

SESIONES ORDINARIAS

2007

ORDEN DEL DIA N° 2066

COMISION BICAMERAL PERMANENTE DE TRAMITE LEGISLATIVO -LEY 26.122-

Impreso el día: 18 de abril de 2007

Término del artículo 113: 27 de abril de 2007

SUMARIO: **Declaración** de validez del decreto 1.064/04. (41-P.E.-2004.)

En disidencia parcial:

Pablo G. Tonelli.

Dictamen de comisión

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo -ley 26.122- prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional ha considerado el expediente referido al decreto del Poder Ejecutivo nacional 1.064 de fecha 19 de agosto de 2004 mediante el cual se introducen modificaciones al título II, capítulo II - De los bienes fideicomitidos, del decreto 976/01.

En virtud de los fundamentos que se exponen en el informe adjunto, y por los que oportunamente ampliará el miembro informante, se aconseja la aprobación del siguiente

Proyecto de resolución

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVEN:

Artículo 1° - Declarar la validez del decreto 1.064 de fecha 19 de agosto de 2004.

Art. 2° - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes, este dictamen pasa directamente al orden del día.

Sala de la comisión, 28 de marzo de 2007.

Diana B. Conti. - Luis F. J. Cigogna. - Gustavo E. Ferri. - Jorge A. Landau. - Agustín O. Rossi. - Patricia Vaca Narvaja. - Nicolás A. Fernández. - María L. Leguizamón. - Mario C. Perceval.

INFORME

I. Antecedentes

La Constitución Nacional, antes de la reforma de 1994, establecía en forma clara y terminante la doctrina de la separación de las funciones del gobierno, precisando uno de los contenidos básicos asignados a la forma republicana prevista en su artículo 1°.

La clásica doctrina de la división de los poderes, concebida por el movimiento constitucionalista como una de las técnicas más eficaces para la defensa de las libertades frente a los abusos gestados por la concentración del poder, y que fue complementada con la teoría de los controles formulada por Karl Loewenstein, revestía jerarquía constitucional y era uno de los pilares elementales sobre los cuales se estructuraba la organización gubernamental de la Nación.

Gregorio Badeni¹ señala: "...Las funciones del órgano ejecutivo han aumentado en los sistemas democrático constitucionales como consecuencia de la ampliación de la actividad estatal. Y, si bien esa tendencia se refleja en todos los órganos gubernamentales, su proyección resulta mucho más significativa en el Poder Ejecutivo debido a que su función no se limita a la simple ejecución de las leyes, sino que se extiende, en forma global, a la gestión y administración de los asuntos públicos, y a la determinación del plan de gobierno...".

¹ Badeni, Gregorio, *Reglamentación de la comisión bicameral permanente*, "La Ley", 2006-D-1229.

En este orden de ideas, el citado constitucionalista destaca: "...La expansión de las funciones ejecutivas no configura, necesariamente, una corruptela constitucional por cuanto ella puede ser convalidada mediante una interpretación dinámica y razonable de la Ley Fundamental..."²

"En el ámbito de la vida social, política o económica de una Nación –agrega Badeni– pueden presentarse situaciones graves de emergencia generadoras de un estado de necesidad cuya solución impone que se adopten medidas urgentes para neutralizar sus efectos perjudiciales o reducirlos a su mínima expresión posible. Cuando esas medidas, constitucionalmente, deben revestir carácter legislativo, las demoras que a veces se producen en el trámite parlamentario pueden privarlas de eficacia temporal, y ello justificaría su sanción inmediata por el órgano ejecutivo, ya sea en forma directa o como consecuencia de una delegación congresual..."³

La Reforma Constitucional de 1994 dejó atrás la discusión doctrinaria y jurisprudencial que en el marco del paradigma instaurado por los Constituyentes de 1853/60 se planteaba.⁴

A partir de la reforma, la facultad que la Constitución Nacional le atribuye excepcionalmente al Poder Ejecutivo, más allá de las posturas doctrinarias ha adquirido "carta de ciudadanía constitucional, por lo que ya no tiene sentido discutir si la procedencia de esta clase de reglamentos se apoya en el ensanche, o bien, en la superación de las fuentes constitucionales. En tal sentido, su validez constitucional encuentra apoyo expreso en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución reformada".⁵

En procura de una regulación del poder atribuido al presidente de la Nación se establecieron mecanismos tendientes a resolver el uso y la instrumentación de tres decretos cuyas características han sido tipificados en nuestra Constitución Nacional: a) los decretos de necesidad y urgencia, b) los dictados en virtud de delegación legislativa y c) los de promulgación parcial de las leyes.

Estos decretos han sido consagrados expresamente en los artículos 99, inciso 3, 76, 80 y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional.

²Badeni, Gregorio, ob. cit.

³Badeni, Gregorio, ob. cit.

⁴Joaquín V. González se pronunciaba a favor de la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia siempre que ellos sean sometidos a consideración del Honorable Congreso de la Nación. *Manual de la Constitución argentina*, 1890.

En una postura distinta, se ubica Linares Quintana, siguiendo el criterio ortodoxo de que lo que no está previsto en la ley no se puede hacer.

⁵Cassagne, Juan Carlos, *La configuración de la potestad reglamentaria*, "La Ley", 2004-A-1144.

El artículo 99 en su parte pertinente establece:

Capítulo tercero. Atribuciones del Poder Ejecutivo. Artículo 99. "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 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 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.

"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".

Capítulo cuarto. Atribuciones del Congreso. Artículo 76. "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 caducidad 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".

Capítulo quinto: De la formación y sanción de las leyes. Artículo 80. "Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia".

Capítulo cuarto: Del jefe de Gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo: Artículo 100:

[...]

"12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la comisión bicameral permanente.

"13. Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la comisión bicameral permanente."

La introducción de los institutos denominados "decretos de necesidad y urgencia" y "facultades delegadas" en el nuevo texto constitucional de 1994, implica poner reglas a una situación de excepción y, por lo tanto, al estricto control que la Constitución Nacional le atribuye al Congreso Nacional.

Sin embargo ella no ha previsto el trámite ni los alcances de la intervención del Congreso sino que lo ha dejado subordinado a una ley especial.

La ley 26.122 sancionada el 20 de julio de 2006 regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo nacional: *a)* de necesidad y urgencia, *b)* por delegación legislativa y *c)* de promulgación parcial de leyes.

El título II de la ley 26.122 establece el régimen jurídico y la competencia de la comisión bicameral permanente y, en su artículo 5°, precisa que ella estará integrada por ocho (8) diputados y (8) senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras.

La resolución del presidente de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación 1.130 de fecha 12 de octubre de 2006, ha designado a los señores diputados de la Nación, miembros de dicha comisión.

En igual sentido, el presidente de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación ha emitido los decretos 54 de fecha 13 de octubre de 2006 y 57 de fecha 25 de octubre de 2006.

En este orden de ideas, es criterio de esta comisión plantear un criterio amplio al analizar las circunstancias de carácter excepcional que operan como supuesto fáctico-jurídico-político que autoriza el empleo del instituto del decreto de necesidad y urgencia.

