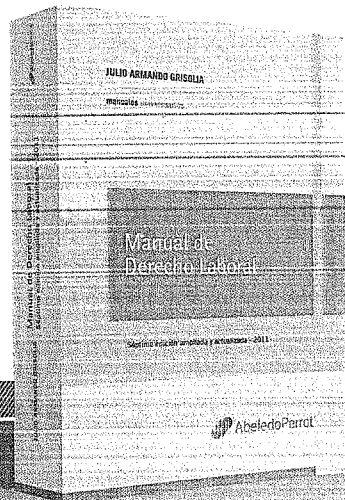


NUEVA EDICIÓN

Julio Armando Grisolia

MANUAL DE DERECHO LABORAL

Séptima edición actualizada y ampliada - 2011



El manual —dirigido a los estudiantes— realiza un abordaje teórico-práctico y jurisprudencial integral del Derecho Laboral, analizando lo esencial de cada instituto, con la legislación vigente (transcripción de las principales normas) y la jurisprudencia actualizada. Se citan ejemplos y se incluyen cuadros demostrativos, gráficos y liquidación de indemnizaciones. Los temas que tienen un desarrollo más extenso son los de mayor trascendencia y utilidad en el ejercicio profesional y los que surgen de las preguntas de los cursos de grado y posgrado. Se dedica un capítulo a la práctica laboral, incorporando modelos de notas y telegramas, y un anexo jurisprudencial con más de 1000 sumarios de fallos —principalmente de los años 2004 a 2010—, que refleja la posición de los tribunales sobre temas de interés práctico. Agotada la anterior, esta edición actualiza diversos temas y citas de normas, reemplazando e incorporando las nuevas en los diferentes capítulos. Está basado en el libro *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Grisolia, Julio A., 14ª ed., AbeledoPerrot, 3 tomos, 2011), que ha tenido una amplia repercusión y difusión, y en sus distintas ediciones ha recibido comentarios elogiosos de profesores de la materia de distintas universidades del país, de abogados especialistas y de prestigiosos juristas.

Adquiéralo llamando al
(011) 4373-2666, o en
su sucursal más cercana

 AbeledoPerrot®

NUEVO TELÉFONO Y HORARIO
DE ATENCIÓN AL CLIENTE.

(011) 4378-4765

Lunes a viernes de 9 a 18 hs.

 AbeledoPerrot®

JULIO 2011

REVISTA DE

// DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

13

DIRECTOR JULIO A. GRISOLIA

Fascículo Quincenal

DERECHO LABORAL

- // DOCTRINA**
1129 Problemática de los giros judiciales: incumplimiento del art. 277, LCT
Por Jaime Konicoff
- // RIESGOS DEL TRABAJO**
1131 La falacia de la preexistencia en los exámenes preocupacionales
Por Hugo F. Rostagno
- // PROCEDIMIENTO LABORAL**
1134 La gestión procesal en el fuero laboral
Por Liliana N. Picón
- // TRABAJO AGRARIO Y RURAL**
1136 La nueva regulación impulsada por el gobierno nacional a través de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario para trabajadores agrarios temporarios. Implementación normativa de las regulaciones propuestas en el Proyecto de Nuevo Estatuto del Peón Rural, del Poder Ejecutivo Nacional
Por Alejandro Senyk
- // JURISPRUDENCIA ANOTADA**
1141 El reclamo en los términos del art. 24, LCT
Por Norma A. Benítez
- // ACTUALIDADES**
1144 Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires 6/2011
Por Adán Bortolenti
- 1149 Jurisprudencia de la Provincia de Córdoba 7/2011
Por Pablo Martí
- // MEDICINA DEL TRABAJO**
1154 Enfermedades profesionales en el marco de la Ley de Riesgos del Trabajo 24557 por agentes biológicos. Agente: Arbovirus (sic): Arenavirus: Virus Junin (fiebre hemorrágica argentina). Mal de los rastrojos o mal de Junin
Por Guillermo G. Macía

SEGURIDAD SOCIAL

- // DOCTRINA**
1187 Directores de necesidad y urgencia: ¿los nuevos paladines de la Seguridad Social?
Por Lucas A. Piaggio
- // SISTEMAS PREVISIONALES COMPARADOS**
1194 Sistema Previsional de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China
Por Patricia A. Binasco
- // JURISPRUDENCIA ANOTADA**
1202 La intimación al trabajador para que inicie los trámites jubilatorios en los términos del art. 252, LCT, en el caso de la prestación por edad avanzada
Por Rodolfo A. Peón
- // RESEÑA TEMÁTICA DE JURISPRUDENCIA**
1205 Haber inicial de las prestaciones
Por Javier B. Picone
- // ACTUALIDADES**
1208 Internacional
Por Estela Martí de Minutella

 AbeledoPerrot®

Legislación Sintetizada (*)

BUENOS AIRES

RESOLUCIÓN 65/2011 - Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros

FERIADOS Y DÍAS NO LABORABLES / ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Días no laborables y feriados optativos. Junio de 2011. Determinación

del 13/5/2011; publ. 27/5/2011

RESOLUCIÓN 78/2011 - Ministerio de Trabajo

BIENES Y SERVICIOS

Servicios de limpieza a terceros. Régimen. Cumplimiento. Prórroga

del 5/5/2011; publ. 24/5/2011

RESOLUCIÓN 11/2011 - Instituto Cultural

CONVENIOS / EMPLEO

Convenio Marco entre el Instituto Cultural de la Provincia de Buenos Aires y el Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires. Protocolo Adicional n. 1. Aprobación

del 11/5/2011; publ. 26/5/2011

(*) Las normas referenciadas en esta sección pueden ser consultadas a texto completo en el sitio online.

