernos en como habrá de influir esta flamante —y polémica— norma en el día a día de las empresas y trabajadores, y como hemos de encontrarnos plenamente seguros de que la obligación ha sido palmariamente cumplida.

## II. La obligatoriedad de la entrega de los certificados del art. 80 LCT y el proceso de consignación

La Ley de Contrato de Trabajo en su texto antes de la reforma promovida por el referido decreto de necesidad y urgencia preveía: “La obligación de ingresar los fondos de seguridad social por parte del empleador y los sindicales a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención, configurará asimismo una obligación contractual. -... El empleador, por su parte, deberá dar al trabajador, cuando éste lo requiriese a la época de la extinción de la relación, constancia documentada de ello. Durante el tiempo de la relación deberá otorgar tal constancia cuando medien causas razonables. Cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al traba-

---

(\*) Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Socio en la firma LMS Abogados. Especialista en las ramas de derecho del trabajo y derecho comercial. Completó el Posgrado en Asesoramiento Legal para Empresas por la Universidad de Buenos Aires. Diplomado en Derecho Ambiental por la Universidad de Buenos Aires. Diplomado en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales por la Universidad Austral. Magister en Derecho del Trabajo y de las Relaciones Laborales por la Universidad Austral. Premio Diploma de Honor y Medalla de Oro por promedio distinguido de la Cohorte 2021 — 2022 de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la Universidad Austral. Docente titular de las asignaturas Derecho Civil, Penal y Laboral, y Ética y Deontología en la carrera de Guardavidas en Cruz Roja Argentina Filial San Fernando. Miembro del Comité de Dirección de Trabajo Final de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la Universidad Austral.

jador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social.-... Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si este fuere menor” (SIC)

Ahora bien, la redacción de la norma ha traído aparejadas numerosas preguntas, entre las cuales la más resonante siempre ha sido ¿cómo asegurarme el cumplimiento de la entrega de los certificados y evitar la aplicación de la multa prevista por el art. 45 de la Ley 25.345?

Ciertamente se requiere un primer requisito, y es que los certificados y constancias documentadas se encuentren realizados en legal tiempo y forma, es decir, en el plazo de treinta días fijado por el art. 3 del Dec. 146/2001, más ello no es todo, y la discusión recae ahora en los tribunales.

Con el correr de los años, hemos sido testigos de posturas clásicas que, si bien la norma no requería el inicio de causa judicial especial a tales fines, se solicitaba que para poder considerar evacuada tal obligación, se requería la consignación judicial de los mismos.

Así, hemos de evocar algunos precedentes jurisprudenciales que han de respaldar esta postura más rígida en cuanto a la temática analizada: “La mera manifestación del empleador relativa a que habría puesto a disposición del trabajador el certificado de trabajo, es insuficiente para demostrar cumplida la obligación prevista en el art. 80 LCT, e impide considerar que haya tenido verdadera voluntad de entregar la documentación, si esta no se ha consignado previo a la iniciación del litigio como tampoco durante el trámite y sustanciación del mismo” (CNAT Sala VII Expte N° 27.365/03 Sent. Def. No 39.372 del

4/7/2006 “Rojas, Carlos c/ Preveza SA s/ despido,” (Rodríguez Brunengo — Ruiz Díaz, Cita: TR LALEY AR/JUR/3624/2006).

En este mismo sentido, se ha expedido la Sala X de la CNAT in re “Romero Johanna Elizabeth c/ Actionline de Argentina S.A y otro s/ Despido”, Cita: TR LALEY AR/JUR/88560/2010, con voto de los Dres. Stortini y Corach, que: “La sola puesta a disposición del certificado de trabajo por parte de la demandada no resulta suficiente a fin de tener por cumplimentada la obligación de entrega prevista en el art. 80 LCT. Para que el deudor quede desobligado, la ley le acuerda distintos mecanismos de los que puede valerse para el cumplimiento efectivo de las obligaciones a su cargo. Por ende, en el supuesto caso en que la actora se niegue a recibir las certificaciones, la demandada puede consignarlas judicialmente para cumplir efectivamente su obligación y eximirse de toda responsabilidad”.

En esta misma inteligencia, la Sala III de ha pronunciado en autos “Antuña Feliz Facundo c/ Orígenes Seguros de Retiro S.A. s/ Despido”: “La entrega de los certificados previstos en el art. 80 LCT, al dependiente en oportunidad de la extinción de su relación laboral, es una obligación del empleador que debe ser cumplida en forma inmediata a la desvinculación (esto es, en el tiempo que razonablemente puede demorar su confección). No hay razones, pues, para considerar que la satisfacción de esta obligación, dependa —en lo que se refiere a su aspecto temporal— de que el trabajador concurra a la sede de la empresa o establecimiento a retirar los certificados (procedimiento normal), sino que corresponde entender que el empleador debe, previa intimación, consignarlos judicialmente”.

Ahora bien, en las antípodas de este temperamento, hemos de recordar la existencia de una segunda línea de pensamiento — a la cual adherimos — y que resulta en la innecesaridad de consignación judicial, por considerarlo un dispendio jurisdiccional, sino que alcanza simplemente con la puesta a disposición fehaciente de los certificados y constancias documentadas correctamente confeccionados, no siendo imputable a la parte la desidia del trabajador en cuanto al retiro de la documentación.

En tal sentido, es dable recordar que la Sala V de la CNAT in re “Christin María Cecilia c/ SMG Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ Certificados de trabajo art. 80 LCT”, Cita: TR LALEY AR/JUR/19520/2018, ha desechado las pretensiones de la trabajadora en torno a que la consignación y el acompañar tales certificados al escrito de contestación de demanda tornan inaplicable la multa prevista por el art. 45 de la Ley 25.345.

Así, los magistrados de la alzada D’Arruda, Marino, y Arias Gibert consideraron: “asiste razón a la apelante por cuanto los certificados previstos por el art. 80 de la LCT (certificado de trabajo, certificado de aportes y contribuciones y certificado de servicios y remuneraciones) fueron confeccionados contemporáneamente a la fecha del distracto (28/11/2013), se ofreció su entrega a la actora — quien se negó a recibirlos injustificadamente — y luego fueron acompañados a la contestación de demanda”.

En este mismo orden de ideas, hemos de evocar un reciente caso resuelto el día 2 de febrero de 2023 por la Sala IV de la CNAT in re “Ferrabone Enrique c/ Obra Social del Personal de Dirección de la Industria Cervecera y Maltera y otros”, Cita: TR LALEY AR/JUR/8102/2023, donde el Dr. Guisado, con la adhesión de la Dra. Pinto Varela, sostuvo de manera sumamente contundente: “Tampoco progresará la objeción respecto de la multa del art. 80 LCT pues no fue objeto de agravio que los instrumentos que acompañó la empresa se encontraron suscritos desde la fecha del cese a disposición de la actora y que la demandante no se presentó en las oficinas de la accionada a retirarlos.-... En este orden de ideas, el argumento de la recurrente no logra conmover la solución adoptada en origen pues no comparto la tesis acerca de que el empleador tendría el deber de consignar judicialmente el certificado de trabajo cuando el trabajador no concurre a retirarlo”.

Asimismo, no puede ni debe olvidarse el reciente fallo plenario de la Cámara de Apelación en lo Laboral de la ciudad de Rosario, Santa Fe, en autos “Nista Franco c/ AS Turturici S.A. s/ Proc. Abreviados en General” de fecha 27 de junio de 2023 donde se consideró innecesaria la consignación de certificados siempre que los mismos hayan sido realizados en tiempo y forma y puesto a disposición de manera fehaciente al trabajador.

Tales recientes casos muestran una tendencia a fomentar una postura más moderna y laxa en cuanto a evitar promover requisitos formales no previstos por la norma y no incurrir en un exceso ritual creando una obligación que el legislador jamás previó.

### **III. Palabras finales. La solución brindada por el DNU 70/2023**

Ahora bien, el DNU 70/2023 de fecha 21 de diciembre de 2023 ha venido a patear el tablero en la temática propuesta y a generar nuevas contradicciones.

Así, el art. 70 del citado cuerpo normativo propone reformar la LCT modificando la redacción del art. 80 por la siguiente: “El Poder Ejecutivo Nacional establecerá en orden a la obligación de entrega de los certificados del art. 80 de la Ley. 20.744, un mecanismo opcional de cumplimiento de entrega a través de una plataforma virtual.-... Se considera efectivamente cumplida dicha obligación por parte de los empleadores cuando se hubieran incorporado a la plataforma virtual los certificados pertinentes. Asimismo, también se considera cumplimentada cuando la información se encuentre actualizada y disponible para el trabajador a través de la página web del organismo de la seguridad social” (SIC).

Asimismo, el art. 56 del DNU bajo análisis promueve la derogación de los arts. 43 a 48 de la Ley 25.345, es decir, elimina la multa prevista para la falta de entrega de los certificados.

Es entonces que hemos de detenernos en la redacción que antecede.

Primero y principal, hemos de destacar que la solución adoptada responde a un avance en cuanto a la vieja necesidad de consignación judicial de certificados, promoviendo la posibilidad, con carácter optativo, de la carga de los certificados en un sistema informático el cual no se especifica.

Esta falta de especificidad en cuanto a la plataforma virtual importaría que podría cumplirse la obligación a partir de la carga de tales instrumentos en un servicio de almacenamiento en la nube y la notificación del link de descarga al trabajador, o inclusive, a través de su envío por

la popular plataforma de mensajería instantánea WhatsApp.

Ahora bien, la redacción va más allá y, en caso de no desear la carga en el sistema informático, se considera que la obligación se encontrará debidamente cumplimentada si en la página web de los Organismos de la Seguridad Social la información se encuentra actualizada y disponible; ello importaría que el empleador ha de asumir un temperamento cuasi pasivo y cuando se extinga la relación laboral, no habrá de hacer más que cotejar que la información cargada en la ANSES y AFIP se encuentre debidamente actualizada y así evacuar la obligación a su cargo.

No obstante, lo hasta aquí expuesto, resulta necesario detenernos y preguntarnos ¿qué pasará con los casos de empleo no registrado o que contara con una registración deficiente?

He aquí el problema.

El sistema de indemnizaciones laborales argentino siempre se caracterizó por ser tarifado, es decir, la ley establecía el porcentaje o monto de condena respecto del incumplimiento o daño ocasionado, más la derogación de la multa prevista por el art. 45 de la ley 25.345 — como asimismo de las multas de la ley 24.013 y la ley 25.323 — no han hecho más que abrir un gran abanico de posibilidades en cuanto a indemnizaciones se refiere.

Nos explicamos.

El trabajo comúnmente conocido como “en negro” y el registro deficiente de los trabajadores son ilícitos de índole civil, y como tales, los mismos han de provocar daños que deben ser debidamente resarcidos.

Es dable recordar que los ordenamientos jurídicos que regulan la conducta humana, prevén la antijuricidad como el desacuerdo entre el acto cometido y el derecho objetivo, por tanto, la contratación fuera de registro o siendo el mismo de manera parcial o deficiente colisiona abiertamente con el orden público laboral lo que genera la noción de conducta antijurídica o ilícita, si-

tuación que ha de derivar necesariamente en la necesidad de resarcir de manera plena el daño ocasionado de conformidad con los parámetros contenidos en el art. 1740 del CCyC, y ello será un problema para las empresas.

La noción de reparación plena para el derecho civil importa la restitución de la situación de la víctima del evento daños al estado anterior del hecho, ya sea por pago en dinero o especie, por tanto, las indemnizaciones tarifadas que antes podíamos estimar al momento del despido ahora se han de transformar en incógnitas que se encontrarán libradas al buen saber y entender de los magistrados en base a las pruebas acompañadas por las partes.

Así, los jueces laborales deberán transformar su forma de dictar sentencias ahora no en base a la rigidez de las operaciones matemáticas que caracterizaban a las indemnizaciones laborales, sino dando rienda suelta a su imaginación respecto de la proporcionalidad del daño y la reparación propuesta, debiendo siempre primar la irrenunciabilidad de derechos y el principio protectorio propio del derecho del trabajo.

La misma lógica aquí propuesta aplica a los arts. 7, 7 bis, 7 ter, y 7 quater del texto modificado de la Ley 24.013 donde se propone la puesta en conocimiento de la Autoridad de contralor de la existencia de falta de registro, toda vez que la verdadera intención de la reforma en tales aspectos es netamente recaudatoria para la administración (sin expedirnos respecto de la legitimidad del DNU para la modificación de tales aspectos) más nada dice en cuanto a la reparación del daño ocasionado por la relación laboral con registro deficiente o inexistente.

En suma, y como corolario de este breve trabajo, consideramos que la reforma propuesta por el DNU 70/2023, a simple vista beneficiosa para los empleadores, ha generado otros aspectos que han de ser de temer, toda vez que no solo se han eliminado las multas derivadas de los incumplimientos laborales, sino que se han trasladado los daños a la órbita del derecho común y ello no ha hecho más que quitar el techo a las pretensiones indemnizatorias de los daños.

# DNU 70/2023: inconstitucionalidad y aplicación

Alberto Mansilla (\*)

Sumario: I. La inconstitucionalidad de los DNU de doble indemnización y de prohibición de los despidos.— II. La inconstitucionalidad del DNU 70/23.— III. Aplicación de la norma.

La llegada del nuevo gobierno permitía imaginar conductas llamativas, pero no el revuelo que causaría con el DNU 70/23. Por su extensión, por la diversidad de temas que trata, por la virulencia de sus derogaciones, por sus evidentes trasgresiones constitucionales y por el cambio de paradigma cultural que implica. Por eso es oportuno hacer algunas consideraciones, seguramente prematuras porque solo estamos a dos días de su dictado.

Inevitablemente nos tenemos que autoreferenciar (1) para ser consecuentes con lo que escribimos cuando se dictaron los DNU 34/19 y 329/20 y siguientes. Porque la situación jurídica era muy parecida y nos sirve de base para los comentarios que queremos hacer.

## I. La inconstitucionalidad de los DNU de doble indemnización y de prohibición de los despidos

Recordemos que el 34/19 se dictó el 13/12/19. En ese mismo día, el PEN dictó el 33/19, en don-

---

(\*) Abogado laboralista. Profesor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Flores.

(1) MANSILLA, Alberto, “Inconstitucionalidad del DNU 329/20: la respuesta de la realidad”, TR LALEY AR/DOC/1453/2020; MANSILLA, Alberto, “Inconstitucionalidad del DNU 329/20: la respuesta jurídica”, TR LALEY AR/DOC/1745/2020; MANSILLA, Alberto, “Reinstalación por el DNU 329/20: los cuestionamientos”, LLBA2020 (julio), 11, TR LALEY AR/DOC/2294/2020; MANSILLA, Alberto, “Despidos en período de prueba durante la vigencia del DNU 329/2020”, LA LEY 30/10/2020, TR LALEY AR/DOC/2914/2020; MANSILLA, Alberto, “Seguimos diciendo que el DNU 329/2020 es inconstitucional”, LA LEY 29/12/2020, 1, TR LALEY AR/DOC/3947/2020.

de convocaba a sesiones extraordinarias del Congreso de la Nación, por todo el mes de diciembre, para legislar sobre una serie de temas que no incluían el tema supuestamente “urgente y necesario” del agravamiento de las indemnizaciones laborales. Con lo que daba el primer fundamento para abogar por su inconstitucionalidad: no había urgencia porque el Poder Legislativo iba a sesionar en ese mes y se lo podría haber convocado a ese efecto, aunque no hiciera el gobierno que recién asumía. Es más, a tal punto no era urgente el tema que la doble indemnización había sido sancionada en el año 2016 por una ley del Congreso nacional y vetada por el Poder Ejecutivo de ese entonces. Es decir, desde hacía tres años por lo menos, que la Argentina vivía sin una norma de ese tipo, sin problemas. Sin embargo, el gobierno que había asumido en diciembre del 2019, tuvo repentinamente el apremio y dictó la norma cuestionada. Pocos días después, el 21/12/29, nuestro Parlamento convocado al efecto, dictó la ley 27541 que estableció la “emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social” con delegación en el PEN de facultades especiales.

Pocos meses pasaron para que comenzara la larga cuarentena y, con aquel fundamento legal, más su ampliación por el DNU 260/20 del 12 de marzo del 2020, permitió justificar - supuestamente - la prohibición de despedir impuesta por el DNU 329/20. Recordemos entonces que este último fue dictado en acuerdo general de ministros y se comunicó a la Comisión Bicameral creada por la ley 26122. Pero eso no era lo único que había que tener en cuenta. Porque dicha norma establecía un procedimiento de aprobación de



los DNU, pero que, a la vez, suponía la posibilidad del reproche de los mismos. Pero nunca ocurrió esa evaluación respecto del DNU en cuestión, como con tantos otros decretos.