De Vega García afirma con acierto que la función del supuesto fáctico es doble, porque por una parte se constituye en la situación de hecho –la necesidad urgente– habilitante para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer las facultades legislativas indispensables e inevitables para la solución de la crisis; por otro lado, esta situación de hecho se convierte también en condición de contenido de la norma de necesidad y urgencia, "porque parece lógico que sus preceptos contengan la respuesta más ade-

cuada al supuesto que el gobierno alega al dictar este tipo de instrumentos".⁶

Es de vital importancia esta definición, ya que serán luego los órganos de control quienes deberán valorar si se han reunido los requisitos en el supuesto de hecho que autoriza al Poder Ejecutivo a hacer uso de dicha facultad.

La doctrina en general se refiere al supuesto fáctico como aquel acontecimiento o situación que determina la emergencia que ocasiona la crisis institucional que impide al Poder Ejecutivo ejercer sus facultades constitucionales de un modo más adecuado, llevando al estado de necesidad política que desemboca en la asunción de dichas facultades por parte del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, Pérez Hualde, Lagaz y Lacambara, entienden que existe aún un supuesto previo que es el de la vigencia de un sistema republicano que contemple en especial uno de los requisitos básicos, como lo es el principio de división de poderes.

En conclusión, al supuesto fáctico lo precede un supuesto institucional complejo que se compone de la existencia de un sistema con división de poderes o de funciones de distintos órganos y con un procedimiento de elaboración de leyes. Si no existen estos antecedentes, no se dará la posibilidad de existencia del decreto de necesidad y urgencia.

Superado este debate doctrinario, el dictado del Poder Ejecutivo de normas de rango legislativo so pretexto de la existencia de una situación de hecho que impide el pronunciamiento por parte del órgano al cual, según la Constitución, le corresponde actuar, no es un fenómeno novedoso para el derecho político.

Entre sus antecedentes más antiguos, se detecta la presencia de estos instrumentos en la Carta de Restauración Francesa y en la Ley Fundamental de Prusia de 1850.

Asimismo, son numerosas las constituciones europeas que han contemplado la posibilidad de existencia de aquellas situaciones extraordinarias de necesidad y urgencia, estableciéndolas en sus textos en forma expresa, tales como la Constitución de la República Española y en Sudamérica, las constituciones de Brasil, Colombia y Perú, entre otras.

En este sentido, éste es el marco fáctico en el cual la Convención Constituyente de 1994 introdujo los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional argentina, receptados en el artículo 99, inciso 3.

La norma precitada establece como presupuesto para dictar decretos de necesidad y urgencia: la exis-

⁶ Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Depalma, 1995.

tencia de “circunstancias excepcionales” que “hacen imposible recorrer el procedimiento legislativo”.⁷

Conforme la postura desarrollada por Germán Bidart Campos, la “necesidad” es algo más que conveniencia, en este caso, parece ser sinónimo de imprescindible. Se agrega “urgencia”, y lo urgente es lo que no puede esperar. “Necesario” y “urgente” aluden, entonces, a un decreto que únicamente puede dictarse en circunstancias excepcionales en que, por ser imposible seguir con el procedimiento normal de sanción de las leyes, se hace imprescindible emitir sin demora alguna el decreto sustantivo.⁸

Por su parte, la convalidación del dictado de este tipo de decretos vino de la mano de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del caso “Peralta”,⁹ ya que se le reconoció expresamente al presidente de la Nación la facultad de dictar este tipo de normas.

En el caso precitado, los actores iniciaron una acción de amparo ante el dictado del decreto 36/90 que convertía los contratos bancarios a plazo fijo en bonos de deuda pública (Plan Bonex).

Sin embargo, a pesar de su reconocimiento jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia impuso una serie de reglas que debe contener el dictado de este tipo de decretos por parte del órgano administrador para su procedencia.

Estas circunstancias fácticas que debían configurarse eran:

“...Una situación de grave riesgo social que pudiese en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado —ésta constituirá la causa por la cual se considera válido el decreto— [...] razonabilidad de las medidas dispuestas [...] relación entre los medios elegidos por la norma y los fines de ésta [...] examen de la proporcionalidad de las medidas y el tiempo de vigencia de ellas [...] inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados [...] convalidación del Congreso, expresa o tácita...”.

Asimismo, sostuvo que “no necesariamente el dictado por parte del Poder Ejecutivo de normas como el decreto 36/90 determina su invalidez constitucional por la sola razón de su origen”.

Puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo, fundado en dos razones fundamentales: a) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitu-

cionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; b) porque ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en el decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados (considerando 24).

La Corte ha caracterizado al supuesto fáctico habilitante para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia como “una situación de grave riesgo social frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas” (considerando 24).

En este sentido, la Corte Suprema definió la emergencia económico-social como aquella “situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad que hay que ponerle fin” (considerando 43).

Asimismo, el alto tribunal consideró la razonabilidad de la medida atendiendo a “la circunstancia de que los medios arbitrados no parecen desmedidos en relación a la finalidad que persiguen” (considerando 48).

El Poder Judicial tiene la potestad de examinar la existencia o no del estado de necesidad y razonabilidad, ejerciendo el control de constitucionalidad sobre la materia regulada, en un caso que sea sometido a su juicio y donde se haya afectado algún derecho constitucional.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Nacional¹⁰ controlará la razonabilidad de la medida, que consiste en la adecuación de los medios dispuestos con los fines que se pretenden lograr, exigiendo que en las normas de emergencia exista una proporcionalidad entre las limitaciones impuestas y las circunstancias extraordinarias que se pretenden superar, sin que se produzca una alteración en la sustancia de los derechos constitucionalmente reconocidos.

El criterio expuesto por la CSJN respecto de su facultad de ejercer el control de constitucionalidad con relación a los decretos de necesidad y urgencia ha sido variable.

Mientras en el caso “Peralta” convalidó el dictado de este tipo de decretos y estableció los presupuestos fácticos que deben concurrir para la procedencia de su dictado; en el caso “Rodríguez”,¹¹ la CSJN se refirió a la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y a su control político en ca-

⁷ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental del derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, tomo VI.

⁸ Bidart Campos, Germán, *Los decretos de necesidad y urgencia*. Columna de opinión, “La Ley”, 27/2/01.

⁹ “La Ley”, 1991-C-158.

¹⁰ Artículo 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

¹¹ “La Ley”, 1997-E-884.

beza del Poder Legislativo. Se discutió quién posee la atribución jurisdiccional para controlar este tipo de decretos.

Asimismo, consideró que los legisladores que habían interpuesto la acción de amparo carecían de legitimación activa; lo mismo sostuvo respecto del Defensor del Pueblo, pero consideró que el jefe de Gabinete tenía legitimación para actuar.

En esta oportunidad, la CSJN defendió la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y de su control político en cabeza del Poder Legislativo. Sostuvo que la jueza de grado carecía de jurisdicción para intervenir en el caso por ausencia de gravamen, caso, causa o controversia, pues decidió sobre un conflicto –que por su naturaleza– es ajeno a la resolución judicial, mediando –en consecuencia– una invasión de la zona de reserva de otro poder (considerando 6).