Doctrina

Directores de necesidad y urgencia: ¿los nuevos paladines de la Seguridad Social?

Por Lucas A. Piaggio (*)

SUMARIO: I. Introducción.- II. Antecedentes.- III. El dec. 441/2011 y su alegada razonabilidad, necesidad y urgencia.- IV. Regulación constitucional de los DNU. Jurisprudencia de la Corte Suprema- V. Aplicación de estas reglas y principios al dec. 441/2011.- VI. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

El dec. 441/2011, recientemente emitido por el Poder Ejecutivo nacional, ha decidido eliminar la limitación legal que subsistía luego de la reforma previsional introducida por la ley 26425, para el pleno ejercicio de los derechos políticos societarios de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) en proporción a la tenencia accionaria que el fondo previsional que administra detenta en varias sociedades comerciales abiertas, es decir, cuyas acciones cotizan en distintos mercados de valores. Teniendo en cuenta el revuelo generado por esta decisión presidencial, no solamente entre las compañías cotizantes potencialmente alcanzadas por ella, sino en todo el universo empresarial, nos proponemos en primer lugar repasar los antecedentes normativos de la cuestión, para luego analizar las razones concretamente brindadas por el órgano ejecutivo para justificar esta modificación legal a través de un decreto de necesidad y urgencia (DNU). Finalmente, examinaremos la compatibilidad o incompatibilidad del dec. 441/2011 con la normativa constitucional que regula este instituto y la doctrina judicial que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido hilvanando en esta materia.

II. ANTECEDENTES

Al sancionarse la ley 26425, que eliminó el régimen de capitalización individual instaurado por la ley 24241 y creó el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), se dispuso la transferencia "en especie" a la ANSeS de los recursos que integraban las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios al aquel régimen, a fin de que tales activos pasen a integrar el Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS) del Régimen Previsional Público de Reparto creado por el dec. 897/2007.

(*) Profesor de la UCA, Pontificia Universidad Católica Argentina.

(1) Según el art. 5, dec. 897/2007 (sustituido por el art. 5, dec. 2103/2008), los recursos del FGS pertenecen en forma exclusiva y excluyente al SIPA y son administrados por la ANSeS "como patrimonio de afectación específica".

(2) El FGS administrado por la ANSeS tiene participación en 42 compañías cotizantes en bolsa. La sociedad en la que mayor participación tiene el FGS administrado por la ANSeS es Banco Macro (30,90% del capital social). Dicha información se encontraba disponible al 2/5/2011 en el sitio web de la ANSeS (www.ANSeS.gob.ar/FGS/empresas_privadas.php).

(3) Art. 8, párr. 3, ley 26425.

(4) Conf. Piaggio, Lucas A., "La ANSeS como accionista de sociedades anónimas abiertas", RDLSS 2009-12-1035, AP 0003/402173.

Como consecuencia de esta medida, pasaron a formar parte de dicho fondo una gran cantidad de acciones de sociedades anónimas que cotizan en los mercados de valores, entre otros muchos activos. Esta transferencia accionaria implicó que el FGS, como patrimonio de afectación específica bajo la administración de la ANSeS (1), se transformara en uno de los más importantes socios minoritarios de varias compañías locales, calidad que sigue detentando en la actualidad (2).

En principio, los derechos políticos societarios emergentes de tal tenencia accionaria en poder del FGS le hubieran permitido a la ANSeS, a través de su participación en el órgano de gobierno corporativo (asamblea de accionistas), designar integrantes de los órganos de administración (directorío) y de fiscalización (sindicatura) en varias sociedades anónimas.

Sin embargo, al reformar el sistema previsional, el legislador decidió expresamente mantener la limitación prevista en el art. 76, inc. f, ley 24241, en relación con el régimen de inversiones de las AFJP (3), según el cual se vedaba el ejercicio de más del 5% del derecho de voto, en toda clase de asamblea, cualquiera sea la tenencia accionaria respectiva (es decir, por más que su participación en el capital social fuera superior).

En su momento opinamos que se trataba de una restricción absolutamente razonable habida cuenta del rol de inversor institucional de ahorros previsionales que había asumido la ANSeS (similar, en este punto, al que antes detentaban las AFJP), el cual podría verse tergiversado en caso de verse entrometido ese organismo en funciones activas de dirección, administración y/o fiscalización de las múltiples sociedades en cuyas acciones se haya invertido el FGS (4).

No obstante, y como ya fuera anticipado, la aludida restricción fue recientemente dejada sin efecto a través de la sanción del dec. 441/2011, que por razones de necesidad y urgencia derogó el art. 76, inc. f, ley 24241, habilitando así el pleno ejercicio de los derechos políticos societarios de la ANSeS en proporción a su tenencia accionaria en cada una de las sociedades cuyo capital integra, sin aquella limitación del 5% del derecho a voto.