Tampoco existió aquí la urgencia invocada. En marzo del 2020, el Congreso estaba funcionando, entonces el PEN no tenía verdadero apremio para el dictado de la norma. Recordemos que en los fallos de la Corte que todos citaban en aquellos días, se destacaba de manera notable que no había urgencia cuando el Congreso estaba en sesiones. Porque no sería la primera vez que el Congreso sancionaba una ley en pocas horas o días, sobre todo cuando había un consenso generalizado acerca de la problemática de la situación.

Por otra parte, los defensores de la constitucionalidad de la norma criticada, reconocían también, que el punto más débil era el de la proporcionalidad. Porque, más allá de toda consideración, la norma alteraba la esencia de la relación jurídica en la que se entrometía. La Corte Federal ha exigido siempre que aún, en una emergencia, no se aniquilen derechos. Sin embargo, con la prohibición de despedir se había desvirtuado la libertad de contratar y de ejercer toda industria lícita, el derecho de propiedad, se había excedido la defensa del “sujeto de preferente tutela” en detrimento de otros y se había tergiversado la protección contra el despido arbitrario.

Luego tuvimos que leer doctrinas y fallos a favor de la constitucionalidad del DNU 329, que citaban otros de la CSJN, que ahora vamos a resumir.

El primero fue el Fallo de la CSJN: “Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía - Banco Central)”, del 27/12/90. En este juicio, los actores dedujeron demanda de amparo contra el Estado Nacional y el Banco Central de la República Argentina y peticionaron la declaración de inconstitucionalidad del decreto 36/90 en cuanto dispuso que la devolución de los depósitos a plazo fijo que excediesen de determinada cantidad, fuesen abonados con títulos de la deuda pública. La CSJN reconoció la validez constitucional del decreto mencionado, en la medida en que el decreto impugnado, no menoscabe el derecho constitucional de la propiedad privada y solo postergue el mismo por la situación de cri-

sis. En cambio, en el 329, se prohibió despedir empleados del sector privado, violando groseramente el derecho de propiedad y el de ejercer el comercio y la industria. Por eso, la invocación de ese fallo, debería haber sido a favor de la inconstitucionalidad y no al contrario.

Es oportuno recordar que esta sentencia, se dictó antes de la reforma de 1994, cuando los Decretos de Necesidad y Urgencia no tenían reglamentación alguna.

Otro fallo de la CSJN fue: “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ Acción de amparo”, del 19 de agosto de 1999.

Nueve años después el más alto tribunal de la Argentina, declaró la inconstitucionalidad de los decretos 770/96 y 771/96. Los argumentos de la Corte, en la parte que nos interesa, para decidir esto fueron: a) Que los constituyentes de 1994, no eliminaron la división de poderes. Antes bien, el espíritu de la reforma fue el de atenuar el sistema presidencialista y el fortalecimiento del rol del Congreso. b) Que la redacción del artículo 99, dejó claro que las facultades legislativas de la Administración son rigurosamente excepcionales, “con sujeción a exigencias materiales y formales que constituyen una limitación”. c) Que solo se podía admitir el dictado de esos decretos “cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes. En otras palabras, la Corte expresó lo que va a mantener más tarde y es que los DNU se dictan cuando no está funcionando el Parlamento; eso quiere decir la expresión que debe “ser imposible dictar una ley” (sino en qué otro caso?). Por eso, el examen constitucional debe ser rigurosísimo en cuanto a sus aspectos formales y sustanciales; como así también en su fundamentación. En el caso que nos ocupa, el Congreso funcionaba y lo que quedaba claro era la tesis restrictiva que expone la Corte en cuanto a la validez de los DNU.

Corría el año 1999, habían pasado cinco de la reforma constitucional y faltaban siete para que se reglamentara la facultad del Art. 99, inc 3ro de la CN.

Finalmente, recordamos el más invocado fallo de CSJN: “Consumidores Argentinos c/ EN -

PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986” del 19/5/10.

Tiene la particularidad de haber sido dictado cuatro años después de la ley 26122 pero sobre normas dictadas por el PEN, antes de ella. En el mismo la asociación que promueve la acción, pide la declaración de inconstitucionalidad del DNU 558/02 y la CSJN pone de manifiesto los requisitos que se debe cumplir para ser válidos.

La reforma que incorporó esta facultad del PEN, lo hizo a la luz de la consolidación del sistema democrático, de la búsqueda de un nuevo equilibrio de poderes en donde esté la atenuación del Poder Ejecutivo, el fortalecimiento del Congreso y una mayor independencia del Poder Judicial, especialmente el primero. Por eso, ese debe ser el espíritu que guíe a los jueces para determinar los alcances de las previsiones del art. 99, inc. 3 de la CN. A su vez, analizó la literalidad de la norma mencionada y concluyó que las facultades legislativas del PEN, se deben usar bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad, que constituyen su principal limitación. El estado de necesidad y urgencia debe ser evaluado por los tribunales bajo ese criterio y teniendo en cuenta que la Constitución no habilita a la Administración para elegir entre la sanción de una ley o dictar un decreto. La norma en crisis era anterior a la ley 26.122 y el Poder Ejecutivo entendió que la situación económica y financiera nacional, era una circunstancia excepcional que hacía imposible seguir el trámite ordinario de sanción de una ley. El DNU era del 27/3/02, publicado en el Boletín Oficial en abril del mismo año, es decir, a tres meses de la mayor crisis económica de la historia nacional. Sin embargo, la Corte concluyó: “(...) cabe señalar que las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo a la ley 20.091 no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector, sino que, por el contrario, revisiten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional. En estas condiciones, cabe concluir en la invalidez del decreto cuestionado en el sub lite, por cuanto no han existido las circunstancias fácticas que el art. 99, inciso 31, de la Constitución Nacional describe con rigor de vocabulario (conf. “Verrocchi”, considerando 10) (...)”. Con lo que confirman la inconstitucionalidad del decreto. La Dra Highton de Nolasco y el Dr. Maqueda, con las mismas ra-

zones y otras que agregan, concluyen en la misma decisión. Más allá de esto, todavía más severo es el voto de la Dra. Argibay: “(...) 1) Como ya lo he expresado al expedirme en el precedente “Massa” (Fallos: 329:5913), el art. 99, inciso 31, segundo párrafo, de la Constitución Nacional, establece la siguiente prohibición general: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. El Presidente, por ser el funcionario que desempeña el Poder Ejecutivo (art. 87 Constitución Nacional) está especialmente alcanzado por esta prohibición. Por lo tanto, cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional, presunción esta que solo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes sentada, a saber, la descrita en los párrafos tercero y cuarto del art. 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, ya transcriptos en el considerando 91 del presente fallo (...)”. Es más, agrega otro párrafo, en el considerando 13 que es lapidario con respecto al DNU en cuestión: “(...) si el ejercicio de la función legislativa por el Presidente está condicionado al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 99.3, tercer y cuarto párrafo de la Constitución y no se ha probado en el caso que dicha condición se haya cumplido, entonces las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente no consiguen superar la pena establecida por la misma Constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable (...)”.

## II. La inconstitucionalidad del DNU 70/23

Más allá de las consideraciones que haremos más adelante, nos parece evidente la transgresión constitucional de la norma que comentamos.

Para fundamentar eso, no tenemos más que repasar los argumentos que vertíamos más arriba.

En primer lugar, NO cabe duda de la ausencia de urgencia. Porque si podemos decir que alguna parte del DNU, respondería a temas que se necesitan establecer o reformar con rapidez, también podemos afirmar que no todos los temas a los que se avoca, tienen esa característica. Solo como ejemplo podemos poner en éste último pa-

pel a la posibilidad de transformar los clubes de fútbol en sociedades anónimas. No creo que alguien pueda afirmar lo contrario, aunque nunca van a dejar de sorprender los doctrinarios.

Por otro lado, si bien el Congreso no está funcionando, en el mismo momento en que escribimos esta nota, están anunciando la convocatoria a sesiones extraordinarias en las que, si fuera urgente, se podría incluir este temario. Por lo que nos parece que “las circunstancias excepcionales” que hacen “imposible seguir los trámites ordinarios previstos” —como lo expresa el artículo 99, inc 3 de la CN— no existen. Porque la diversidad de temas y las posibilidades de convocar a extraordinarias, da por tierra con este requisito.

El siguiente argumento es el cumplimiento del trámite dispuesto por la ley 26122. Como en todos los DNU, el que criticamos envía el texto a la Comisión Bicameral del Poder Legislativo, con lo que cumple con la formalidad exigida, hasta donde puede. Lo que no asegura, es que el Congreso lo apruebe. Y he aquí la cuestión más delicada. No creemos que el PEN incluya el tratamiento del DNU, por parte de la Comisión mencionada, en el pedido de sesiones extraordinarias. Porque de esa manera, se asegura que no se trate y que, mientras tanto, entre en vigencia. Con lo que tiene por delante hasta el mes de marzo, cuando se normalice la actividad legislativa, para aplicarlo. Luego de ello, pueden no analizarlo nunca. Como ocurrió con tantos decretos de los gobiernos anteriores y que, por eso, se aplicaron. Aparentemente esto es lo que busca la actual administración. ¿Se puede decir que no es constitucional por no cumplir con el procedimiento? Esto abre una discusión teórica que termina con la aplicación del mismo. Porque lo sea o no, si el DNU se aplica, la discusión es abstracta.

También podemos afirmar lo que dice el título cuando analizamos la enorme cantidad de relación jurídicas en las que se entromete. Aunque lo haga según dice, paradójicamente, para no intervenir en ellas. La exigencia judicial de no comprometer derechos en estas supuestas emergencias, no se cumple de ninguna manera. No hay forma de defenderlo en este sentido. El DNU no ha dejado aspecto del mundo jurídico sin modificar. En esta dirección, bien puede nombrarse el Fallo de la CSJN: “Peralta, Luis A. y otro c. Estado

nacional (Ministerio de Economía - Banco Central)”, del 27/12/90, ya comentado más arriba.

Asimismo, creemos oportuno traer a colación, los otros dos fallos mencionados para sustentar la inconstitucionalidad de la norma.

En la sentencia “Verrocchi” del 19 de agosto de 1999, la Corte expresó los argumentos que guían la evaluación de respeto por la Carta Magna o lo contrario, para una norma: a) Que los constituyentes no eliminaron la división de poderes. Antes bien, el espíritu de la reforma fue el de atenuar el sistema presidencialista y el fortalecimiento del rol del Congreso. b) Que la redacción del artículo 99, dejó claro que las facultades legislativas de la Administración son rigurosamente excepcionales c) Que solo se podía admitir el dictado de esos decretos “cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes. En el caso del DNU 70, el Congreso podría convocarse fácilmente, no cabe la excepcionalidad imprescindible para abrir paso las funciones legislativas del PEN y no se da la situación que haga imposible el trámite ordinario para la sanción de una ley.

Sin embargo, más importante nos parece el fallo “Consumidores argentinos” para argumentar a favor de la inconstitucionalidad del DNU. En primer lugar, porque la reforma del 94, buscaba un nuevo equilibrio de poderes en donde esté la atenuación del Poder Ejecutivo, el fortalecimiento del Congreso y una mayor independencia del Poder Judicial, especialmente el primero. Eso está claramente desvirtuado por las características de la norma criticada: El Poder Ejecutivo está asumiendo facultades legislativas que no le corresponden, de una forma evidente e intempestiva, que ponen en peligro la armonía mencionada. La reforma general que dispone el decreto no traduce una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en uno o varios sectores, sino que, por el contrario, reviste el carácter de norma permanente modificatoria o derogatoria de leyes del Congreso Nacional. Por esto también es inválido.

En este sentido tenemos que adherir a los conceptos de la Dra Argibay en este precedente: 1) cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse

prima facie inconstitucional, 2) eso solo puede ser derribado por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución 3) entonces, si las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente no consiguen superar los requisitos establecidos por la misma Constitución, solo cabe decretar su nulidad absoluta e insanable.

Nuestra conclusión es obvia. No hay forma de considerar que el DNU 70/23 respeta lo dispuesto por el art. 99 inc 3 de la Carta Magna.

### III. Aplicación de la norma

En primer lugar queremos llamar la atención acerca de que fuimos pocas las voces que denunciábamos la trasgresión constitucional del decreto de duplicación de las indemnizaciones laborales y los que prohibían los despidos incausados. En aquellos tiempos (hace escasos tres años) hubo una larga lista de magistrados y doctrinarios que se pronunciaron por la constitucionalidad de esos DNU. Es más, no conocemos ni un solo fallo que haya decretado lo contrario. Aunque recién ahora están llegando algunos planteos a instancias judiciales decisivas y todavía nos pueden sorprender.

Sin embargo, frente a esta audaz y sorprendente norma que hoy comentamos, ya se han levantado manifestaciones por todas partes para señalar lo que antes, en una situación similar, negaron: su inconstitucionalidad. Claro, el signo político ha cambiado y los intereses que se tocan son tan diversos como amplios. Pero la maniobra política es la misma: la aplicación del decreto a toda costa, porque mientras se discute acerca de su respeto por la constitución o se convoca en otro sentido a sesiones extraordinarias, el DNU entra en vigencia. Pero con la actitud del Poder Ejecutivo, se pospone indefinidamente, la discusión judicial y por ende, la providencia final. Basta con obstaculizar en el Congreso la tarea de la Comisión bicameral - a partir de marzo claro está - para que todo se prolongue por años. La ley 26122 no impone plazos de decisión, por lo que la obligación de adoptarla puede posponerse por toda la eternidad, como ya se hace - o hizo

- con otros DNU. Salvo alguna sentencia parcial y especial, la Justicia no va a dar un corte final a la cuestión con la rapidez que la realidad necesita o que la lógica indica. Y en todo ese tiempo, pueden pasar muchas cosas, entre ellas, cerrar acuerdos que den legitimidad al DNU. Si la CSJN tardó diez años en declarar las inconstitucionalidades evidentes de la ley 24557: ¿porqué va a tardar menos en este caso?

Y estamos convencidos de que, en situaciones como la presente, la CSJN no hace justicia, sino política. Así que, de ésta última va a depender la resolución del conflicto.

Sin embargo aclaremos: ¿hemos juzgado en esta nota el contenido de los decretos de los años 2019 y 2020? NO, como ahora no nos expedimos acerca de lo sustancial de la norma. NO estamos a favor de las empresas y por eso queremos poder despedir en cualquier ocasión. Tampoco nos expresamos a favor de la libertad en el sentido defendido por el gobierno actual. Sino solamente nos referimos al respeto o no de la Constitución Nacional, por parte de una norma dictada por la Administración. Porque todo aquello y esto, se puede hacer de otra manera, es decir, con apego a la letra de la Norma Suprema. No nos engañemos: la situación jurídica es similar, pero la maniobra política también. Detrás de ambas circunstancias está el respeto por el orden constitucional. Los contenidos son opinables en las dos situaciones. Tenemos que recordar bien lo que dijo la Corte en "Consumidores argentinos": la reforma del '94, no suprimió el poder legislativo, antes bien, lo fortaleció. Y la utilización de los decretos de necesidad y urgencia, empleados para omitir la presencia del Parlamento, tienen una gravedad institucional inusitada, porque encierran el enorme peligro de dinamitar los pilares del sistema republicano. Porque esto ocurrirá, si logran aquel cometido. Para evaluar esto, basta con imaginar que el próximo gobierno sea de otro signo y por una norma similar deroga todo y vuelve para atrás. El desorden jurídico sería mayúsculo.

Esperamos que la doctrina reconozca esto y los magistrados actúen en consecuencia.

# La “presunción de no existencia de contrato de trabajo” del DNU 70/2023

Liliana Hebe Litterio (\*)

Sumario: I. Introducción a una nueva necesidad y urgencia inexistentes.— II. La presunción antes y después del DNU.— III. Los cinco independientes dependientes de un independiente.— IV. Una muy breve reflexión final sobre el retaceo de la presunción de la LCT.

## I. Introducción a una nueva necesidad y urgencia inexistentes

Hace muy pocos días hemos tenido oportunidad de referirnos a la norma del DNU 70/2023 (art. 96) que descarta la relación de dependencia en el caso de un “principal” independiente, que contrata hasta cinco colaboradores que para la norma de urgencia no son dependientes, aunque trabajen bajo su dirección y obedezcan sus órdenes (1). Nade de esto ni siquiera se tiene en cuenta.

Podría decirse que la disposición que ahora brevemente consideraremos, la del art. 68 del mismo DNU, camina de la mano de la que acabamos de referir, aunque la “urgencia” en comentarla nos impidió abordarlas conjuntamente (2).

---

(\*) Abogada graduada con Diploma de Honor (UCA). Doctora en Derecho (UBA). Profesora Titular Consulta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UBA). Profesora en los Posgrados de Derecho del Trabajo y de Derecho de Familia (UBA, UCA y otras universidades del país). Consultora externa de la OIT en materia de trabajo infantil y adolescente. Autora de numerosos libros y artículos en la especialidad.