Sin embargo, a pesar de lo dicho precedentemente, consideró que ello no implica una convalidación del decreto (de necesidad y urgencia) 842/97 “en tanto que esa norma, como integrante del ordenamiento jurídico, es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales –antes, durante o después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuese la suerte que corriese ese trámite– siempre que, ante un ‘caso concreto’ –inexistente en la especie–, conforme las exigencias del artículo 116 de la Constitución Nacional, se considere en pugna con los derechos y garantías consagrados en la Ley Fundamental” (considerando 23).

Es decir, que limita la facultad de control del Poder Judicial ante la presencia de agravio concreto (examina si se cumplieron los requisitos formales de procedencia y el límite material), siendo el Congreso –depositario de la voluntad popular– a quien la Constitución Nacional le atribuye la excluyente intervención en el contralor de los DNU (considerando 17).

En este caso, la CSJN renunció expresamente a ejercer el control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, con base en la falta de caso y carencia de agravio concreto.

En cambio, en el caso “Verrochi”¹² cambia el criterio sostenido en el fallo precedente y declara la inconstitucionalidad de los decretos (de necesidad y urgencia) 770/96 y 771/96 emitidos por el Poder Ejecutivo nacional en 1996, que suprimían la percepción del salario familiar a aquellas personas que cobren más de mil pesos.

En el caso precitado, la CSJN ejerce un control de constitucionalidad amplio y analiza también la razonabilidad de la medida, al abocarse a examinar si

se cumplieron las exigencias formales y materiales en el dictado de este tipo de normas, admitiendo el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo nacional.

En este sentido, la CSJN considera que “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...” (considerando 8).

En el considerando 9 analiza las dos circunstancias habilitantes para el dictado de este tipo de normas, de conformidad con el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y sostiene que “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...”.

En el considerando 11, la CSJN sostuvo que la carencia de ley que regule el trámite y alcances de la intervención del Congreso, exigía una mayor responsabilidad por parte del Poder Judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad, por lo cual, confirma la sentencia del *a quo* que declaraba inconstitucionales los decretos 770/96 y 771/96. En el presente caso ejerció un control amplio de las circunstancias fácticas y jurídicas del dictado del decreto en cuestión.

En el caso “Risolia de Ocampo”,¹³ se declaró inconstitucionales varios artículos del DNU 260/97, que disponía el pago en cuotas de las indemnizaciones por accidentes de tránsito ocasionados por el transporte público de pasajeros, con invocación de la emergencia económica de esas empresas y de las aseguradoras.

El fundamento central para descalificar esta normativa fue que protegían intereses de individuos o grupos, no intereses generales de la sociedad.

De esta forma, la CSJN en el caso precitado agregaba un requisito más a la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia: la protección de intereses generales de la sociedad.

En el caso “Guida”,¹⁴ la CSJN se pronunció por la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 290/95 que había dispuesto la reducción de los salarios de los agentes de la administración pública.

Uno de los principales argumentos de la Corte para declarar la constitucionalidad del decreto precitado, fue su ratificación mediante la sanción de la ley 24.624.

¹² “Verrochi, Ezio D. c/Administración Nacional de Aduanas”, CS, 1999/8/19, “Fallos”, 322:1726, “La Ley”, 1999-E-590.

¹³ “Risolia de Ocampo, María José c/Rojas, Julio César s/ ejecución de sentencia”, CS, “Fallos”, 323:1934.

¹⁴ “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo s/empleo público”, CS, “Fallos”, 323:1566.

A juicio de la CSJN, dicha ratificación importaba la intervención del Congreso en los términos que señala la Constitución y un reconocimiento de la emergencia invocada por el Poder Ejecutivo nacional.

Los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López, que integraron la mayoría, coincidieron en la legitimidad de la medida, pues sostuvieron que "...la ratificación del decreto de necesidad y urgencia 290/95 mediante el dictado de la ley 24.624 traduce, por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de una situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo a favor de la regularidad de dicha norma. Ese acto legislativo es expresión del control que –en uso de facultades privativas– compete al Congreso de la Nación conforme al artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, pues la sanción de la ley 24.624 demuestra que el tema fue considerado por ambas Cámaras, como lo exige el precepto constitucional, las que se pronunciaron en forma totalmente coincidente con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo nacional al enfrentar la crisis..." (considerando 6).

En el caso precitado, el voto del ministro Carlos Fayt señaló que "tal como lo recordó el tribunal en la causa 'Verrochi' ('Fallos', 322:1726), para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer válidamente 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, vale decir que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser remediada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes. Esta última es la situación que debe entenderse presente en el caso..." (considerando 6).

"Que la doctrina elaborada por esta Corte en torno a la nueva previsión constitucional, no difiere en lo sustancial del recordado precedente de 'Fallos', 313:1513. Sin embargo, en este último se valoró el silencio del Poder Legislativo como una convalidación tácita con consecuencias positivas (considerando 25). Nada de ello en cambio, sería en principio posible de afirmar hoy, frente al ineludible quicio constitucional que condiciona estrictamente la existencia misma de la voluntad del Congreso en su manifestación positiva (artículo 82 de la Constitución Nacional). No obstante, de esta regulación minuciosa de una facultad que por definición se considera existente, no podría derivarse como conclusión que la ausencia de reglamentación legal del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional deje inerte a la sociedad frente a las situaciones que el

propio texto constitucional ahora prevé como excepcionales y, por tanto, merecedoras de remedios del mismo carácter" (considerando 7).

Fayt agregó que "en el caso concreto que nos ocupa, el Congreso Nacional, haciéndose cargo de su necesaria intervención en cuestiones de hondo y sensible contenido social –más allá de las implicancias presupuestarias que obviamente ostenta y que en última instancia son la razón misma de la medida– ha asumido esa intervención legitimadora, con lo que puede darse por satisfecho el recaudo constitucional antes indicado. Ello, claro está, no descarta sino refuerza el necesario control de constitucionalidad inherente al Poder Judicial de la Nación, conforme fue recordado por el tribunal en la causa 'Verrochi' ya citada" (considerando 9).

En este mismo orden de ideas, el citado ministro de la CSJN destacó que "en cuanto al contenido mismo de la medida cuestionada, deben entenderse reunidos los requisitos que condicionan su validez, de acuerdo a la ya conocida doctrina de la emergencia" (considerando 10).

Por todo lo expuesto, se revoca el fallo de la instancia anterior y se declara la constitucionalidad del decreto.

Entre los administrativistas, Juan Carlos Cassagne define a los reglamentos como "todo acto unilateral que emite un órgano de la administración pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regula, por tanto, situaciones objetivas e impersonales".¹⁵

Los reglamentos constituyen fuentes del derecho para la administración pública, aun cuando proceden de ella misma, ya que integran el bloque de legalidad, al cual los órganos administrativos deben ajustar su cometido. Desde el punto de vista cuantitativo, constituyen la fuente de mayor importancia del derecho administrativo, habida cuenta de que no sólo son emitidos por el Poder Ejecutivo, sino también por los demás órganos y entes que actúan en su esfera.

En lo que concierne a la naturaleza de la actividad reglamentaria, la doctrina clásica consideraba que constituía una actividad administrativa, mientras que para Cassagne "la actividad reglamentaria traduce una actividad materialmente legislativa o normativa, ya que se trata del dictado de normas jurídicas de carácter general y obligatorias por parte de órganos administrativos que actúan dentro de la esfera de su competencia, traduciendo una actividad jurídica de la administración que se diferencia de la administrativa por cuanto ésta es una acti-

¹⁵ Cassagne, Juan Carlos, *La configuración de la potestad reglamentaria*, "La Ley", 2004-A, 1144.

vidad inmediata, práctica y concreta tendiente a la satisfacción de necesidades públicas, encuadrada en el ordenamiento jurídico”.¹⁶

Conforme la terminología utilizada por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), los reglamentos se denominan también actos de alcance o contenido general.

