

**SESIONES ORDINARIAS**  
**2009**  
**ORDEN DEL DIA N° 1665**

**COMISION BICAMERAL PERMANENTE DE TRAMITE LEGISLATIVO**  
**(LEY 26.122)**

**Impreso el día 18 de marzo de 2009**

Término del artículo 113: 30 de marzo de 2009

SUMARIO: **Declaración** de validez del decreto 108 de fecha 16 de febrero de 2009. (478-D.-2009.)

- I. **Dictamen de mayoría.**
- II. **Dictamen de minoría.**
- III. **Dictamen de minoría.**
- IV. **Dictamen de minoría.**

I

**Dictamen de mayoría**

*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 108 de fecha 16 de febrero de 2009 mediante el cual se suspende desde el 1° de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010 inclusive, la aplicación de las disposiciones contenidas en el decreto 814 del 20 de junio de 2001, modificado por la ley 25.453, respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encontraran incorporados a la enseñanza oficial conforme las disposiciones de las leyes 13.047 y 24.049.

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**

*La Cámara de Diputados de la Nación*

RESUELVE:

1. Declarar la validez del decreto 108 de fecha 16 de febrero de 2009.

2. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

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

Sala de la comisión, 2 de marzo de 2009.

*María C. Perceval. – Luis F. J. Cigogna.*  
*– Diana B. Conti. – Jorge A. Landau. –*  
*Patricia Vaca Narvaja. – Nicolás A.*  
*Fernández. – Silvia E. Gallego. –*  
*Miguel A. Pichetto.*

INFORME

*Honorable Cámara:*

I. *Antecedentes*

La Constitución Nacional, antes de la reforma en 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 fuera 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.

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.<sup>1</sup>

A partir de la reforma, la facultad que la Constitución Nacional le atribuye excepcionalmente al Poder Ejecutivo, más allá de las posturas doctrinarias,

<sup>1</sup> Joaquín 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.

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”.<sup>2</sup>

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.

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 juntamente 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 los ha dejado subordinados 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 ocho (8) senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras.

En este sentido, a propuesta de los respectivos bloques de las Cámaras, los presidentes de la Honorable Cámara de Senadores y de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación han emitido los instrumentos legales correspondientes, designando a los señores senadores y diputados miembros, integrando formalmente la comisión.

<sup>2</sup> Cassagne, Juan Carlos, “La configuración de la potestad reglamentaria”, *La Ley*, 2004-A, 1144.

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 adecuada al supuesto que el gobierno alega al dictar este tipo de instrumentos”.<sup>3</sup>

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.

<sup>3</sup> Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Depalma, 1995.

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 existencia de “circunstancias excepcionales” que “hacen imposible recorrer el procedimiento legislativo”.<sup>4</sup>

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.<sup>5</sup>

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”,<sup>6</sup> 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

<sup>4</sup> Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, EDIAR, 1995, tomo VI.

<sup>5</sup> Bidart Campos, Germán, “Los decretos de necesidad y urgencia”, columna de opinión, *La Ley*, 27-2-01.

<sup>6</sup> *La Ley*, 1991-C:158.

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 constitucionales 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 Nacional<sup>7</sup> controlará la razonabilidad de la medida, que consiste en la adecuación de los medios dispuestos con los fines que se pretende lograr, exigiendo que en las normas de emergencia exista una proporcionalidad entre las limitaciones impuestas y las circunstancias extraordinarias que se pretende 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”,<sup>8</sup> la CSJN se refirió a la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y a su control político en cabeza 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 “Verrocchi”<sup>9</sup> cambia el criterio sostenido en el fallo precedente y declara la

<sup>8</sup> *La Ley*, 1997-E:884.

<sup>9</sup> “Verrocchi, Ezio D. c/ Administración Nacional de Aduanas”, CS, 1999-8-19, *Fallos*, 322:1726, *La Ley*, 1999-E, 590.

<sup>7</sup> Artículo 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

inconstitucionalidad de los decretos (de necesidad y urgencia) 770/96 y 771/96 emitidos por el PEN 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 PEN.

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”,<sup>10</sup> se declararon 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”,<sup>11</sup> 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.

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 “Verrocchi” (*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 juicio 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 minucio-

<sup>10</sup> “Risolia de Ocampo, María José c/Rojas, Julio César s/ejecución de sentencia”, CS, *Fallos*, 323:1934.

<sup>11</sup> “Guida Liliana c/Poder Ejecutivo s/empleo público”, CS, *Fallos*, 323:1566.

sa 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 “Verrocchi” 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”.<sup>12</sup>

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.

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.

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.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup>

Con la reforma constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados,<sup>15</sup> 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.

Conforme el análisis realizado ut supra, este precepto faculta al Poder Ejecutivo a emitir decretos por razones de necesidad y urgencia, cuando se produz-

<sup>12</sup> Cassagne, Juan Carlos, La configuración de la potestad reglamentaria, *La Ley*, 2004-A, 1144.

<sup>13</sup> Clasificación desarrollada en Cassagne, Juan Carlos, “La configuración de la potestad reglamentaria”, *La Ley*, 2004-A, 1144.

<sup>14</sup> Definición señalada en Cassagne, Juan Carlos, ob.cit.

<sup>15</sup> Se sostenía que el Congreso no podía delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

can “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”.<sup>16</sup>

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 108 de fecha 16 de febrero de 2009 mediante el cual se suspende, desde el 1° de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010 inclusive, la aplicación de las disposiciones contenidas en el decreto 814 del 20 de junio de 2001, modificado por la ley 25.453, respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encontraren incorporados a la enseñanza oficial conforme las disposiciones de las leyes 13.047 y 24.049.

### II.a. Análisis del decreto

El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia en el último de los considerandos del citado decreto de que él se dicta en uso de las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo nacional por el artículo 99, incisos 1 y 3, de la Constitución Nacional.

La ley 26.122, en el capítulo I, 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 esta 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 108/09 en consideración ha sido decidido en acuerdo general de ministros y refrendado por la señora presidenta de la Nación, doctora Cristina Fernández de Kirchner, el señor jefe de Gabinete de Ministros, don Sergio T. Massa, y los señores ministros, de conformidad con el artículo 99, inciso 3, párrafo 3.

Asimismo, se encuentra cumplido el último requisito formal 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.

Conforme al artículo 99, inciso 3, párrafo 4, se eleva el presente despacho en cumplimiento del plazo establecido.

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 mantenga la vigencia de los decretos de necesidad y urgencia hasta tanto él sea derogado formalmente por el Congreso.<sup>17</sup>

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto 108/09.

Previamente debe destacarse que a partir de la sanción de la ley 24.241 se dispuso que todos los empleadores privados contribuyeran, para la jubilación del personal con relación de dependencia, con un aporte equivalente al dieciséis por ciento (16 %) del haber remuneratorio de la nómina del establecimiento.

En este orden de ideas, las instituciones privadas de enseñanza comprendidas en la ley 13.047 y las transferidas a las jurisdicciones según la ley

<sup>16</sup> Cabe destacar que en 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.

<sup>17</sup> 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.

24.049, están alcanzadas por los términos de la legislación previsional citada.

Cabe recordar que el decreto 814 de fecha 20 de junio de 2001, modificado por la ley 25.453, con el objeto de ordenar las sucesivas modificaciones que en materia de reducción de las contribuciones patronales se establecieron a lo largo de los últimos años y a efectos de simplificar el encuadramiento, liquidación y tareas de control y fiscalización, como instancia superadora, adoptó una modalidad de alícuota única para la casi totalidad de las mencionadas contribuciones, fijándola en veinte por ciento (20 %) para los empleadores que resulten comprendidos en el inciso *a*) del artículo 2° y en dieciséis (16 %) para los indicados en el inciso *b*) del mismo artículo, dejándose, asimismo, sin efecto toda norma que haya contemplado exenciones o reducciones de alícuotas aplicables a las contribuciones patronales.

Posteriormente, dichos porcentajes fueron incrementados en un (1) punto por el artículo 80 de la ley 25.565 (presupuesto general de la administración nacional para el ejercicio 2002).

En consecuencia, el decreto 814/01 en su artículo 2° establece lo siguiente:

Decreto 814/01, artículo 2°: “Establécense las alícuotas que se describen a continuación correspondientes a las contribuciones patronales sobre la nómina salarial con destino a los subsistemas de Seguridad Social regidos por las leyes 19.032 (INSSJP); 24.013 (Fondo Nacional de Empleo); 24.241 (Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones); y 24.714 (Régimen de Asignaciones Familiares), a saber:

”*a*) 21 % para los empleadores cuya actividad principal sea la locación y prestación de servicios con excepción de los comprendidos en las leyes 23.551, 23.660, 23.661 y 24.467;

”*b*) 17 % para los restantes empleadores no incluidos en el inciso anterior. Asimismo será de aplicación a las entidades y organismos comprendidos en el artículo 1° de la ley 22.016 y sus modificatorias”.

Luego, mediante los decretos 284 de fecha 8 de febrero de 2002; 539 de fecha 10 de marzo de 2003; 1.806 de fecha 10 de diciembre 2004; 986 de fecha 19 de agosto de 2005; y 151 del 22 de febrero de 2007, se suspendió sucesivamente la aplicación del artículo 2° del decreto 814/01 para los empleadores titulares de establecimientos educativos privados, cuyas actividades estuvieran comprendidas en la ley de educación superior, 24.521, sus modificatorias, y en la ley de educación nacional, 26.206.

Es dable precisar que la medida adoptada por el Poder Ejecutivo nacional ha tenido en consideración la situación particular de los establecimientos educativos.

Si bien mediante el artículo 4° del decreto 814/01, según texto modificado por la ley 25.723, se facultó

a los empleadores para computar, como crédito fiscal del impuesto al valor agregado, los puntos porcentuales establecidos en el anexo I de dicha norma, los establecimientos educativos privados incorporados a la enseñanza oficial comprendidos en la ley 13.047 están exceptuados del impuesto al valor agregado, por lo que se encuentran en una situación de inequidad tributaria con relación al resto de las actividades privadas al no poder compensar valor alguno por este concepto.

De este modo, la situación descripta ut supra colisiona, para este sector, con los objetivos planteados de establecer el crecimiento sostenido, la competitividad y el aumento de empleo, mediante la reducción de los costos disminuyendo la presión sobre la nómina salarial.

Cabe recordar que conforme la ley 24.049 la administración y supervisión de las instituciones privadas de enseñanza comprendidas en la ley 13.047 fue transferida a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, contando la mayoría de ellas con el aporte estatal para el financiamiento previsto en la ley 26.206, el cual surge de los respectivos presupuestos provinciales y del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Por lo tanto, la aplicación del decreto 814/01 generaría un incremento en las partidas presupuestarias provinciales afectadas a los aportes estatales en momentos en que las mismas están efectuando ingentes esfuerzos por incrementar los recursos asignados a educación, según las demandas de la ley de financiamiento educativo 26.075 y por mantener el equilibrio fiscal, situación que se ha evitado sucesivamente mediante el dictado de los decretos 1.034/01, 284/02, 539/03, 1.806/04, 986/05 y 151/07.

En virtud de ello, la aplicación del decreto 814/01 en los establecimientos de gestión privada puede provocar un incremento en el valor de los aranceles que abonan las familias por los servicios educativos brindados en instituciones cuyo personal no está totalmente alcanzado por el aporte estatal, impacto que es mayor en aquellas regiones menos favorecidas del país como consecuencia de la estructura de incentivo prevista por dicho decreto.

Tal situación puede ocasionar no sólo un detrimento en la calidad educativa, sino que al mismo tiempo puede impactar en el nivel de empleo en este sector, lo que agravaría la situación económica y social actual producida por la crisis financiera mundial y de la que el gobierno nacional procura evitar sus mayores riesgos.

Es prioridad del gobierno nacional favorecer a los sectores de las regiones menos favorecidas del país a través de políticas que promuevan un desarrollo más equitativo e igualitario.

La aplicación del decreto 814/01 en las instituciones educativas privadas produciría un efecto contrario a este objetivo de la política nacional, gravan-



do a quienes brindan el servicio educativo, a diferencia del resto de las actividades que no ven incrementados sus costos, lo que motivó al Poder Ejecutivo nacional a corregir el efecto no deseado de aplicarse dicho decreto al sector.

En el mismo orden de ideas, la aplicación del decreto 814/01 tendría un efecto regresivo en todas las jurisdicciones, pero principalmente en las más necesitadas.

Las razones de necesidad y urgencia requeridas para habilitar la competencia del Poder Ejecutivo en materia legislativa han sido descritas en los considerandos del precitado decreto, configurando una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, a lo que se suma el período de receso en que se encuentra el Honorable Congreso de la Nación.

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.<sup>18</sup> Sino que, por el contrario, ha convalidado la decisión del Poder Ejecutivo nacional a través de la validación del decreto de necesidad y urgencia 151 de fecha 22 de febrero de 2007, vinculado al decreto objeto de análisis del presente dictamen, mediante el cual se suspende desde el 1° de enero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2008 inclusive la aplicación de las disposiciones contenidas en el decreto 814/01, modificado por la ley 25.453.