(1) LITTERIO, Liliana Hebe, Los “cinco colaboradores independientes” del decreto de necesidad y urgencia 70/2023. ¿Una invitación al fraude laboral?, LA LEY 26/12/2023, 1, TR LALEY AR/DOC/3218/2023.

(2) Ambas normas se completarían a través de una reglamentación a dictarse.

En efecto, el art 68, cuya situación definitiva en el esquema jurídico argentino todavía se ignora en razón de las inconstitucionalidades que a simple vista exhibe, se atrevió a sustituir el art. 23 de la LCT en los siguientes términos:

“Presunción de la existencia del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que, por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

La presunción contenida en el presente artículo no será de aplicación cuando la relación se trate de contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación o el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente. Dicha ausencia de presunción se extenderá a todos los efectos, inclusive a la Seguridad Social.”

## II. La presunción antes y después del DNU

El art. 23 de la LCT es una norma clave. Si bien no es momento de tratarlo ahora en toda su dimensión, es fundamental ponderar que esa norma es imprescindible para encarar y resolver múltiples casos en los que la relación de trabajo dependiente se exhibe sin tapujos y es negada por los empleadores. Por dar un ejemplo de extrema actualidad, tal es el caso de los trabajadores plataforma-dependientes en los que los jue-

ces argentinos una y otra vez han recurrido al uso de esta presunción para fundar lo que es evidente y se encuentra solapado por las organizaciones multinacionales (3). Como este, habría cientos de ejemplos de decisiones judiciales para dar.

Lisa y llanamente, es una norma que permite arrancar las máscaras y llegar a la realidad.

El primer párrafo del art. 23 de la LCT es exactamente igual al de su sustituto.

Pero, el segundo párrafo, sustancial por cierto, es absolutamente diferente al original. Allí se presenta la cuestión.

Recordemos que el art. 23, párrafo 2º, de la LCT dispone que: “Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio”.

Es este párrafo el que plantea la simulación, que en la práctica laboral se convierte en una técnica siempre a mano de algunos empleadores, que de ninguna manera puede estar reconocida por la normativa.

Decimos esto porque el segundo párrafo del art. 23, en su texto según el decreto 70/2023, expresamente establece que la presunción de que hablamos no será de aplicación cuando la relación se trate de contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación, -que en muchos casos no son más que un recurso a figuras no laborales para tapar la relación laboral existente-, o cuando el pago se realice conforme los sistemas bancarios que determine la reglamentación, que puede conducir a la configuración de una forma de fraude laboral.

Es que, en verdad, esa “relación” a la que se refiere la norma del DNU, sencillamente, puede ser laboral y por eso habría que presumirla “iuris

tantum”, es decir, pudiendo probarse lo contrario. La norma sustituta se refiere a los casos de contrataciones de obras o servicios profesionales o de oficios (se nos ocurre que v. gr., puede tratarse de abogados, médicos, contadores, plomeros, gasistas, electricistas), en que se emitan recibos o facturas correspondientes a esas formas de contratación que reputa autónomas o el pago se realice de acuerdo a los sistemas bancarios que determine la reglamentación que, dicho sea de paso, provendrá del Poder Ejecutivo Nacional, o sea, del mismo poder del Estado que sustituyó al art. 23 de la LCT.

El problema es que, por exigencia de las empresas, muchas veces los empleados emiten recibos o facturas aunque son trabajadores dependientes. A efectos de poder trabajar, acceden a esas prácticas fraudulentas. Para eso, precisamente, funciona la presunción del art 23 que los jueces laborales tornan operativa en los juicios a fin de expulsar los supuestos de simulación o fraude laboral tantas veces consumados (art. 14 de la LCT).

Como si algo faltara, el decreto 70/2023 extiende los efectos de la ausencia de presunción, incluso, a la Seguridad Social. A nuestro modo de ver, parece increíble, todo.

Corresponde mencionar, asimismo, que en tanto el art. 65 del DNU sustituye el texto del art. 2º de la LCT, expresamente dispone que esta no es aplicable a las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación. ( inc. d). Aquino, sostiene que el DNU plantea que, v. gr., no sería una relación de dependencia el caso de los médicos o cualquier profesional que factura de manera exclusiva para una clínica (4). En cambio, a nosotros nos parece, que precisamente en casos como esos debería funcionar la presunción y, si en verdad no existe dependencia laboral, esto podrá demostrarse en juicio.

### III. Los cinco independientes dependientes de un independiente

Como adelantamos, nos parece que el art. 68 del DNU está estrechamente vinculado al 96. Por

(4) AQUINO, Marcelo, según Bermúdez, Ismael, Se podrá contratar por fuera del convenio de trabajo, Diario Clarín, 23/12/23, p. 16.

(3) A mero título de ejemplo mencionamos la reciente sentencia del Juzgado Nacional del Trabajo N° 57, de “Rodríguez, Jonathan Damián c/ RAPPI ARG S.A.S. s/ despido”, 25/09/2023, que fue motivo de nuestro tratamiento en: De Nueva York a Buenos Aires. Avance en el reconocimiento de los repartidores plataforma-dependientes, LA LEY, 4/12/2023, 1.

eso, en el presente acápite haremos una ligera referencia al contenido de este último.

El mencionado art. 96 apunta al “trabajador independiente”, que en verdad funciona como empleador, que contrata hasta cinco “colaboradores independientes” que, en verdad, dependen del primero, y lo hace para encarar un emprendimiento productivo (por razones de brevedad, remitimos al lector al lugar anteriormente mencionado donde hemos tratado este tema).

Acá solamente queremos destacar que, en estos casos, el art. 96 destierra el uso de cualquier presunción porque, sin más, determina que el emprendimiento productivo que aquel lleve adelante estará basado en una relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre los sujetos mencionados, ni con las personas contratantes de las obras o servicios.

Específicamente, la norma dispone que la reglamentación se encargará de fijar los requisitos y las condiciones del “régimen especial unificado”, al que el emprendedor podrá acogerse.

La figura creada en su ejecución práctica depende, entonces, del reglamento proveniente de la misma autoridad que dictó el decreto de necesidad y urgencia.

Ahora bien, puede pensarse que el art. 96 se refiere a los emprendimientos productivos en el caso de los oficios. Por ejemplo, el del electricista, plomero, u otro que tiene un título profesional habilitante y presta servicios en forma autónoma, para lo cual se sirve de ¿colaboradores independientes?

Como en esos casos los trabajadores denominados colaboradores mayoritariamente son “dependientes del independiente” que los contrata, tal vez se consideró mejor desconocerles ese carácter pero que, por lo menos, se los regularice como monotributistas.

Nos parece que la dependencia laboral queda más clara todavía en otro tipo de emprendimientos, como son los pequeños comercios. Allí ¿el comerciante independiente en verdad contrata hasta cinco independientes para que colaboren con él, tal vez, atendiendo su negocio en diversos

turnos? o, lisa y llanamente se trata de trabajadores dependientes del principal.

No se sabe si al hablar de emprendimiento productivo la reglamentación incluirá, por ejemplo, a un estudio de abogados o contadores, o a un consultorio médico, donde se reúnan varios profesionales dentro del futuro régimen simplificado (5) propuesto por el DNU.

Téngase presente, asimismo, que la ley 24.467, en cuyo Título III instaura el régimen laboral de las pequeñas empresas fija dos condiciones que deben configurarse conjuntamente para que estas puedan ser consideradas tales. Una de ellas es el número máximo de 40 trabajadores dependientes (que puede elevarse hasta 80 por negociación colectiva) (6).

Ante tal régimen cabría plantear si las empresas pequeñas ya no son emprendimientos productivos o si, a partir de ahora ya no se tratan de las que cuenten con hasta 40 trabajadores sino, desde 6 hasta 40, porque por debajo de ese número los trabajadores son considerados independientes. Lo expuesto es imposible de sostener.

En fin, no resulta demasiado difícil advertir que el de los colaboradores independientes es un caso concreto -especialmente tratado por el DNU-, desprovisto de presunción y, por lo tanto, de protección laboral.

Aunque no puede predecirse el futuro del elemento normativo en cuestión, nos parece que si su art. 96 se pone en marcha será gravísimo, porque consagra abiertamente una técnica violatoria de la regulación laboral que puede llegar a ser muy utilizada.

(5) OLVEIRA, Dolores, “Letra chica del decreto: por qué es total la desregulación laboral para empleados de monotributistas”, 21/12/2023, disponible en: <https://es-us.finanzas.yahoo.com/noticias/letra-chica-decreto-desregulaci%C3%B3n-laboral-093700449.html>, fecha de consulta: 21/12/2023.

(6) Sobre el tema puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, entre otros lugares en: “Régimen laboral de las pequeñas empresas”, Joaquín Fernández Madrid Editor, Buenos Aires 1999; Idem, en Estatutos Laborales Especiales dirigido por Ackerman, Mario, Tomo II, Santa Fe, 2022, p. 273 a 362.

#### **IV. Una muy breve reflexión final sobre el re-taceo de la presunción de la LCT**

Indudablemente, la presunción laboral del art. 23 de la LCT es, y siempre ha sido, una herramienta esencial pues en torno a ella gira la existencia de la relación de trabajo.

No por nada el maestro Justo López decía que la utilización de figuras contractuales no laborales es el supuesto más significativo de simulación ilícita tendiente a evadir la aplicación de normas laborales (7).

Bueno, precisamente ese supuesto al que apuntaba el jurista fue desterrado del art. 23 de

---

(7) LÓPEZ, Justo, "Ley de contrato de trabajo comentada", López, Justo, Centeno, Norberto y Fernández Madrid, Juan Carlos, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1978, p. 196/197.

la LCT y, en su lugar, se convalidó un supuesto al que no se aplica la presunción (por decisión normativa) a pesar de que puede constituir simulación ilícita. Es que, la presunción prevista en el primer párrafo de la nueva norma, es inmediatamente desvirtuada en el segundo.

No está de más señalar que, el caso de los cinco colaboradores independientes es, precisamente, uno de los tantos supuestos que requieren protección legal a través del funcionamiento de una presunción *iuris tantum* que permita ubicarlos en donde corresponde y el DNU les niega esta posibilidad.

Por eso, nos parece que en los casos planteados por el sustituto del art. 23 de la LCT, se multiplicarán las causas judiciales por dependencia laboral encubierta.



# DNU 70/2023 y el régimen indemnizatorio laboral

Sergio A. Arce (\*)

Sumario: I. Introducción.— II. Eliminación de las indemnizaciones derivadas de la ausencia o deficiencia registral.— III. Trabajadores de casas particulares.— IV. Registración.— V. Eliminación de las indemnizaciones artículos 80, 132 bis LCT y 2 ley 25.323.— VI. Reformas en el régimen de reparación del despido arbitrario.

## I. Introducción

En fecha 21 de diciembre 2023 se publicó en el Boletín Oficial el DNU 70/23, mediante el cual se introducen graves reformas flexibilizadoras a los derechos de las personas que trabajan.

Dicha normativa resulta inconstitucional en virtud de la imposibilidad del Poder Ejecutivo Nacional de emitir disposiciones de carácter legislativo, y por no existir circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por nuestra Constitución para la sanción de las leyes, ni la necesidad y urgencia de dictar las disposiciones en cuestión.

En el presente artículo se analizan las reformas al régimen indemnizatorio laboral efectuadas mediante el DNU en análisis, su impacto en el diseño actual del derecho del trabajo, las consecuencias jurídicas para los trabajadores, y las posibles alternativas de reclamo.

Como se explicará a continuación estamos ante reformas inconstitucionales e inconvenientes que disminuyen la protección que la ley otorga al dependiente contrarias a los artículos 14 bis, 16, 17, 19 de la Constitución Nacional y contrarias al principio de progresividad que se

consagra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos — Pacto de San José de Costa Rica (artículo 26), y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.1), ambos con jerarquía constitucional en virtud del artículo 75 inciso 22 C.N. Entre otra normativa que a lo largo del presente trabajo citaré.

## II. Eliminación de las indemnizaciones derivadas de la ausencia o deficiencia registral

El DNU 70/23 deroga las indemnizaciones de las leyes 24.013 y 25.323. En dicho sentido, se elimina la reparación tarifada a causa de la ausencia o deficiencia registral, importando un grave retroceso en los derechos de las personas trabajadoras.

Nos encontramos ante un cambio que contradice los principios de progresividad no regresividad e indemnidad. El impacto de la medida puede visualizarse por ejemplo al comparar dos trabajadores de una misma empresa, en idénticas tareas, y antigüedad, uno registrado correctamente y otro de manera deficiente, en caso de ser despedidos percibirán el mismo monto indemnizatorio, de aplicarse la reforma. Una clara involución de derechos.

Se priva al dependiente de la reparación tarifada del daño que innegablemente produce la marginalidad registral.

No resultaría justo que bajo la indemnización tarifada del artículo 245 LCT, pudiese permitirse

---

(\*) Abogado laboralista. Profesor Universitario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director Académico de la Diplomatura en Derecho del Trabajo Práctico de la Universidad Nacional de la Patagonia. Director General del Área de Derecho del Trabajo del Colegio de Abogados de Morón. Autor de libros y artículos de doctrina sobre la materia.

perjuicios al trabajador, superiores a los que se derivan del incumplimiento del mantenimiento del vínculo, o sea el despido arbitrario.

En tal panorama la norma flexibilizadora colisiona con el artículo 14 bis C.N., en cuanto se vulnera la prerrogativa que asegura al trabajador: “condiciones dignas y equitativas de labor”. Incluso es contraria, a los postulados de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que en su artículo 39 dispone: “El trabajo es un derecho y un deber social. 1- En especial se establece: derecho al trabajo... *...a condiciones dignas de trabajo, al bienestar... ...3- En materia laboral y de seguridad social regirán los principios de irrenunciabilidad, ... primacía de la realidad, indemnidad, progresividad...*”.

El trabajo no registrado es un trabajo en condiciones indignas. La nueva normativa invita a la desprotección del más débil del vínculo.

Recordemos que el trabajo goza de la protección de las leyes. Y esa protección no puede disminuirse. Desregular es desproteger.

Se intenta no solo en este punto de la normativa bajo análisis sino en todo el texto referido al Derecho del Trabajo, de poner en un plano de igualdad a desiguales. Recordemos que las desigualdades que crea el derecho laboral a favor del trabajador, solo deben entenderse como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación (art. 17 bis LCT).

La derogación de las indemnizaciones importa habilitar y convalidar el incumplimiento registral, y asimismo dejar sin sanción al responsable del perjuicio, el empleador incumplidor.

La informalidad laboral es uno de los problemas fundamentales del mercado laboral, que causa graves perjuicios al trabajador que la sufre. La informalidad, decidida por el empleador, oculta la condición de “trabajador”, de la víctima. Y con ello le impide y obstruye el pleno ejercicio de los derechos que la normativa le reconoce en su calidad de tal.

En caso de que la reforma quede firme derogando las indemnizaciones de la leyes 24.013 y 25.323, el trabajador perderá el derecho a las indemnizaciones “tasadas” que tales normas esta-

blecen, pero entiendo que no el derecho a solicitar la reparación “no tarifada”, en base al Código Civil y Comercial de la Nación, de los daños que genere la mala registración o la falta de registración del contrato de trabajo. Recordemos que cuando se habla de reparar un daño, estamos ante un derecho que deriva del principio “alterum non laedere”, que prohíbe perjudicar los derechos de un tercero (artículo 19 de la Constitución Nacional). En consecuencia, la violación del deber de no dañar a otro da lugar a la reparación del daño causado.

De esta manera, la reforma no traerá seguridad jurídica ni siquiera para los empleadores, que no podrán preveer de ante mano el quantum de la reparación.

Como he dicho en los congresos de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral en Bariloche 2018, Mar del Plata 2019 (ponencias a disposición), en el Congreso del Foro Federal de Institutos y Comisiones de Derecho Laboral de los Colegios de Abogados de la República Argentina en el CPACF de 2023, y en artículos de doctrina de mi autoría (1), la falta de registración implica una acción discriminatoria, que puede posibilitar las acciones y reparaciones que establece la Ley 23.592. Normativa que podrá invocarse para reclamar por el daño de la ausencia registral al no encontrarse vigente la normativa derogada por el DNU.

Al respecto, se ha dicho que: “La clandestinización total o parcial de la relación laboral es un modo sofisticado de discriminación ya que excluye del universo normativo a los trabajadores afectados...” (Stringa Domingo Alberto C/ Unilever de Argentina S.A. S/Despido”, de fecha 23/10/2000, sentencia definitiva 53533- Del voto del Dr. Rodolfo Capón Filas).