Para la LNPA el reglamento es un acto de alcance general, expresión que comprende a los meros actos de alcance general que no integran el ordenamiento jurídico.

“Sin embargo –señala Cassagne– la figura del reglamento no agota todas las situaciones que traducen la emisión de actos de alcance o contenido general en sede administrativa. Las normas generales que sólo tienen eficacia interna en la administración o que están dirigidas a los agentes públicos –instrucciones de servicio, circulares– no producen efectos jurídicos respecto a los particulares. Su principal efecto jurídico se deriva del deber de obediencia jerárquica del inferior al superior”.¹⁷

Tal y como expresa Cassagne, la caracterización jurídica de los reglamentos surge de la circunstancia de encontrarse sujetos a un régimen jurídico peculiar que los diferencia de las leyes en sentido formal, de los actos administrativos y de las instrucciones de servicio, circulares y demás reglamentos internos.

En el orden nacional, los reglamentos pueden provenir de la administración, de la Legislatura o del Poder Judicial, ya que las normas de carácter general dictadas por el Congreso o por los organismos judiciales, sin el carácter formal de las leyes o sentencias, son también reglamentos, sujetos, en principio, al mismo régimen jurídico que los dictados por la administración.

La sustancia de un acto de alcance general de contenido normativo, que integra el ordenamiento jurídico, es la del “reglamento”, con independencia del órgano o ente estatal que lo produzca, siendo indiferente desde el punto de vista jurídico la utilización de distintos términos.

Conforme la vinculación o relación de los reglamentos con las leyes, los primeros se clasifican según la doctrina en ejecutivos, autónomos, delegados y de necesidad o urgencia.¹⁸

Los reglamentos ejecutivos o de ejecución son los que dicta el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades atribuidas por el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional, para asegurar o facilitar

la aplicación o ejecución de las leyes, regulando detalles necesarios para el mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador.

Por su parte, el dictado de reglamentos autónomos o independientes corresponde, en principio, al Poder Ejecutivo de acuerdo a la distribución de funciones que realiza la Constitución Nacional, la cual, en su artículo 99, inciso 1, le atribuye responsabilidad política por la administración general del país.

Marienhoff afirma que el reglamento autónomo es dictado por el Poder Ejecutivo en materias acerca de las cuales tiene competencia exclusiva de acuerdo a textos o principios constitucionales. Sostiene que, así como existe una zona de reserva de la ley que no puede ser invadida por el poder administrador, también hay un ámbito de competencias, reservado a la administración en la cual el Poder Legislativo no puede inmiscuirse, como consecuencia del principio de separación de los poderes.¹⁹

Con la reforma constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados,²⁰ al contemplar expresamente la delegación legislativa en el artículo 76.

En dicha norma constitucional, si bien genéricamente se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, seguidamente se la admite respecto de dos materias determinadas: a) de administración, y b) de emergencia pública.

Tal y como se ha expuesto ut supra, hasta la reforma constitucional de 1994 se debatía en doctrina acerca de la validez constitucional de los denominados reglamentos de necesidad y urgencia.²¹

Mientras un sector, encabezado por los administrativistas, se inclinaba por su validez constitucional y recibía el apoyo de la realidad jurisprudencial aunque dentro de ciertos límites, otra corriente doctrinaria entendía que resultaban violatorios del sistema de la Constitución de 1853/60 por considerar, sustancialmente, que afectaban el principio de la división de los poderes.²²

¹⁹ Definición señalada en Cassagne, Juan Carlos, ob cit.

²⁰ Se sostenía que el Congreso no podía delegar sus atribuciones al Poder Legislativo.

²¹ Miguel A. Ekmekdjian (en su obra *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1997) entiende que no es correcto llamar a estas normas reglamentos, puesto que son normas de sustancia legislativa y no obstante ello, son dictadas por el Poder Ejecutivo nacional, y adopta la denominación de “decretos leyes” al referirse a este tipo de instrumentos.

²² En este orden de ideas, Ekmekdjian se encuentra entre quienes defienden la inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia, fundando su postura en la afectación del principio de división de poderes, y olvidando conforme al criterio de esta comisión el verdadero origen de la teoría de frenos y contrapesos elaborado por Montesquieu y adoptada por nuestra Constitución his-

¹⁶ Cassagne, Juan Carlos, *La configuración de la potestad reglamentaria*, “La Ley”, 2004-A-1144.

¹⁷ Cassagne, Juan Carlos, ob. cit.

¹⁸ Clasificación desarrollada en Cassagne, Juan Carlos, *La configuración de la potestad reglamentaria*, “La Ley”, 2004-A-1144.

Y tal como lo ha expresado Cassagne:²³ "...La concepción de la denominada doctrina de la separación de los poderes o, según prefieren algunos, de la división de los poderes, elaborada por Montesquieu (bajo la innegable influencia de Locke), ha dado lugar a numerosas y diferentes interpretaciones jurídicas que olvidan la naturaleza eminentemente política y hasta sociológica de esta teoría. Precisamente, al abordar el estudio del poder reglamentario, en cualquier ordenamiento constitucional positivo, hay que analizar primero el sistema, su realidad y los antecedentes que le han servido de fuente, pues recién después de esa labor el intérprete estará en condiciones para determinar el modo en que la Constitución ha recepcionado el principio divisorio en lo que atañe a la articulación entre la ley y el reglamento.

La teoría expuesta por Montesquieu en *El espíritu de las leyes* reposa, como es sabido, en la necesidad de instaurar un equilibrio entre los órganos que ejercen el poder estatal. Parte de reconocer que las personas que poseen poder tienden normalmente a su abuso, por lo cual considera imprescindible la institución en el Estado de un sistema de pesos y contrapesos, de modo que los poderes puedan controlarse recíprocamente y que el equilibrio resultante permita el juego de los cuerpos intermedios de la sociedad y favorezca la libertad de los ciudadanos.²⁴

Lejos de predicar la primacía del Poder Legislativo o el acantonamiento de las funciones típicas de cada poder en sentido orgánico la concepción de Montesquieu —antes que transferir el monopolio de la actividad legislativa al Parlamento (como pretendió Rousseau)— se ocupó de la división del Poder Legislativo, asignando al Poder Ejecutivo funciones colegislativas (vgr. veto, iniciativa y convocatoria) y estableciendo un sistema bicameral, con el objeto

de impedir el predominio y el abuso del órgano parlamentario. El centro de la concepción, aun cuando el principio no tuvo acogida en las Constituciones que se dictaron durante la Revolución Francesa, lo constituye, sin duda, la ubicación del Poder Judicial en el esquema divisorio, concebido como órgano imparcial para juzgar y resolver las controversias, con independencia de los otros dos poderes...".²⁵

Conforme el análisis realizado ut supra, este precepto faculta al Poder Ejecutivo a emitir decretos por razones de necesidad y urgencia, cuando se produzcan "circunstancias excepcionales" que "...hicieran imposible seguir los trámites 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".²⁶

Por todo lo expuesto, es criterio de esta comisión analizar en lo pertinente la existencia del supuesto fáctico-jurídico-político que habilita el dictado de los instrumentos precitados por parte del Poder Ejecutivo, conforme a los requisitos establecidos expresamente por la Constitución Nacional en el artículo 99, inciso 3 —la existencia de circunstancias excepcionales que imposibiliten seguir el procedimiento legislativo ordinario y la necesidad y urgencia de suplir dicho trámite mediante un decreto—; sumado esto, a los principios sentados por la jurisprudencia elaborada a través de los diferentes fallos de la Corte Suprema de la Nación, tales como la existencia de un grave riesgo social, asegurar la continuidad y vigencia de la unidad nacional y la protección de los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos.