Es preciso destacar que el precitado decreto 151/07 fue sometido a consideración de esta comisión resolviendo su validez en el dictamen de mayoría correspondiente, en oportunidad de la reunión celebrada el 14 de marzo de 2007.

Con posterioridad, la Honorable Cámara de Diputados de la Nación declaró su validez mediante resolución s/n° de fecha 18 de julio de 2007, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina 31.205 de fecha 27 de julio de 2007.

En el mismo sentido, tal y como se expresara *ut supra*, los decretos 1.034 de fecha 14 de agosto de 2001; 284 del 8 de febrero de 2002; 539 de fecha 10 de marzo de 2003; 1.806 del 10 de diciembre de 2004; y 986 del 19 de agosto de 2005, a través de los cuales se suspendió sucesivamente la aplicación del artículo 2° del decreto 814/01 para los empleadores titulares de establecimientos educativos privados, cuyas actividades estuvieran comprendidas en la ley de educación superior 24.521, sus modificatorias, y en la ley de educación nacional, 26.206, fueron sometidos a consideración de esta comisión resolviendo

do su validez en el dictamen de mayoría correspondiente, en oportunidad de la reunión celebrada el 13 de diciembre de 2006.

En razón de 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 108/09, los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución 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 108/09 de fecha 16 de febrero de 2009.

*María C. Perceval.*

## II

### Dictamen de minoría

RECHAZO

*Honorable Cámara:*

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo (Ley 26.122) ha considerado el mensaje del jefe de Gabinete de Ministros número 45 del 2009 por medio del cual se comunica el dictado del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 108/2009, y se lo remite para consideración y dictamen de esta comisión en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y por los artículos 2°, 10 y 19 de la ley 26.122.

Por los fundamentos que se exponen en el informe acompañado, y por los que oportunamente ampliará el miembro informante, se aconseja la aprobación del siguiente

### Proyecto de resolución

RECHAZO

*La Cámara de Diputados de la Nación*

RESUELVE:

1. Rechazar el decreto de necesidad y urgencia 108/2009 por falta de adecuación a los requisitos sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado, todo ello de conformidad con lo establecido por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y los artículos 10, 22 y 24 de la ley 26.122.

<sup>18</sup> 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).

2. Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional (artículo 26 de la ley 26.122), juntamente con sus fundamentos.

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

Sala de la comisión, 2 de marzo de 2009.

*Luis P. Naidenoff. – Oscar R. Aguad.*

#### INFORME

*Honorable Cámara:*

##### 1. Intervención legal

###### 1.1. La Comisión Bicameral y las Cámaras

El Congreso Nacional, luego de doce años de producida la última reforma constitucional, ha dado cumplimiento formal a la previsión del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional (CN) sobre los decretos de necesidad y urgencia (DNU), al sancionar la “ley especial” que rige el trámite y el alcance de la intervención del Congreso y conformar la Comisión Bicameral Permanente, recaudos ambos exigidos por dicha enmienda para dar validez a este tipo de normas.

La parte final de la norma dice: “...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.

”La especialidad otorga a la ley un relevante papel en cuanto a que su contenido es específico del instituto que regula y, en caso de antinomias con otras normas, se convierte en criterio para resolver dándole preferencia tal como ocurre con otros criterios como el jerárquico normativo o el cronológico”.<sup>1</sup>

Respecto de la intervención de las Cámaras y la Comisión Bicameral Permanente el artículo 99, inciso 3, en lo pertinente, dispone: “... 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...”.

El artículo 100, incisos 12 y 13, CN, lo siguiente: “...Al jefe de Gabinete de Ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde: [...] 12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral

Permanente. 13. Refrendar juntamente 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”.

Respecto de la intervención de la Comisión Bicameral Permanente el artículo 2° de la ley 26.122 establece: “La Comisión Bicameral Permanente prevista en los artículos 99, inciso 3; y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional se rige por esta ley y las disposiciones de su reglamento interno; y tiene competencia para pronunciarse respecto de los decretos: a) de necesidad y urgencia; b) por delegación legislativa; y c) de promulgación parcial de leyes, dictados por el Poder Ejecutivo nacional en los términos de los artículos 99, inciso 3; 76, 80 y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional”.

El artículo 10 de la ley citada dispone además que: “La Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado. Para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia”.

Los siguientes artículos de la ley también refieren a las Cámaras y la Comisión Bicameral Permanente, en lo pertinente, de la siguiente manera:

*Incumplimiento.* “Artículo 18: En caso de que el jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido a la Comisión Bicameral Permanente los decretos que reglamenta esta ley, dicha Comisión se abocará de oficio a su tratamiento. Para ello, el plazo de diez días hábiles para dictaminar se contará a partir del vencimiento del término establecido para la presentación del jefe de Gabinete.”

*Despacho de la Comisión Bicameral Permanente.* “Artículo 19: La Comisión Bicameral Permanente tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el jefe de Gabinete, para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras. El dictamen de la Comisión debe cumplir con los contenidos mínimos establecidos, según el decreto de que se trate, en los capítulos I, II, III del presente título.”

*Tratamiento de oficio por las Cámaras.* “Artículo 20: Vencido el plazo a que hace referencia el artículo anterior sin que la Comisión Bicameral Permanente haya elevado el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3; y 82 de la Constitución Nacional.”

<sup>1</sup> Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia: su ley especial. Derecho constitucional de la reforma de 1994 –II–*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1995, p. 226 y siguientes.

*Plenario.* “Artículo 21: Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento.”

*Pronunciamiento.* “Artículo 22: Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional.” “Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata.”

En función de lo expuesto esta Comisión Bicameral actúa en el marco de su competencia ejerciendo su control y elevando su despacho,<sup>2</sup> respecto de lo actuado por el Poder Ejecutivo nacional, para su expreso tratamiento por el plenario de las Cámaras de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución Nacional y la ley 26.122.

## 2. Análisis del DNU

El rechazo del DNU propuesto en el proyecto de resolución, y motivo del informe, se funda en las razones y consideraciones siguientes:

### 2.1. Consideraciones generales

2.1.1. En primer lugar es preciso destacar que el decreto ha sido dictado invocando el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

Sentado ello, y de acuerdo a las facultades conferidas al Poder Ejecutivo nacional por nuestra Carta Magna, corresponde expedirse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3, Constitución Nacional, y los artículos 2°, 10 y 19 de la ley 26.122.

Textualmente el artículo 99 dice: “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e 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, juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

2.1.2. No caben dudas de que el “presupuesto habilitante” para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia ha de ser la existencia de una situación de excepcionalidad, traducida en la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la

sanción de las leyes, con lo cual resulta forzoso concluir que la crisis política habilitante para el dictado de tales decretos ha de reflejarse y entenderse como una falta total de respuesta del Poder Legislativo ante una necesidad súbita e imperiosa de su intervención.

Entonces, será necesario que exista una “situación de grave riesgo social” que actúe como causa de justificación en sentido lato y que los “remedios” adoptados sean adecuados para atender a la misma, como que aquella situación haya hecho necesaria la creación de medidas súbitas. Por lo que no bastará una situación de crisis legislativa, sino que es preciso que esa crisis impida subsanar o atender con la inmediatez necesaria la situación de grave riesgo social, ante las circunstancias excepcionales que deben ser palmarias.

Recién cuando los indicadores sociales y de la realidad denotan la imperiosa necesidad de contar con un instrumento idóneo para paliar la situación (de “emergencia”), y siempre que no se invadan materias vedadas, se darán las circunstancias habilitantes o la permisión constitucional, restando –lógicamente– el mesurado análisis de cada previsión contenida en el “decreto” para observar si el mentado “instrumento” legal aprueba o no el llamado “test de razonabilidad”, como cualquier otro decreto ordinario del Poder Ejecutivo o ley sancionada por el Congreso.

2.1.3. Respecto del rol que debe cumplir el Congreso en el tratamiento de un decreto de necesidad y urgencia (DNU) que llegare a su seno, es de someterlo a lo que en la doctrina se ha denominado “control político” del decreto.

Habrán dos aspectos que el Congreso no podrá soslayar conforme la consagración constitucional: *a)* la necesidad de su intervención en la consideración de la norma de excepción; y *b)* la necesidad de que debe existir una manifestación expresa (de aprobación o rechazo) ya que el artículo 82 de la Constitución Nacional y el artículo 22 de la ley 26.122 excluyen todo intento de considerar convalidado un DNU por el mero silencio.

2.1.4. Por último diremos que la ley 26.122 (artículos 22 y 26) obliga al Congreso a resolver dentro de las alternativas de lo ordenado: aceptación o rechazo de la norma, impidiendo cualquier modificación del texto remitido.

Textualmente el artículo 23 ordena: *Impedimento.* “Artículo 23: Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes.”

### 2.2. Razones formales

El decreto de necesidad y urgencia, remitido por el jefe de Gabinete, que constituye el objeto de este análisis, establece lo siguiente:

<sup>2</sup> “La comisión se limita a elevar su despacho que –como señala Bidart Campos– no resulta vinculante para el Congreso.” Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI. *La reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 444.

DNU, número 108/2009, publicado en el Boletín Oficial del 17 de febrero de 2009, bajo el número 31.596, página 4, dictado por el Poder Ejecutivo nacional; establece la suspensión desde el 1° de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010 inclusive, la aplicación de las disposiciones contenidas en el decreto 814/2001 –modificado por la ley 25.453– respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encontraren incorporados a la enseñanza oficial conforme las disposiciones de las leyes 13.047 y 24.049.

2.2.1. De acuerdo con el artículo 10 de la citada ley 26.122 (“...El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado...” es menester analizar si el DNU transcrito cumple con los requisitos formales y sustanciales para su emisión exigidos por la norma constitucional.

Respecto de lo primero, el final del tercer párrafo del artículo 99, inciso 3, Constitución Nacional dice: “...serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

El decreto de necesidad y urgencia, objeto de análisis, desde el punto de vista formal reúne y cumple a nuestro entender los requisitos exigidos por la Constitución Nacional y la ley especial para su aceptación. A saber:

– Cuenta con el acuerdo general de ministros, el refrendo de éstos y del jefe de Gabinete previstos como requisitos formales.

– El decreto ha sido presentado dentro del plazo previsto, que la Constitución Nacional otorga al jefe de Gabinete para hacerlo.

– La Comisión Bicameral ha verificado que el DNU ha sido publicado en el Boletín Oficial.

### 2.3. Razones sustanciales

Del citado artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional surge un principio general y una excepción, la cual analizaremos a continuación:

– *Principio general*: “... El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo...”.

– *Excepción*: “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 juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

La norma nos habla de “estado de necesidad”. Entendemos que se refiere a aquél caracterizado por un perfil fáctico (urgente necesidad) y por otro de carácter institucional (imposibilidad de recurrir a los trámites ordinarios para la sanción de las leyes).

En este sentido, existe consenso generalizado en exigir una situación de “necesidad y urgencia”.

“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.

Concretamente, la “necesidad y la urgencia” deben estar suficientemente fundadas y responder a circunstancias excepcionales, partiendo del principio sacramental de que las leyes deben ser dictadas por el Poder Legislativo.

Las razones que justifican el dictado de un reglamento de esta especie (necesidad y urgencia) deben existir, simultáneamente, en una situación que se caracteriza por: *a)* una necesidad que coloque al gobernante ante la decisión extrema de emitir normas para superar una grave crisis o situación que afecte la subsistencia y continuidad del Estado; o de grave riesgo social; en tal sentido, la emisión del acto ha de ser inevitable o imprescindible y su no dictado ser susceptible de generar consecuencia de muy difícil, si no imposible, reparación ulterior; *b)* una proporcionalidad adecuada entre la finalidad perseguida y las medidas que prescribe el reglamento; y *c)* la premura con que deben dictarse las normas para evitar o prevenir graves riesgos comunitarios.<sup>3</sup>

Resumiendo, para que el presidente pueda hacer uso de esta atribución exclusiva y excepcional que posee para dictar DNU, deben reunirse primeramente los siguientes requisitos: 1) concurrencia de circunstancias excepcionales que hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes; 2) que el objeto de la pretensión, la necesidad y la urgencia, no pueda satisfacerse por ley; y 3) que no se trate sobre las materias expresamente prohibidas por el texto constitucional.

Sometiendo a esta prueba (test) de constitucionalidad al DNU 108/2009 remitido a la Comisión Bicameral Permanente para su consideración, advertimos que no reúne los requisitos sustanciales exigidos por la norma reglamentaria.

Resulta necesario destacar que si bien el decreto ha sido dictado cuando el Congreso no se encontraba en sesiones ordinarias, esta situación por sí sola no habilita, en forma alguna, al Poder Ejecutivo a dictar este tipo de normas de carácter excepcional.

<sup>3</sup> Cassagne, J. Carlos, “La configuración de la potestad reglamentaria”, *La Ley*, 2004-A, 1144, p. 15.