Trato discriminatorio, contrario a los artículos 17, 81, 63 y ccts de la LCT. Como así también, y fundamentalmente contrario a los principios que establecen los artículos 16 y 14 bis de la CN; y a los tratados y convenios que determinan la

(1) ARCE, Sergio, “Las Indemnizaciones de la ley 24.013 y el proyecto de reforma laboral”, Revista Actualidad Jurídica, Córdoba, noviembre 2018 ARCE, Sergio, “El impacto de la proyectada reforma laboral en las indemnizaciones”, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social N2 — Enero 2019

prohibición de discriminar, que poseen jerarquía constitucional en virtud del artículo 75 inc. 22 CN a saber: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Dr. Orsini ha explicado que: “Sin perjuicio de constituir una discriminación por la condición social (causa vedada de distinción incluida en el listado no taxativo del art. 1 de dicho cuerpo legal), el trabajo clandestino afecta el libre ejercicio sobre bases igualitarias de derechos y garantías constitucionales (derechos laborales y de la seguridad social, arts. 14 bis y 75 inc. 22, C.N.), encuadrando asimismo en la fórmula antidiscriminatoria genérica comprendida en dicha normativa, que consagra, acertadamente, un concepto amplio de discriminación... (2)”.

En igual sentido, el Dr. Akerman, acertadamente explicó que en caso de eliminarse las indemnizaciones tarifadas: “el mayor riesgo que enfrentará el empleador en infracción, será que se considere que con su omisión de registro ha incurrido en una *práctica discriminatoria* y, con fundamento en las reglas del artículo 1 de la Ley 23.592, podría ser obligado a *dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño* causado al trabajador... y podría así reclamar, la *reparación plena del daño*, lo que podría incluir el mantenimiento del vínculo, el pago de los salarios caídos, la pérdida de chances (art. 1738 y 1740) y el daño extrapatrimonial (art. 1741)” (3).

### III. Trabajadores de casas particulares

Siguiendo el mismo tinte flexibilizador, el DNU también deroga el artículo 50 de la ley 26.844, mediante el cual se reconoce el derecho a las tra-

(2) ORSINI, Juan I., “El flagelo del trabajo clandestino y la nulidad del despido-represalia por reclamar la registración del contrato de trabajo”, Revista Derecho del Trabajo, Año I - N° 2 — Septiembre 2012, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, CABA, p. 169/170.

(3) ACKERMAN, Mario E., “Algunas posibles consecuencias de la eliminación o cambio de destino de las mal llamadas multas de las Leyes 24013 y 25323 y del artículo 80 de la LCT”, Rubinzal Culzoni, Revista Online, viernes 17 de noviembre de 2017.

bajadoras y trabajadores de casas particulares el derecho a percibir una indemnización tarifada por ausencia y/o deficiencia en la registración.

El agravamiento indemnizatorio consiste en la duplicación de la indemnización por despido cuando la relación laboral al momento del despido no estuviera registrada o lo esté de modo deficiente.

Las personas trabajadoras de casas particulares siempre han sido un colectivo con poco reconocimiento de derechos, y también poco reconocimiento social de la importancia de sus tareas y de su calidad de verdaderas trabajadoras.

Y principalmente, son el colectivo de trabajadores que presenta mayores tasas de informalidad, en comparación con otros sectores.

En este marco, le ley 26.844 del año 2013, ha implicado una mejora trascendente de derechos para las y los trabajadores de casas particulares, respecto de la normativa anterior, el Decreto 326/56.

Es por ello que el recorte que efectúa el DNU 70/23 resulta grave y preocupante, además claro, inconstitucional.

### IV. Registración

Al tenor de la reforma que elimina las indemnizaciones agravadas de las leyes 24.013 y 25.323, se le suma la modificación del artículos 7 de la ley 24.013, y la incorporación de cuatro nuevos artículos (7 bis, 7 ter, 7 quáter y 18), que introducen conceptos que se alejan de los principios generales del derecho del trabajo e incluso de las reglas del Derecho Civil.

En primer lugar, el artículo 7 de la Ley 24013 no reformado determina que se entiende que la relación o contrato de trabajo ha sido registrado “cuando el empleador hubiere inscripto al trabajador” en el libro especial del artículo 52 de la Ley de Contrato de Trabajo, y en los subsistemas de la seguridad social. Las relaciones laborales que no cumplieren con los requisitos explicados precedentes se considerarán no registradas.

El DNU en análisis modifica el citado artículo, estableciendo que: “se entiende que la relación o el contrato de trabajo se encuentran registrado

cuando el trabajador esté inscripto en las formas y condiciones que establezca la reglamentación que determine el Poder Ejecutivo...”

El nuevo artículo 7 de la ley 24.013, no menciona al “empleador” como sujeto obligado a efectuar la registración. Y si bien puede parecer obvio que quien debe registrar el contrato de trabajo es el empleador, lo cierto es que, en la jurisprudencia y doctrina se ha discutido sobre la eficacia de la registración laboral no efectuada por el empleador directo, y sobre la procedencia de la indemnización por falta de registración en el supuesto de que quien efectuó el registro no era el verdadero empleador.

Al respecto, el Fallo Plenario N° 323 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, “Vásquez, María Laura c/ Telefónica de Argentina SA y otro”, de fecha 30/06/2010, determinó que: “Cuando de acuerdo con el primer párrafo del artículo 29 LCT se establece que el trabajador ha sido empleado directo de la empresa usuaria de sus servicios, procede la indemnización prevista en el artículo 8° de la ley 24.013 aunque el contrato de trabajo haya sido inscripto solamente por la empresa intermediaria”.

Reitero una verdad expresada en párrafos anteriores, que dada su simpleza lógica puede parecer en vano resaltar, pero que frente a las formas en que se enmascara el fraude se caracteriza como trascendente y decisiva: aquel que debe registrar el contrato de trabajo es el empleador, el real empleador, y no alguien ajeno a la relación de trabajo.

En tal sentido, la registración realizada por un tercero no debe convalidarse ni puede suplantar la registración que debió realizar “el real empleador”.

Así, el artículo 29 de la LCT sin la reforma del DNU en análisis, dice que los “trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación”. Dicha norma tiene el fin de prevenir el fraude consistente en la interposición entre el empleador y el trabajador de un sujeto que formalmente contrata a este último.

Estamos hablando de un contrato, y como en todo contrato los sujetos son elementos esenciales del mismo. Con la modificación del DNU 70/23 se convalida el alejamiento del principio de primacía de la realidad, y la *posibilidad de que un tercero asuma responsabilidades de las cuales solo y únicamente son cargo del empleador*.

Así, el nuevo artículo 29 determina que “Los trabajadores serán considerados empleados directos de aquellos que registren la relación laboral, sin perjuicio de haber sido contratados con vistas a utilizar su prestación o de proporcionarlos a terceras empresas...”

Y el nuevo artículo 7 bis de la LCT introducido por el DNU 70/23, determina que, “en virtud de lo establecido en los artículos 29 y 30 de la ley 20.744, la registración efectuada en los términos del artículo 7 se considera plenamente eficaz cuando hubiera sido realizada por cualquiera de las personas intervinientes, humanas o jurídicas.”

Es decir, para la nueva normativa es intrascendente la “realidad del vínculo”, quien es el empleador en los hechos. Reitero, será empleador directo quien decida registrar el contrato, pese a no ser el real empleador.

Incluso este cambio, implica que la ausencia registral del “real empleador”, pueda no constituir injuria que posibilite la extinción causada del contrato por parte del trabajador, si es que un tercero asumió la registración del contrato.

#### **V. Eliminación de las indemnizaciones artículos 80, 132 bis LCT y 2 ley 25.323**

Como si la eliminación de las indemnizaciones por deficiencia o ausencia registral fuera poco, el DNU también deroga las indemnizaciones derivadas de la; falta de entrega en término del certificado de trabajo (artículo 80 LCT); falta de ingreso de aportes retenidos al trabajador con destino a los organismos de la seguridad social, etc, (132 bis LCT); falta de pago de indemnizaciones por del despido arbitrario teniendo que el trabajador accionar judicialmente para percibir las (artículo 2 ley 25.323).

Una clara involución del derecho resarcitorio del trabajador. Y un permiso al empleador para

incumplir sus obligaciones en el marco contractual.

Como ya he dicho, desregular, para el derecho del trabajo, es desproteger.

## **VI. Reformas en el régimen de reparación del despido arbitrario**

### *VI.1. Ampliación del periodo de prueba*

El DNU 70/23, modifica el régimen de reparación del despido arbitrario.

En primer lugar, modifica el instituto del periodo de prueba, aumentando su periodo de 3 a 8 meses. En tal sentido, un trabajador tendrá derecho a percibir indemnización por antigüedad luego de haber transcurrido el plazo de 8 meses.

Un retroceso en cuanto al derecho indemnizatorio. Con la reforma la estabilidad impropia comienza luego de 8 meses del inicio del contrato, siempre y cuando se mantenga la virtualidad del instituto del periodo de prueba.

Por otro lado, el nuevo artículo 92 bis LCT eliminó el siguiente requisito que establecía el 92 bis LCT: “El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba. Caso contrario, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento, se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a dicho período”.

En virtud de este dispositivo, hoy derogado, un empleador que no hubiese registrado el contrato de trabajo o lo hubiese hecho de modo deficiente, no podría hacer valer el periodo de prueba, con lo que el trabajador podría tener derecho a la reparación del despido pese a estar dentro de los 3 primeros meses. Ello es así, atento a que la consecuencia del incumplimiento patronal traía aparejado la renuncia del periodo de prueba y con esta, la posibilidad de despedir sin abonar indemnización. Entendiendo que dicho dispositivo quitó validez a la doctrina plenaria de El Fallo Plenario N° 218, de fecha 30/03/1979, en autos “Sawady, Manfredo c/ SADAIC (Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música) s/ Cobro de pesos”.

El nuevo 92 Bis LCT ya no contiene el requisito en cuestión, por lo que la ausencia o deficiencia

registral no quitarían virtualidad al período de prueba.

### *VI.2. Reducción de la indemnización por despido. Cambio en la fórmula de cálculo*

VI.2.a. No inclusión del SAC ni rubros de pago semestral o anual

En primer lugar, la nueva redacción del artículo 245 LCT determina que: “La base de cálculo no incluirá el Sueldo Anual Complementario, ni conceptos de pago semestral o anual”.

La no inclusión de la parte proporcional del SAC a la base de cálculo importa un grave recorte.

En la Ciudad de Buenos Aires, el Fallo Plenario N° 322 de fecha 19/11/2009, en autos “Tulosai, Alberto Pascual c/ Banco Central de la República Argentina”, ya estableció la doctrina plenaria al respecto: “1°) No corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la LCT la parte proporcional del sueldo anual complementario...”

No obstante ello, en la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha sentado desde antiguo el criterio contrario: “No siendo el aguinaldo más que un sueldo diferido, corresponde computarlo a los fines del cálculo de la indemnización por despido” (Nuncio Gerardo María c/ Pionera SA”, 06/03/1979) (4).

De este modo, el DNU 70/23 extiende el criterio de Tulosai a todas las jurisdicciones del País, en un claro retroceso del derecho indemnizatorio.

Por otro lado, respecto de la prohibición de la inclusión a la base de cálculo de rubros que se paguen de manera semestral o anual que determina la nueva redacción del artículo 245 LCT, corresponde decir que, al momento de analizar un contrato de trabajo en el cual se abonen rubros sin periodicidad mensual, como de manera ha-

(4) Igual solución se adoptó en otros fallos, por ejemplo: SCBA, “Helmann Raúl Alberto c/ Rigolleau SA”, 19/11/1982; SCBA, “Mas Roberto Rufino c/ Swift-Armour SA Argentina”, 03/06/1986; SCBA, “Reyes Ángel v. Stagnaro Juan”, 18/11/1997.

bitual habrá que determinar si efectivamente no se trata de una maniobra fraudulenta para vaciar la base salarial con la que se calcula la indemnización en caso de despido.

Esta nueva disposición en el artículo 245 LCT puede afectar la relación entre remuneración e indemnización por despido contraviniendo las disposiciones del art. 14 CN y convenio 158 OIT.

Además es un intento de dejar afuera de la base de cálculo verdaderas remuneraciones devengadas que se dan en el marco y como consecuencia del contrato de trabajo (103 LCT y art. 1 Convenio 95 OIT), y que de dejar de contemplarse implicaría vaciar la base de cálculo de la reparación del despido arbitrario. En tal sentido, decir que solo pueden incluirse a la base salarial del cálculo rubros de pago mensual, podría generar interpretaciones desprotectorias respecto de la inclusión por ejemplo de uso de automotor, telefonía, etc.

VI.2.b. Base de cálculo en caso de remuneraciones variables

Por otro lado, la nueva redacción del 245 LCT, modifica a la baja la forma de conformar la base de cálculo en caso de remuneraciones variables.

Así, el DNU al respecto determina que: “para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones mensuales variables, será de aplicación el promedio de los últimos seis [6] meses, o del último año si fuera más favorable al trabajador”.

Hasta el momento, la manera de determinar la base de cálculo en el supuesto de remuneraciones variables era tomar la mejor. Es decir, una vez determinadas las remuneraciones normales, habituales y mensuales, se debe tomar como base salarial para el cálculo de la indemnización la de mayor cuantía, la mejor, sea o no variable.

Al respecto, resulta de importancia tener presente la doctrina del Fallo Plenario N° 298 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, de fecha 05/10/2000, en autos “Brandi, Roberto Antonio c/ Lotería Nacional SE s/ Despido”: “Para el cálculo de la indemnización por despido no deben ser promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales (art. 245 LCT)”.

Así, si bien en otros institutos de la LCT, como es el caso de “enfermedades inculpables”, la ley manda a efectuar promedio de remuneraciones variables para liquidar salarios, en el caso del cálculo de la indemnización por antigüedad, el artículo 245 claramente se refiere a la “mejor” remuneración. Hasta la reforma del DNU 70/23, que deja sin efecto la doctrina plenaria y redacción anterior del 245 LCT, generando una importante disminución en la base de cálculo de la indemnización por despido.

VI.3. Posibilidad de sustituir el régimen indemnizatorio por despido mediante un fondo de cese instituido por Convenio Colectivo

El artículo 245 LCT modificado por el DNU, al respecto establece: “Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir el presente régimen indemnizatorio por un fondo o sistema de cese laboral cuyo costo estará siempre a cargo del empleador, con un aporte mensual que no podrá ser superior al ocho por ciento (8%) de la remuneración computable”.

Como es sabido la ley 20.744 es un piso de derechos, y los convenios colectivos y luego el contrato individual deben venir a mejorarlo, no a romperlo y disminuir derechos adquiridos e irrenunciables. El DNU insta a que la negociación colectiva acuerde recortes en derechos reconocidos en la LCT.

Por otro lado, cabe resaltar que incluso en el fondo de cese que establece la ley 22.250 en el primer año de trabajo el aporte es del 12%, muy superior al 8% que establece la nueva redacción del 245 LCT.

Hace ya un largo tiempo se viene planteando e instalando desde distintos sectores la necesidad de suplantar el sistema reparatorio del despido arbitrario por el método de la ley 22.250, o por el sistema denominado “mochila argentina” o “seguro de garantía de indemnizaciones”, intentando crear la convicción no sólo de que la propuesta de aplicarse tiene potencialidad para bajar la desocupación, sino, y principalmente que la misma implicaría la ampliación de derechos para las personas trabajadoras.

Pero, bajo el manto discursivo, cuando la propuesta se pasa por el tamiz de los principios del

derecho laboral, se puede desentrañar el verdadero espíritu desprotectorio de la misma.

Como se explicará en los siguientes apartados, esta sustitución del régimen indemnizatorio por un fondo de cese o mochila disminuyen la protección que la ley otorga al dependiente, contraria al artículo 14 bis CN y Convenios Internacionales 75 inc. 22 CN que seguidamente citaré.

Derechos conquistados versus hipotéticos resultados beneficiosos futuros. La iniciativa, claramente regresiva, se deja ver como una “nueva prueba” o estrategia para el desarrollo y crecimiento del país en el campo del trabajo y la producción. Prueba no solo que no asegura el resultado esperado, sino que ya en la década del ’90 quedó demostrado que la flexibilización de los derechos laborales no trae como consecuencia la creación de puestos de trabajo, y mucho menos de empleo de calidad.

VI.3.a. El sistema del fondo de cese implica dejar en abstracto la protección contra el despido arbitrario

La Constitución Nacional, mediante su artículo 14 bis, dispone que el trabajo “gozará de la protección de las leyes”. Dicha protección importa garantizar, no sólo el trabajo decente, mediante condiciones dignas y equitativas de labor, ingreso justo, etc., sino también, y como primer medida el mantenimiento del vínculo, es decir, *la protección contra el despido arbitrario*.