II. Objeto

Se somete a dictamen de esta comisión el decreto del Poder Ejecutivo nacional 1.064 de fecha 19 de agosto de 2004 mediante el cual se introducen modificaciones al título II, capítulo II - De los bienes fideicomitidos, del decreto 976/01.

II.a. Análisis del decreto

El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia en el último considerando del citado decreto que ellos se dictan en uso de las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo nacional por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

tórica de 1853/60. En este sentido, y compartiendo la exposición de Cassagne "...la atribución de la potestad reglamentaria al Ejecutivo responde a los principios de equilibrio, que están en la base de la teoría de Montesquieu, permitiendo su ejercicio no sólo para reglamentar las leyes del Congreso, sino también para dictar normas generales en determinadas situaciones que derivan tanto de sus propias facultades como órgano jerárquico superior de la administración pública (ex artículo 86, inciso 1, Constitución Nacional) como de las atribuciones vinculadas al estado de necesidad y a la eficacia de la realización de los fines constitucionales (esto último, a través de la figura de la delegación), facultades que deberá ejercer, en cualquier caso, bajo el control permanente del Congreso..." (Cassagne, Juan Carlos, *La configuración de la potestad reglamentaria*, "La Ley", 2004-A-1144).

²³ Cassagne, Juan Carlos, *Sobre fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia*, "La Ley", 1991-E-1179.

²⁴ Cassagne, Juan Carlos, ob. cit.

²⁵ Cassagne, Juan Carlos, ob. cit.

²⁶ Cabe destacar que en los Estados Unidos los citados decretos reciben la denominación de *executive orders*, las cuales son órdenes ejecutivas, una facultad propia por la ley segunda fundamental de la Constitución de los Estados Unidos que establece la capacidad del presidente para legislar sobre facultades e instituciones e incluso sobre la propia Constitución.

La ley 26.122, en el capítulo I del título III se refiere a los dictámenes de la comisión bicameral permanente respecto de los decretos de necesidad y urgencia estableciendo en su artículo 10 que vuestra comisión debe expedirse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado.

La lectura del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional permite distinguir como requisitos formales: *a)* la firma del señor presidente de la Nación, *b)* la firma de los señores ministros y del señor jefe de Gabinete de Ministros –dictado en acuerdo general de ministros– y refrendado juntamente con el señor jefe de Gabinete de Ministros y *c)* la remisión del señor jefe de Gabinete de Ministros a la comisión bicameral permanente, y como requisitos sustanciales: *a)* razones de necesidad y urgencia y *b)* en orden a la materia, puede dictar normas de contenido típicamente legislativo, siempre que no trate materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

El decreto 1.064/04 en consideración ha sido decidido en acuerdo general de ministros y refrendado por el señor presidente de la Nación, doctor Néstor Kirchner, el señor jefe de Gabinete de Ministros, doctor Alberto A. Fernández, y los señores ministros, de conformidad con el artículo 99, inciso 3, párrafo 3.

Respecto del último requisito formal a tratar referido a la obligación del jefe de Gabinete de Ministros de someter la medida a consideración de la comisión bicameral permanente dentro de los 10 días, él se encuentra cumplido toda vez que esta comisión ha concluido que atento a que aquella cláusula ha tomado el carácter de operativa con la reciente sanción de la ley 26.122 que estableció el régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes y, en virtud de la cual, se ha conformado esta comisión, corresponde considerar cumplido el mismo respecto de los decretos de necesidad y urgencia emitidos con anterioridad al 25 de octubre de 2006, fecha en la que ha quedado conformada la comisión bicameral permanente.

Las razones citadas precedentemente, sumadas a las necesidades organizativas de esta comisión y al cúmulo de decretos a tratar –las que constituyen una situación de excepción–, deben considerarse en virtud del cumplimiento del plazo establecido por el artículo 93, inciso 3, para elevar vuestro despacho al plenario de cada Cámara.

La posición adoptada por la comisión tiene fundamento en el artículo 82 de la Constitución Nacional que establece: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta” y en el principio de seguridad jurídica que exige que se man-

tenga la vigencia de los decretos de necesidad y urgencia hasta tanto él sea derogado formalmente por el Congreso.²⁷

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto 1.064/04.

Es preciso destacar que, a través del decreto 1.006 de fecha 30 de octubre de 2003 se incluyó en el artículo 20 del título II - capítulo II - De los bienes fideicomitidos del decreto 976/01 y sus modificatorios, como inciso *h)*, la totalidad de los ingresos de las concesiones emergentes de la licitación convocada conforme lo dispuesto por el decreto 425/03, integrados en un sistema de caja única.

Consecuentemente, se incluyeron también entre los destinatarios del referido fideicomiso, los nuevos concesionarios viales surgidos del llamado a esa licitación.

En este sentido, el resultado de la licitación convocada, conforme la adjudicación aprobada mediante el decreto 1.007/03, permite prever la existencia de saldos remanentes en la caja única a constituir con los referidos ingresos, cuyo destino corresponde asignar.

Conforme las condiciones contractuales aprobadas por el citado decreto 1.007/03, se encuentra contemplado que el Estado concedente licite en forma independiente la realización de obras adicionales, construcciones, trabajos o servicios de industria, no consideradas en los respectivos contratos, a ejecutar por terceros en las rutas otorgadas en concesión o vinculadas a éstas.

Por todo ello, corresponde asignar los remanentes que pudieran resultar de los ingresos provenientes de los contratos de concesión de los corredores de la red vial nacional aprobados por el decreto 1.007/03, a la financiación de dichas obras adicionales, construcciones, trabajos o servicios de industria.

Del mismo modo y en forma concomitante con lo enunciado precedentemente, deben también incluirse como beneficiarios de dichos fondos remanentes, los adjudicatarios de las contrataciones que se realicen para la ejecución de las obras mencionadas.

De esta forma, el precitado decreto 1.064/04 dispone la incorporación al artículo 14 del título II –capítulo I - Constitución del fideicomiso– del decreto 976 de fecha 31 de julio de 2001 y sus modificatorios, del inciso *f)* con el siguiente texto:

²⁷ Esta posición ha sido sostenida por autores como Bidart Campos, Pérez Hualde, Cassagne, entre otros, quienes han señalado que ni siquiera una ley que reglamente el trámite y alcance de la intervención del Congreso podrá prescribir que el silencio implique la aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia.