III. EL DEC. 441/2011 Y SU ALEGADA RAZONABILIDAD, NECESIDAD Y URGENCIA

A fin de justificar la razonabilidad de la medida adoptada, el DNU *sub examine* considera que la limitación derogada apuntaba a impedir que las AFJP intentaran controlar directa o indirectamente el gobierno de las sociedades objeto de sus inversiones, por el posible conflicto de interés que podría suscitarse entre aquellas entidades privadas y la administración de los fondos previsionales, así como también buscaba prevenir probables manipulaciones concertadas, que repercutieran de manera disvaliosa en el mercado y en la generación de rentas para incrementar las cuentas de capitalización individual de los afiliados (5). Tal conflicto de interés –siempre según el dec. 441/2011– resulta, en cambio, inexistente en relación a la ANSeS, atento el carácter tuitivo que asume el Estado nacional respecto de las inversiones destinadas a garantizar las prestaciones propias de la Seguridad Social (6).

En este orden de ideas, el Poder Ejecutivo entiende “necesario” precisar que la ANSeS cuenta con las herramientas jurídicas adecuadas que, en materia de ejercicio de los derechos societarios, le permitan cumplir acabadamente con los objetivos de seguridad y los criterios de rentabilidad especificados en la ley 26425 (7) y lo pongan en igualdad de condiciones con el resto de los inversores en cuanto al conocimiento pleno del accionar de las sociedades en las cuales participa (8).

Finalmente, la “urgencia” para el dictado de la medida reside, para el órgano presidencial, en que la mayoría de las asambleas generales ordinarias de las distintas socie-

des serán realizadas, en relación al cierre del ejercicio económico del año 2010, antes del 30 de abril del corriente año, es decir, pocos días después del dictado del dec. 441/2011; por lo cual la cuestión requiere una pronta resolución, lo que configura una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes (9).

IV. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DNU. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La recurrencia del Poder Ejecutivo a la figura del DNU para llevar a cabo esta modificación tan trascendente de la ley 26425 nos obliga a hacer una breve referencia a ese instituto jurídico, que implica el dictado de normas sustitutivas de las leyes, esto es, de contenido general y materialmente legislativo –relativos a materias contempladas en el art. 75, CN, como de competencia propia del Congreso–, pero bajo la forma de decretos y sin ninguna intervención previa del Parlamento. Lo haremos principalmente bajo el prisma de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin perjuicio de destacar que se trata de un tópico que desde siempre ha despertado sumo interés en nuestra doctrina constitucional y administrativa (10).

De acuerdo a la Constitución Nacional reformada en el año 1994, el Poder Ejecutivo, en principio, no puede dictar disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de “nulidad absoluta e insanable” (11), salvo cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes, en cuyo caso se lo habilita el dictado de decretos por razones de “necesidad y urgencia” (art. 99, inc. 3) (12).

Con anterioridad a esa reforma constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había tenido oportunidad de expedirse con relación a la figura del DNU (13), caracterizándolo como una respuesta a una situación de “grave riesgo social” (14) que pudiese en peligro “la exis-

tencia misma de la Nación y el Estado” (15), lo cual requiere el dictado de una “medida súbita, cuya eficacia no sea concebible por medios diferentes de los arbitrados” (16). Exigió, además, el cumplimiento del recaudo de razonabilidad de la medida dispuesta, esto es, que exista proporcionalidad entre los medios implementados y la finalidad perseguida y el tiempo de vigencia de ellas (17).

Luego de la reforma de la Ley Fundamental, e interpretando ya la previsión contenida en el art. 99, inc. 3, Carta Magna, el Tribunal Címero siguió destacando que la única “necesidad” que justifica el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo es preservar la vida misma de la Nación y el Estado (18).

Gran importancia tiene en esta materia el caso “Verrocchi” (19), pronunciamiento en el que el Máximo Tribunal tuvo oportunidad de decir que solamente puede emplearse este instituto bajo condiciones de “extrema” y “rigurosa” excepcionalidad. Exigió, así, 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 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” (20).

En esa misma línea de pensamiento, la Corte Suprema agregó en ese mismo fallo que no puede recurrirse a un DNU por una simple cuestión de preferencia del Poder Ejecutivo, correspondiendo “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” (21). Exigió, entonces, que para el dictado de un DNU debe especificarse y demostrarse la real y concreta existencia de razones de “necesidad” y “urgencia” que ameriten su dictado, no siendo suficiente en ese sentido la utilización

de expresiones tales que como que resulta “imperativa” o “indispensable” la incorporación al ordenamiento jurídico de la medida de carácter legislativo que se pretende establecer por DNU. Tales manifestaciones han sido consideradas por la Corte como afirmaciones meramente “dogmáticas e insuficientes” (22) a los fines indicados.

Cabe resaltar que la doctrina judicial sentada en “Verrocchi” ha sido expresamente ratificada por el Alto Tribunal, en su actual integración, en el fallo “Consumidores Argentinos” (23). Además de reiterar las reglas y los principios expuestos en aquel precedente, los actuales miembros del cuerpo se han encargado de recordar la manifiesta intención de los convencionales constituyentes de 1994 de introducir “parámetros de interpretación restrictiva” en orden al declarado objetivo de “atenuar el presidencialismo” para “perfeccionar el equilibrio de poderes”, lo cual impide sostener que “el Poder Ejecutivo puede sustituir libremente la actividad del Congreso” (24). Además, han puesto énfasis en que es atribución del Poder Judicial evaluar en cada caso concreto la existencia y la razonabilidad del presupuesto fáctico de excepción invocado unilateralmente por el presidente para justificar la adopción de un DNU, es decir, para ejercer “facultades legisferantes que por regla constitucional no le pertenecen” (25).

Un último aspecto destacable del *leading case* “Consumidores Argentinos” es que allí la Corte pareció descartar la posibilidad de establecer reformas legales de carácter permanente a través de un DNU, al señalar que las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo a una ley del Congreso (en aquel caso, se trataba de la ley 20091) “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” (26).