Despido sin causa que lesiona la expectativa de continuidad del contrato que se le asegura al trabajador (art. 90 LCT). Y todo el sistema de la Ley de Contrato de Trabajo, tiene reglas y principios que revitalizan esa permanencia, esa continuidad del contrato de trabajo, ratificando la finalidad del trabajo humano tal como se recepta en el artículo 4 LCT.

En dicho sentido, la indemnización por antigüedad cumple dos finalidades: repara el daño que genera el incumplimiento del empleador de no respetar la continuidad indeterminada del contrato efectuando un despido arbitrario; y asimismo, en cierta medida, funciona como limitador de la voluntad del empleador de extinguir el vínculo sin una justa causa.

El fondo de cese o el sistema mochila argentina implica la eliminación de las dos funciones principales de la indemnización del artículo 245 LCT: disuasiva del despido arbitrario y reparación del daño que el despido genera.

VI.3.b. Eliminación de la función disuasiva y resarcitoria del despido arbitrario

La indemnización por antigüedad es la consecuencia jurídica del despido sin una justa causa.

La prestación del fondo de cese o mochila, no posee naturaleza indemnizatoria. Se devenga a favor del trabajador, en virtud del hecho del “desempleo” sin importar el modo de extinción del contrato, y no como consecuencia de un incumplimiento del empleador. Lo que acarrearía para el colectivo de trabajadores que mediante convenio colectivo sustituya el régimen indemnizatorio por el fondo de cese, la eliminación de la disuasión contra el despido que implica la indemnización actual del artículo 245 LCT.

En dicho sentido, de instaurarse un fondo de cese mediante la negociación colectiva, se centraría la atención en la extinción del contrato, cuando ya sucedió, *yno en la prevención del despido sin causa*, evitando el mismo. Se corre de foco el eje de la protección. No se protege al empleo, sino que se otorga una prestación para que el trabajador intente mantenerse económicamente, hasta una nueva contratación.

Se desnaturaliza la noción de “despido arbitrario”, que es la causa de la reparación, y el hecho a evitar. La prestación se percibiría a causa de la extinción, y no del incumplimiento patronal.

La modificación pretendida importa la inestabilidad de los vínculos laborales, y principalmente la flexibilidad para extinguir el contrato. Lo que acarrearía la eliminación de la disuasión o limitación de la voluntad del empleador contra el despido arbitrario que implica la indemnización actual del artículo 245 LCT.

El fondo de cese no sanciona ni repara incumplimiento contractual alguno, ya que la causa de su devengamiento es el estado de “desocupación”, del trabajador. La instauración de un fondo de cese o sistema mochila desvanece la responsabilidad directa del empleador por el incum-

plimiento de mantener la continuidad indeterminada del contrato.

### VI.3.c. Intención de instaurar contratos temporales. Empleo precario

De instaurarse el sistema de fondo de cese mediante convenio colectivo, como el DNU propicia, el monto de las indemnizaciones deja de ser decisivo al momento de tomar la decisión de despedir. Ya no sería un condicionante. El empleador tendría la libertad de despedir.

Este mecanismo atenta contra la figura del contrato por tiempo indeterminado, creando de hecho, contratos temporales, y debilitando incluso los requisitos rígidos necesarios en las modalidades contractuales (plazo fijo; eventual; etc.) para el apartamiento del principio general, el contrato por tiempo indeterminado. Pierde sentido el sistema. Y tendríamos contratos temporales de hecho, por la facilidad para despedir.

Por otro lado, no debe olvidarse que la indemnización por despido es solamente uno de los

derechos que se calculan y nacen a través de la antigüedad en el puesto de trabajo. Es decir, los demás derechos derivados o dependientes de la antigüedad, se desvanecerán en vínculos precarios y temporales por la facilidad del despido.

En este sentido, el período vacacional, la licencia por enfermedad inculpable, la asignación salarial “antigüedad” de los convenios colectivos, la promoción automática de categorías de ciertos convenios colectivos de trabajo, son solo algunos de los derechos que derivan de la antigüedad. Derechos que no se gozan, o en determinados casos son limitados, en vínculos con poca antigüedad.

Así, al facilitar la salida de los contratos de trabajo, claramente, el empleador podrá reemplazar al dependiente con más derechos por su antigüedad, por un nuevo trabajador con salario menor por categoría básica, sin asignación por antigüedad de convenio, con poca licencia para el caso de que enferme, con menor período vacacional, etc.



# Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023. Reformas en materia laboral

Daniel G. Pérez (\*)

Marcela A. Fiocco (\*\*)

No caben dudas que el DNU N° 70 que lleva por denominación “Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina”, es de una extensión y de una profundidad, pocas veces vista. Estamos en presencia de un proyecto de reforma sin precedentes. Más allá de lo que depare su tránsito legislativo, lo cierto es que, la cantidad de materias que pretende abarcar son de una magnitud realmente asombrosa. Seguramente habrá que ir analizando y profundizando en cada materia y rama que abarca.

Nos pareció muy importante por la extensión y magnitud de los cambios propuestos, comenzar por los temas e institutos que se relacionan con el derecho laboral.

También nos pareció importante utilizar una metodología comparativa entre los textos normativos vigentes de cada ley que pretende modificar, con la redacción propuesta por el DNU y una observación o interpretación del cambio sugerido.

Esta forma, entendemos será más explicativa y concreta; es por ello que, analizamos una a una las modificaciones realizadas respecto de la Legislación Laboral:

## *Título IV - Trabajo (arts. 53-58)*

Art. 53. Deroga de la ley 24.013 de “Empleo” los arts. 8° a 17 y 120, inc. a). Los arts. 8 a 17 regulan multas, indemnizaciones y sanciones por el em-

pleo no registrado; y obligaciones de los empleadores como contribuciones y aportes al Fondo Nacional de Empleo. El art. 120 inc. a) la obligación de inscripción de empleado.

Art. 54. Deroga de la ley 25.013 de “Reforma Laboral” el art. 9. Se deroga la presunción de conducta temeraria y maliciosa contemplada en el art. 275 de la ley 20.744 en caso de falta de pago en término y sin causa justificada por parte del empleador, de la indemnización por despido incausado o de un acuerdo rescisorio homologado.

Art. 55. Deroga la ley 25.323 de “Indemnizaciones Laborales”. La Ley derogada establece que las indemnizaciones previstas por la ley 20.744 (texto ordenado en 1976) o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral no registrada o que lo esté de modo deficiente.

Art. 56. Deroga de la ley 25.345 de “Evasión Fiscal”, los arts. 43 a 48. Se derogan las normas referidas a las relaciones laborales y el empleo no registrado. Estos son, el art. 43 que introdujera el art. 132 bis en la LCT, sobre retenciones de aportes de seguridad social; el art. 44 que introdujera el 2° párr. del art. 15 de la LCT; el art. 45 que agregara art. 80 LCT, art. 46 que agregara a la LCT art. 132; art. 47 que modificara ley 24.013 y art. 48 que refiriera al deber de informar a AFIP del inicio del reclamo.

Art. 57. Deroga de la ley 26.727 “Régimen de Trabajo Agrario”, el art. 15. Se deroga la prohibición de la actuación de empresas de servicios temporarios y personal eventual dentro de dicho régimen.

(\*) Máster Universitario en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social. Universidad de Alcalá (España) y Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (OISS). Socio del Estudio Pérez & Fiocco.

(\*\*) Abogada UBA. Socia del Estudio Pérez & Fiocco.

Art. 58. Deroga de la ley 26.844, el art. 50 “Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares”. Se elimina la indemnización por agravamiento por ausencia y/o deficiencia en la registración.

*Capítulo I - Registro Laboral (ley 24.013) (arts. 59-64)*

Arts. 59, 60, 61 y 62, sustituyen, según el caso, el art. 7° de la ley 24.013 de “Empleo” y agrega tres artículos a continuación.

Ley N° 24.013 “Empleo”	DNU 70/2023	COMENTARIO
<p>ARTÍCULO 7° — Se entiende que la relación o contrato de trabajo ha sido registrado cuando el empleador hubiere inscripto al trabajador: a) En el libro especial del artículo 52 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o.1976) o en la documentación laboral que haga sus veces, según lo previsto en los regímenes jurídicos particulares; b) En los registros mencionados en el artículo 18, inciso a). Las relaciones laborales que no cumplieren con los requisitos fijados en los incisos precedentes se considerarán no registradas.</p>	<p>ARTÍCULO 7°.- Se entiende que la relación o el contrato de trabajo se encuentran registrados cuando el trabajador esté inscripto en las formas y condiciones que establezca la reglamentación que determine el Poder Ejecutivo. Dicha registración deberá ser simple, inmediata, expeditiva, y realizarse a través de medios electrónicos.</p> <p><b>Art. 7° bis.- En virtud de lo establecido en los artículos 29 y 30 de la Ley N° 20.744, la registración efectuada en los términos del artículo 7° se considera plenamente eficaz cuando hubiera sido realizada por cualquiera de las personas intervinientes, humanas o jurídicas.</b></p> <p><b>Art. 7° ter - El trabajador podrá denunciar la falta de registración laboral ante la Autoridad de Aplicación, que deberá ofrecer un medio electrónico a tal efecto, ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía, o ante las autoridades administrativas del trabajo locales.</b></p> <p><b>ARTÍCULO 7° quáter.- En el supuesto de sentencia judicial firme que determine la existencia de una relación de empleo no registrada, la autoridad judicial deberá poner en conocimiento de la entidad recaudadora de las obligaciones de la seguridad social, dentro de los DIEZ (10) días hábiles siguientes a la fecha en que quede firme y consentida la sentencia, todas las circunstancias que permitan la determinación de deuda existente, si la hubiera.</b></p> <p><b>Si conforme sentencia judicial firme, la relación laboral se encontrara enmarcada erróneamente como contrato de obra o servicios, de la deuda que determine el organismo recaudador, se deducirán los componentes ya ingresados conforme al régimen del cual se trate, se establecerá un sistema de intereses menos gravoso y facilidades de pago.</b></p>	<p><b>Incorpora medios electrónicos como forma de registración.</b></p> <p><b>Puede dar alta el empleador o contratista</b></p> <p><b>Trabajador puede denunciar falta de registración por medios electrónicos.</b></p> <p><b>Si por sentencia laboral se determina trabajo no registrado juez debe notificar a AFIP. Se establece expresamente que se deberán deducir de la deuda de seguridad social los importes ingresados dentro del régimen no laboral en el cual se tributara así como dar facilidades de pago de diferencias impagas.</b></p>

Art. 63. Se sustituye el art. 18 de la ley 24.013 de "Empleo".

Ley N° 24.013 "Empleo"	DNU 70/2023	COMENTARIO
ARTÍCULO 18. — El Sistema Único de Registro Laboral concentrará los siguientes registros: a) la inscripción del empleador y la afiliación del trabajador al Instituto Nacional de Previsión Social, a las cajas de subsidios familiares y <del>a la obra social correspondiente</del> ; b) el registro de los trabajadores beneficiarios del sistema integral de prestaciones por desempleo.	ARTÍCULO 18.- El Sistema Único de Registro Laboral concentrará los siguientes registros: a) la inscripción del empleador y la afiliación del trabajador al Instituto Nacional de Previsión Social, a las cajas de subsidios familiares y al <b>prestador del sistema nacional de salud elegido por el trabajador</b> ; b) el registro de los trabajadores beneficiarios del sistema integral de prestaciones por desempleo."	<b>En concordancia con la inclusión de la medicina pre-paga dentro del sistema de salud, establece que debe registrarse el prestador que elija el trabajador.</b>

Art. 64.- Incorpora como inc. i) al art. 114 de la ley 24.013 "Extinción por mutuo acuerdo de las partes en los términos del art. 241 de la ley 20.744". *Vale decir, extiende el derecho a percibir subsidio por desempleo en caso de desvinculación laboral por mutuo acuerdo.*

*Capítulo II - Ley de contrato de trabajo - ley 20.744 (T. O. 1976)*

Arts. 65 a 85.- Sustituye de la ley 20.744 (T. O. 1976) los arts. 2, 9, 12, 23, 29, 80, 92 bis, 124, 132 inc. c), 136, 139, 140, 143, 177, 242, 245, 255, 276 y 277. Incorpora art. 197 bis.

Ley de contrato de trabajo - Ley N° 20.744	DNU 70/2023	COMENTARIO
ARTÍCULO 2° — Ámbito de aplicación. La vigencia de esta ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta. Las disposiciones de esta ley no serán aplicables: a) A los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo. b) Al personal de casas particulares, sin perjuicio que las disposiciones de la presente ley serán de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del régimen específico o cuando así se lo disponga expresamente. c) A los trabajadores agrarios, sin perjuicio que las disposiciones de la presente ley serán de aplicación supletoria en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del Régimen de Trabajo Agrario.	ARTÍCULO 2°.- Ámbito de Aplicación. La vigencia de esta Ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta. Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables: a. A los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o Municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo. b. Al personal de casas particulares, sin perjuicio que las disposiciones de la presente Ley serán de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del régimen específico o cuando así se lo disponga expresamente. c. A los trabajadores agrarios, sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley serán de aplicación supletoria en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del Régimen de Trabajo Agrario. <b>d. A las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación.</b>	<b>Excluye expresamente de la LCT a los contratos del CCyCN (v.gr. Art. 1251 y sgtes. -locaciones de obra y servicio-, 1479 y sigtes. -agencia-</b>

Ley de contrato de trabajo - Ley N° 20.744	DNU 70/2023	COMENTARIO
<p>ARTÍCULO 9° — El principio de la norma más favorable para el trabajador. En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rijan cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador.</p>	<p>ARTÍCULO 9°.- El principio de la norma más favorable para el trabajador. En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rijan cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba, en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador, <b>cuando hubieran agotado todos los medios de investigación a su alcance y persistiera duda probatoria insuperable, valorando los principios de congruencia y defensa en juicio. En tal sentido se aplicará la regla general procesal, en virtud de la cual los hechos deben ser probados por quien los invoca, con plena vigencia de la facultad de los magistrados en la obtención de la verdad objetiva y el respeto a la seguridad jurídica.</b></p>	<p><b>In dubio pro operario luego de agotar medios de prueba. Los hechos deben ser probados por quien los invoca.</b></p>
<p>ARTÍCULO 12. — Irrenunciabilidad. Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.</p>	<p>ARTÍCULO 12 - Protección de los trabajadores. Irrenunciabilidad. Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción. <b>Cuando se celebren acuerdos relativos a modificaciones de elementos esenciales del contrato de trabajo o de desvinculación en los términos del artículo 241 de esta Ley, las partes podrán solicitar a la autoridad de aplicación su homologación en los términos del artículo 15 de la presente Ley.</b></p>	<p><b>Agrega expresamente posibilidad de homologar acuerdos sobre elementos del contrato y desvinculación por mutuo acuerdo.</b></p>

Ley de contrato de trabajo – Ley N° 20.744	DNU 70/2023	COMENTARIO
<p>ARTÍCULO 23. — Presunción de la existencia del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aún cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.</p>	<p>ARTÍCULO 23.- Presunción de la existencia del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que, por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. <b>La presunción contenida en el presente artículo no será de aplicación cuando la relación se trate de contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación o el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente. Dicha ausencia de presunción se extenderá a todos los efectos, inclusive a la Seguridad Social.</b></p>	<p><b>Limita aplicación de presunción de relación laboral. Excluye las contrataciones que quedan al margen de la aplicación de la LCT en virtud de la reforma del art. 2° LCT (contratos regulados por el CCyCN)</b></p>
<p>ARTÍCULO 29. — Interposición y mediación — Solidaridad. Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social. Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los artículos 99 de la presente y 77 a 80 de la Ley Nacional de Empleo, serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente continuo o discontinuo, con dichas empresas.</p>	<p>ARTÍCULO 29.- Mediación. Intermediación. Solidaridad. <b>Subsidiariedad. Los trabajadores serán considerados empleados directos de aquellos que registren la relación laboral, sin perjuicio de haber sido contratados con vistas a utilizar su prestación o de proporcionarlos a terceras empresas. La empresa usuaria será responsable solidaria por las obligaciones laborales y de la seguridad social respecto de los trabajadores proporcionados.</b></p>	<p><b>Se deroga atribución de vinculación laboral directa con quien utiliza servicio. Subsiste solidaridad.</b></p>

