

San Miguel de Tucumán, 27 de Diciembre de 2023

Sr Presidente del Colegio de Abogados de Tucumán

Dr. Rodolfo Gilli

Luisa Graciela Contino, Directora del Instituto de Derecho del Trabajo, presento informe sobre el DNU 70/23, conforme fuera solicitado:

En cuanto a la inconstitucionalidad en general

El DNU 70/23 publicado en el Boletín Oficial del 20/12/2023 es lisa y llanamente inconstitucional, en efecto en primer lugar:

Viola el art. 99 inc 3 Por su parte, el art. 99 inciso 3 de la CN dice: "El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ... 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 insaneable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución...

Los DNU son una herramienta de uso excepcional basado en presupuestos que se tienen que acreditar. 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. La norma se compadece con el art. 1° del mismo cuerpo legal que establece la forma republicana de gobierno destacando la división de poderes y con el art. 29 que establece que el Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional facultades extraordinarias ni la suma del poder público.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho que es un principio fundamental de nuestros sistemas políticos la división del gobierno independiente y soberano en su esfera, pero siempre respetando las atribuciones de cada uno de ellos ("Criminal c/Ríos, Ramón y otro"; Fallos: 1:32).

Como dice el Dr... Mario Ackerman¹ citando la causa "Verrocchi, Ezio Daniel vs. Administración Nacional de Aduanas (ANA) s. Acción de amparo, CSJN, V.916.XXXII: En cuanto a la configuración de las circunstancias excepcionales que habilitan al ejercicio de esta anómala y extraordinaria atribución otorgada al Presidente de la Nación, reiteradamente nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que 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, 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

¹ Una reforma laboral impudicamente perversa y viciada de nulidad insanable que lastima a la democracia y agrede a la libertad
Cita: RC D 734/2023

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.”.

En el precedente "Verrocchi", el Máximo Tribunal resolvió entonces los presupuestos para que el Presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas en el considerando 9°).

No estamos en el caso en una imposibilidad de dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto en la Constitución Nacional, ya que el Congreso se encontraba funcionando.

El Presidente, en su discurso del 20 de diciembre de 2023, puso en conocimiento a la sociedad: el decreto de necesidad y urgencia N° 70-2023, y el llamado a sesiones extraordinarias del Congreso para el tratamiento de un paquete nuevas leyes, más no el DNU que implica la derogación de 300 leyes y reforma de 180, podría haberse girado en leyes por títulos o materias, pero no lo hizo. Optó por la medida excepcional, sin que le asistieran las circunstancias que lo habiliten para ello.

Los Tribunales que deberán entender en los ya más de cuatro planteos de inconstitucionalidad existentes, “si se cumplen las exigencias materiales y formales en el dictado de aquellas normas que a) se enmarcan dentro del principio republicano; b) mantienen intangible el sistema de mutuos controles entre los poderes; c) requieren la existencia de un estado de necesidad en términos de c’) imposibilidad del Congreso para dictar normas, por ejemplo, en caso de una contienda bélica o de desastres naturales que impidan a los legisladores llegar a la Capital; c’’) que la situación que necesite solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente; d) desestiman razones de mera conveniencia para dictar los decretos; e) contengan suficiente motivación fáctica en los mismos considerandos de la norma cuestionada, estimo, para poder efectuar el pertinente control de razonabilidad; y f) no aniquilen – ni aun en la emergencia – el derecho limitado mediante la norma.”²