“Artículo 14. – Serán beneficiarios del fideicomiso:

”f) Los adjudicatarios de las contrataciones de obras adicionales, construcciones, trabajos o servicios de industria que se efectúen en los corredores de la Red Vial Nacional otorgados en concesión mediante el decreto 1.007 de fecha 30 de octubre de 2003, o vinculados a ellos, no considerados en los contratos aprobados mediante dicho decreto”.

Asimismo, el precitado decreto dispone la incorporación al artículo 23 del título II –capítulo III Destino de los bienes fideicomitados– del decreto 976 de fecha 31 de julio de 2001 y sus modificatorios, el siguiente inciso:

“Artículo 23. – Los bienes fideicomitados se destinarán:

”e) Los remanentes que puedan resultar de los ingresos provenientes de los contratos de concesión de los corredores de la Red Vial Nacional aprobados por el decreto 1.007 de fecha 30 de octubre de 2003, una vez canceladas todas las obligaciones relacionadas con la redistribución de los ingresos de esas concesiones, serán destinados a la financiación de las obras adicionales, construcciones, trabajos o servicios de industria a ejecutar en las rutas concesionadas o vinculadas a éstas, según lo determine la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.”

Por otra parte, se modifica el último párrafo del artículo 12 del título II –capítulo I Constitución del fideicomiso– del decreto 976 de fecha 31 de julio de 2001 y sus modificaciones, el cual quedará redactado de la siguiente forma:

“Los bienes fideicomitados del inciso h) del artículo 20 tendrán como beneficiarios exclusivos y excluyentes a los determinados en los incisos d), e) y f) del artículo 14.”

El artículo 20 del decreto 976 de fecha 31 de julio de 2001 y sus modificaciones, en su parte pertinente establece:

“Art. 20. – El patrimonio del fideicomiso estará constituido por los bienes fideicomitados, que en ningún caso constituyen ni serán considerados como recursos presupuestarios, impositivos o de cualquier otra naturaleza que ponga en riesgo el cumplimiento del fin al que están afectados, ni el modo u oportunidad en que se realice.

”Dichos bienes son los siguientes (...)

”h) La totalidad de los ingresos que resulten de los contratos de concesión de los corredores de la Red Vial Nacional que se aprueben en virtud del decreto 425 de fecha 25 de julio de 2003 y de la resolución del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios 60 de fecha 19 de agosto de 2003.”

Por su parte, el artículo 14 del citado decreto 976/01, en su parte pertinente establece:

“Artículo 14. – Serán beneficiarios del fideicomiso:

”(…) d) Las empresas concesionarias de los corredores de la Red Vial Nacional que resulten adjudicatarias en virtud de lo dispuesto por el decreto 425 de fecha 25 de julio de 2003 y por la resolución del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios 60 de fecha 19 de agosto de 2003.

”e) El órgano de control de concesiones viales, dependiente de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

”f) Los adjudicatarios de las contrataciones de obras adicionales, construcciones, trabajos o servicios de industria que se efectúen en los corredores de la Red Vial Nacional otorgados en concesión mediante el decreto 1.007 de fecha 30 de octubre de 2003, o vinculados a ellos, no considerados en los contratos aprobados mediante dicho decreto.”

Es importante destacar que el Honorable Congreso de la Nación ha convalidado la decisión del Poder Ejecutivo en el dictado del decreto 976/01, a través del artículo 15 de la ley 26.028.

Las razones de necesidad y urgencia requeridas para habilitar la competencia del Poder Ejecutivo en materia legislativa han sido descritas en los considerandos del decreto 1.064/04.

El espíritu legislativo no ha variado atento a que, en definitiva, el Congreso en ejercicio de sus atribuciones constitucionales propias no ha adoptado decisiones diferentes en los puntos de política involucrados.²⁸

En razón a la materia regulada en el presente decreto conforme se indicara ut supra, dichas medidas no incursionan en las materias expresamente prohibidas por la Constitución Nacional para tales actos –por no tratarse de materia penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos–, verificándose el cumplimiento de los recaudos formales que la Carta Magna impone para ellos, encontrándose asimismo suficientemente acreditadas las razones de urgencia y excepcionalidad invocadas para su dictado.

III. Conclusión

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos en lo que respecta al dictado del decreto 1.064/04, los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 99, inciso 3, de la Constitu-

²⁸ Ambos presupuestos han sido delineados como básicos para la validez de los DNU en el voto de la mayoría en el caso “Peralta”. Corte Suprema de Justicia (“Fallos”, 313:1513) (“La Ley”, 1990-D-131).

ción Nacional y de conformidad con los términos del artículo 10 de la ley 26.122, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la validez del decreto de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo nacional 1.064/04 de fecha 19 de agosto de 2004.

Jorge M. Capitanich.

FUNDAMENTOS DE LA DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR DIPUTADO PABLO TONELLI

Disidencia parcial de fundamentos

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo –ley 26.122– ha considerado el decreto de necesidad y urgencia 1.064, del 19 de agosto de 2004 (BO 23/8/04), mediante el cual se modificó el decreto 976/2001 y se procedió a la asignación de los saldos remanentes en la caja única que integra la totalidad de los ingresos provenientes de los contratos de concesión de los corredores de la red vial nacional, aprobados por el decreto 1.007/2003, a la financiación de obras adicionales, construcciones, trabajos o servicios de industria. Asimismo se modificó el artículo 14 del título II –capítulo I, constitución del fideicomiso– del mismo decreto 976/2001 y sus modificatorios.

Por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, se aconseja la aprobación del decreto de necesidad y urgencia 1.064/04.

Sala de la comisión, 28 de marzo de 2007.

Pablo G. Tonelli.

INFORME

Honorable Congreso:

Tengo el agrado de dirigirme a vuestra honorabilidad a fin de someter a su consideración el presente dictamen respecto del decreto de necesidad y urgencia 1.064, del 19 de agosto de 2004 (BO 23/8/04), mediante el cual se procedió a la asignación de los saldos remanentes en la caja única que integra la totalidad de los ingresos provenientes de los contratos de concesión de los corredores de la red vial nacional, aprobados por el decreto 1.007/2003, a la financiación de obras adicionales, construcciones, trabajos o servicios de industria. Asimismo se modifica el artículo 14 del título II –capítulo I, constitución del fideicomiso– del decreto 976/2001 y sus modificatorios.

El titular del Poder Ejecutivo dictó el decreto bajo análisis en uso de la atribución que le confiere el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional (como se expresó en los considerandos del mismo decreto), por lo que no cabe duda de que se trata de un decreto de necesidad y urgencia que, como tal, debe ser objeto de consideración por parte de esta comisión (artículos 2º, 10, 19 y concordantes, ley 26.122).

1. Criterio rector

Para el análisis del decreto en cuestión es necesario partir del principio establecido en el artículo 99, inciso 3, 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” (segundo párrafo).

El principio es consecuencia, claro está, de la división de poderes que es inherente al carácter de república que la Constitución le asignó a nuestra nación y a la existencia de un Congreso encargado de legislar (artículos 1º, 44 y concordantes). Teoría o doctrina la de división de poderes, que es la “más propia para el cumplimiento de los fines de todo gobierno”, y “la mejor manera de defender y garantizar contra las tentativas de la tiranía los derechos y libertades de los hombres”, a juicio de Joaquín V. González (*Manual de la Constitución Argentina*, pág. 310, 26ª ed., Angel Estrada y Cía., Buenos Aires, 1971). E indispensable a juicio de la Corte Suprema de Justicia, que muy poco después de instalada expresó que “si la división de poderes no está plenamente asegurada, la forma republicana de gobierno es una ficción” (caso “Ramón Ríos y otros”, 1863, “Fallos”, 1:32).