Ley de contrato de trabajo - Ley N° 20.744	DNU 70/2023	COMENTARIO
<p>ARTÍCULO 80. — Deber de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social- Certificado de trabajo.</p> <p>La obligación de ingresar los fondos de seguridad social por parte del empleador y los sindicales a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención, configurará asimismo una obligación contractual.</p> <p>El empleador, por su parte, deberá dar al trabajador, cuando éste lo requiriese a la época de la extinción de la relación, constancia documentada de ello. Durante el tiempo de la relación deberá otorgar tal constancia cuando medien causas razonables.</p> <p>Cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social.</p> <p>Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente.</p>	<p>ARTÍCULO 80.- Entrega de certificados. El Poder Ejecutivo Nacional establecerá en orden a la obligación de entrega de los certificados del artículo 80 de la Ley N° 20.744, un mecanismo opcional de cumplimiento de entrega a través de una plataforma virtual. Se considera efectivamente cumplida dicha obligación por parte de los empleadores cuando se hubieran incorporado a la plataforma virtual los certificados pertinentes. Asimismo, también se considera cumplimentada cuando la información se encuentre actualizada y disponible para el trabajador a través de la página web del organismo de la seguridad social.</p>	<p>Establece opción de poner a disposición del trabajador los certificados de trabajo por plataforma virtual u omitirlo si sus datos se encuentran actualizados en organismo de seguridad social</p>

Ley de contrato de trabajo - Ley N° 20.744	DNU 70/2023	COMENTARIO
<p>ARTÍCULO 92 bis. — El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros <b>TRES (3) meses</b> de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los artículos 231 y 232.</p> <p>El período de prueba se regirá por las siguientes reglas:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba.</li> <li>2. El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.</li> <li>3. <del>El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba. Caso contrario, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento, se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a dicho período.</del></li> <li>4. Las partes tienen los derechos y obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.</li> <li>5. Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social.</li> <li>6. El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescripto en el cuarto párrafo del artículo 212.</li> <li>7. <del>El período de prueba, se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social.</del></li> </ol>	<p>ARTÍCULO 92 bis.- Período de prueba. El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros <b>OCHO (8) meses</b> de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los artículos 231 y 232.</p> <p>El período de prueba se regirá por las siguientes reglas:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba.</li> <li>2. El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.</li> <li>3. Las partes tienen los derechos y las obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.</li> <li>4. Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social, con los beneficios establecidos en cada caso.</li> <li>5. El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescripto en el cuarto párrafo del artículo 212.</li> </ol>	<p><b>Extiende período de prueba. Suprime obligación de registrar al iniciarlo. No se computará como tiempo de servicio a ningún efecto.</b></p>

<b>Ley de contrato de trabajo - Ley N° 20.744</b>	<b>DNU 70/2023</b>	<b>COMENTARIO</b>
<p>ARTÍCULO 124. —Medios de pago. Control. Ineficacia de los pagos.</p> <p>Las remuneraciones en dinero debidas al trabajador deberán pagarse, bajo pena de nulidad, en efectivo, cheque a la orden del trabajador para ser cobrado personalmente por éste o quien él indique o mediante la acreditación en cuenta abierta a su nombre en entidad bancaria o en institución de ahorro oficial.</p> <p>Dicha cuenta, especial tendrá el nombre de cuenta sueldo y bajo ningún concepto podrá tener límites de extracciones, ni costo alguno para el trabajador, en cuanto a su constitución, mantenimiento o extracción de fondos en todo el sistema bancario, cualquiera fuera la modalidad extractiva empleada.</p> <p>La autoridad de aplicación podrá disponer que en determinadas actividades, empresas, explotaciones o establecimientos o en determinadas zonas o épocas, el pago de las remuneraciones en dinero debidas al trabajador se haga exclusivamente mediante alguna o algunas de las formas previstas y con el control y supervisión de funcionarios o agentes dependientes de dicha autoridad. El pago que se formalizare sin dicha supervisión podrá ser declarado nulo.</p> <p>En todos los casos el trabajador podrá exigir que su remuneración le sea abonada en efectivo.</p>	<p>ARTÍCULO 124.- Las remuneraciones en dinero debidas al trabajador deberán pagarse, bajo pena de nulidad, en efectivo, cheque a la orden del trabajador para ser cobrado personalmente por este o quien él indique o mediante la acreditación en cuenta abierta a su nombre en entidad bancaria, en institución de ahorro oficial <b>o en otras categorías de entidades que la autoridad de aplicación del sistema de pagos considere aptas, seguras, interoperables y competitivas.</b></p>	<p><b>Suprime obligatoriedad de cuenta especial sueldo, gratuita. Amplía posibilidad de pago a través de otras entidades no bancarias o de ahorro oficial, a reglamentar.</b></p>
<p>ARTÍCULO 132. —Excepciones.</p> <p>c) Pago de cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo, o que resulte de su carácter de afiliados a asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial, o de miembros de sociedades mutuales o cooperativas, así como por servicios sociales y demás prestaciones que otorguen dichas entidades.</p>	<p>ARTÍCULO 132. —Excepciones.</p> <p>c) pago de cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo o que resulte de su carácter de afiliados a asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial o de miembros de sociedades mutuales o cooperativas así como por servicios sociales y demás prestaciones que otorguen dichas entidades, <b>solo si existe un consentimiento explícito del empleado autorizando el mismo.</b></p>	<p><b>La prohibición de efectuar deducciones o retenciones a la remuneración (art. 132 LCT) se extiende a aportes o contribuciones a sindicatos si no existe autorización expresa del empleado.</b></p>



Ley de contrato de trabajo - Ley N° 20.744	DNU 70/2023	COMENTARIO
<p>ARTÍCULO 136. —Contratistas e intermediarios.</p> <p>Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de esta ley, los trabajadores contratados por contratistas o intermediarios tendrán derecho a exigir al empleador principal solidario, para los cuales dichos contratistas o intermediarios presten servicios o ejecuten obras, que retengan, de lo que deben percibir éstos, y les hagan pago del importe de lo adeudado en concepto de remuneraciones u otros derechos apreciables en dinero provenientes de la relación laboral.</p> <p>El empleador principal solidario podrá, así mismo, retener de lo que deben percibir los contratistas o intermediarios, los importes que éstos adeudaren a los organismos de seguridad social con motivo de la relación laboral con los trabajadores contratados por dichos contratistas o intermediarios, que deberá depositar a la orden de los correspondientes organismos dentro de los quince (15) días de retenidos. La retención procederá aunque los contratistas o intermediarios no adeudaren a los trabajadores importe alguno por los conceptos indicados en el párrafo anterior.</p>	<p>ARTÍCULO 136.- Contratistas e intermediarios.</p> <p>Sin perjuicio de la facultad de retención establecida en el art. 30 de esta ley, los trabajadores contratados por contratistas o intermediarios tendrán derecho a solicitar al empleador principal para los cuales dichos contratistas o intermediarios presten servicios o ejecuten obras, que retengan, de lo que deben percibir estos, y den en pago por cuenta y orden de su empleador, los importes adeudados en concepto de remuneraciones, <b>indemnizaciones</b> u otros derechos apreciables en dinero provenientes de la relación laboral.</p> <p>Conforme lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, el principal estará facultado a retener sin preaviso, de lo que deben percibir los contratistas o intermediarios, los importes que estos adeuden a los organismos de seguridad social con motivo de la relación laboral mantenida con los trabajadores contratados por dichos contratistas o intermediarios. Dichas sumas deberán depositarse a la orden de los correspondientes organismos en las formas y condiciones que determine la reglamentación.</p> <p><b>La ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, dentro de los NOVENTA (90) días de sancionada la presente ley establecerá un mecanismo simplificado a fin de poder efectivizar la retención correspondiente a la seguridad social establecida en el presente artículo.</b></p>	<p><b>Incluye posibilidad de retención por contratistas de indemnizaciones adeudadas por el principal. Dispone simplificar mecanismo de retención por parte de contratistas de importes con destino a seguridad social.</b></p>
<p>ARTÍCULO 139. — <del>Doble ejemplar.</del></p> <p>El recibo será confeccionado por el empleador <del>en doble ejemplar,</del> debiendo hacer entrega del duplicado al trabajador.</p>	<p>ARTÍCULO 139.- Modalidad.</p> <p>El recibo será confeccionado por el empleador debiendo hacer entrega de <b>una copia fiel del original al trabajador la que podrá ser instrumentada de forma electrónica.</b></p>	<p><b>Posibilita instrumentar recibo de sueldo electrónico.</b></p>

Ley de contrato de trabajo - Ley N° 20.744	DNU 70/2023	COMENTARIO
<p>ARTÍCULO 140. —Contenido necesario. El recibo de pago deberá necesariamente contener, como mínimo, las siguientes enunciaciones:</p> <p>a) Nombre íntegro o razón social del empleador y su domicilio y su Clave Única de Identificación Tributaria (C.U.I.T);</p> <p>b) Nombre y apellido del trabajador y su calificación profesional y su Código Único de Identificación Laboral (C.U.I.L.);</p> <p>c) Todo tipo de remuneración que perciba, con indicación substancial de su determinación. Si se tratase de porcentajes o comisiones de ventas, se indicarán los importes totales de estas últimas, y el porcentaje o comisión asignada al trabajador.</p> <p>d) Los requisitos del artículo 12 del decreto-ley 17.250/67.</p> <p>e) Total bruto de la remuneración básica o fija y porcentual devengado y tiempo que corresponda. En los trabajos remunerados a jornal o por hora, el número de jornadas u horas trabajadas, y si se tratase de remuneración por pieza o medida, número de éstas, importe por unidad adoptado y monto global correspondiente al lapso liquidado.</p> <p>f) Importe de las deducciones que se efectúan por aportes jubilatorios u otras autorizadas por esta ley; embargos y demás descuentos que legalmente correspondan.</p> <p>g) Importe neto percibido, expresado en números y letras.</p> <p>h) <del>Constancia de la recepción del duplicado por el trabajador.</del></p> <p>i) <del>Lugar y fecha que deberán corresponder al pago real y efectivo de la remuneración al trabajador.</del></p> <p>j) En el caso de los artículos 124 y 129 de esta ley, firma y sello de los funcionarios o agentes dependientes de la autoridad y supervisión de los pagos.</p> <p>k) Fecha de ingreso y tarea cumplida o categoría en que efectivamente se desempeñó durante el período de pago</p>	<p>ARTÍCULO 140.- Contenido necesario. El recibo de pago deberá necesariamente contener, como mínimo, las siguientes enunciaciones:</p> <p>a) Nombre íntegro o razón social del empleador y su domicilio y su Clave Única de Identificación Tributaria (C.U.I.T);</p> <p>b) Nombre y apellido del trabajador y su calificación profesional y su Código Único de Identificación Laboral (C.U.I.L.);</p> <p>c) Total de remuneración que perciba, con indicación substancial de su determinación. Si se tratase de porcentajes o comisiones de ventas, se indicarán los importes totales de estas últimas, y el porcentaje o comisión asignada al trabajador.</p> <p>d) Los requisitos del artículo 12 del Decreto-Ley N° 17.250/67.</p> <p>e) Total bruto de la remuneración básica o fija y porcentual devengado y tiempo que corresponda. En los trabajos remunerados a jornal o por hora, el número de jornadas u horas trabajadas, y si se tratase de remuneración por pieza o medida, número de estas, importe por unidad adoptado y monto global correspondiente al lapso liquidado.</p> <p>f) Importe de las deducciones que se efectúan por aportes jubilatorios u otras autorizadas por esta ley; embargos y demás descuentos que legalmente correspondan.</p> <p>g) Importe neto percibido, expresado en números y letras.</p> <p>h) En el caso de los artículos 124 y 129 de esta ley, firma y sello de los funcionarios o agentes dependientes de la autoridad, <b>la que podrá ser electrónica</b> y supervisión de los pagos.</p> <p>i) Fecha de ingreso o antigüedad reconocida y tarea cumplida o categoría en que efectivamente se desempeñó durante el período de pago.</p> <p><b>j) Total de contribuciones abonadas por el empleador por disposición legal.</b></p>	<p><b>Suprime contenido obligatorio de recibo de sueldo y agrega obligatoriedad de incorporar contribuciones (seguridad social).</b></p>

Ley de contrato de trabajo - Ley N° 20.744	DNU 70/2023	COMENTARIO
<p>ARTÍCULO 143. —Conservación - Plazo. El empleador deberá conservar los recibos y otras constancias de pago durante todo el plazo correspondiente a la prescripción liberatoria del beneficio de que se trate. El pago hecho por un último o ulteriores períodos no hace presumir el pago de los anteriores.</p>	<p>ARTÍCULO 143.- Conservación - Plazo. El empleador deberá conservar los recibos y otras constancias de pago durante todo el plazo correspondiente a la prescripción liberatoria del beneficio de que se trate. <b>A efectos de la conservación de los recibos y otras constancias de pago, los mismos podrán ser digitalizados, los cuales tendrán la misma validez que en formato papel.</b> El pago hecho por un último o ulteriores períodos no hace presumir el pago de los anteriores.</p>	<p><b>Admite recibos digitalizados con validez legal.</b></p>
<p>ARTÍCULO 177. —Prohibición de trabajar. Conservación del Empleo. Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días después del mismo. Sin embargo, la interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a treinta (30) días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pre-término se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días. La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador. La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas. Garantízase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior. En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certifi-</p>	<p>ARTÍCULO 177.- Prohibición de trabajar. Conservación del Empleo. Queda prohibido el trabajo del personal femenino <b>o persona gestante</b> durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días después del mismo. Sin embargo, la persona interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a <b>diez (10) días</b>; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pre-término se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días. La trabajadora <b>o persona gestante</b> deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador. La misma conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas. Garantízase a toda mujer o persona gestante durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo, el que tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la misma practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior.</p>	<p><b>Reduce cantidad de días mínimos previos a fecha de parto que se puede optar tomar dentro de la licencia por maternidad.</b></p>

Ley de contrato de trabajo - Ley N° 20.744	DNU 70/2023	COMENTARIO
<p>cación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanudarlo vencidos aquellos plazos, la mujer será acreedora a los beneficios previstos en el artículo 208 de esta ley.</p>	<p>En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanudarlo vencidos aquellos plazos, la mujer o persona gestante será acreedora a los beneficios previstos en el artículo 208 de esta ley.</p>	
<p>ARTÍCULO 242. —Justa causa. Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación. La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso.</p>	<p>ARTÍCULO 242.- Justa causa. Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consientan la prosecución de la relación. La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso. <b>Configura injuria laboral grave la participación en bloqueos o tomas de establecimiento. Se presume que existe injuria grave cuando durante una medida de acción directa:</b> <b>a.- Se afecte la libertad de trabajo de quienes no adhieran a la medida de fuerza, mediante actos, hechos, intimidaciones o amenazas;</b> <b>b.- Se impida u obstruya total o parcialmente el ingreso o egreso de personas y/o cosas al establecimiento;</b> <b>c.- Se ocasionen daños en personas o en cosas de propiedad de la empresa o de terceros situadas en el establecimiento (instalaciones, mercaderías, insumos y materias primas, herramientas, etc.) o se las retenga indebidamente.</b> <b>Previo al distracto el empleador debe intimar al trabajador al cese de la conducta injuriosa, excepto en el supuesto de daños a las personas o cosas previsto en el inciso c), donde la producción del daño torna ineficaz la intimidación</b></p>	<p><b>Denuncia de contrato por justa causa. constituye injuria grave la participación en bloqueos o tomas de establecimientos o cualquier forma intimidatoria que afecte la libertad de trabajo y ocasione daños, incorporando solución legal de problema.</b></p>

Ley de contrato de trabajo - Ley N° 20.744	DNU 70/2023	COMENTARIO
<p>ARTÍCULO 245. —Indemnización por antigüedad o despido.</p> <p>En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.</p> <p>Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo.</p> <p>Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno.</p> <p>Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable.</p> <p>El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a UN (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo.</p>	<p>ARTÍCULO 245.- Indemnización por antigüedad o despido.</p> <p>En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso <b>y luego de transcurrido el periodo de prueba</b>, se deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base de cálculo la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor. <b>La base de cálculo de esta indemnización no incluirá el Sueldo Anual Complementario, ni conceptos de pago semestral o anual.</b></p> <p><b>Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones mensuales variables, será de aplicación el promedio de los últimos SEIS (6) meses, o del último año si fuera más favorable al trabajador.</b></p> <p>Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Le corresponderá a la Autoridad de Aplicación fijar y publicar el promedio resultante, conjuntamente con las escalas salariales de cada convenio colectivo de trabajo.</p> <p>Para aquellos trabajadores excluidos de todo convenio colectivo de trabajo, el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, <b>en el caso de que hubiera más de uno.</b></p> <p><b>La base de cálculo de la indemnización no podrá en ningún caso ser inferior al SESENTA Y SIETE POR CIENTO (67 %) del importe correspondiente a UN (1) mes de sueldo, obtenido conforme el método descrito en el primer y segundo párrafo del presente.</b></p>	<p><b>Se ratifica el no computo del periodo de prueba como tiempo de servicio, conforme modificación anterior.</b></p> <p><b>Incorpora doctrina de Plenario “Tulosaí”</b></p> <p><b>Regula indemnización de trabajadores a comisión o con remuneraciones variables que antes se remitía a convenciones colectivas.</b></p> <p><b>Incorpora doctrina de fallo de CSJN “Vizzotti”.</b></p> <p><b>Incorpora modalidad indemnizatoria con fondo de cese laboral utilizado como mecanismo por Ley 22250.</b></p>