Asimismo, véase que de los fundamentos invocados se advierte que se intenta justificar el uso de una facultad excepcional –dictado de decretos de necesidad y urgencia– con argumentos que no cumplimentan los requisitos para la legítima utilización de dicha facultad.

El DNU 108/2009 expresa “...Que tal situación puede ocasionar no sólo un detrimento en la calidad educativa, sino que al mismo tiempo puede impactar en el nivel de empleo en este sector, lo que agravaría la situación económica y social actual producida por la crisis financiera mundial y de la que el gobierno nacional procura evitar sus mayores riesgos.

“...Que es prioridad del gobierno nacional favorecer a los sectores de las regiones menos favorecidas del país a través de políticas que promuevan un desarrollo más equitativo e igualitario.

“Que la aplicación del decreto 814/01 en las instituciones educativas privadas produciría un efecto contrario a este objetivo de la política nacional, gravando a quienes brindan el servicio educativo, a diferencia del resto de las actividades que no ven incrementados sus costos, lo que hace necesario dictar la presente norma para corregir el efecto no deseado de aplicarse a este sector ese decreto.

“Que la aplicación del decreto 814/01 tendría un efecto regresivo en todas las jurisdicciones, pero principalmente en las más necesitadas.

“Que la naturaleza excepcional de la situación planteada hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes”.

Adviértase que el objeto del presente decreto no es un presupuesto habilitante para el dictado de un DNU. Del propio carácter excepcional de los decretos surge que el análisis sobre su utilización debe realizarse con un carácter sumamente restrictivo, toda vez que una interpretación amplia lesionaría el principio de división de poderes.

En efecto, el abuso de la potestad reglamentaria por parte del poder ejecutivo constituye una de las mayores fuentes de distorsión del principio de separación de poderes.

El dictado de disposiciones legislativas responde a una situación de excepcionalidad, y es éste el fundamento principal por el cual adoptamos una postura tan restrictiva.

Como fundamento de la medida se deben descartar los criterios de mera conveniencia, ajenos a circunstancias de 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.

### 3. Conclusión

Debemos reflexionar políticamente sobre el dictado de estas normas de excepción.

El Poder Ejecutivo nacional ha sancionado este decreto de necesidad y urgencia en lugar de recurrir al trámite ordinario de las leyes, no existiendo, a nuestro criterio, esa urgencia.

Si bien el DNU en estudio intenta encontrar justificación aludiendo a que circunstancias excepcionales imposibilitan seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de leyes. Debemos recordar, que desde la oposición, solicitamos que el Poder Ejecutivo convoque a sesiones extraordinarias en donde se podría haber incluido el tratamiento de esta situación particular dentro del temario.

La conclusión es que el Poder Ejecutivo no dictó el decreto de necesidad y urgencia apremiado por circunstancias excepcionales que justificaran la medida, sino por razones de conveniencia para resolver de manera más rápida la cuestión.

Es menester recordar que las justificaciones para un decreto de este tenor, son imprescindibles para el posterior análisis de constitucionalidad que debe realizarse sobre el mismo.

Por lo cual resulta de suma importancia tener en cuenta que se está haciendo uso de una atribución excepcional, sobre la que se debe hacer un control restrictivo, a los efectos de no configurar un abuso de la potestad legislativa.

Esta Comisión Bicameral no puede convalidar esta anomalía.

La convalidación por esta comisión del decreto sometido a examen importa, sin duda, un avasallamiento a las facultades que el constituyente otorgó al Poder Legislativo.

Recordemos que nos encontramos frente a un acto complejo que requiere de la voluntad de dos órganos: el Poder Ejecutivo que lo dicta y el Poder Legislativo que tiene a su cargo el examen y control del decreto. A este último, como órgano de contralor, le compete pronunciarse sobre la concurrencia de los extremos que habilitan el ejercicio de esta facultad excepcional del Poder Ejecutivo: mérito, oportunidad y conveniencia de su contenido, y es quien ratificará o no la normativa dictada.

Para que el dictado de este tipo de normas sea considerado constitucionalmente válido, es menester que exista una situación de grave riesgo social. Nuestra carta magna, no habilita a elegir discrecionalmente entre el dictado de un decreto de necesidad y urgencia o una ley.

A mayor abundamiento, puede señalarse que en el fallo “Verrocchi Ezio c/ Administración Nacional de Aduanas”<sup>4</sup> nuestro máximo tribunal señaló que “el estado de necesidad puede estar fundado en una razón de fuerza mayor, sean acciones bélicas o calamitas”.

<sup>4</sup> CSJN, *Fallos*, 322:1726, “Verrocchi, Ezio Daniel c/Poder Ejecutivo nacional, Administración Nacional de Aduanas s/acción de amparo”, sentencia del 19-8-1999.

dades naturales, que impida las sesiones ordinarias del Congreso que, en consecuencia, no pueda éste sesionar y sancionar leyes, y que para estos casos procede la utilización de este instituto”.

Por ello, toda vez que el decreto de necesidad y urgencia sometido a estudio no cumple los requisitos sustanciales exigidos por la norma de aplicación y, con la finalidad de ejercer el debido control otorgado por la propia Constitución, es que esta Comisión Bicameral Permanente no puede convalidar el dictado del mismo y en consecuencia propone su rechazo.

*Luis P. Naidenoff. – Oscar R. Aguad.*

### III

#### Dictamen de minoría

*Honorable Cámara:*

Buenos Aires, 2 de marzo de 2009.

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo –Ley 26.122– ha considerado el mensaje del jefe de Gabinete de Ministros por medio del cual se comunica el dictado del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 108/2009 y se lo remite para estudio y dictamen de esta Comisión en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 99, inciso 3; y 100, inciso 12, de la Constitución Nacional y por los artículos 2º, 10 y 19 de la ley 26.122.

Por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, se aconseja el rechazo del decreto 108/09.

Dado en la sala de la comisión, el día 2 de marzo de 2009.

*Julián M. Obiglio.*

#### Proyecto de resolución

*La Cámara de Diputados de la Nación*

RESUELVE:

1. Rechazar el decreto de necesidad y urgencia 108/2009 dictado el día 16 del mes de febrero de 2009.

2. Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

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

Dado en la sala de la comisión, el día 2 de marzo de 2009.

*Julián M. Obiglio.*

#### INFORME

*Honorable Cámara:*

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 número 108, del 16 de febrero de 2009, por el cual el Poder Ejecutivo suspende hasta el 31 de diciembre de 2010 las disposiciones contenidas en el decreto 814/01, modificado por la ley 25.453, respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encuentran incorporados a la enseñanza oficial.

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 el último considerando 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 y dictamen por parte de esta comisión (artículos 2º, 10, 19 y concordantes, ley 26.122).

#### 1. Algunas consideraciones

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). A juicio de Joaquín V. González (*Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Angel Estrada y Cía, 1971, p. 310, 26ª edición) la división de poderes es la forma de distribución de los poderes del estado “más propia para el cumplimiento de los fines de todo gobierno”, siendo “la mejor manera de defender y garantizar” los derechos y libertades de los hombres “contra las tentativas de tiranía”. Ya la Corte Suprema de Justicia, al poco tiempo de entrar en funciones, 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, 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 muy fuerte –de acuerdo con el cual al Poder Ejecu-

tivo le está vedado emitir disposiciones de carácter legislativo-, y una excepción en caso de circunstancias excepcionales que está contemplado en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

En consecuencia, siendo el principio general la prohibición de legislar por parte del Ejecutivo y no la excepción, conforme surge del texto constitucional, corresponde aplicar un criterio restrictivo cuando se trata de juzgar la validez de decretos de necesidad y urgencia dictados por dicho poder. (CSJ, *Fallos*, 322:1726, considerando 7°; en igual sentido: Gregorio Badeni, *Tratado de Derecho Constitucional*, editorial La Ley, Avellaneda, 2004, tomo II, p. 1259.

## 2. El decreto 108/09

El decreto 108/09 bajo análisis proroga, hasta el 31-12-10, la suspensión dispuesta por el decreto 1.034/01 en relación al porcentaje contributivo establecido en el decreto 814/01 y modificatorias, respecto de los establecimientos educativos de gestión privada de enseñanza oficial.

Inicialmente la ley 24.241 dispuso que todos los empleadores privados contribuyeran para la jubilación del personal con relación de dependencia, con una contribución del 16 % del haber remuneratorio -año 1993-.

Posteriormente, el decreto 814/01, modificado por el artículo 9° de la ley 25.453, adoptó una modalidad de alícuota única para casi la totalidad de las mencionadas contribuciones fijándolas en un 20 % para la locación y la prestación de servicios, y de un 16 % para los restantes rubros.

Estos porcentajes se vieron incrementados en un 1 % por el artículo 80 de la ley 25.565.

Luego, y mediante los decretos 1.034/2001, 284/2002, 539/2003, 1.806/2004, 986/2005 y 151/2007, se suspendió sucesivamente la aplicación del incremento dispuesto por el decreto 814/2001 y sus modificatorias para los empleadores titulares de establecimientos educativos privados, cuyas actividades estuvieran comprendidas en la ley de educación superior 24.521, sus modificatorias, y en la ley de educación nacional 26.206.

Conforme surge de los decretos enumerados en el párrafo anterior, el Poder Ejecutivo tuvo en consideración al suspender la aplicación de la alícuota establecida la situación particular de los establecimientos educativos.

Según la ley 24.049 la administración y supervisión de las instituciones privadas de enseñanza comprendidas en la ley 13.047 fue transferida a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, contando la mayoría de ellas con un aporte estatal para el financiamiento previsto en la ley 26.206. Este aporte surge de los respectivos presupuestos provinciales y del Gobierno de la Ciudad de

Buenos Aires. Por ello, era dable entender que la aplicación del decreto 814/01 generaría un incremento en los presupuestos provinciales que no había sido contemplado en las respectivas partidas presupuestarias.

Asimismo, el decreto 1.034/01 consideraba que las partidas provinciales no eran susceptibles de ser modificadas por encontrarse establecidas en los respectivos presupuestos anuales correspondientes al ejercicio de ese año. Y por otro lado, estimaba que afectaba a los establecimientos privados que reciben aportes estatales los que ven agravada su situación, como consecuencia de haber tenido ya fijados los importes de las matrículas y cuotas mensuales a percibir durante ese año en curso.

Por los mismos fundamentos expuestos dicha suspensión ha venido siendo prorrogada desde entonces, hasta el 31-12-08.

Mediante el dictado del decreto 108/09, hoy en análisis, el Poder Ejecutivo busca extender la prórroga de la suspensión de los porcentajes establecidos en el decreto 814/01 y sus modificatorias hasta el 31-12-10.

## 3. Análisis de los requisitos formales y sustanciales del decreto

Los recaudos formales previstos en la Constitución Nacional se encuentran cumplidos en el dictado del decreto 108/09, a saber: haber sido dictado en acuerdo general de ministros, ha sido firmado por el jefe de Gabinete de Ministros y este mismo funcionario lo ha remitido al Congreso. Asimismo las materias en las que versa el decreto no son de las expresamente vedadas por el artículo 99, inciso 3, párrafo tercero, de la Constitución Nacional.

En lo que hace a los recaudos sustanciales, es necesario (de acuerdo con la previsión constitucional -y para que ella no devenga letra muerta-) que en cada oportunidad en que esta comisión deba pronunciarse, se proceda a establecer -sin género alguno de duda-, si han existido las circunstancias excepcionales y la imposibilidad de cumplimiento de los trámites ordinarios para la sanción de las leyes que conforman lo que podríamos llamar las "condiciones de procedibilidad" a los fines del dictado del decreto de necesidad y urgencia de que se trate.

A este respecto, constituye un antecedente de consideración insoslayable el fallo de la Corte Suprema de Justicia que analizó con especial minuciosidad esta espinosa cuestión de hecho: el caso "Peralta" (27-12-1990, *Fallos*, 313:1513), aplicable al caso aunque el decisorio sea anterior a la reforma constitucional de 1994. En esa sentencia, el alto tribunal exigió, para justificar la procedencia de un decreto de necesidad y urgencia, la existencia de una "situación de grave riesgo social" (considerando 24), que pudiese en peligro "la existencia misma de

la Nación y el Estado” (considerando 26). Asimismo, tuvo en cuenta el “descalabro económico generalizado” y la necesidad de “asegurar la continuidad y vigencia de la unión nacional” (considerandos 33 a 35). Es decir que, a criterio del tribunal, sólo una situación de muy extrema gravedad e imposible de regular por los procedimientos normales justificaría la emisión de un decreto de necesidad y urgencia.

En los considerandos del decreto en análisis el Ejecutivo realiza una breve explicación de su motivación que no alcanza a cumplimentar los requisitos sustantivos de los decretos de necesidad y urgencia, ni la conformación fáctica de los recaudos que justifican su dictado.

En este sentido, encontramos que éste no cumple con los recaudos sustanciales que se requieren para su dictado, ello debido a las razones que a continuación esgrimimos.