Es finalmente importante remarcar que en aquellos casos en que nuestra Corte Suprema tuvo que expedirse sobre la validez de DNU que legislaron sobre derecho común o de fondo, ese Alto Tribunal ha sido particularmente riguroso en el análisis de la justificación de la “situación excepcional que imposibilitara al Congreso legislar sobre el punto

(5) Párrs. 12, 13 y 14 de los considerandos.

(6) Párr. 17 de los considerandos.

(7) Párr. 20 de los considerandos.

(8) Párr. 22 de los considerandos.

(9) Párrs. 25 y 27 de los considerandos.

(10) Entre los varios autores que han abordado la cuestión, encontramos a Germán J. Bidart Campos (“Los decretos de necesidad y urgencia y el control constitucional”, LL 1998-B-287); Alberto García Lema –“Decretos de necesidad y urgencia...”, en “La reforma de la Constitución (explicada por miembros de la Comisión de Redacción)” 1994, ps. 381 y ss.–; María Angélica Gelli (“Controles sobre los decretos de necesidad y urgencia. De ‘Rodríguez’ a ‘Verrocchi’: ¿El regreso de ‘Peralta’?”, en LL Suplemento de Derecho Administrativo del 14/2/2000); Julio R. Comadira (“Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional”, LL 1995-B-825); Rodolfo C. Barra (“Decretos de necesidad y urgencia. El caso ‘Rodríguez’”, LL 1998-B-1362, y “Tratado de derecho administrativo”, t. I, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002, ps. 373 y ss.), etcétera.

(11) Como recuerda Bidart Campos en alusión a esta expresión utilizada por el constituyente, la habilitación para el dictado de un DNU viene antecedida por una “prohibición severísima” (“Los decretos de necesidad...”, cit., p. 288).

(12) Las únicas materias que no pueden jamás ser objeto de DNU son, de acuerdo al art. 99, inc. 3, CN, las siguientes: materia penal, tributaria, electoral y el régimen de los partidos políticos.

(13) Corte Sup., 27/12/1990, “Peralta, Luis A. y otro v. Nación Argentina (Ministerio de Economía - BCRA) s/amparo”, Fallos 313:1513.

(14) Consid. 24.

(15) Consid. 26.

(16) Consid. 25. Este recaudo siguió siendo exigido por la jurisprudencia de la Corte con posterioridad a la reforma de 1994, en la causa “Video Club Dreams v. Instituto Nacional de Cinematografía s/amparo”, 6/6/1995, Fallos 318:1154, consid. 15. Lo que distingue al DNU, según esta doctrina judicial, es su carácter sorpresivo. Barra, sin embargo, sostiene que luego de la reforma constitucional de 1994 ya no se requiere el carácter “súbito” de la medida, sino que la situación de excepción (no ordinaria) simplemente debe precisar una necesidad de ser resuelta con urgencia o rapidez (“Decretos de necesidad...”, cit., p. 1365).

(17) Consids. 50 y 56.

(18) Corte Sup., 24/11/1999, “Della Bianca, Luis E. v. Ind. Met. Pescarmona S.A.”, Fallos 321:3123.

(19) Corte Sup., 19/8/1998, “Verrocchi, Ezio D. v. Administración Nacional de Aduanas”, Fallos 322:1726.

(20) Consid. 9.

(21) Id.

(22) Consid. 10. En igual sentido, Corte Sup., 1/9/2003, “Cooperativa de Trabajo Fast Limitada v. Estado Nacional - Poder Ejecutivo de la Nación - dec. 1002/1999”, Fallos 326:3180.

(23) Corte Sup., 19/5/2010, “Consumidores Argentinos v. Estado Nacional”, Fallos 333:633.

(24) Consids. 5 y 7.

(25) Consid. 11.

(26) Consid. 14.

en su zona de reserva de actuación" (27); "máxime cuando se trata de derechos sociales, tutelados explícitamente en la Constitución Nacional, los cuales pueden y deben ser reglamentados por leyes formales -frutos de debidos consensos obtenidos por los representantes para dar respuestas adecuadas a las necesidades sociales-..." (28).

V. APLICACIÓN DE ESTAS REGLAS Y PRINCIPIOS AL DEC. 441/2011

a) ¿Necesidad y urgencia objetiva o conveniencia y urgencia autoprovocadas?

Como hemos visto en el apartado precedente, la jurisprudencia de la Corte Suprema es sumamente exigente y restrictiva en cuanto a la valoración de los presupuestos de necesidad y urgencia que habilitan el dictado de un DNU a tenor del art. 99, inc. 3, Ley Fundamental.

El primer presupuesto exigido pretorianamente, vinculado con la imposibilidad "física" o "geográfica" de sesionar por parte de los integrantes del Parlamento, evidentemente no se ha dado en el caso *sub examine*. De hecho, ni siquiera en los considerandos del dec. 441/2011 se hace referencia alguna al respecto. Más aun, al momento del dictado del DNU, el Congreso se encontraba dentro del período de sesiones ordinarias (29), siendo evidente que no existía obstáculo legal ni material alguno para que un proyecto de ley de esa naturaleza fuera presentado, tratado y eventualmente aprobado (o rechazado) por ambas Cámaras legislativas.