Ley de contrato de trabajo - Ley N° 20.744	DNU 70/2023	COMENTARIO
	<p>La indemnización en ningún caso podrá ser inferior a UN (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer y segundo párrafo del presente</p> <p><b>Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir el presente régimen indemnizatorio por un fondo o sistema de cese laboral cuyo costo estará siempre a cargo del empleador, con un aporte mensual que no podrá ser superior al OCHO POR CIENTO (8%) de la remuneración computable.</b></p> <p><b>Por su parte, los empleadores podrán optar por contratar un sistema privado de capitalización a su costo, a fin de solventar la indemnización prevista en el presente artículo y/o la suma que libremente se pacte entre las partes para el supuesto de desvinculación por mutuo acuerdo conforme artículo 241 de la presente ley.</b></p>	
	<p>Art. 245 bis.- Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio. Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial.</p> <p>En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal, y en caso de sentencia judicial que corrobore el origen discriminatorio del despido, corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al 50% de la establecida por el artículo 245 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso.</p> <p>Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el 100%, conforme los parámetros referidos anteriormente.</p> <p>La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios.</p> <p>El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción del vínculo laboral a todos los efectos.”</p>	<p><b>Prescribe agravamiento indemnizatorio por actos discriminatorios. Recoge jurisprudencia.</b></p>

<b>Ley de contrato de trabajo - Ley N° 20.744</b>	<b>DNU 70/2023</b>	<b>COMENTARIO</b>
<p>ARTÍCULO 255. —Reingreso del trabajador. Dedución de las indemnizaciones percibidas.</p> <p>La antigüedad del trabajador se establecerá conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de esta ley, pero si hubiera mediado reingreso a las órdenes del mismo empleador se deducirá de las indemnizaciones de los artículos 245, 246, 247, 250, 251, 253 y 254 lo pagado en forma nominal por la misma causal de cese anterior.</p> <p>En ningún caso la indemnización resultante podrá ser inferior a la que hubiera correspondido al trabajador si su período de servicios hubiera sido solo el último y con prescindencia de los períodos anteriores al reingreso.</p>	<p>ARTÍCULO 255.- Reingreso del trabajador. Dedución de las indemnizaciones percibidas.</p> <p>La antigüedad del trabajador se establecerá conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de esta ley, pero si hubiera mediado reingreso a las órdenes del mismo empleador se deducirá de las indemnizaciones de los artículos 245, 246, 247, 250, 251, 253 y 254 lo pagado oportunamente, actualizado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con más una tasa de interés pura del 3% anual, por la causal de cese anterior.</p> <p>En ningún caso la indemnización resultante podrá ser inferior a la que hubiera correspondido al trabajador si su período de servicios hubiera sido solo el último y con prescindencia de los períodos anteriores al reingreso.</p>	<p><b>Agrega pauta de actualización de indemnización percibida antes del reingreso, deducible en caso de nuevo cese. Aplica IPC. Deja sin efecto prohibición de actualización prevista por Ley 23928.</b></p>
<p>ARTÍCULO 276. —Actualización por depreciación monetaria.</p> <p>Los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo, serán actualizados, cuando resulten afectados por la depreciación monetaria, teniendo en cuenta la variación que experimente el índice de los precios al consumidor en la Capital Federal, desde la fecha en que debieron haberse abonado hasta el momento del efectivo pago.</p> <p>Dicha actualización será aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa de aplicación de oficio o a petición de parte incluso en los casos de concurso del deudor, así como también, después de la declaración de quiebra.</p>	<p>ARTÍCULO 276.- Actualización y repotenciación de los créditos laborales por depreciación monetaria.</p> <p>Los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo serán actualizados y/o repotenciados y/o devengarán intereses.</p> <p><b>La suma que resulte de dicha actualización y/o repotenciación y/o aplicación de intereses en ningún caso podrá ser superior a la que resulte de calcular el capital histórico actualizado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con más una tasa de interés pura del 3% anual.</b></p> <p><b>La presente disposición es de orden público federal</b> y será aplicada por los jueces o por la concurso del deudor, así como también, después de la declaración de quiebra.</p>	<p><b>Establece pauta de repotenciación de deudas. No recoge jurisprudencia que dispone aplicación de anatociasmo.</b></p>

<b>Ley de contrato de trabajo - Ley N° 20.744</b>	<b>DNU 70/2023</b>	<b>COMENTARIO</b>
<p>Art. 277. —Pago en juicio.</p> <p>Todo pago que deba realizarse en los juicios laborales se efectivizará mediante depósito bancario en autos a la orden del Tribunal interviniente y giro judicial personal al titular del crédito o sus derecho-habientes, aún en el supuesto de haber otorgado poder. Queda prohibido el pacto de cuota litis que exceda del veinte por ciento (20%) el que, en cada caso, requerirá ratificación personal y homologación judicial.</p> <p>El desistimiento por el trabajador de acciones y derechos se ratificará personalmente en el juicio y requerirá homologación.</p> <p>Todo pago realizado sin observar lo prescripto y el pacto de cuota litis o desistimiento no homologados, serán nulos de pleno derecho.</p> <p>La responsabilidad por el pago de las costas procesales, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no excederán del veinticinco por ciento (25 %) del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superaran dicho porcentaje, el juez procederá a prorratar los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas.</p>	<p>ARTÍCULO 277.- Pago en juicio.</p> <p>Todo pago que deba realizarse en los juicios laborales se efectivizará mediante depósito bancario en autos a la orden del Tribunal interviniente y giro judicial personal al titular del crédito o sus derecho-habientes, aún en el supuesto de haber otorgado poder. Queda prohibido el pacto de cuota litis que exceda del veinte por ciento (20%) el que, en cada caso, requerirá ratificación personal y homologación judicial.</p> <p><b>Las personas humanas y las personas jurídicas alcanzadas por la Ley N° 24.467, ante una sentencia judicial condenatoria, podrán acogerse al pago total de la misma en hasta un máximo de doce (12) cuotas mensuales consecutivas, las que serán ajustadas conforme la pauta establecida en el artículo 276 de la presente Ley.</b></p> <p>El desistimiento por el trabajador de acciones y derechos se ratificará personalmente en el juicio y requerirá homologación.</p> <p>Todo pago realizado sin observar lo prescripto, así como el pacto de cuota litis o el desistimiento no homologados, serán nulos de pleno derecho.</p> <p>La responsabilidad por el pago de las costas procesales, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no excederán del veinticinco por ciento (25 %) del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades superaran dicho porcentaje, el juez procederá a prorratar los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas.</p>	<p><b>Agrega posibilidad de empleador PYME o persona humana de pagar condena laboral en cuotas actualizables.</b></p>



*Capítulo III - Convenciones Colectivas de Trabajo (ley 14.250) (art. 86)*

- Sustitúyese el art. 6° de la ley 14.250

<b>Convenciones Colectivas de Trabajo (Ley N° 14.250)</b>	<b>DNU 70/2023</b>	<b>COMENTARIO</b>
<p>ARTÍCULO 6°.- Una convención colectiva de trabajo, cuyo término estuviere vencido, mantendrá la plena vigencia de todas sus cláusulas hasta que una nueva convención colectiva la sustituya, salvo que en la convención colectiva vencida se hubiese acordado lo contrario. Las partes podrán establecer diferentes plazos de vigencia de las cláusulas convencionales.</p>	<p>ARTÍCULO 6°.- Una convención colectiva de trabajo, cuyo término estuviere vencido, solamente mantendrá subsistentes las normas referidas a las condiciones de trabajo establecidas en virtud de ellas (cláusulas normativas) y hasta tanto entre en vigencia una nueva convención colectiva o exista un acuerdo de partes que la prorrogue. El resto de las cláusulas (obligacionales) podrán mantener su vigencia, solo por acuerdo de partes o por la específica prórroga dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional.</p>	<p><b>Limita la ultraactividad de los CCT a las cláusulas que refieren a las condiciones de trabajo.</b></p>

*Capítulo IV - Asociaciones Sindicales (ley 23.551) (arts. 87-88)*

- Incorpora el art. 20 *bis* a la ley 23.551 el cual establece que: “Los representantes sindicales dentro de la empresa, delegados, comisiones internas u organismos similares, así como las autoridades de las distintas seccionales de las asociaciones sindicales tendrán derecho a convocar a asambleas y congresos de delegados sin perjudicar las actividades normales de la empresa o afectar a terceros”.

- Incorpora el art. 20 *ter* a la ley 23.551 que establece: “Acciones prohibidas. Las siguientes conductas están prohibidas y serán consideradas infracciones muy graves:

a. Afectar la libertad de trabajo de quienes no adhieran a una medida de fuerza, mediante actos, hechos, intimidaciones o amenazas;

b. Provocar el bloqueo o tomar un establecimiento; impedir u obstruir total o parcialmente el ingreso o egreso de personas y/o cosas al establecimiento;

c. Ocasionar daños en personas o en cosas de propiedad de la empresa o de terceros situadas en el establecimiento (instalaciones, mercaderías, insumos y materias primas, herramientas, etc.) o retenerlas indebidamente.

Verificadas dichas acciones como medidas de acción directa sindical, la entidad responsable será pasible de la aplicación de las sanciones que establezca la reglamentación, una vez cumplimentado el procedimiento que se disponga al efecto a cargo de la Autoridad de Aplicación, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y/o penales que pudieran corresponder”.

*Capítulo V - Régimen del Trabajo Agrario (ley 26.727) (art. 89)*

- Sustituye el art. 69 de la ley 26.727

<b>Régimen del Trabajo Agrario (Ley N° 26.727)</b>	<b>DNU 70/2023</b>	<b>COMENTARIO</b>
<p>ARTÍCULO 69. — Bolsas de trabajo. Las bolsas de trabajo a cargo de las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial proveerán a los empleadores del personal necesario para la realización de las tareas temporarias en las actividades contempladas en la presente ley, conforme las resoluciones que a tal efecto dicte la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA).  <del>Elo, sin perjuicio de la vigencia de las normas que actualmente prevén la obligatoriedad del uso de las bolsas de trabajo para el ámbito rural en determinadas actividades y jurisdicciones.</del></p>	<p>ARTÍCULO 69.- Bolsa de trabajo. Las bolsas de trabajo a cargo de las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial <b>podrán proponer</b> a los empleadores un listado del personal necesario para la realización de tareas temporarias en las actividades contempladas en la presente Ley, conforme las resoluciones que a tal efecto dicte la Comisión de Trabajo Agrario.  <b>El empleador podrá contratar a la persona sugerida y/o a cualquier otra que disponga.</b>  <b>Queda derogada toda norma que se oponga al presente artículo y/o a la libertad de contratación y elección del personal por parte del empleador.</b></p>	<p><b>Pasa a ser facultativo el empleo de personal inscripto en bolsas de trabajo, provisto por sindicatos.</b></p>

*Capítulo VI - Régimen del Viajante de Comercio (Ley N° 14.546) (Art. 90 - 91)*

“ARTÍCULO 90.- Derógase la Ley N° 14.546.

ARTÍCULO 91.- La derogación de la Ley N° 14.546 no afecta los derechos individuales de aquellos trabajadores que se encuentren actualmente alcanzados por el Régimen establecido en la ley que se deroga. Las nuevas contrataciones producidas con posterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley, se regirán por las normas generales, contratos individuales y convenios colectivos que resulten aplicables. La representación sindical y empleadora deberán impulsar la negociación colectiva relativa con el fin de otorgar el marco adicional que consideren menester adecuado a las circunstancias actuales si correspondiere.”

Vale decir que las nuevas contrataciones se regirán por contratos individuales de acuerdo a prescripciones del Código Civil y Comercial o bien convenios colectivos que resulten aplicables.

*Capítulo VII - Régimen Legal del Contrato de teletrabajo (Ley N° 27.555) (Art. 92 - 95)*

- Sustituye los artículos 6, 8, 17 y 18 de la Ley N° 27.555

*Capítulo VIII - De los Trabajadores independientes con colaboradores (Art. 96)*

- El trabajador independiente podrá contar con hasta otros CINCO (5) trabajadores independientes para llevar adelante un emprendimiento productivo. El mismo estará basado en la relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre ellos.

Régimen del Trabajo Agrario (Ley N° 26.727)	DNU 70/2023	COMENTARIO
<p>ARTÍCULO 6°- Tareas de cuidados. Las personas que trabajen bajo esta modalidad y que acrediten tener a su cargo, de manera única o compartida, el cuidado de personas menores de trece (13) años, personas con discapacidad o adultas mayores que convivan con la persona trabajadora y que requieran asistencia específica, tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada. <del>Cualquier acto, conducta, decisión, represalia u obstaculización proveniente del empleador que lesione estos derechos se presumirá discriminatorio resultando aplicables las disposiciones de la ley 23.592.</del> Mediante la negociación colectiva podrán establecerse pautas específicas para el ejercicio de este derecho.</p>	<p>ARTÍCULO 6°.- Tareas de cuidados. Las personas que trabajen bajo esta modalidad y que acrediten tener a cargo el cuidado de personas menores de trece (13) años, personas con discapacidad o adultas mayores que convivan con la persona que trabaja y que requieran asistencia específica, tendrán derecho a <b>coordinar con el empleador, en tanto no afecte lo requerido de su trabajo</b>, horarios compatibles a la tarea de cuidado a su cargo y/o la interrupción <b>esporádica</b> de su jornada, <b>compensado dichos periodos de tiempo de manera acorde con las tareas asignadas.</b> <b>El presente artículo no será de aplicación cuando el empleador abonare alguna compensación legal, convencional o contractual relativa a gastos por tareas de cuidado.</b> Mediante negociación colectiva o en el ámbito de los contratos de trabajo podrán establecerse pautas específicas para el ejercicio de este derecho.</p>	<p><b>Establece derecho a coordinar disponibilidad de horario especial con el empleador, salvo que empleado perciba una compensación económica por gastos por tareas de cuidado.</b></p>
<p>Artículo 8°- Reversibilidad. El consentimiento prestado por la persona que trabaja en una posición presencial para pasar a la modalidad de teletrabajo, <del>podrá ser revocado por la misma en cualquier momento de la relación.</del> En tal caso, el empleador le deberá otorgar tareas en el establecimiento en el cual las hubiera prestado anteriormente, o en su defecto, en el más cercano al domicilio del dependiente, en el cual puedan ser prestadas. Salvo que por motivos fundados resulte imposible la satisfacción de tal deber. El incumplimiento de esta obligación será considerado violatorio del deber previsto en el artículo 78 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias. La negativa del empleador dará derecho a la persona que trabaja bajo esta modalidad a considerarse en situación de despido o accionar para el restablecimiento de las condiciones oportunamente modificadas. En los contratos que se pacte la modalidad de teletrabajo al inicio de la relación, el eventual cambio a la modalidad presencial operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva.</p>	<p>ARTÍCULO 8° - Reversibilidad. La <b>solididad</b> o el consentimiento prestado por la persona que trabaja en una posición presencial para pasar a la modalidad de teletrabajo, <b>podrá ser revertido por acuerdo mutuo entre el trabajador y el empleador, en tanto existan en las instalaciones de la empresa las condiciones para que la persona pueda retomar su trabajo en forma presencial.</b> <b>En función de las necesidades propias de cada puesto de trabajo se podrá revertir la modalidad de teletrabajo por la modalidad presencial, en los supuestos en que las propias características de la actividad así lo requieran.</b></p>	<p><b>Sustituye reversibilidad solo por voluntad del trabajador a posibilidad de acuerdo con empleador.</b></p>