En los autos “Consumidores Argentinos c/EN –PEN- Dto. 558/02 –ley 20.091 s/Amparo ley 16.986”, el Dr. Juan Carlos Maqueda sostuvo en su voto: “En nuestro sistema constitucional el Congreso Nacional es el único órgano titular de la función legislativa. Por lo tanto, no cabe sino concluir en que los actos emanados del Poder Ejecutivo Nacional en ejercicio de las facultades conferidas en la disposición aludida sólo pueden identificarse con una ley a partir de su ratificación por aquél, pues es desde ese momento, y no antes, que existe la voluntad legislativa plasmada en una norma (arg. Fallos: 331:1927 “Caligiuri”, disidencia del juez Maqueda).”... “Que, sin perjuicio de ello, cabe advertir que el decreto aquí examinado tampoco supera un test de validez constitucional fundado en el examen de la concurrencia de razones de necesidad y urgencia. Al respecto, creo oportuno reiterar que fue intención de los convencionales constituyentes al sancionar la reforma constitucional fijar rigurosos límites al Poder Ejecutivo en materia de decretos de necesidad y urgencia, con el objeto de establecer frenos formales al voluntarismo presidencial imperante en la materia con anterioridad al año 1994.”

² Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. María Angelica Gelli. 2ª ed. - Bug-. NOS AIRES: LA LEY, 2004.

Siguiendo a Ackerman en el artículo citado *ut supra*³, “ante la no concurrencia de ninguna de estas dos circunstancias excepcionales, resultaría irrelevante la eventual convalidación por la Comisión Bicameral Permanente y las cámaras legislativas según lo previsto en el mismo inciso 3 del artículo 99 de la Carta Magna, de acuerdo con el procedimiento reglado por la Ley 26122, pues ello no podría sanear lo que la norma constitucional dice que es una nulidad absoluta e insanable. Pues bien, siendo que, por ahora, el país no está en guerra ni se ha producido un desastre natural que suponga un impedimento para la reunión de las Cámaras del Congreso de la Nación, ¿podría interpretarse que la situación que requiere solución legislativa es de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes? Sobre esta hipotética circunstancia de hecho excepcional, el Poder Ejecutivo apenas afirma, dogmáticamente, en los considerandos del DNU 70/2023, que tal situación es precisamente la que existe en la actualidad en nuestro país, dado a (sic) la desesperante situación económica general, descrita 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”.

No podemos encontrar urgencia en el dictado de esta norma de excepción, parece haber una necesidad, del Poder Ejecutivo Nacional, que no quiere el tránsito por el Congreso de la Nación de esta regulación donde su posición minoritaria lo obligaría a las negociaciones, modificaciones y concesiones que son la expresión natural de la convivencia democrática, y a las que evidencia no estar dispuesto.

También viola la opinión consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que nace de una consulta del estado Uruguayo, que busca la interpretación de una norma referente a la aplicación de posibles restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención Americana.-

Se trata de una consulta que busca la interpretación de una norma de especial interés referente a la aplicación de las posibles restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, el (Art. 29.a) dice que es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de uno cualquiera de los derechos proclamados por ella. En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados (Art. 27).

Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgado por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

³ Una reforma laboral impudicamente perversa y viciada de nulidad insanable que lastima a la democracia y agreda a la libertad
Cita: RC D 734/2023

La palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.

Es decir que a los fines de la limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana, solo puede ser realizado a través de leyes: norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgado por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado, no por DNU como en este caso.

En cuanto al Derecho Laboral

Los argumentos expuestos en los considerandos del DNU 70/2023 para justificar normas que arrasan con instituciones fundamentales de la legislación laboral argentina son:

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. 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 24013 y por la Ley 25323 no han podido revertir el problema de la informalidad. Que se modifican las Leyes 14250, 14546, 20744 (t.o. 1976), 23551, 24013, 25345, 25877, 26727, 26844 y 27555 y se deroga la Ley 25323, 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 ultractividad y evitar los bloqueos de actividades productivas. Que en adición a ello, se ofrece un mecanismo para que los trabajadores independientes puedan operar un sistema flexible de colaboradores de hasta CINCO (5) personas.

Como dice Ackerman, los cuatro párrafos en los que prevalece la descripción y está ausente la justificación, es la referida a las Leyes 24013 y 25323, a las que se imputa que no han podido revertir el problema de la informalidad, lo que lleva a la derogación de la segunda y a la eliminación del régimen de indemnizaciones, mal llamadas multas, por registro irregular de la primera.