Mayores hesitaciones puede suscitar el recaudo referido a la urgencia "objetiva", que según el Máximo Tribunal se da, como hemos podido constatar, cuando la situación requiere solución legislativa inmediata, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

Por de pronto, el dec. 441/2011 fue emitido un par de semanas antes del vencimiento del plazo en que debían celebrarse las asambleas ordinarias de accionistas de la

mayoría de las sociedades de las cuales el FGS-ANSeS es accionista. Desde este punto de vista, es en principio atendible el argumento referido a la imposibilidad de que un proyecto de ley tenga tratamiento parlamentario en tan poco tiempo.

Ahora bien, la emisión del DNU tan pocos días antes del acaecimiento de los hechos y actos configurativos del peligro que se quiere avarar, también podría ser leído como un obstáculo a la acreditación del presupuesto *sub examine*. Es que si no alega ni se acredita ninguna circunstancia fáctica o jurídica que justifique haber aguardado hasta ese momento para promover la modificación legislativa de una norma que -como veremos más adelante- estaba vigente desde hacía algunos años, la urgencia pasa de ser "objetiva" a ser "subjetiva"; o, lo que es aun peor: "autoprovocada" (30). Entraría a jugar aquí el conocido principio general del derecho según el cual "nadie puede invocar en su favor su propia torpeza", cuya aplicación en derecho público es puesta en duda (31), pero que constituye un relevante elemento de valoración en este caso en lo que hace a la configuración del recaudo de la "urgencia" exigido por el art. 99, inc. 3, CN.

En similar orden de ideas, el examen de la "objetividad" de la urgencia de una medida debe ser complementado con el estudio del contexto histórico-normativo en que ésta es adoptada. Aquí se observa que la norma derogada a través del DNU no solamente había sido aplicada durante los catorce años de vigencia del régimen de capitalización individual de las AFJP, sino que fue expresamente ratificada por el Congreso al reformar el sistema previsional (ley 26425) (32) y, consecuentemente, venía siendo pacíficamente acatada por la ANSeS durante los casi dos años y medio de vigencia del SIPA.

En consecuencia, al no haberse producido ninguna novedad que implique un cambio de contexto "excepcional" para justificar el dictado de un DNU (33), no aparece acreditada la objetividad de la alegada urgencia para la modifi-

cación de una norma sancionada y expresamente ratificada poco tiempo atrás por el órgano constitucionalmente habilitado para la emisión de normas de carácter legislativo (es decir, el Congreso de la Nación) (34). Más bien traduce la intención de obtener una modificación del ordenamiento jurídico por la vía rápida del DNU, que se presenta políticamente más conveniente para el Poder Ejecutivo que el trámite parlamentario (de dudoso desenlace en la actual coyuntura) de un proyecto de ley con igual contenido. Todo lo cual es inadmisibles desde la óptica constitucional, para la jurisprudencia del Máximo Tribunal.

Inclusive, y por último, el hecho de que la limitación establecida en el art. 76, inc. f, ley 24241, haya sido consentida por la ANSeS durante tanto tiempo coadyuva a configurar una presunción -al menos, *ius tantum*- contraria a la supuesta necesidad de su derogación.

Hemos visto que en más de un caso, el Tribunal Címero ha vinculado el estado de necesidad que habilita el dictado de un DNU con una grave crisis que ponga en juego la vida misma de la Nación y del Estado y a la cual se requiere poner imperiosamente fin. Mal podrían trasladarse estos extremos de gravedad al caso *sub examine* y menos aun puede resultar ineludible la eliminación del ordenamiento jurídico de la restricción contenida en la ley 24241, si es que ésta fue pacíficamente observada por la propia Administración Pública en los años anteriores; por lo pronto, y en concreto, en las asambleas ordinarias correspondientes a los ejercicios económicos 2008 y 2009 (35). Y si -por vía de hipótesis- realmente era forzosa una reforma de esta índole, cabe al menos criticar la diligencia de nuestra dirigencia, que recién después de dos años de consentir tal aparente avasallamiento a los derechos previsionales de los trabajadores aportantes al SIPA, viene a adoptar una medida supuestamente tan cara a sus intereses.

b) ¿Excepcionalidad o permanencia?

Como hemos observado, el dec. 441/2011 no hace otra cosa que derogar un inciso de un artículo de una ley del Congreso de la Nación (inc. f, art. 76, ley 24241). Y si bien en los considerandos del DNU se invoca para justificar su emisión la situación puntual referida a las asambleas ordinarias a celebrarse a los pocos días del dictado de aquél, lo cierto es que se introduce una modificación de carácter permanente al ordenamiento jurídico vigente, esto es, destinada a regir no solamente para las asambleas de accionistas de este año sino en todas las demás reuniones asamblearias societarias ulteriores.

Tal situación es incompatible con la explicada doctrina judicial sentada por el Alto Tribunal, que veda expresamente el dictado de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional a través de un DNU, pues ello denota que no se trata de una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional.

La lógica jurídica que subyace implícitamente en este criterio pretoriano es, a nuestro modo de ver, la siguiente: si el DNU ha sido dictado en atención a una circunstancia excepcional que requiere una pronta solución, la medida que se adopte debe apuntar a resolver específicamente tal situación (36). Desaparecidas las causas o los efectos derivados de tal extraordinario acontecimiento, debe cesar automáticamente (o en el plazo previsto en forma expresa a tal fin) la vigencia o los efectos jurídicos del DNU y no es admisible que éste tenga una duración permanente (37).