Si bien la medida adoptada parece ser necesaria, ha sido dictada mediante un decreto de necesidad y urgencia, cuando en realidad, no se configuraba el presupuesto habilitante de la urgencia requerida para su dictado.

Nuevamente, vemos en el dictado del DNU la improvisación por parte del Poder Ejecutivo. Principalmente porque la prórroga de la anterior eximición vencía el 31-12-08, y esto era de público conocimiento, con lo cual, la medida bien pudo haberse tratado por el congreso durante el período de sesiones ordinarias del año 2008. Ello da cuenta no solamente de la falta real de la urgencia invocada, sino lo que es peor, de grueso error conceptual del uso facultativo por parte del Poder Ejecutivo del dictado de decretos de necesidad y urgencia como atribución ordinaria del gobierno nacional.

Que, por otro lado, no corresponde a esta comisión expedirse sobre el fondo de la medida, la cual, puede haber sido dictada, o no, en función de alcanzar un resultado justo. Lo que sí es cierto es que la medida no fue dictada dentro del carril institucional que correspondía por manda de la propia Constitución Nacional, y de la jurisprudencia de la CSJN vigente en la materia.

Resulta importante considerar que estamos tratando respecto del ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de una atribución que no le es propia ni que puede revestir habitualidad ni ejercitarse sin válida justificación. Por lo tanto, y tal como más arriba se expusiera, si el criterio no fuera limitativo se correría el riesgo de alterar y afectar gravemente el equilibrio de los poderes, confiriendo atribuciones exorbitantes al presidente de la Nación y de poner en riesgo las libertades individuales, violentando la estructura y ordenamiento de los poderes del Estado. “...Se corre el riesgo, como alertó Sagües, de vestir como decretos de necesidad y urgencia a simples o meros decretos de conveniencia...” (Comadira Ju-

lio R., *Derecho Administrativo*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 239).

### 3. Conclusión

La conclusión, luego del precedente análisis, es que el Poder Ejecutivo dictó el decreto de necesidad y urgencia número 108/09 sin que estuvieran reunidas las condiciones para ello y que, muy por el contrario, lo hizo por razones de mera conveniencia, que es justamente lo que no debe hacer (CSJ, *Fallos*, 322:1726, considerando 9°).

Desde el bloque al que pertenezco se acompañará toda medida responsable tendiente a fortalecer y mejorar cuantitativa y cualitativamente el sistema educativo argentino, pero lo que no nunca podremos hacer, y menos desde esta comisión bicameral, es convalidar el avasallamiento constitucional.

Por todas las razones expuestas, se aconseja el rechazo del decreto de necesidad y urgencia 108/2009, del 16 de febrero de 2009.

*Julián M. Obiglio.*

## IV

### Dictamen de minoría

*Honorable Cámara:*

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 108 de fecha 16 de febrero de 2009 mediante el cual se suspende desde el 1° de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010 inclusive, la aplicación de las disposiciones contenidas en el decreto 814 del 20 de junio de 2001, modificado por la ley 25.453, respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encontraren incorporados a la enseñanza oficial conforme las disposiciones de las leyes 13.047 y 24.049.

En virtud de los fundamentos que se exponen en el informe adjunto, y por los que oportunamente ampliará el miembro informante, se aconseja su rechazo:

### Proyecto de resolución

*La Cámara de Diputados de la Nación*

RESUELVE:

1. Declarar la invalidez del decreto del Poder Ejecutivo nacional 108 de fecha 16 de febrero de 2009.
2. Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

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

Sala de la comisión, 2 de marzo de 2009.

*Marcela V. Rodríguez.*



## INFORME

*Introducción*

En el diseño institucional plasmado en nuestra Constitución Nacional, que establece el principio de división de poderes, el Poder Ejecutivo no puede emitir disposiciones de carácter legislativo bajo pena de nulidad. Esta facultad recae, exclusivamente, en el Congreso de la Nación.

Como veremos, únicamente cuando éste no pueda cumplir su función o cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible el abordaje de situaciones de extrema gravedad a través de su actuación, el Poder Ejecutivo podría excepcionalmente, y sujeto a convalidación por el Congreso, emitir decretos de carácter legislativo.

Con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994, la Constitución Nacional vedaba esta posibilidad. El texto de nuestra Carta Magna expresaba que: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable emitir disposiciones de carácter legislativo”.

A pesar de esta expresa prohibición constitucional, el constante dictado de los decretos de necesidad y urgencia se convirtió en una práctica habitual en clara afrenta al principio de división de poderes. Carlos Nino<sup>1</sup> sostuvo que “el sistema de gobierno argentino es un presidencialismo absolutamente hipertrofiado”. Esta peculiar configuración de nuestro diseño institucional surge tanto de disposiciones normativas como de desarrollos sociopolíticos. Así, luego de restaurada la democracia en 1983, tanto Alfonsín como Menem dictaron decretos de necesidad y urgencia, pero recién en la presidencia del segundo, ello se convirtió en una rutina constitucional. Antes se los había utilizado sólo para resolver profundas crisis<sup>2</sup> económicas y sociales.

Durante la presidencia de Menem, y antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, copada por una mayoría adicta al gobierno, convalidó el dictado de decretos de necesidad y urgencia. Así, en el recordado caso<sup>3</sup> “Peralta”, la Corte estableció como requisitos para la validez de estos decretos:

- i. La existencia de una situación de grave riesgo social que pusiese en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado;
- ii. La razonabilidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas a través del decreto;

iii. La inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados;

iv. La convalidación del Congreso.

Como se puede observar, el fallo “Peralta” asienta y confirma dos importantes cuestiones vinculadas entre sí: por un lado establece la validez de la práctica del dictado de los decretos de necesidad y urgencia; y por el otro, dispone que éste –su dictado– sólo tiene carácter excepcional y restringido a situaciones que importan una verdadera imposibilidad de resolver las emergencias a través del proceso legislativo ordinario.

Finalmente, la reforma constitucional incorporó al texto constitucional la facultad del Poder Ejecutivo de dictar estos decretos de tipo legislativo, regulando su alcance e incorporando claras limitaciones para acotar su uso.

Así, el artículo 99, inciso 3, comienza afirmando que: “El Poder Ejecutivo de la Nación no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. Pero en el siguiente párrafo señala 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 el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, juntamente con el jefe de Gabinetes de Ministros”.

Como veremos en los siguientes acápites, el dictado de decretos de necesidad y urgencia se encuentra autorizado desde 1994, pero con límites sumamente precisos.

### *I. Requisitos sustantivos y formales para el dictado de los DNU*

#### *I.1. Una interpretación restrictiva*

Una primera aclaración en torno a lo regulado por el artículo 99, inciso 3, es la obligatoriedad de su interpretación restrictiva.

En este sentido, cabe aclarar que la regla general y pauta interpretativa respecto de la potestad legislativa del Poder Ejecutivo es su total prohibición, bajo pena de nulidad absoluta e insanable. Únicamente en casos excepcionales le está permitido al Ejecutivo emitir disposiciones de este tipo, bajo estricto cumplimiento de los requisitos fijados en la propia Constitución.

Esta es la conclusión a la que se arriba de una lectura de las normas atinentes de nuestra Constitución, especialmente si tenemos en cuenta un criterio sistemático de interpretación, de acuerdo con el cual todas las normas del sistema que conforman la Constitución Nacional puedan ser interpretadas de manera que se concilien entre ellas. En este sen-

<sup>1</sup> Nino, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2ª reimpresión, 2002, p. 523.

<sup>2</sup> Ver el caso, por ejemplo, del lanzamiento del Plan Austral durante la presidencia de Alfonsín.

<sup>3</sup> CSJN, 27/12/1990, “Peralta, Luis A. y otro c/Estado nacional (Ministerio de Economía –Banco Central–)”, *La Ley*, 1991-C, p. 158.

tido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la primera regla interpretativa es darle pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante, con los principios y garantías de la Constitución.<sup>4</sup>

Nuestra Carta Magna contiene varias disposiciones expresadas en relación con la cuestión que nos ocupa. Una de ellas está contenida en el artículo 99, inciso 3, que comentaremos en detalle más adelante. La otra disposición es la contenida en el artículo 76 de la Constitución Nacional, que prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en aquellas 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. Finalmente, otra norma a tener en cuenta en este análisis es la vieja cláusula de defensa de la democracia que está contenida en el artículo 29 de la Constitución Nacional en cuanto establece que: “El Congreso no puede conceder al Poder Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por los que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos quede a merced del gobierno o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetarán a los que lo formulen, consientan o firmen a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

Del juego sistemático de estas normas surge la interpretación correcta de la Constitución Nacional en esta materia. Así, tanto el artículo 76 como el artículo 99, inciso 3, establecen un principio prohibitivo expreso en materia de uso de atribuciones legislativas por parte del Ejecutivo. No puede el Poder Ejecutivo asumir funciones legislativas ni puede el Congreso delegar estas funciones. De esta prohibición genérica se desprende claramente que la interpretación debe ser en un sentido estricto, es decir, que en la duda debe estarse claramente por la prohibición y no por la habilitación. La habilitación, las materias y los contenidos allí especificados constituyen una excepción al principio prohibitivo expresado en los primeros párrafos de ambos artículos, y que, además, se encuentra plenamente reforzado y sancionado penalmente por el artículo 29 de la Constitución Nacional.

En este mismo sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia. Así, en el caso “Verrocchi”,<sup>5</sup> la Corte admitió un planteo de inconstitucionalidad formulado contra el decreto 770/96, que derogó la ley 18.017 y excluyó a quienes ganaban más de mil

pesos del goce de los beneficios de las asignaciones familiares. Los magistrados Fayt, Belluscio y Bossert sostuvieron que “los constituyentes de 1994 no han eliminado el sistema de separación de las funciones del gobierno, que constituye uno de los contenidos esenciales de la forma republicana prevista en el artículo 1° de la Constitución nacional... Considérese que la reforma fue fruto de la voluntad tendiente a lograr, entre otros objetivos, la atenuación del sistema presidencialista”.<sup>6</sup> Y agregaron: “El texto nuevo es elocuente... la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989”.<sup>7</sup>

En el caso “Guida”,<sup>8</sup> Petracchi<sup>9</sup> recordó la formulación de este principio general. Y eso mismo vuelve a suceder en la causa “Kupchik”,<sup>10</sup> en el voto de mayoría.<sup>11</sup>

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también sostuvo una postura similar respecto a las facultades legislativas en cabeza del Poder Ejecutivo. Así, expresó que dichos actos son válidos siempre que “estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención”.<sup>12</sup>

Aclarada la cuestión referida a cuál es el principio rector en la materia, corresponde evaluar los diversos requisitos, sustantivos y formales, que existen como prerrequisito para la validez de los decretos de necesidad y urgencia.

## 1.2. Requisitos sustantivos

### *Las “circunstancias excepcionales”*

El primer punto al que hace referencia nuestra Constitución es la situación fáctica que debe darse para la validez del dictado de los decretos de necesidad y urgencia.

<sup>6</sup> Considerando 7°.

<sup>7</sup> Considerando 8°.

<sup>8</sup> CSJN, 2/6/2000, “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo”, *La Ley*, 2000-C, p. 828.

<sup>9</sup> Considerando 8° de su disidencia.

<sup>10</sup> CSJN, 17/3/1998, “Spak de Kupchik, Luisa y otro c/ Banco Central y otro”, *Fallos*, 321:366.

<sup>11</sup> Considerando 14.

<sup>12</sup> Corte IDH, opinión consultiva OC-6/86, de 9/5/86, párrafo 36.

<sup>4</sup> *Fallos*, 281:147 y otros.

<sup>5</sup> CSJN, 19/8/1999, “Verrocchi, Ezio c/Administración Nacional de Aduanas”, *La Ley*, 2000-A, p. 88.

Estas “circunstancias excepcionales” deben proyectarse consecuentemente en la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la formación y sanción de las leyes.

La Corte Suprema, respecto a este requisito fáctico, ha sostenido en el caso “Video Club Dreams”<sup>13</sup> que “debe existir una situación de grave riesgo social”.<sup>14</sup> Con mayor detalle, Boggiano, en su voto concurrente, agregó que “la mera conveniencia de que por un mecanismo más eficaz se consiga un objetivo de gobierno en modo alguno justifica la franca violación de la separación de poderes”. Además, en los autos “Della Blanca”,<sup>15</sup> en los que el *a quo* había declarado inconstitucional el decreto 1.477/89, en lo relativo a la naturaleza no retributiva de los tickets canasta, el alto tribunal, con mayoría integrada por Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert, confirmó la decisión. Allí, recordó que el Poder Ejecutivo fue dotado de esta facultad “de modo excepcional, para conjurar situaciones límites o peligros de efectos catastróficos”, asegurando que “la única necesidad que justifica el ejercicio de tales poderes excepcionales es la de preservar la vida misma de la nación y el Estado”.<sup>16</sup>

Sobre este punto, Quiroga Lavié sostuvo que “la norma viene, con toda claridad, a establecer que frente a una imposibilidad funcional por parte del Congreso para desempeñarse como tal, es que se puede utilizar el instrumento de excepción, pero no en el caso de que se trate de una imposibilidad política, por parte del Ejecutivo, de conseguir los votos de los representantes del pueblo a favor de una iniciativa legislativa suya”.<sup>17</sup>

Sólo casos de severos colapsos en la economía nacional que no permitirían sujetar al debate del Congreso Nacional las vías de solución, o supuestos de cierre del Congreso frente a situaciones de guerra u otro tipo de catástrofe que mantenga al Congreso cerrado o impida la espera del debate legislativo por inminencia y gravedad de los daños a reparar, habilitarían el dictado de decretos de este tipo.