<b>Régimen del Trabajo Agrario (Ley N° 26.727)</b>	<b>DNU 70/2023</b>	<b>COMENTARIO</b>
<p>ARTÍCULO 17.- Prestaciones transnacionales. Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato de trabajo respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas <del>o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja.</del> En caso de contratación de personas extranjeras no residentes en el país, se requerirá la autorización previa de la autoridad de aplicación. Los convenios colectivos, acorde a la realidad de cada actividad, deberán establecer un tope máximo para estas contrataciones.</p>	<p>ARTÍCULO 17.- Prestaciones transnacionales. Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas <b>por parte del trabajador.</b></p>	<p><b>Suprime posibilidad de aplicar la ley de domicilio del empleador.</b></p>
<p>ARTÍCULO 18.- Autoridad de aplicación. Registro. Fiscalización. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación será la autoridad de aplicación de la presente ley y deberá dictar la reglamentación respectiva dentro de los noventa (90) días. En el ámbito de su competencia se deberán registrar las empresas que desarrollen esta modalidad, acreditando el software o plataforma a utilizar y la nómina de las personas que desarrollan estas tareas, las que deberán informarse ante cada alta producida o de manera mensual. Esta información deberá ser remitida a la organización sindical pertinente. La fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y convencionales relativas a las tareas cumplidas bajo la modalidad del teletrabajo se ejercerá conforme a lo establecido por el título III = capítulo I, sobre inspección del trabajo de la ley 25.877 y sus modificatorias. Toda inspección de la autoridad de aplicación, de ser necesaria, deberá contar con autorización previa de la persona que trabaja.</p>	<p>ARTÍCULO 18.- <b>El Poder Ejecutivo Nacional establecerá un método simple, electrónico y automático de registro de esta modalidad contractual al tiempo del alta o al momento de la incorporación del trabajador al presente régimen.</b></p>	<p><b>Establece que será el Poder Ejecutivo quien reglamente simplifique el mecanismo de inscripción de este contrato.</b></p>

*Capítulo IX – Servicios esenciales (Ley N° 25.877) (Art. 97)*

- Sustituye el artículo 24 de la Ley N° 25.877

Ley N° 25.877 Servicios Esenciales	DNU 70/2023	COMENTARIO
<p>ARTÍCULO 24. — Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción.</p> <p>Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.</p> <p><del>Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos:</del></p> <p><del>a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población;</del></p> <p><del>b) Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo. El PODER EJECUTIVO NACIONAL con la intervención del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL y previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, dictará la reglamentación del presente artículo dentro del plazo de NOVENTA (90) días, conforme los principios de la Organización Internacional del Trabajo."</del></p>	<p>ARTÍCULO 24.- <b>Los conflictos colectivos que pudieren afectar la normal prestación de servicios esenciales o actividades de importancia trascendental, quedan sujetos a las siguientes garantías de prestación de servicios mínimos.</b></p> <p><b>En lo que respecta a la prestación de servicios mínimos, en el caso de los servicios esenciales, en ningún caso podrá negociar o imponer a las partes una cobertura menor al SETENTA Y CINCO POR CIENTO (75%) de la prestación normal del servicio de que se tratare.</b></p> <p><b>En el caso de las actividades o servicios de importancia trascendental, en ningún caso se podrá negociar o imponer a las partes una cobertura menor al CINCUENTA POR CIENTO (50%).</b></p> <p>Se considerarán servicios esenciales en sentido estricto, las actividades siguientes:</p> <p>a. Los servicios sanitarios y hospitalarios, así como el transporte y distribución de medicamentos e insumos hospitalarios y los servicios farmacéuticos;</p> <p>b. La producción, transporte y distribución y comercialización de agua potable, gas y otros combustibles y energía eléctrica;</p> <p><b>c. Los servicios de telecomunicaciones, incluyendo internet y comunicaciones satelitales;</b></p> <p>d. La aeronáutica comercial y el control de tráfico aéreo y portuario; <b>incluyendo balizamiento, dragado, amarre, estiba y remolque de buques;</b></p> <p><b>e. servicios aduaneros y migratorios, y demás vinculados al comercio exterior; y</b></p> <p><b>f. cuidado de menores y educación de niveles guardería, preescolar, primario y secundario, así como la educación especial.</b></p> <p><b>Se consideran actividades de importancia trascendental las siguientes:</b></p> <p><b>a. Producción de medicamentos y/o insumos hospitalarios;</b></p>	<p><b>En el marco de la existencia de conflictos colectivos de trabajo, establece la obligación de garantizar prestación mínima de servicios esenciales y trascendentales con porcentajes específicos del servicio normal. Amplia los supuestos de actividades esenciales y trascendentales. El poder ejecutivo y autoridad de aplicación reglamentarán circunstancias para hacer operativa garantía de prestación de servicio.</b></p>

Ley N° 25.877 Servicios Esenciales	DNU 70/2023	COMENTARIO
	<p><b>b. Transporte marítimo, fluvial, terrestre y subterráneo de personas y/o mercaderías a través de los distintos medios que se utilicen para tal fin;</b></p> <p><b>c. Servicios de radio y televisión;</b></p> <p><b>d. Actividades industriales continuas, incluyendo siderurgia y la producción de aluminio, actividad química y la actividad cementera;</b></p> <p><b>e. Industria alimenticia en toda su cadena de valor;</b></p> <p><b>f. La producción y distribución de materiales de la construcción, servicios de reparación de aeronaves y buques, todos los servicios portuarios y aeroportuarios, servicios logísticos, actividad minera, actividad frigorífica, correos, distribución y comercialización de alimentos y bebidas, actividad agropecuaria y su cadena de valor;</b></p> <p><b>g. Los servicios bancarios, financieros, servicios hoteleros y gastronómicos y el comercio electrónico; y</b></p> <p><b>h. La producción de bienes y/o servicios de toda actividad, que estuvieran afectados a compromisos de exportación.</b></p> <p><b>Una comisión independiente y autónoma, denominada COMISIÓN DE GARANTÍAS, integrada según se establezca en la reglamentación, por cinco (5) miembros de reconocida solvencia técnica, profesional o académica en materia de relaciones del trabajo, del derecho laboral o de derecho constitucional y destacada trayectoria, podrá, mediante resolución fundada, calificar como servicio esencial o servicio de importancia trascendental una actividad no incluida en las enumeraciones precedentes, cuando se diere alguna de las siguientes circunstancias:</b></p> <p><b>a) La extensión y duración de la interrupción de la actividad de que se tratare pudiere poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de la persona en toda o parte de la comunidad;</b></p> <p><b>b) La actividad afectada constituyere un servicio público de importancia trascendental o de utilidad pública;</b></p>	

<b>Ley N° 25.877 Servicios Esenciales</b>	<b>DNU 70/2023</b>	<b>COMENTARIO</b>
	<p>c) La interrupción o suspensión del servicio pudiere provocar una situación de crisis nacional aguda que hiciere peligrar las condiciones normales o de existencia de parte de la población; y</p> <p>d) la interrupción o suspensión de la producción pudiere poner en peligro el adecuado abastecimiento de productos críticos para la población y/o afectar metas de recaudación asociadas a las políticas de equilibrio fiscal.</p> <p>El Poder Ejecutivo Nacional dictará la reglamentación correspondiente y la Autoridad de Aplicación las normas complementarias, aclaratorias y operativas que resulten necesarias.</p>	

# Indemnización por despido incausado: cambios instrumentados mediante DNU 70/2023 “Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina”

Leonardo P. Ferraro (\*)

Sumario: I. Antecedentes.— II. Prescripciones del DNU 70/2023 frente al despido incausado.— III. Prescripciones del DNU 70/2023 frente al despido discriminatorio.

## I. Antecedentes

Mediante el DNU-2023-70-APN-PTE (1), el Gobierno Nacional introduce una modificación de suma importancia al régimen indemnizatorio contenido en el art. 245 y concordantes de la Ley de Contrato de Trabajo.

Sin embargo, no se trata de algo novedoso. Tanto durante la presidencia de Mauricio Macri como en esta última encabezada por Alberto Fernández, existieron esbozos de sistemas similares al que el DNU bajo análisis establece.

En el año 2021, una iniciativa impulsada por diputados de Juntos por el Cambio, propuso modificar el sistema tradicional de indemnizaciones para crear un “Seguro de Garantía de Indemnización (SGI)” ante eventuales pérdidas de puestos laborales o cese de actividades. En definitiva, se planteaba la necesidad de eliminar la indemnización por despido para ir hacia un “sistema de seguros”, como el que se utiliza en el gremio de la construcción. De esta forma, se buscaba ins-

tituir el Seguro de Garantía de Indemnización (SIG) como instrumento “que permita indemnizar con remuneraciones mensuales a los trabajadores en relación de dependencia ante eventuales despidos o cese de actividades acorde la cantidad de años de aportes al mismo por parte de los trabajadores en equivalencia con sus años de antigüedad”(2).

El flamante DNU 70/2023 establece, al respecto, cuestiones bastante diferentes.

Entendemos que este DNU entrará en vigencia el día 29 de diciembre de 2023, toda vez que no dispone una fecha en particular para hacerlo (3).

## II. Prescripciones del DNU 70/2023 frente al despido incausado

El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023, en sus 83 páginas, abarca toda una gama de cuestiones que atañen a distintos aspectos de activi-

(\*) Abogado con orientación en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (UBA).

(1) Publicado en el Boletín Oficial del 21 de diciembre de 2023.

(2) “Juntos por el Cambio reflató su propuesta de eliminar las indemnizaciones por despido”, en TELAM Digital, 15/09/2021.

(3) Art. 5° del Cód. Civ. y Com.: “Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen”.



dad del Estado, a temas laborales, mineros y de salud, entre otros tantos.

Sin considerar la constitucionalidad de esta norma, cuya validez, en definitiva, será analizada por la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación reunida al efecto, o bien por la justicia, en caso de planteos judiciales, nos limitaremos a abordar las modificaciones que realiza sobre el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

El art. 81 del DNU 70/2023 sustituye el art. 245 de la ley 20.744 (T. O. 1976) y sus modificatorias por el siguiente texto: “Art. 245.- Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso y luego de transcurrido el período de prueba, se deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un [1] mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres [3] meses, tomando como base de cálculo la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor. La base de cálculo de esta indemnización no incluirá el Sueldo Anual Complementario, ni conceptos de pago semestral o anual. Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones mensuales variables, será de aplicación el promedio de los últimos seis [6] meses, o del último año si fuera más favorable al trabajador. Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres [3] veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Le corresponderá a la Autoridad de Aplicación fijar y publicar el promedio resultante, conjuntamente con las escalas salariales de cada convenio colectivo de trabajo. Para aquellos trabajadores excluidos de todo convenio colectivo de trabajo, el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno. La base de cálculo de la indemnización no podrá en ningún caso ser inferior al sesenta y siete por ciento (67 %) del importe correspondiente a un [1] mes de sueldo, obtenido conforme el método descripto en el primer y segundo párrafo del presente. La indemnización en ningún caso podrá ser inferior

a un [1] mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer y segundo párrafo del presente. Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir el presente régimen indemnizatorio por un fondo o sistema de cese laboral cuyo costo estará siempre a cargo del empleador, con un aporte mensual que no podrá ser superior al ocho por ciento (8%) de la remuneración computable. Por su parte, los empleadores podrán optar por contratar un sistema privado de capitalización a su costo, a fin de solventar la indemnización prevista en el presente artículo y/o la suma que libremente se pacte entre las partes para el supuesto de desvinculación por mutuo acuerdo conforme art. 241 de la presente ley”.

Respecto a la redacción vigente, encontramos varias diferencias:

a. Agrega el texto “luego de transcurrido el período de prueba” como requisito para la procedencia de la indemnización por despido incausado (que este mismo DNU fija en 8 meses).

b. Establece que la base de cálculo para esta indemnización no tendrá en cuenta conceptos como el Sueldo Anual Complementario ni rubros de pago semestral o anual. En este sentido, la redacción de la norma recoge jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que mediante el Plenario N° 322 del 19/11/2009, en autos “Tulosai, Alberto Pascual c. Banco Central de la República Argentina s/ley 25561”, estableció que “...no corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT la parte proporcional del sueldo anual complementario...”, más allá que en años posteriores a su dictado, la propia Cámara se apartó de esta doctrina plenaria aduciendo que “la modificación introducida por la ley 25.877 (BO 19/3/2004) al art. 245 de la ley de contrato de trabajo, al cambiar el término ‘percibida’ por ‘devengada’, despejó toda duda acerca de que las remuneraciones devengadas por el trabajador deben ser incluidas en la base de cálculo indemnizatorio, incluido el SAC...” (4). Respecto de los conceptos de pago semestral o anual, evidentemente se refiere a los “premios”.

(4) CNTrab., Sala VI, “Ponce, Gastón Ernesto c. Directv Argentina SA y otros s/despido”, 19/12/2018.

c. En lo que respecta a los rubros variables, estos se integrarán a la base de cálculo en su promedio semestral o anual, el que resulte más favorable al trabajador.

d. Con relación al tope indemnizatorio, incorpora el mecanismo fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Vizzotti, Carlos c. AMSA SA s/ despido” (fallo de fecha 14/09/2004). En esta sentencia se declaró la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio por considerarlo confiscatorio, ya que disminuía más de un 33 % la remuneración real del trabajador.

e. Incluye como novedad, con la salvedad de lo descripto en el punto I del presente, que en el marco de la negociación colectiva, las partes puedan reemplazar el esquema indemnizatorio actual por un “fondo o sistema de cese laboral” que se financiará con un aporte a exclusivo cargo del empleador, que no podrá superar el 8% de la remuneración computable. Vale decir, no es obligatorio para todo el universo de trabajadores, sino que será potestad de las partes, a través de la negociación colectiva, la inclusión en este sistema. No existen mayores precisiones sobre el funcionamiento de este sistema, el tipo de prestaciones que pueda ofrecer y el alcance de las mismas, por lo que deberá establecerse a través de una norma específica o mediante la reglamentación pertinente: al parecer se trataría de un sistema similar al Fondo de Cese Laboral existente en el Régimen de Trabajadores de la Construcción. La norma deja en claro que el sistema se sostendrá con el aporte del empleador, no del trabajador.

f. Finalmente, los empleadores podrán optar por contratar un sistema privado de capitalización para solventar el costo de la indemnización por antigüedad prevista en la ley o para el pago de una eventual gratificación convenida en el marco de un acuerdo de rescisión en los términos del art. 241 LCT. En este caso, nos encontraríamos frente a una suerte de “seguro” para cubrir la contingencia de la indemnización del art. 245 LCT (e incluso alcanzando a los acuerdos de extinción concretados en virtud del art. 241 LCT), quizá similar a los existentes para cubrir la contingencia de la indemnización del art. 248 LCT (fallecimiento del trabajador). Sin embargo, faltan precisiones al respecto, que seguramente deban legislarse específicamente.

### III. Prescripciones del DNU 70/2023 frente al despido discriminatorio

El art. 82 del DNU 70/2023 incorpora como art. 245 *bis* de la ley 20.744 (T. O. 1976) y sus modificatorias, el siguiente texto: “Art. 245 *bis*.- Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio. Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial. En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal, y en caso de sentencia judicial que corrobore el origen discriminatorio del despido, corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al 50% de la establecida por el art. 245 de la ley 20.744 (T. O. 1976) y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso. Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el 100%, conforme los parámetros referidos anteriormente. La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios. El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción del vínculo laboral a todos los efectos”.

Hasta la sanción del DNU 70/2023, en los casos de despido discriminatorio, correspondía la aplicación la ley 23.592 (conocida como “ley antidiscriminatoria”), que podía producir la ineficacia del despido, declarando nulo el acto de ruptura del contrato de trabajo dispuesto por el empleador. Para el caso de los trabajadores con estabilidad gremial, la ley 23.551 impide el despido si previamente no se tramita la exclusión de la tutela gremial ante juez competente, por lo que siempre ha actuado como un verdadero impedimento ante el despido discriminatorio por razones gremiales.

El nuevo art. 245 *bis* de la LCT, incorporado por el DNU 70/2023, implanta una indemnización agravada, que se calcula sobre los montos resultantes del cálculo previsto por el art. 245 LCT, y que aplica a los casos de despido discriminatorio. Así, las indemnizaciones ante caso de despido discriminatorio adquieren carácter “tarifado”, cuyo monto, de entre el 50 % y el 100 % de la pre-

vista por el art. 245 LCT, será determinada por el juez en función de las características del caso.

Esta nueva norma determina que, al contrario de la vigente hasta ahora, corresponde al trabajador que invoca el acto discriminatorio probar el mismo en sede judicial. Esto pondría fin a la “inversión de la carga de la prueba” aplicable a este tipo de cuestiones.

Otra cuestión de importancia es que la propia norma expresa que el despido discriminatorio, a pesar de serlo, produce pleno efecto extintivo de la relación laboral, por lo que la reinstalación en el puesto de trabajo ya no resulta procedente.

De esta cuestión surge una pregunta; ¿El nuevo art. 245 *bis* de la LCT será desde ahora la única

forma de reclamo frente a un despido tildado de discriminatorio?.

Toda vez que la protección de trabajadores con estabilidad gremial consagrada en la ley 23.551 continúa vigente, creemos que sigue siendo viable accionar en función de esta norma cuando correspondiera. En igual sentido, también parece posible, frente a un caso de discriminación, seguir accionando en los términos de la ley 23.592. En estos casos, existiría una colisión normativa, por cuanto el nuevo art. 245 *bis* LCT no permite el reintegro al puesto de trabajo, ya que según se desprende de su propio texto, el despido siempre produce la extinción del contrato de trabajo. Seguramente encontraremos sendos planteos judiciales al respecto.