Pero el principio de que el presidente no puede legislar admite, sin embargo, una excepción prevista en el siguiente párrafo del mismo artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional. Se prevé en esa norma, en efecto, 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 (el Poder Ejecutivo) dictar decretos de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

De manera tal que tenemos un principio rector de acuerdo con el cual al Poder Ejecutivo le está vedado emitir disposiciones de carácter legislativo, y una excepción en caso de circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir el trámite ordinario de las leyes. En consecuencia, fluye del texto constitucional que corresponde aplicar un criterio restrictivo cuando se trata de juzgar la validez de decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo (CSJ, “Fallos”, 322:1726, consid. 7º; en igual sentido: Gregorio Badeni, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II, pág. 1259, ed. La Ley, Avellaneda, 2004).

No hay que perder de vista, además, que se trata del ejercicio, por parte del Poder Ejecutivo, de una atribución que no le es propia sino que, muy por el contrario, es privativa de otro poder. Por lo tanto,

si el criterio no fuera restrictivo se correría el riesgo de alterar y afectar gravemente el equilibrio de los poderes, confiriendo atribuciones exorbitantes al presidente de la Nación y poniendo en riesgo las libertades individuales.

2. Intervención del Congreso

A fin de preservar la división de poderes y sistema de frenos y contrapesos previsto por el constituyente, se ha establecido que la facultad presidencial de dictar decretos de necesidad y urgencia sea controlada por el Congreso.

Ese control, previsto por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, es específico y ha sido instrumentado y puesto en vigencia mediante la reciente sanción de la ley 26.122. Sin embargo, dado que el Poder Ejecutivo ha dictado decretos de necesidad y urgencia ya desde el año 1994, existen numerosos casos en los que el Congreso, si bien no ha podido intervenir conforme a ese mecanismo de control específico, sí lo ha hecho de otros modos, dado que se ha entendido que puede ejercer su control “aun sin ley reglamentaria” (conf. Gelli, “Constitución”, pág. 843).

Por ello, y siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde analizar qué efecto puede asignarse a este tipo de tratamiento por parte del Congreso, con anterioridad a la sanción de la ley 26.122.

Hasta la sanción de la citada norma, el principio general en la materia era el que establecía que “si el Congreso no se expide sobre el rechazo o la aprobación de un decreto de necesidad y urgencia, o sea omite pronunciarse, su silencio es equivalente a un rechazo” (CSJ, caso “Cooperativa de Trabajo Fast Limitada”, voto del doctor Petracchi, “Fallos”, 326:3180).

Ahora bien, dentro de los distintos modos en los que el Congreso pudo expedirse de modo activo sobre el rechazo o aprobación de los decretos de necesidad y urgencia –siempre con anterioridad a la sanción de la ley 26.122– se destaca, en primer lugar, la ratificación expresa por ley.

Respecto de este supuesto, la Corte Suprema ha resuelto que la ratificación de un decreto de necesidad y urgencia mediante el dictado de una ley “traduce, por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de la situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo en favor de la regularidad de dicha norma”. Y más adelante agregó que “ese acto legislativo es expresión del control que, en uso de facultades privativas, compete al Congreso de la Nación conforme al artículo 99, inciso 3, CN, pues la sanción de la ley demuestra que el tema fue considerado por ambas Cámaras, como lo exige el precepto constitucional, las que se pronunciaron en

forma totalmente coincidente con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo nacional al enfrentar la crisis”. (CSJ, caso “Guida, Liliana v. Poder Ejecutivo nacional”, “Fallos”, 323:1566.)

Por otro lado, la Corte tuvo también la oportunidad de pronunciarse acerca del efecto no ya de una ratificación, sino de una derogación expresa por parte del Congreso de un decreto de necesidad y urgencia. En este caso, si bien está claro que el decreto pierde vigencia luego de su derogación, se planteó en la jurisprudencia el interrogante acerca de qué estatus jurídico cabía asignarle al decreto hasta ese momento.

La Corte Suprema, en el caso “Verrochi” (“Fallos”, 322:1726), adoptó un criterio inicial según el cual la derogación de un decreto de necesidad y urgencia no hacía presumir la voluntad de convalidación por parte del Congreso. Sin embargo, el tribunal varió luego su criterio en el caso “Müller, Miguel A. v. Poder Ejecutivo Nacional” (“Fallos”, 326:1138), en el cual se resolvió que “respecto de la necesaria intervención del Congreso en el trámite de ratificación de los decretos de necesidad y urgencia que exige la Ley Fundamental, cabe señalar que, en el caso, ello se verificó mediante la derogación expresa del decreto 430/2000 dispuesta por la ley 25.453 (artículo 18), a partir de la vigencia de ésta, de donde surge de modo inequívoco que lo tuvo por válido hasta ese momento...”.

En síntesis y de acuerdo con la jurisprudencia reseñada, los decretos de necesidad y urgencia dictados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.122 han podido ser convalidados por el Congreso únicamente de forma expresa, ya sea mediante su ratificación, su modificación o su derogación por ley.

3. Primera conclusión

Lo hasta aquí expuesto permite esbozar una primera conclusión acerca de cuál es el efecto que tiene un pronunciamiento del Congreso respecto de los decretos dictados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.122. Y ese efecto es, como se anticipó, la ratificación. Porque cuando el Congreso trata un decreto de necesidad y urgencia, tanto sea para derogarlo, modificarlo o ratificarlo, ese tratamiento equivale a reconocerle jerarquía y categoría de ley, lo que implica reconocerle validez como tal.

Por lo tanto, en cada caso en que deba determinarse si un decreto de necesidad y urgencia ha sido emitido de conformidad con la previsión constitucional, será necesario verificar, además y entre otros requisitos, la existencia de un acto del Congreso que lo ratifique, lo modifique o lo derogue expresamente.

4. El decreto 1.064/04

El decreto 1.064/04 bajo análisis de esta comisión, por un lado, procedió a la asignación de los saldos

remanentes en la caja única que integra la totalidad de los ingresos provenientes de los contratos de concesión de los corredores de la red vial nacional, aprobados por el decreto 1.007/2003, a la financiación de obras adicionales, construcciones, trabajos o servicios de industria y, por el otro, modificó el artículo 14 del título II –capítulo I, constitución del fideicomiso– del decreto 976/2001 y sus modificatorios.

En este punto se hace imperioso señalar que el artículo 15 de la ley 26.028 ratificó los decretos 1.439, del 7 de noviembre de 2001; 976, del 31 de julio de 2001; 652, del 19 de abril de 2002; 301, del 10 de marzo de 2004, y el anexo I del 1.377, del 1° de noviembre de 2001, así como las normas complementarias dictadas en su consecuencia.