Por lo demás, la introducción de una norma de carácter permanente a través de un DNU es, para la jurisprudencia de la Corte Federal, particularmente inadmisibles cuando el Poder Ejecutivo se inmiscuye en la zona de reserva de

(27) Corte Sup., "Della Bianca" (cit. en nota 18), consid. 5. El caso versaba sobre un DNU que, al asignar carácter no remuneratorio a los ticket canasta, estaba legislando en materia laboral, que también es derecho de fondo (art. 75, inc. 12, CN).

(28) Corte Sup., "Verrocchi" (citado en nota 19), consid. 10.

(29) Como dicen Gregorio Badeni y Carlos J. Laplacette, la urgencia y la excepcionalidad exigidas para la utilización de este tipo de decretos será mucho mayor cuando el Congreso de la Nación se encuentre en sesiones ordinarias y no exista ningún inconveniente para que sus integrantes se reúnan ("El decreto de necesidad y urgencia sobre participación del Estado en sociedades", 26/4/2011, p. 3).

(30) V.gr., si la derogación del art. 76, inc. f, ley 24241, representaba imperiosa a fin de salvaguardar los intereses previsionales de la comunidad, al menos en relación a las asambleas ordinarias correspondientes al ejercicio económico cerrado a fines de 2010, la presidenta de la Nación debió haber anunciado el tema y remarcado su urgencia a más tardar en su discurso de apertura de las sesiones ordinarias del Congreso del 1 de marzo de este año y elevado inmediatamente un proyecto de ley en ese sentido para su inmediato tratamiento parlamentario.

(31) Conf. C. Nac. Civ. Com. Fed., sala 2ª, 28/11/2000, "S.A. Organización Coordinadora Argentina v. Secretaría de Inteligencia del Estado de la Presidencia de la Nación".

(32) Es dable destacar que en el proyecto de ley de reforma del régimen previsional que había sido elevado por el Poder Ejecutivo a fines de 2008, no estaba previsto el mantenimiento de las limitaciones contempladas en el art. 76, ley 24241. Ha sido el mismo Congreso de la Nación quien decidió en forma expresa mantener tales restricciones en lo que respecta al régimen de inversiones del FGS administrado por la ANSeS.

(33) Según Eduardo S. Barcesat, la justificación está dada por la existencia de un conflicto concreto en las empresas Techint-Siderar, donde el sector empresario bloqueó la designación del director propuesto por la ANSeS-FGS ("Examen del DNU 441/2011", LL del 26/4/2011, p. 1). Sin embargo, nada de esto aparece mencionado en los considerandos del dec. 441/2011, que es donde debe expresarse la "causa" (antecedentes de hecho y de derecho) que justifica el dictado de la medida, como requerimiento elemental de la "motivación" del decreto.

(34) Para Badeni y Laplacette, tal circunstancia denota que la decisión que toma ahora el Poder Ejecutivo "no tiene otro fundamento que su voluntad de modificar el régimen legal vigente". Agregan estos autores que "la urgencia sólo puede estar vinculada con una decisión política de llevar adelante la reforma legislativa en el menor tiempo posible. Pero, claro está, una 'urgencia' de esa naturaleza no es, de ninguna manera, una de las circunstancias excepcionales a las cuales hace referencia en el art. 99, inc. 3, CN" (Badeni, Gregorio y Laplacette, Carlos J., "El decreto de necesidad...", cit., p. 3).

(35) Desde esta perspectiva, resulta afinada la observación de Juan José Carvajales, para quien "parece razonable pensar que la medida -en relación al dec. 441/2011- podría haber sido más específica en cuanto a determinar los motivos que impedirían esperar un año más, a fin de permitir que el Congreso pudiera seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes" ("Participación ilimitada del Estado en los directorios privados. Un DNU interpretativo", LL del 26/4/2011, p. 5).

(36) En el caso del decreto de necesidad y urgencia 441/2011, y suponiendo hipotéticamente que se encuentren reunidos los demás presupuestos constitucionales, sus efectos deberían haberse circunscripto a solucionar puntualmente la problemática invocada en sus considerandos, esto es, el ejercicio de los derechos políticos de la ANSeS-FGS en las asambleas ordinarias a celebrarse antes del 30/4/2011 (y no en todas las demás reuniones asamblearias posteriores).

(37) En cierto modo, resultaría predicable la regla de la "transitoriedad" propia de toda medida adoptada por aplicación de la doctrina de la emergencia económica (Fallos 136:161; 200:450; 209:405; 243:276, 449 y 467; 246:345; 269:416; 313:128 y 1513; 316:779; 318:1887; 322:2817; 323:1566 y 324:2535). Tal recaudo implica, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, que la duración de la medida debe estar limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesario su dictado. No es admisible, en cambio, que la norma dictada por razones de emergencia carezca de márgenes temporales de vigencia y esté destinada a "regir en todo tiempo", es decir, tanto ante situaciones excepcionales como en períodos normales (Fallos 325:2059). No debe confundirse, sin embargo, el instituto de la "emergencia" con el de los "decretos de necesidad y urgencia" (conf. Barra, Rodolfo C., "Tratado...", cit., t. I, p. 405), por cuanto estos últimos pueden dictarse no solamente en casos de "emergencia" (como ocurrió en el caso "Peralta", cit. en nota 13) sino también en otras "circunstancias excepcionales", como reza el art. 99, inc. 3, CN. Habría, entre ambos conceptos, una relación de género (circunstancias excepcionales) a especie (emergencia). No obstante, la regla de la transitoriedad también resulta predicable respecto de los DNU, dictados para afrontar circunstancias excepcionales y extraordinarias (que requieren soluciones transitorias), por oposición a las situaciones habituales y ordinarias (para las cuales sí deben sancionarse leyes que las rijan en forma permanente).

actuación del Congreso, como sería el caso de marras habida cuenta de las materias (Seguridad Social y/o societaria) involucradas en el dictado del dec. 441/2011, que de acuerdo a la Constitución Nacional, son derecho "de fondo" o "común", cuya regulación es reservada al Parlamento (art. 75, inc. 12).

c) ¿Razonabilidad o autocontradicción?