La mera circunstancia crítica, entonces, no amerita el dictado de los DNU, si este supuesto fáctico no imposibilita el trámite ordinario de sanción de las leyes nacionales. Bidart Campos expresó que “es muy claro y elocuente; a la mención de excepcionalidad agrega palabras que no soportan tergiversaciones oportunistas; así, cuando dice que las cir-

cunstancias excepcionales hacen “imposible” el seguimiento del procedimiento legislativo, hemos de entender que esta imposibilidad no alcanza a alojar una mera inconveniencia ni habilita a elegir discrecionalmente, por un puro criterio coyuntural y oportunista, entre la sanción de una ley y la emanación más rápida de un decreto”.<sup>18</sup>

Esta misma exigencia, en cuanto a las consecuencias de las circunstancias excepcionales también han sido exigidas por la Corte Suprema. Así, en el caso ya citado “Verrocchi”,<sup>19</sup> expresó que el estado de necesidad se presenta “... únicamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución... Por lo tanto, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la capital; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes... Corresponde 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”.<sup>20</sup>

En el caso “Casime”<sup>21</sup> las disidencias de los doctores Fayt y Vázquez expresan que el decreto 1.285/99 –que modificó el régimen pesquero y estableció que esta reforma tendría vigencia por cuatro años– “trasunta una intolerable despreocupación respecto de uno de los requisitos referidos por la Constitución –el relativo a la imposibilidad de seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes– dado que “implica una clara voluntad de asumir con vocación de permanencia funciones que la Constitución le confía al Congreso”.

En la causa “Risolia de Ocampo”,<sup>22</sup> el voto de Belluscio expresa que la “mera existencia de una crisis económica como la presentada no es suficiente para configurar las circunstancias excepcionales que determinan la imposibilidad de seguir los trámites

<sup>13</sup> CSJN, 6/6/1995, “Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía”, *La Ley*, 1995-D, p. 247.

<sup>14</sup> Considerando 15.

<sup>15</sup> CSJN, 24/11/1998, “Della Blanca, Luis E. y otro c/ Industria Metalúrgica Pescarmona S.A.”, *La Ley*, 1999-B, p. 415.

<sup>16</sup> Considerando 4°.

<sup>17</sup> Quiroga Lavié, H., *Constitución Argentina comentada*, p. 621.

<sup>18</sup> Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, t. VI, p. 433.

<sup>19</sup> Ob. cit.

<sup>20</sup> Ob. cit., considerando 9°.

<sup>21</sup> CSJN, 20/02/2000, “Casime, Carlos A. c/ Estado nacional”, DT 2001-A, p. 775.

<sup>22</sup> CSJN, “Risolia de Ocampo, María J. c/ Rojas, Julio C. y otros”, *Fallos* 323:1934.

ordinarios previstos por la Constitución para la formación y sanción de las leyes”.<sup>23</sup>

Por último, la Corte Suprema también ha sostenido que las circunstancias excepcionales deben ser reconocidas por el propio Congreso de la Nación.<sup>24</sup>

#### *Las materias prohibidas*

El segundo punto que establece el artículo en cuestión es una prohibición absoluta para el dictado por el Poder Ejecutivo de DNU: nunca se podrán dictar decretos de necesidad y urgencia que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos. Tal como lo sostiene Balbín, “las materias vedadas constituyen una reserva legal, es decir, una actividad excluida”.<sup>25</sup> La prohibición de dictar decretos de urgencia de sustancia penal o tributaria tiene como objetivo reforzar el principio de legalidad, que en esos temas ya estaba asegurado en la Constitución (artículos 17 y 18 de la Constitución).

Por otro lado, las últimas dos prohibiciones –que repetimos, resultan absolutas– encuentran su razón de ser en la preservación de las reglas del proceso democrático y la competencia electoral.<sup>26</sup>

La Corte IDH, en el caso antes citado, ha seguido esta línea al expresar que a través del procedimiento democrático de sanción de leyes “no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente”.<sup>27</sup> Y que “la reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos”.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> Considerando 7°.

<sup>24</sup> *Fallos*, 173:65.

<sup>25</sup> Balbín, C., *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*, *La Ley*, 2004, p. 119.

<sup>26</sup> Para ver un análisis pormenorizado de los casos en los que la Corte Suprema se ha expedido sobre la validez de los decretos de necesidad y urgencia respecto a las materias que éstos trataban, ver Ventura, A., *Los decretos de necesidad y urgencia: un salto a la vida constitucional*, “Revista Latinoamericana de Derecho”, N° 1.

<sup>27</sup> Corte IDH, ob. cit., párrafo 22.

<sup>28</sup> Ob. cit., párrafo 24.

#### 1.3. *La motivación*

El tercer requisito sustantivo se deriva del principio republicano de gobierno plasmado en el artículo 1° de la Constitución Nacional<sup>29</sup> y es la exigencia de la motivación que todo decreto de necesidad y urgencia debe tener para su legitimidad y legalidad.

Como la doctrina lo sostiene, la motivación “es la explicitación de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que fundamentan la emanación del acto. Asimismo, esta motivación debe ser suficiente”,<sup>30</sup> es decir, que no debe ser vaga o genérica. En este mismo sentido, Gordillo sostiene que “la garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres. Con base en los hechos del caso y no con invocaciones abstractas y genéricas aplicables a una serie indeterminada de casos”.<sup>31</sup>

Por esto mismo, tanto en el mensaje que da cuenta del dictado del decreto emitido por el Poder Ejecutivo, como en sus considerandos, se deben precisar siempre qué acontecimientos han producido la causa constitucional o hecho habilitante para su emisión, cuáles son los bienes que desea preservar a través de su dictado, las razones por las cuales no puede resolver la emergencia mediante mecanismos ordinarios y sí mediante el decreto que se emite.

Por otro lado, el cumplimiento de este requisito permitirá que el Poder Judicial controle la causa del acto, es decir, si existió una auténtica urgencia, por qué fue imposible superar la situación por medio del trámite legislativo ordinario, y si hubo una genuina necesidad de dictar la medida en forma inmediata.<sup>32</sup> Así, “la motivación se transforma en un principalísimo elemento para que la justicia controle la legitimidad y se traduce en un medio de prueba de pri-

<sup>29</sup> “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

<sup>30</sup> Buj Montero, M., “El acto administrativo: elementos” en *Manual de derecho administrativo*, Farrando, I (coordinador); Bs.As., Depalma, 2000, p. 197.

<sup>31</sup> Gordillo, A., *Tratado de derecho administrativo*, t. III, 9ª edición, Bs. As., F.D.A., 2007, pág. 13.

<sup>32</sup> Hutchinson, T., “Los procedimientos de urgencia en el derecho administrativo argentino”, nota que forma parte del libro *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 300.

mer orden para conocer la realidad del obrar de la administración”.<sup>33</sup>

También respecto a este requisito, la Corte ha hecho expresas consideraciones interpretativas. Así, en “Video Club Dreams”<sup>34</sup> se sostuvo que los motivos que impulsaron el dictado del decreto 2.736/91 “no se exhiben como una respuesta a una situación de grave riesgo social que hiciera necesario el dictado de las medidas súbitas como las tratadas”. En “Sallago”,<sup>35</sup> Belluscio y Bossert sostuvieron que la “mera invocación que el decreto hace de la crisis de la marina mercante nacional, no basta para demostrar que ha sido imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes en materia laboral”. En la causa “Smith”,<sup>36</sup> el voto concurrente de Fayt deja establecido que “tal afectación a los mentados principios constitucionales —se refiere a los que protegen el derecho de propiedad—, dada la gravedad que reviste y la ausencia de razones decisivas que justifiquen la exigencia legal que la provoca, no puede entenderse como fruto de una reglamentación razonable”.<sup>37</sup>

#### I.4. La razonabilidad

Como cuarto requisito, todo decreto de necesidad y urgencia debe ser razonable. En nuestro ordenamiento jurídico el control de constitucionalidad tiene numerosas facetas y pautas para su aplicación, entre las cuales se encuentra el estándar jurídico de la razonabilidad. Esto implica que toda vez que se ejerza el control judicial de razonabilidad sobre los actos estatales, no se está haciendo otra cosa que llevar adelante un tipo de control de constitucionalidad.

Este control exige verificar, objetivamente, una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado con la medida y razonabilidad respecto de las circunstancias que dan lugar a su dictado. Tal como Bidart Campos lo sostuvo, la razonabilidad “exige que el ‘medio’ escogido para alcanzar un ‘fin’ válido guarde proporción y aptitud suficiente con ese fin, o bien, que se verifique una ‘razón’ valedera para fundar tal o cual acto de poder”.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> Tawil, Guido Santiago y Monti, Laura Mercedes, *La motivación del acto administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 83. Cabe recordar que el artículo 7° de la ley de procedimientos administrativos incorporó la motivación como uno de los requisitos esenciales del acto, cuya ausencia deriva en la nulidad.

<sup>34</sup> Ob. cit.

<sup>35</sup> Ob. cit.

<sup>36</sup> CSJN, 1/2/2002, “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en: Smith, Carlos c/Poder Ejecutivo nacional s/sumarísimo”, LLP 2002, p. 112.

<sup>37</sup> Considerando 11.

<sup>38</sup> Bidart Campos, G., ob. cit., p. 805.

La Corte Suprema sostuvo esta idea en el caso “Sallago”,<sup>39</sup> donde la disidencia de Fayt señaló que el test de razonabilidad entre la emergencia y la disposición concreta comprende: “1) Que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) Que tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos; 3) Que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias, y 4) Que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria”.<sup>40</sup>

#### I.5. La temporariedad

Por último, dado que el decreto sólo es válido ante la existencia de circunstancias excepcionales y dado que éstas tienen una perdurabilidad determinada (la emergencia es, por propia definición, temporaria), el acto del Poder Ejecutivo debe tener una vigencia acotada, es decir, sujeta a término.

Ya en 1959 la Corte sostuvo, respecto a las medidas en emergencia, que “la emergencia dura el tiempo que duran las causas que la han originado”.<sup>41</sup>

La consecuencia práctica de esta exigencia es que el decreto debe fijar explícitamente el plazo temporal durante el cual tendrá vigencia, que será el que se presuma razonablemente durará la emergencia o bien el indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria.

#### I.6. Requisitos formales: análisis de la ley 26.122

Cuando se piensa en los roles que debe asumir el Poder Legislativo, tendemos a darle una mayor relevancia a la función de dictar leyes. Sin embargo, tal como lo sostiene el dictamen del Consejo por la Consolidación de la Democracia: “no se debe dejar de lado otros que tienen mucha trascendencia, como por ejemplo el rol de control sobre el Poder Ejecutivo.” Esta función “resulta indispensable para el correcto desarrollo de las instituciones estatales democráticas y las defensas de las garantías individuales”. En este mismo sentido, De Vergotini sostiene que el Parlamento cumple en las democracias dos funciones: la función de orientación política y la función de control.<sup>42</sup> Con relación a esta segunda función, “el contralor del gobierno por parte del Parlamento comprende, por cierto, la constitucionalidad y legalidad de sus actos”.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> CSJN, 10/10/1996, “Sallago Alberto c/Astra CAPSA”, *La Ley*, 1998-C, p. 950.

<sup>40</sup> Considerando 4°.

<sup>41</sup> CSJN, 15/5/1959, “Nadur, Amar c/Borelli, Francisco”.

<sup>42</sup> De Vergotini, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1987. Citado en Nino, C., ob. cit., p. 531.

<sup>43</sup> Ob. cit. p. 535.

Por tanto, existen condiciones de carácter formal o procedimental que debe cumplir el acto para que sea válido. Respecto a la función de control de los órganos de gobierno mencionada, el mismo artículo 99, inciso 3, prevé que “el jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

Por lo que resulta patente que dicho artículo le atribuye al Congreso Nacional el importantísimo deber de proteger el sistema republicano y la división de poderes y con esto aminorar el hiperpresidencialismo.