Como puede apreciarse por lo dicho en la introducción del presente informe, el decreto 1.064/04 modificó el decreto 976/01 y, de acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, el artículo 15 de la ley 26.028 ratificó ese decreto 976/01 así como las normas complementarias dictadas en consecuencia, razón por la cual debe entenderse que el decreto 1.064/04 se encuentra también ratificado por la ley 26.028 que es posterior.

En consecuencia, se advierte en el caso que el decreto bajo examen, luego de ser expresamente tratado por el Congreso, fue ratificado por el Poder Legislativo. Queda en evidencia, pues, que el tema fue debidamente considerado por ambas Cámaras, las que se pronunciaron “en forma totalmente coincidente con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo nacional al enfrentar la crisis” (conf. doctrina del caso “Guida”, “Fallos”, 323:1566, consid. 6°).

5. Conclusión

La conclusión, luego del precedente análisis, es que el decreto de necesidad y urgencia 1.064/04 ha sido ratificado expresamente por la ley 26.028 y, por lo tanto, han quedado cumplidas y satisfechas las exigencias previstas por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

Por todas las razones expuestas, se aconseja la aprobación del decreto de necesidad y urgencia 1.064/04.

Pablo G. Tonelli.

ANTECEDENTE

Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 19 de agosto de 2004.

Al Honorable Congreso de la Nación.

Tengo el agrado de dirigirme a vuestra honorabilidad comunicando el dictado del decreto 1.064 del 19 de agosto de 2004, que en copia autenticada se agrega.

Dios guarde a vuestra honorabilidad.

Mensaje 1.065

NÉSTOR C. KIRCHNER.

Alberto A. Fernández. – Roberto Lavagna.

Buenos Aires, 19 de agosto de 2004.

VISTO el expediente 5.474/2003 del Registro del Organismo de Control de Concesiones Viales, organismo descentralizado actuante en el ámbito de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, y los decretos 976 de fecha 31 de julio de 2001 y sus modificatorios, 425 de fecha 25 de julio de 2003, 1.006 y 1.007 ambos de fecha 30 de octubre de 2003, y

CONSIDERANDO:

Que por el decreto 1.006 de fecha 30 de octubre de 2003 se incluyó en el artículo 20 del título II - capítulo II De los bienes fideicomitidos del decreto 976/01 y sus modificatorios, como inciso h), la totalidad de los ingresos de las concesiones emergentes de la licitación convocada conforme lo dispuesto por el decreto 425/03, integrados en un sistema de caja única.

Que, consecuentemente, se incluyeron también entre los destinatarios del referido fideicomiso, los nuevos concesionarios viales surgidos del llamado a esa licitación.

Que el resultado de la licitación convocada, conforme la adjudicación aprobada mediante el decreto 1.007/03, permite prever la existencia de saldos remanentes en la caja única a constituir con los referidos ingresos, cuyo destino corresponde asignar.

Que se encuentra contemplado, en las condiciones contractuales aprobadas por el citado decreto 1.007/03, que el Estado concedente licite en forma independiente la realización de obras adicionales, construcciones, trabajos o servicios de industria, no consideradas en los respectivos contratos, a ejecutar por terceros en las rutas otorgadas en concesión o vinculadas a éstas.

Que, en consecuencia, corresponde asignar los remanentes que pudieran resultar de los ingresos provenientes de los contratos de concesión de los corredores de la red vial nacional aprobados por el decreto 1.007/03, a la financiación de dichas obras adicionales, construcciones, trabajos o servicios de industria.

Que, en forma concomitante con lo enunciado precedentemente, deben también incluirse como beneficiarios de dichos fondos remanentes; los adjudicatarios de las contrataciones que se realicen para la ejecución de las obras mencionadas.

Que la naturaleza excepcional de las modificaciones de cuya incorporación se trata, hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía y Producción ha tomado la intervención que le compete, conforme lo dispuesto en el artículo 9° del decreto 1.142 de fecha 26 de noviembre de 2003.

Que el presente acto se dicta en uso de las facultades reconocidas al Poder Ejecutivo nacional en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

Por ello,

El presidente de la Nación Argentina en acuerdo general de ministros

DECRETA:

Artículo 1° – Incorpórase al artículo 14 del título II capítulo I Constitución del fideicomiso del decreto 976 de fecha 31 de julio de 2001 y sus modificatorios, el siguiente inciso:

f) Los adjudicatarios de las contrataciones de obras adicionales, construcciones, trabajos o servicios de industria que se efectúen en los corredores de la red vial nacional otorgados en concesión mediante el decreto 1.007 de fecha 30 de octubre de 2003, o vinculados a ellos, no considerados en los contratos aprobados mediante dicho decreto.

Art. 2° – Incorpórase al artículo 23 del título II capítulo III Destino de los bienes fideicomitidos del decreto 976 de fecha 31 de julio de 2001 y sus modificatorios, el siguiente inciso:

e) Los remanentes que puedan resultar de los ingresos provenientes de los contratos de concesión de los corredores de la red vial nacional aprobados por el decreto 1.007 de fecha 30 de octubre de 2003, una vez canceladas todas las obligaciones relacionadas con la redistribución de los ingresos de esas concesiones, serán destinados a la financiación de las obras adicionales, construcciones, trabajos o servicios de industria a ejecutar en las rutas concesionadas o vinculadas a éstas, según lo determine la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

Art. 3° – Modifícase el último párrafo del artículo 12 del título II capítulo I Constitución del fideicomiso del decreto 976 de fecha 31 de julio de 2001 y sus modificaciones, el que quedará redactado de la siguiente forma:

[...]

Los bienes fideicomitidos del inciso h) del artículo 20 tendrán como beneficiarios exclusivos y excluyentes a los determinados en los incisos d), e) y f) del artículo 14.

Art. 4° – Delégase en el señor ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y/o a quien designe en su reemplazo, la facultad de suscribir en representación del Estado nacional, las modificaciones del contrato de fideicomiso vigente, que sean menester para reflejar lo dispuesto en el presente decreto.

Art. 5° – Las liquidaciones que se emitan para el cumplimiento de lo dispuesto por el presente decreto se instrumentarán dentro del régimen dispuesto por el artículo 8° del decreto 1.006 de fecha 30 de octubre de 2003.

Art. 6° – Modifícase la distribución del presupuesto de la administración nacional para el ejercicio 2004, en la parte correspondiente al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Secretaría de Obras Públicas, de acuerdo con el detalle obrante en planillas anexas* al presente artículo que forman parte integrante del mismo.

Art. 7° – Dispónese que la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía y Producción deberá prever la imputación presupuestaria pertinente en los ejercicios correspondientes al plazo de ejecución de las obras proyectado imputándose la suma de pesos once millones cuatrocientos dos mil doscientos once con cuarenta y nueve centavos (\$ 11.402.211,49) para el ejercicio 2005, de conformidad con las planillas anexas al presente que forman parte integrante del mismo.

Art. 8° – Dese cuenta al Honorable Congreso de la Nación.

Art. 9° – Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Decreto 1.064

NÉSTOR C. KIRCHNER.

*Alberto A. Fernández. – Roberto Lavagna.
– Julio M. de Vido. – Aníbal D.
Fernández. – Daniel F. Filmus. – José
J. B. Pampuro. – Carlos A. Tomada. –
Alicia M. Kirchner. – Ginés González
García.*

* Las planillas pueden consultarse en el expediente original.