Tampoco parece que esté debidamente justificada la razonabilidad de la medida en los considerandos del dec. 441/2011, que se basa en supuestos inexactos desde el punto de vista tanto fáctico como jurídico.

En primer lugar, no es cierto que la limitación prevista en el art. 76, inc. f, ley 24241, haya tenido originalmente fundamento en la necesidad de prevención del posible "conflicto de interés" que podía suscitarse entre ciertas empresas privadas (las AFJP) y la finalidad pública encomendada (la administración de fondos previsionales), que podría haberse traducido en maniobras que afecten la rentabilidad de tales activos.

Por lo pronto, hay que recordar que tal norma era aplicable a todas las AFJP, inclusive a aquellas cuyo capital pertenecía íntegramente a entidades del sector público, como era el caso de Nación AFJP, que formaba parte del grupo Banco Nación, de propiedad del Estado nacional (38).

Sin perjuicio de ello, nos parece que predicar o suponer tal "conflicto de interés" es tanto como desconocer la esencia misma del régimen previsional derogado: el sistema de capitalización individual creado por la ley 24241 implicó la delegación del ejercicio de un cometido público (la administración de fondos previsionales y el otorgamiento de beneficio de la Seguridad Social) a ciertos sujetos -en su mayoría- privados, que actuaban como colaboradores de la Administración Pública en esta misión (39). Ningún conflicto de interés ni riesgo de afectación de la rentabilidad de los fondos administrados podía predi-

carse con relación a las AFJP, que debían esforzarse justamente en la obtención de adecuados rendimientos para esos ahorros previsionales para así competir con las demás empresas del sector en la captación de afiliados (40). Además, estaban sujetas a sanciones económicas en caso de obtención de rentabilidades menores a las exigidas legalmente (41).

Por lo demás, es autocontradictoria la motivación del dec. 441/2011 en este punto, puesto que por un lado justifica (mediante las absurdas razones antes rebatidas) la aplicación de la limitación del art. 76, inc. f, ley 24241, para el caso de las AFJP, y por otra parte considera necesaria su derogación respecto de la ANSeS, para que el ejercicio de los derechos societarios correspondientes le permitan a ésta cumplir con los objetivos de seguridad y de rentabilidad especificados en la ley 26425 y la pongan en igualdad de condiciones con el resto de los inversores. ¿No tenían las AFJP similares exigencias en materia de seguridad y rentabilidad de las inversiones de los fondos previsionales que administraban, de acuerdo al art. 74, ley 24241? (42). ¿Acaso no les alcanzaba también a tales administradoras, y con mayor razón tratándose de sujetos privados, la garantía constitucional de igualdad ante la ley? (43).

En rigor, y relacionado además con esto último, debe recordarse que la fuente del art. 76, inc. f, ley 24241, no es otra que la ley 24083, que prevé una limitación similar respecto de las inversiones de las sociedades gerentes de los fondos comunes de inversión (44) (los otros grandes inversores institucionales del mercado de capitales argentino), que se fundamenta en la necesidad de evitar que las entidades administradoras de fondos de terceros se inmiscuyan en el gobierno societario o tomen participación decisiva en los negocios de las empresas donde realizan inversiones (45). En el caso de las AFJP, se pretendía, además, evitar la desviación indirecta de su objeto al intervenir en otros aspectos o áreas no estrictamente previsionales (46).

(38) Esta AFJP se creó por propio imperativo legal (art. 40, ley 24241).

(39) Para ampliar este tema, puede verse nuestro trabajo: "Sistema Integrado Previsional Argentino: la reasunción estatal de la gestión del cometido previsional", ED 234-839.

(40) A diferencia de lo que ocurre actualmente con el SIPA, donde existe un monopolio estatal en lo atinente a la administración de los aportes jubilatorios (FGS-ANSeS), en el sistema de capitalización individual los afiliados podían traspasar libremente su cuenta de capitalización individual de una AFJP a otra (arts. 44 y ss., ley 24241).

(41) Según el art. 86, ley 24241, las AFJP eran responsables de que la rentabilidad del respectivo fondo que administraban no sea inferior a la rentabilidad mínima del sistema, definida en esa misma norma. De ocurrir esta eventualidad, debían aplicar fondos de su propio encaje para cubrir la diferencia de rentabilidad (art. 90, ley 24241).

(42) Art. 74, ley 24241: "El activo del fondo de jubilaciones y pensiones se invertirá de acuerdo con criterios de seguridad y rentabilidad adecuados, respetando los límites fijados por esta ley y las normas reglamentarias...".

(43) Según Barcesat, el dec. 441/2011 ha venido a reponer la vigencia de la legislación societaria, sin discriminación alguna, lo que traspuesto al plano constitucional comporta afirmar la supremacía del principio de igualdad ante la ley consagrado por el art. 16, CN ("Examen...", cit., p. 3). Omite mencionar este prestigioso autor que los derechos constitucionales reconocidos a todos los habitantes de la Nación no pueden ser titularizados por el Estado (conf. Bidart Campos, Germán J., "Manual de la Constitución reformada", t. I, Ed. Ediar, 1998, p. 498, y sus citas jurisprudenciales). De ahí que la supuesta reivindicación de los derechos societarios de la ANSeS de ninguna manera pueden verse como una exigencia constitucional.