El Congreso Nacional, desoyendo el mandato constitucional, demoró doce años la sanción de la norma que reglamenta la Comisión Bicameral Permanente encargada de controlar la legalidad de las disposiciones emitidas por el Poder Ejecutivo. La ley 26.122 merece severas críticas, que ponen en tela de juicio su constitucionalidad. Debe rechazarse firmemente la idea de que la Constitución ha dejado amplios márgenes a la ley reglamentaria para fijar el alcance y el trámite de la intervención parlamentaria. La regulación prevista en la Carta Magna debía respetar límites muy precisos, determinados por la división de poderes, el carácter restrictivo y excepcional del reconocimiento de las facultades legislativas al Ejecutivo y la prohibición tajante de todo tipo de sanción ficta, entre otros principios y reglas constitucionales. Cayuso sostiene que “tal tipo de reglamentación no podría sortear la tacha de inconstitucionalidad”.<sup>44</sup>

La ley 26.122 adolece de diversos problemas constitucionales, entre los que se destacan los siguientes:

#### 1. Pronunciamiento de ambas Cámaras

La Constitución Nacional ha establecido que el Poder Legislativo estará conformado de manera bicameral: la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores. Una representa al pueblo de la Nación –y con ello el principio democrático– y la otra, a

los estados locales resguardando, así, el sistema federal.<sup>45</sup> El bicameralismo permite una instancia de revisión más a las decisiones tomadas e implica un debate más amplio y representativo, con lo cual aquellas normas que surjan de esta mayor deliberación tendrán mayor legitimidad. Así, la Carta Magna establece en el artículo 78 que “aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley” y en el artículo 82 que “la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”.

Una interpretación armónica de ambos artículos permite concluir que, por un lado, se requiere el pronunciamiento expreso y positivo y, por otro, que ambas Cámaras deben pronunciarse. Pero la ley 26.122 determina que para que un DNU sea rechazado se requiere la voluntad afirmativa tanto de la Cámara de Diputados como de la de Senadores. Así, el artículo 22 expresa que “las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82, Constitución Nacional. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata”. Y el artículo 24 expresa que “el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2° del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”. Cabe preguntarse qué sucedería si una de las dos Cámaras se pronuncia a favor de la validez del decreto y la otra en su contra. La solución que parece aportar la ley 26.122 sería que dicho decreto es válido, contraviniendo la letra de la Constitución.<sup>46</sup>

En conclusión, la sanción de una ley bajo los procedimientos constitucionales requiere de la aprobación de ambas Cámaras, por lo que el tratamiento de los decretos de promulgación parcial debe cumplir con los mismos recaudos para ganar validez.

#### 2. El silencio del Congreso Nacional

La otra cuestión que surge es sobre qué sucedería si el Congreso no se pronuncia ni a favor ni en contra de la validez.

Volvamos a recordar el artículo 82 de la Constitución Nacional: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”. La constitución na-

<sup>44</sup> Carlos Menem, por ejemplo, ha dictado desde el año 1989, 545 decretos de necesidad y urgencia. Fernando de la Rúa, a su vez, dictó entre los años 1999-2001, 73 decretos y Néstor Kirchner, por último, 201 decretos entre los años 2003 y 2006. Para mayor detalle, ver Astarita, M., *El uso de decretos bajo el gobierno de Kirchner*, inédito.

<sup>45</sup> Susana Cayuso, “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente”, *La Ley*, 2006-D, 1435.

<sup>46</sup> Gelli, M.A., “Constitución Nacional comentada y concordada”, *La Ley*, 2002, p. 439.

cional es clara al respecto: el silencio no puede ser considerado como voluntad positiva. Sostiene Quiroga Lavié que “la exigencia constitucional de manifestación expresa de la voluntad de las Cámaras, así como la prohibición de la sanción ficta, se aplica a toda la actividad que realicen aquéllas dentro de su competencia. Por ello la norma no especifica que se trata de la sanción de las leyes, sino que lo sostiene para ‘todos los casos’. Las resoluciones de ambas Cámaras o de las comisiones bicamerales, cuando estén habilitadas para ello, especialmente si ejercen la potestad de control de los actos del Ejecutivo, precisan también de manifestación expresa. [...] Frente a la clara prohibición constitucional de la sanción tácita de las leyes, no podrá inferirse un razonamiento lógico de ninguna naturaleza dirigido a convalidar una habilitación legal en sentido contrario”.<sup>47</sup>

Pero la ley 26.122 establece en sus artículos 22 y 24: “Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional” y que “el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo con lo que establece el artículo 2° del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”, respectivamente.

Se puede inferir que la voluntad política ha sido la de otorgarle al silencio un carácter convalidante, contrario a la norma constitucional.<sup>48</sup> Al respecto, Cayuso afirma que el principio que se desprende de la regla enunciada en el artículo transcrito, “es que no habiendo pronunciamiento expreso del órgano legislativo, sea ratificando o rechazando, los decretos pierden validez y son nulos de nulidad absoluta. La regla constitucional es la invalidez salvo que se den determinadas condiciones, por lo tanto la disposición infraconstitucional que invierta el principio general es inconstitucional”.<sup>49</sup> En esta misma línea, María Angélica Gelli sostiene que el “silencio” de las Cámaras o el rechazo de alguna de ellas “implicará la caducidad del decreto”, ya que “el silencio del Congreso no posee efecto convalidatorio”.<sup>50</sup>

Por último, es interesante resaltar que la interpretación sobre la validez del silencio como aprobación ficta o tácita es opuesta a la que rige en las constituciones de España, Italia y la de la Ciudad de Buenos Aires, por citar sólo unos casos, en las que si

los decretos de necesidad y urgencia no son ratificados en un plazo determinado (en general de 30 o 60 días) pierden vigencia. Este criterio es el único compatible con el principio republicano de la división de poderes establecido en el primer artículo de la Constitución Nacional.<sup>51</sup>

### 3. Las limitaciones impuestas al Congreso Nacional

La ley 26.122, determina en su artículo 23 que “las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes”.

Ante los supuestos fácticos que la Constitución habilita para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, resulta particularmente relevante la participación activa del Congreso Nacional, por ser el poder dotado de mayor legitimidad democrática y encontrarse en él representadas todas las perspectivas de la sociedad. Su intervención sin cortapisas es una barrera contra la discrecionalidad. Como dice Balbín, “la función del Congreso no puede quedar circunscripta solamente a la aprobación o derogación de los DNU, ya que como titular de la potestad legislativa y responsable del control sobre el Poder Ejecutivo, puede introducir modificaciones en su texto”.<sup>52</sup>

La participación del Congreso como introductor de enmiendas o modificaciones constituye la mejor forma de evitar una excesiva acumulación de facultades en el Ejecutivo y contribuye a la atenuación del presidencialismo exacerbado. Por otro lado, es la única forma de garantizar el debido respeto a las minorías parlamentarias. Por estas razones este artículo es inconstitucional.

## II. Subsistencia del control judicial de constitucionalidad

No está de más resaltar que el Poder Judicial preserva toda su potestad de controlar la constitucionalidad de la legislación dictada bajo delegación o por decretos de necesidad y urgencia. Por una parte, los jueces tienen el deber de someter la legislación en cuestión al escrutinio sobre su concordancia con la Constitución Nacional, como lo tienen respecto del resto de la legislación. Por otra parte, la propia ley 26.122 debe caer bajo el análisis cuidadoso de los magistrados, por tratarse de una norma que afecta delicados equilibrios de poder y regula trascendentes disposiciones constitucionales.

<sup>47</sup> Ob. cit.

<sup>48</sup> Millón Quintana, J., y Mococho, J. M., “El presidencialismo sin happy ending. A propósito de la ley 26.122 y los decretos de necesidad y urgencia”, J.A. 2007-I-1328.

<sup>49</sup> Cayuso, “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente”. *La Ley*, 2006-D, 1435.

<sup>50</sup> Gelli, M. A., ob. cit., p. 697.

<sup>51</sup> Pérez Sanmartino, Osvaldo A., “La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia. Un remedio peor que la enfermedad”, *La Ley*, Sup. Act. 17/8/2006, 1.

<sup>52</sup> Balbín, C., ob. cit., p. 123. En el mismo sentido, Pérez Hualde, *Decretos de necesidad y urgencia*, Editorial Depalma, 1995, p. 252.

### III. *Análisis en particular del decreto 108/09*

El decreto 108/09 suspende, desde el 1° de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010 inclusive, la aplicación de las disposiciones contenidas en el decreto 814 del 20 de junio de 2001, modificado por la ley 25.453, respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encontraran incorporados a la enseñanza oficial conforme las disposiciones de las leyes 13.047 y 24.049.

El decreto 814, dictado el 20 de junio de 2001, simplificó y unificó los diferentes regímenes de contribuciones destinados al financiamiento de la seguridad social. Originalmente, el decreto 814/01 fijó una alícuota única del dieciséis por ciento (16 %) para las contribuciones patronales sobre la nómina salarial con destino a los subsistemas de la seguridad social regidas por las leyes 19.032 (INSSJP), 24.013 (Fondo Nacional de Empleo), 24.241 (Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones), y 24.714 (Régimen de Asignaciones Familiares) pertenecientes al sector privado. Además, el decreto 814/01 dejó sin efecto prácticamente todas las normas que contemplaban exenciones o reducciones de las alícuotas aplicables a las contribuciones patronales.

Luego, la ley 25.453, sancionada el 30 de julio de 2001, modificó el artículo 2° del decreto 814/01, de modo tal que la alícuota correspondiente a las contribuciones patronales aplicable a los empleadores cuya actividad principal sea la locación y prestación de servicios se elevó al veintiuno por ciento (20 %) de la nómina salarial.

El decreto 814/01, modificado por la ley 25.453, incrementó la alícuota de las contribuciones patronales respecto del sector educativo. El Poder Ejecutivo, entonces, consideró que dicho incremento no había sido contemplado en las partidas presupuestarias del ejercicio en curso y que ello afectaría a los establecimientos privados, que recibían aportes estatales, que veían agravada su situación como consecuencia de tener ya fijados los importes de las matrículas y cuotas mensuales a percibir en el año 2001. En virtud de ello, a través del decreto 1.034 del 14 de agosto de 2001, el Poder Ejecutivo suspendió, hasta el 31 de diciembre de 2001, inclusive, la aplicación de las disposiciones del decreto 814/01, respecto de empleadores titulares de establecimientos educativos privados cuyas actividades se encontraban comprendidas en la ley 24.195 y sus modificaciones, y en la ley 24.521 y sus modificaciones.

La suspensión dispuesta por el decreto 1.034/01 fue prorrogada por el decreto 284/2002 y por el decreto 539/2003. Luego, en el año 2004, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 1.806/2004 y nuevamente dispuso la suspensión de la aplicación del decreto 814/01 respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos privados cuyas acti-

vidades resulten comprendidas en la ley 24.195 y sus modificaciones y en la ley 24.521 y sus modificatorios hasta el 31 de diciembre de 2004. La suspensión se reiteró en el año 2005 mediante el decreto 986/05, pero esta vez respecto de los establecimientos educativos de gestión privada que se encontraran incorporados a la enseñanza oficial conforme las disposiciones de las leyes 13.047 y 24.049. Finalmente, en el año 2007 el decreto 151/2007 volvió a suspender la aplicación del decreto 814/01 en los mismos términos en los que lo había hecho en año 2005.

#### III.1. *Violación del principio de legalidad en materia tributaria*

##### *El decreto 108/09 regula materia tributaria*

El decreto 108/09 debe ser rechazado por esta comisión. La norma bajo análisis suspende la aplicación de una norma que establece la alícuota de un tributo, siendo esto “materia tributaria” que, de acuerdo con el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, no puede ser regulada por medio de un decreto de necesidad y urgencia.

Se considera tributo a toda prestación obligatoria, en dinero o en especie, que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio, y que debe ser impuesta por ley ajustándose a los principios de razonabilidad, igualdad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva, entre otros. De esta forma, es una obligación unilateral y coercitivamente impuesta por el Estado en virtud de su poder de imperio y que tiene como fin solventar el cumplimiento de sus fines propios.<sup>53</sup> Además, los tributos pueden ser utilizados como herramientas para incentivar o desincentivar la realización de determinadas actividades y regular la economía.

También sabemos que la potestad tributaria que posee todo Estado se ejerce sobre la base de diversos instrumentos que caben dentro del género “tributo” y que cuentan con un denominador común: “el de ser una detracción coactiva de riqueza impuesta por el estado en virtud de su legitimación constitucional”.<sup>54</sup>

Generalmente, los tributos se clasifican en impuestos, tasas y contribuciones. Los impuestos “son tributos que se establecen a los ciudadanos considerando alguna medida de su capacidad contributiva o del beneficio que han de recibir, cuyo destino son las rentas generales sin asignación específica”.<sup>55</sup> Las tasas son “aquellas prestaciones en

<sup>53</sup> Spisso, Rodolfo R., *Derecho constitucional tributario*, Buenos Aires, Editorial Depalma, p. 80.

<sup>54</sup> Badeni, G., “La patología constitucional de las retenciones” en “Retenciones a las exportaciones” –suplemento especial–, *La Ley*, ya citado.