Lo curioso que si pretendemos aumentar el empleo registrado, anulando dichas sanciones por violación a la norma, es como si se dejara de sancionar el cruzar el semáforo en rojo, entonces todos cruzarían semáforo en rojo y los empleadores incurrirían en mantener a los trabajadores no registrados.

Las leyes no crean empleo, las flexibilizaciones laborales que se han sucedido a lo largo de la historia Argentina, nunca han incrementado el trabajo en blanco, ni siquiera el trabajo en general, por el contrario han producido mayor de desocupación, en el año 2001 estábamos en el orden del 21 %.

Con las derogaciones y modificaciones introducidas, asistimos a la demolición de principios fundamentales de Derecho del Trabajo vrg. protectorio, irrenunciabilidad, primacía de la realidad, arrasan con derechos fundamentales, es la más importante en la historia democrática, salvo la dictadura que derogó 25 artículos, modificándose otros 98 y de los 301 que contemplaba la ley original se le agregó uno, pero dada la reestructuración se elaboró un nuevo proyecto con 277 arts. con la ley 21.297

Según Ackerman las consecuencias de este DNU son las siguientes:

- Reducción del ámbito de aplicación material y personal de la legislación laboral.
- Reducción de los niveles de protección en ese ya reducido ámbito. –
- Debilitamiento de las organizaciones sindicales y de su poder de presión y negociación.

La perversa combinación de este nuevo triángulo, dice este autor, con el que se pretende la demolición de los pilares fundamentales del Derecho del Trabajo no puede tener otro resultado que la potenciación de los poderes jerárquicos del empleador, a quien, como si esto fuera poco, se favorece además con el alivio de las consecuencias del trabajo en negro.

Una reforma laboral impudicamente perversa y viciada de nulidad insanable que lastima a la democracia y agrede a la libertad, concluye Ackerman.

Inconstitucionalidad en relación a las reformas laborales

Con esta regresión en materia de derechos de los trabajadores y de las asociaciones sindicales, la reforma impuesta por el DNU es abiertamente inconstitucional, en relación al 14 bis, en cuanto a la aplicabilidad directa de Tratados Internacionales (Art.75 inc.22) a partir de la reforma del año 1994. Así. La Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana de Derechos Humanos, etc. En las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

La reforma impuesta por el DNU viola el principio de progresividad y no regresión de los derechos laborales.

Así el principio de progresividad está consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Por su parte, el artículo 1º del Protocolo de San Salvador establece que Los Estados parte en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el

máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo. En esta inteligencia, la disposición del artículo 26 de la CADH ha ligado su suerte a las de “las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”, lo que permite inferir que, en principio, hay obligaciones positivas de los Estados a este respecto que se suman a las que dimanarían de la Declaración Americana. Ello conforma un conjunto normativo de carácter general que luego se verá enriquecido por el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.

El principio de progresividad es de gran importancia en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos al interior de la jurisdicción, además se encuentra consagrado en el Protocolo de San Salvador (art. 4°). En virtud de los mandatos constitucionales, las instituciones del Estado deben buscar el desarrollo y el fortalecimiento de los recursos de los que disponen los ciudadanos para ver materializados los deberes y las obligaciones del Estado frente a ellos, a través de medios eficaces y eficientes, con un enfoque progresista en lugar de una regresividad en la implementación de mecanismos de protección, que garanticen un acceso a la jurisdicción y un fallo judicial efectivo.

Por otro lado, al margen del principio general receptado en el artículo 2, el PIDESC menciona expresamente el desarrollo progresivo para ciertos derechos en particular.

Este principio que se complementa con el “Pro Homine” se encuentran receptados por la Jurisprudencia de la CSJN en los autos Aquino, Vizzoti, Castillo, Milone.

Asimismo se violan Convenios de la OIT ratificados por la Argentina, lo que genera responsabilidad del país en relación a estos organismos internacionales, tal cual es la violación del Convenio 87 y 91 de la OIT sobre la libertad de asociación sindical.