(44) Art. 7, inc. a, ley 24083.

(45) Conf. Villegas, Carlos G., "Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones. Régimen legal", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 138; y Jaime, Raúl C. y Brito Peret, José I., "Régimen previsional. Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Ley 24241", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 385.

(46) Conf. Muguiño, Roberto, "Las sociedades anónimas abiertas y el Estado nacional como nuevo socio", LL del 29/4/2009, ps. 1 y 2.

economía, que hasta la sanción de la ley 26425 eran administrados por las AFJP.

VI. CONCLUSIÓN

Como conclusión del análisis aquí efectuado, puede afirmarse que de acuerdo a los parámetros delineados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (inclusive, en su actual integración), el decreto de necesidad y urgencia 441/2011 no cumple satisfactoriamente los recaudos previstos en el art. 99, inc. 3, CN, para el dictado de este tipo de medidas de rigurosa excepcionalidad.

Ni siquiera está debidamente justificada la razonabilidad de la eliminación de la restricción para el ejercicio de los derechos políticos societarios de la ANSeS como administradora del FGS, contenida en el art. 76, inc. f, ley 24241. El dec. 441/2011 ofrece a tal fin una serie de argumentos autocontradictorios, que soslayan el origen y el acierto de aquella limitación.

Llama finalmente a la reflexión que el Poder Ejecutivo haya aguardado más de dos años para reivindicar, en defensa de los derechos previsionales de los trabajadores incorporados al SIPA, el ejercicio de ciertos derechos societarios inherentes a las acciones en poder del FGS-ANSeS, fundamentalmente para la colocación en los órganos de administración de directores "por razones de necesidad y urgencia", como si se tratara de los nuevos adalides previsionales en cuyas manos está en juego el futuro de los jubilados y pensionados. Una manera -cuanto menos- curiosa de hacer previsión social.

Todas estas observaciones son perfectamente trasladables a la ANSeS, como administradora del FGS, que es un patrimonio de afectación que persigue similares finalidades a las que estaba destinado el fondo de jubilaciones y pensiones que administraban las AFJP. Lo fundamental es entender que respecto de todo fondo o patrimonio que tenga una finalidad de esta índole previsional, deben predicarse los mismos propósitos tuitivos en materia de seguridad y rentabilidad, ya sea que tengan un administrador privado o público (47).

Por último, fuera de la lógica de estas restricciones a la ANSeS como inversor institucional, las limitaciones vinculadas al ejercicio de los derechos societarios políticos tienen aun más fundamento y justificación en el caso particular de la entidad que nos ocupa. Ocurre que la asunción de tales derechos importaría otorgarle a ese organismo previsional un cierto rol empresario, extraño a su carácter de entidad autárquica (48) y totalmente atípico debido a la imposibilidad de encasillarlo en los distintos cauces formales en que el Estado ha plasmado su rol empresario (49). Y si bien es cierto que el Estado puede intervenir en la economía mediante participaciones minoritarias en determinadas sociedades anónimas (50), ello constituye una situación excepcional y que tiene lugar por decisión expresa de política económica de las autoridades gubernamentales cuando éstas consideran la conveniencia estatal de formar parte de empresas de determinado sector o rubro estratégico (51). Nada más alejado a la situación fáctica y jurídica de la ANSeS como administrador del FGS, que recibió la transferencia de paquetes accionarios de múltiples empresas de los más diversos sectores de nuestra

(47) Ya habíamos expuesto esta idea en nuestro trabajo: "La ANSeS como accionista...", cit., ps. 1037 y 1038. En igual sentido, Badeni y Laplacette expresan que la finalidad tuitiva respecto del FGS que la ley encomienda a la ANSeS no es distinta de aquellas funciones que la ley 24241 les encomendaba a las AFJP, sociedades anónimas cuyo objeto único y exclusivo consistía, según el art. 59 de aquella normativa, en la administración de un fondo previsional y en el otorgamiento de prestaciones de la Seguridad Social ("El decreto de necesidad...", cit., p. 4).

(48) Si bien la ANSeS ha sido creada como "organismo descentralizado" (art. 1, dec. 2741/1991, ratificado por la ley 24241), sin especificarse el tipo de descentralización de que se trata, la jurisprudencia ha considerado que constituye una "entidad autárquica" (C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 20/2/1997, "Liporace, Felipe M. y otro v. Estado Nacional - Corte Suprema s/empleo público"); carácter que también le ha sido reconocido en normas posteriores a la de su creación (v.g., art. 3, decisión administrativa de la Jefatura de Gabinete 14/2001). Las entidades autárquicas constituyen una especie dentro del género "entidades descentralizadas", caracterizadas por el cumplimiento de una finalidad específicamente estatal, es decir, no industrial o comercial, como es propio de las empresas estatales (conf. Cassagne, Juan Carlos, "Derecho administrativo", t. I, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 375 y 386).

(49) Conf. Piaggio, Lucas A., "La ANSeS como accionista...", cit., ps. 1036 y ss.

(50) Conf. Dromi, Roberto, "Derecho administrativo", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 551.

(51) Por ejemplo, hasta la expropiación de Aerolíneas Argentinas SA mediante la ley 26466, el Estado nacional tenía una participación accionaria que fue aumentando del 5% al 20% del capital social de esa aerolínea de bandera.