<sup>55</sup> Fenochietto, Ricardo, *Impuesto al valor agregado*, Editorial La Ley, p. 2.



dinero, o excepcionalmente en especie, que el Estado cobra por un servicio determinado e individualizado que presta”.<sup>56</sup> Finalmente, las contribuciones son aquellos tributos que gravan a quienes han de recibir un beneficio perfectamente individualizado que se traduce, de alguna manera en el incremento de su patrimonio, como consecuencia de una actividad del Estado.<sup>57</sup>

Está fuera de discusión que las contribuciones patronales son tributos.

En primer lugar, en los considerandos del decreto 814/01 el Poder Ejecutivo califica a la simplificación del sistema de contribuciones patronales como una medida de política tributaria. En efecto, el Poder ejecutivo sostuvo: “Que es objetivo prioritario de la política económica nacional establecer las bases para el crecimiento sostenido, la competitividad y el aumento del empleo...”

Que en tal sentido la política tributaria constituye un factor fundamental de política económica, siendo una de las metas del gobierno nacional disminuir la presión sobre la nómina salarial.

Que dicha disminución de las contribuciones sobre la nómina salarial debe ser considerada como un paso hacia la mayor productividad de la economía en general y de los sectores de la producción que cuentan con Planes de Competitividad y Generación de Empleo, en particular...”

En segundo lugar, la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía de la Nación incluye a las contribuciones patronales en la presentación que da cuenta de los tributos vigentes en la República Argentina a nivel nacional.<sup>58</sup>

Cabe agregar que el Congreso de la Nación ha reconocido la naturaleza tributaria de las contribuciones patronales al dictar la Ley Penal Tributaria 24.769 e incluir como delito la evasión del pago de los aportes y contribuciones (artículo 7° y siguientes).

Al disponer la suspensión de una norma que unificó y fijó la alícuota de las contribuciones patronales, el decreto 108/09 regula materia tributaria y vulnera, así, la prohibición del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, que prohíbe de modo absoluto el dictado de decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria.

#### *Principio de reserva legal en materia tributaria*

Como es sabido, en materia tributaria el principio de legalidad o de reserva es absoluto. Esto significa que no admite excepción alguna, y alcanza tanto la creación de impuestos, tasas o contribuciones,

como la modificación de los elementos esenciales que lo componen: hecho imponible, alícuota, base de cálculo, sujetos alcanzados y exentos. El principio implica que la competencia del Congreso es exclusiva y que no puede ser ejercida por ninguno de los otros poderes, ni siquiera en situaciones de emergencia.<sup>59</sup>

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha explicado la extensión del principio de legalidad en materia tributaria en reiteradas oportunidades. La Corte ha sostenido: “Que resulta necesario recordar que el principio de legalidad... abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir, el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones... De ahí, pues, que en esta materia, la competencia del Poder Legislativo es exclusiva (“Fallos”, 321:366, *in re* “Luisa Spak de Kupchik y otro c/ Banco Central de la República Argentina y otro”; “Fallos”, 316:2329; 318:1154 y 323:3770)”.<sup>60</sup>

Este principio se encuentra consagrado en diversas normas de nuestra ley fundamental. Así, el artículo 4° de la Constitución Nacional dispone que “El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional”.

El artículo 17 de la Constitución Nacional establece que: “... Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°...” y el artículo 52 “... A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones...”.

Como ya se ha señalado, el principio de legalidad que establece que ningún tributo puede ser establecido sin ley *nullum tributum sine lege* es una clara derivación del principio genérico de legalidad que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional, conforme al cual nadie puede ser obligado a

<sup>59</sup> Conf. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2003, p. 35.

<sup>60</sup> “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. c/Tucumán, provincia de s/acción declarativa”, 9/5/06, N. 165. XXXVII. En el caso, la actora discutía la constitucionalidad de un acto administrativo que exigió el pago de la diferencia entre la alícuota del impuesto a los ingresos brutos establecido en el Código Fiscal y una alícuota superior establecida por un decreto provincial.

<sup>56</sup> Fenochietto, Ricardo, ob. cit., p. 2.

<sup>57</sup> Fenochietto, Ricardo, ob. cit., p. 2.

<sup>58</sup> [http://www.mecon.gov.ar/sip/dniaf/tributos\\_vigentes.pdf](http://www.mecon.gov.ar/sip/dniaf/tributos_vigentes.pdf).

hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.<sup>61</sup>

Joaquín V. González resaltaba la relevancia del principio de reserva legal tributaria al afirmar que “el más importante de los caracteres de este poder de imposición es el ser exclusivo del Poder Legislativo, como representante más inmediato de la soberanía del pueblo”.<sup>62</sup>

Es por esta razón que el artículo 52 de la Constitución Nacional fija la Cámara de Diputados, donde está representada la voluntad del pueblo, como la de inicio de los proyectos relativos a contribuciones. Esta disposición encuentra justificación en el principio de representatividad democrática según el cual no se puede obligar a la ciudadanía a pagar tributos sin que por medio de sus representantes preste consentimiento acerca del alcance y extensión de aquellas obligaciones.<sup>63</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre la prohibición de que los decretos de necesidad y urgencia regulen materia tributaria contenida en el artículo 99, inciso 3. En “Zofracor”<sup>64</sup> la Corte declaró insabablemente nulo un decreto de necesidad y urgencia que dispuso beneficios impositivos a favor de una zona franca. Entre otros beneficios, el decreto estableció una exención tributaria respecto de las contribuciones patronales a la seguridad social. La Corte sostuvo: “4°) Que la reforma constitucional de 1994 fue fruto de una voluntad tendiente a lograr, entre otros objetivos, la atenuación del sistema presidencialista y el fortalecimiento del rol del Congreso. En este sentido, el artículo 99, inciso 3, segundo párrafo, contiene la regla general que expresa el principio en términos categóricos: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún momento bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo” (“Fallos”, 322:1726, considerando 7°). El texto es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace en condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales. 5°) Que, en este sentido, el tercer párrafo del citado artículo 99, inciso 3, precisa: “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, tributario, 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”.

La primera conclusión que surge con toda evidencia es que los beneficios que se han establecido en el decreto 285/99 comportan, en su gran mayoría, el ejercicio de facultades de carácter tributario –aduaneras, impositivas o vinculadas con el Régimen Nacional de la Seguridad Social–, las que son competencia exclusiva del Poder Legislativo –artículos 4°, 17 y 75, incisos 1 y 2, de la Constitución Nacional– y cuyo ejercicio está vedado al Poder Ejecutivo nacional, aun en las condiciones excepcionales que podrían justificar el dictado de decretos de necesidad y urgencia, en atención a la explícita exclusión de tales materias que efectúa la Constitución Nacional (doctrina de *Fallos*, 318:1154; 319:3400; 321: 366, entre otros). 6°) Que lo expuesto precedentemente permite concluir que el decreto 285/99 resultó insanablemente nulo por oponerse al principio de legalidad que rige en materia tributario y al claro precepto del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, y que, por ende, se encuentra privado de todo efecto jurídico.”

Es claro, entonces, que la Constitución Nacional prohíbe el dictado de decretos de necesidad y urgencia para regular cuestiones tributarias. También es claro que el decreto 108/09 suspende la aplicación de una norma que, entre otras cosas, fija la alícuota de las contribuciones patronales y ello constituye regulación de materia tributaria. No cabe más que concluir, entonces, que el decreto 108/09 viola la prohibición del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

### III.2. *Violación al artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional: inexistencia de circunstancias excepcionales*

El dictado del decreto 108/09 fue innecesario. No había ni hay obstáculo para que oportunamente, el Poder Ejecutivo hubiera mandado un mensaje y el respectivo proyecto de ley al Congreso de la Nación. Nada obstaba a seguir el trámite ordinario de formación y sanción de las leyes.

Las circunstancias excepcionales que hacen imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes deben ser mencionadas y explicadas detalladamente en los considerandos de los decretos de necesidad y urgencia. Tal como lo sostuvimos, un requisito sustantivo de los decretos de necesidad y urgencia que se deriva del principio republicano de gobierno plasmado en el artículo 1° de la Constitución

<sup>61</sup> Sanabria, Pablo, “Las retenciones a la exportación ¿Un impuesto inconstitucional?”, “La Ley”, 18/3/2008, 1.

<sup>62</sup> González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Editorial Estrada, 1983, tomo V, p. 432

<sup>63</sup> Conf. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina*, ob. cit., p. 454.

<sup>64</sup> “Zofracor S.A. c/Estado nacional s/amparo”, sentencia del 20 de septiembre de 2002, CSJN Z. 74. XXXV.

Nacional<sup>65</sup> es la exigencia de la motivación que todo decreto de necesidad y urgencia debe tener para su legitimidad y legalidad.

Reiteramos, la motivación “es la explicitación de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que fundamentan la emanación del acto. Asimismo, esta motivación debe ser suficiente”,<sup>66</sup> es decir, que no debe ser vaga o genérica. En este mismo sentido, Gordillo sostiene que: “la garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres. Con base en los hechos del caso y no con invocaciones abstractas y genéricas aplicables a una serie indeterminada de casos”.<sup>67</sup>

En este caso, en los considerandos del decreto no se esgrimen motivos suficientes que funden la necesidad del dictado de la norma. Recordemos que la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia sólo puede ser utilizada cuando existan circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes. Las “circunstancias excepcionales” deben constituir una situación de grave riesgo social, situaciones límites o peligros de efectos catastróficos que pongan en riesgo la supervivencia misma de la Nación. Además, es necesario 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. Tal como sostuve más arriba, sólo casos de severos colapsos en la economía nacional que no permitirían sujetar al debate del Congreso Nacional las vías de solución, o supuestos de cierre del Congreso frente a situaciones de guerra u otro tipo de catástrofe que mantenga al Congreso cerrado o impida la espera del debate legislativo por inminencia y gravedad de los daños a reparar, habilitarían el dictado de decretos de este tipo.

La suspensión de la aplicación del decreto 814/01 no es una medida destinada a resolver una situación excepcional de emergencia, dado que dicha suspensión ha tenido lugar desde el año 2001. Los fundamentos del decreto bajo análisis reproducen

<sup>65</sup> “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.”

<sup>66</sup> Buj Montero, M., “El acto administrativo: elementos” en *Manual de derecho administrativo*, Farrando, I. (coordinador), Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 197.

<sup>67</sup> Gordillo, A., *Tratado de derecho administrativo*, tomo III, 9ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2007, p. 13.

los considerandos de los decretos que, en años anteriores y bajo circunstancias distintas, dispusieron la suspensión de la aplicación del decreto 814/01 y de los que dispusieron la prórroga de dichas suspensiones. En efecto, el decreto 1034/01 suspendió la aplicación del decreto 814/01, porque este último implicaba un aumento en la alícuota de las contribuciones patronales que debían pagar los establecimientos educativos cuando ello no había podido ser contemplado al momento de fijar la matrícula. Luego, al disponer la prórroga de la suspensión el decreto 284/02 sólo se fundó en “razones de política económica social”, sin especificar si quiera cuáles eran esas razones. Los decretos 539/03 y 284/04 repitieron la fórmula utilizada por el decreto 284/02.

Al dictar el decreto 986/05, el Poder Ejecutivo tuvo en cuenta, también, que los establecimientos educativos privados incorporados a la enseñanza oficial comprendidos en la ley 13.047 están exceptuados del impuesto al valor agregado y, como consecuencia de ello, no pueden computar como crédito fiscal de IVA un porcentaje de la contribución patronal, como sí pueden hacerlo quienes no gozan de la exención. El Poder Ejecutivo consideró que, de aplicarse el decreto 814/01, estos establecimientos se encontrarían en una situación de inequidad tributaria con relación al resto de las actividades privadas. El Ejecutivo agregó que “la situación descrita colisiona, para este sector, con los objetivos planteados al momento de dictarse el decreto 814/01, de establecer el crecimiento sostenido, la competitividad y el aumento del empleo, mediante la reducción de los costos disminuyendo la presión sobre la nómina salarial”. El Ejecutivo tuvo en cuenta, además, que el costo que el incremento de la alícuota de las contribuciones patronales implica sería absorbido por las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “en momentos que las mismas están efectuando ingentes esfuerzos por mantener el equilibrio fiscal, situación que se ha evitado sucesivamente mediante el dictado de los decretos 1.034/01, 284/02, 539/03 y 1.806/04”. Por último, este decreto consideró que la aplicación del decreto 814/01 en los establecimientos de gestión privada podía provocar un incremento en el valor de los aranceles que abonan las familias por los servicios educativos.

Los considerandos del decreto 108/09 prácticamente reproducen los considerandos del decreto 986/05. De ese mero hecho, surge que la norma bajo análisis no pretende resolver una situación excepcional de emergencia, sino que, sumado a los decretos que lo precedieron, pretende crear una excepción permanente al sistema de contribuciones patronales regido por el 814/01. Sin entrar en consideraciones sobre si dicha excepción es procedente o no, cabe señalar que el modo de crear esa excepción no es el sucesivo dictado de decretos de necesidad y urgencia. Esta cuestión puede y debe ser debatida en el Congreso de la Nación.