Entre las reformas regresivas podemos mencionar:

- En relación a la protección de despido arbitrario, al posibilitar la suplantación de la indemnización forfataria por un seguro de desempleo que no desalienta el despido y que es la protección contra el despido arbitrario sin causa, por lo tanto inconstitucional al violar el 14 bis. También reduce la base de cálculo de la indemnización del art. 245 L.C.T.

- Prácticamente prohíbe el Derecho de Huelga al considerar causales de despido, actividades propias del ejercicio del derecho de huelga y al modificar el tratamiento de la huelga en servicios esenciales poniendo un límite de su ejercicio en 75 % del personal y aumentado los supuestos con una nueva categoría de actividades que llama trascendentales, que no podrán ejercerse en más de un 50 % de los trabajadores.

- Permite al trabajador renunciar a las mejoras introducidas en su contrato de trabajo, modificando el art. 12 de la L.C.T que consagra el principio de irrenunciabilidad.

- Reduce la base de cálculo en la indemnización del art. 245 de la L.C.T al excluir ciertos rubros de la misma, lo que repercute en el resultado final.

- Excluye de la presunción del art. 23 de la L.C.T. de la aplicación de la propia L.C.T. violando el principio de la primacía de la realidad, para todas aquellas relaciones laborales que mediante fraude o simulación se ocultan como trabajo autónomo, en especial los profesionales.

-Elimina como dijimos todas las indemnizaciones agravadas por trabajo no registrado o deficientemente registrado en cuanto a la antigüedad, por falta de pago en término de las indemnizaciones, o la falta de entrega de la certificación de servicios, cese de servicios y certificado de trabajo. Favoreciendo la contratación en forma clandestina, y el no pago de los rubros que corresponden por despido arbitrario. Incluye en el tema de la eliminación de la sanción por no registración de los trabajadores y trabajadoras de casas particulares, volviendo al oscurantismo de las relaciones laborales de las empleadas de casa de familia y demás trabajadores que se encuentra en dicho sistema.

- Se aumenta el período de prueba en 8 meses lo que incrementa la precarización laboral.

-Horas extras: flexibilizando aún más la jornada laboral al punto de hacer de cada trabajador una pieza de engranaje de la producción sin posibilidad de vida propia. Permitiendo ahora en forma explícita la introducción del sistema de banco de horas, vulnerando derechos humanos fundamentales que hacen a la vida de los trabajadores y sus familias. Al final de año se computarán las horas realizadas y si exceden las 48 semanales multiplicadas por todas las semanas del año, recién se abonarán como tales.

-Jornada: solo se respetara las 12 hs de descanso y se podrá distribuir según las actividad y modalidades de producción, como el empleador considere adecuado a dichos parámetros.

Como dijo el Dr. Carlos Toselli en su charla del día 26 de diciembre de 2023 en el grupo Abogacía Laboral Unida, que todas las reformas salvo la del art. 276 sobre intereses, al menos en nuestra provincia, resulta beneficioso sobre la tasa activa, tal cual es el índice de precios al consumidor más el 3% anual, son perjudiciales para el trabajador.

En coincidencia con Mario Ackerman, Juan Calos Fernandez Madrid, Amanda Caubet, Carlos Toselli, Luis Ramírez, Guillermo Gianibelli, Héctor Recalde, Diego Martin Tosca, Mario Gambacorta, Sebastián Serrano Alou, Diego Souto, Cesar Arese, Gustavo Ciampa, Pablo Topet, Natalia Salvo, Itati Demarchi, David Duarte, Eva Calabria, Matias Cremonte y cientos de laboristas. Profesores de las Universidades Públicas y Privadas que firmaron una nota expresándose al respecto; la conclusión es que todas las reformas benefician a una parte de la relación laboral, al empleador y no a la parte más débil que es el trabajador, destruyendo principios y derechos fundamentales del Derecho del Trabajo, que fueron establecidos a costa de la vida de laboristas como Norberto Centeno y de trabajadores y trabajadoras y sus luchas.

Sin otro particular aprovecho la oportunidad para saludar a Ud. y por su digno intermedio al Consejo Directivo, saludo a Ud. atte.