Las circunstancias que el decreto 108/09 contempla para disponer la suspensión de la aplicación del decreto 814/01 son permanentes y no constituyen emergencia alguna. En efecto, la exención del IVA de los establecimientos educativos es estable y no constituye una emergencia. La desigualdad que la aplicación del decreto 814/01 puede crear puede ser corregida a través de una modificación del texto de esa norma.

Los objetivos de “establecer el crecimiento sostenido, la competitividad y el aumento del empleo, mediante la reducción de los costos disminuyendo la presión sobre la nómina salarial” tampoco constituye una situación de emergencia que deba ser atendida por el dictado de un decreto de necesidad y urgencia. Del mismo modo, el hecho de que las provincias y la ciudad estén haciendo esfuerzos para mantener el equilibrio fiscal no obsta a que dicha situación sea contemplada por el Estado nacional a través del Congreso de la Nación. El propio decreto reconoce que la delicada situación fiscal de las provincias ha tomado cierta permanencia en el tiempo al señalar que los decretos 1.034/01, 284/02, 539/03 y 1.806/04 tuvieron como finalidad no agravarla.

Así, el decreto 108/09 no cuenta con la suficiente motivación para justificar que la situación que pretende atender constituye una cuestión de necesidad y urgencia que no permita seguir el trámite ordinario de formación y sanción de leyes. Decir que algo es urgente no lo torna urgente, se deben dar los motivos fácticos que justifican dicha urgencia.

Igualmente, no puede encontrarse razón alguna para justificar el olvido de la Presidencia sobre su atribución para convocar a sesiones extraordinarias si la situación lo ameritara. Recordemos que el artículo 99, inciso 9, de la Constitución Nacional<sup>68</sup> faculta al Poder Ejecutivo a hacerlo: “Prorroga las sesiones ordinarias del Congreso, o lo convoca a sesiones extraordinarias, cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera” (capítulo III: Atribuciones del Poder Ejecutivo).

Además, unos días antes del dictado del decreto bajo análisis, la oposición reclamó al Ejecutivo la convocatoria a sesiones extraordinarias, constatable, conforme una simple lectura de los medios de comunicación gráficos.

El día 5 de febrero de 2009, el diario “Página/12”<sup>69</sup> publicó una nota titulada “La oposición le reclamó a Cristina Fernández de Kirchner que convoque a extraordinarias”. En uno de sus párrafos se señala

<sup>68</sup> Constitución de la Nación Argentina. Ley 24.430. Ordénase la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853, con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994). Sancionada: 15 de diciembre de 1994. Promulgada: 3 de enero de 1995.

<sup>69</sup> Jueves 5 de febrero de 2009. La nota completa puede leerse en [www.pagina12.com.ar](http://www.pagina12.com.ar).

que: “Es inaceptable que en el marco de esta crisis el Congreso no trabaje. Desde el inicio de la democracia no hubo ningún año en el que no se convocara a extraordinarias”. El diario “Clarín” también refiere a la misma cuestión: “Le pedimos al gobierno que abra urgentemente el Congreso y que llame a sesiones extraordinarias para tratar la crisis económica.”

Pero desde el día anterior (4 de febrero), “La Nación”,<sup>70</sup> adelanta que: “Piden a la Presidenta que convoque a sesiones extraordinarias por la crisis”. Se manifiesta que “reclamaron a Cristina Kirchner que convoque a sesiones extraordinarias en el Congreso ‘para tratar la grave situación económica’”. También, ese mismo día, la edición de “Clarín”,<sup>71</sup> informa que “Asimismo, exigieron al Gobierno que convoque a sesiones extraordinarias para debatir las iniciativas. Algo que, por ahora, parece que no va a suceder. Quieren silenciar al Congreso.

A partir de los datos y argumentos vertidos en el presente dictamen, consideramos que es imposible encontrar una causa súbita, urgente, imprevista e impostergable que justifique la emisión de este decreto de necesidad y urgencia. Por lo menos, ello no surge de los considerandos que pretender fundamentar el dictado del propio decreto.

El gobierno prefirió usar la vía del decreto de necesidad y urgencia cuando nada obstaba a proceder con el trámite normal de formación y sanción de leyes. Más aún, tuvo tiempo más que suficiente para enviar un proyecto de ley, teniendo en cuenta que hubo prórroga de sesiones ordinarias hasta el 31 de diciembre. Si tenemos en consideración la cantidad de normas que se aprobaron en el plazo de menos de 20 días durante el mes de diciembre de 2008, todas ellas de significativa relevancia, queda claro que bien se podría haber tratado esta norma, que seguramente hubiese generado más consensos que los proyectos que fueron puestos en consideración de las Cámaras en ese plazo. Debemos recordar que, en aquellas situaciones en las que hubo voluntad política de sancionar rápidamente una norma, el proyecto ingresaba, se dictaminaba en la misma semana y hasta se trataron dictámenes el mismo día que fueron emitidos. Por lo tanto, tampoco se puede alegar la tardanza del Congreso en sancionar leyes, toda vez que la experiencia de muchas de las aprobadas en el último semestre demuestra justamente lo contrario, fundamentalmente aquellas que fueron remitidas por el Poder Ejecutivo nacional.

La conclusión, luego del precedente análisis, es que el Poder Ejecutivo dictó el decreto de necesidad y urgencia sometido a consideración, pese a que no era una cuestión absolutamente imprevista de necesidad y urgencia, sino que pretendió ob-

<sup>70</sup> La nota completa puede leerse en [www.lanacion.com](http://www.lanacion.com).

<sup>71</sup> Idem en [www.clarin.com](http://www.clarin.com).

viar el trámite parlamentario ordinario de formación y sanción de leyes, aún cuando ello implicara que tuviera que cometer una nueva violación a la Constitución Nacional, solamente por razones de mera conveniencia.

El avance ilegítimo sobre las instituciones reviste enorme gravedad, pues las soluciones deben buscarse y encontrarse justamente en el apego a las reglas constitucionales, y no en su ruptura. Solo así podremos afirmar que estamos garantizando una verdadera ciudadanía en lo económico, social, cultural, civil y político, es decir, una ciudadanía plena, que este decreto de ninguna manera se propone.

### III.3. *Otras consideraciones sobre el decreto 814/01*

Tal como sostuvimos, el decreto 814/01, que fija la alícuota de las contribuciones patronales, tiene claramente contenido tributario. Recordemos, nuevamente, que sólo el Congreso puede dictar normas sobre esta materia. En consecuencia, insistimos, el decreto 814/01 es inconstitucional.

Al suspender la aplicación del decreto 814/01, el decreto 108/09 reconoce validez al decreto 814/01. El decreto 108/09 trata como válida a una norma que es claramente inconstitucional. Lo que el Poder Ejecutivo debió hacer, en todo caso, es enviar un proyecto de ley al Congreso de la Nación para regular aquello que el decreto 814/01 regula. Del mismo modo, si el Poder Ejecutivo considera que no corresponde aplicar dicha norma a cierta clase de contribuyentes, corresponde que envíe un proyecto de ley en ese sentido al Congreso para que sea éste quien decida si dicha excepción es procedente o no. Corresponde agregar que, tal como lo ha señalado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal,<sup>72</sup> la suspensión de una norma por otra no implica su exclusión del ordenamiento jurídico y ello perjudica la seguridad jurídica.

### III.4. *Algunas consideraciones sobre el contenido del decreto*

En los considerandos del decreto se subraya: “Que la aplicación del decreto 814/01 generaría, por lo tanto, un incremento en las partidas presupuestarias provinciales afectadas a los aportes estatales en momentos que las mismas están efectuando ingentes esfuerzos por incrementar los recursos asignados a educación, según las demandas de la ley de financiamiento educativo 26.075 y por mantener el equilibrio fiscal, situación que se ha evitado sucesivamente mediante el dictado de los decretos 1.034/01, 284/02, 539/03, 1.806/04, 986/05 y 151/07.”

Esto merece algunas reflexiones.

En primer lugar, es una prioridad garantizar el derecho a la educación para la sociedad argentina, como también que los trabajadores de la educación tengan una retribución digna. Del mismo modo, que el ejercicio de estos derechos no esté condicionado por la jurisdicción en donde habiten quienes tienen estos derechos.

En segundo lugar, es central tener un manejo prudente y responsable de las finanzas públicas, tratando de alcanzar la mayor transparencia y previsibilidad sobre las decisiones de política que se van tomando, más en un contexto de crisis financiera internacional.

Por eso mismo es insoslayable ampliar el marco de análisis en el que están centrados los considerandos de este decreto.

Se resalta el impacto que tendría la aplicación del decreto 814/01 en las partidas presupuestarias provinciales, dados los ingentes esfuerzos que se está haciendo en materia educativa como lo estipula el cumplimiento de la ley de financiamiento<sup>73</sup> educativo 26.075 y por mantener el equilibrio fiscal. Sin embargo, se oculta que las apremiantes condiciones en cuanto al financiamiento en general, y de la educación en particular, que sufren estas jurisdicciones se debe centralmente a la falta de establecimiento de un nuevo marco institucional en lo que se refiere a la distribución de las fuentes de recursos. Esto ha llevado a que el Estado nacional haya cooptado gran parte del incremento de la recaudación tributaria federal (principalmente retenciones e impuesto al cheque) negándose a acordar criterios ecuánimes de redistribución de los fondos entre las diferentes jurisdicciones que componen nuestro país. En la misma línea, es inevitable subrayar que es este mismo Estado nacional que pagó anticipadamente la deuda del Fondo Monetario Internacional, el que no permitió que hubiera quita o mejores condiciones de financiamiento de las deudas provinciales que tienen con el mismo.

Por tanto, parte de la solución para garantizar el derecho a la educación de un modo amplio y sustentable pasa por replantear los esfuerzos entre el Estado nacional y las subjurisdicciones en cuanto a la distribución de las responsabilidades y sus fuentes de financiamiento. De otro modo, estos sectores especialmente vulnerables, seguirán siendo variable de ajuste.

Por los motivos expuestos, aconsejamos rechazar la validez del decreto 108/09.

*Marcela V. Rodríguez.*

<sup>72</sup> Sentencia de la Cámara en los autos “Halabi, Ernesto c/PEN - Ley 25.873, decreto 1.563/04 - s/amparo ley 16.986”.

<sup>73</sup> Ley 26.075. Sancionada el 21 de diciembre de 2005 y promulgada el 9 de enero de 2006.

## ANTECEDENTE

**Mensaje del Poder Ejecutivo**

Buenos Aires, 16 de febrero de 2009.

*A la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación:*

Tengo el agrado de dirigirme a esa Comisión, en virtud de lo dispuesto por los artículos 99, inciso 3; y 100, inciso 13 de la Constitución Nacional y por la ley 26.122, a fin de comunicarle el dictado del decreto de necesidad y urgencia 108 del 16 de febrero de 2009, que en copia autenticada se acompaña.

Mensaje 45

SERGIO T. MASSA.  
Juan C. Tedesco.

Buenos Aires, 16 de febrero de 2009.

VISTO el expediente 6.392/02 del registro del entonces Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, la ley 24.241, los decretos 814 de fecha 20 de junio de 2001, modificado por el artículo 9° de la ley 25.453; 1.034 de fecha 14 de agosto de 2001; 284 del 8 de febrero de 2002; 539 de fecha 10 de marzo de 2003; 1.806 del 10 de diciembre de 2004; 986 del 19 de agosto de 2005; 151 del 22 de febrero de 2007, y

## CONSIDERANDO:

Que por la ley 24.241 se dispuso que todos los empleadores privados contribuyeran, para la jubilación del personal con relación de dependencia, con un aporte equivalente al dieciséis por ciento (16 %) del haber remuneratorio de la nómina del establecimiento.

Que las instituciones privadas de enseñanza comprendidas en la ley 13.047 y las transferidas a las jurisdicciones según la ley 24.049, están alcanzadas por los términos de la legislación previsional citada.

Que el decreto 814 de fecha 20 de junio de 2001, modificado por el artículo 9° de la ley 25.453, con el objeto de ordenar las sucesivas modificaciones que en materia de reducción de las contribuciones patronales se habían establecido en años anteriores y a efectos de simplificar el encuadramiento, liquidación y tareas de control y fiscalización de las mismas y como instancia superadora, adoptó una modalidad de alícuota única para la casi totalidad de las mencionadas contribuciones, fijándola en el veinte por ciento (20 %) para los empleadores que resultaran comprendidos en el inciso *a*) de su artículo 2° y en el dieciséis por ciento (16 %), para los indicados en el inciso *b*) del mismo artículo, dejándose, asimismo, sin efecto toda norma que hubiera contemplado exenciones o reducciones de alícuotas aplicables a las contribuciones patronales.

Que, posteriormente, dichos porcentajes fueron incrementados en un (1) punto por el artículo 80 de la ley 25.565.

Que por el artículo 1° del decreto 1.034 de fecha 14 de agosto de 2001, se suspendió hasta el 31 de diciembre de 2001 inclusive, la aplicación de los referidos porcentajes para los empleadores titulares de establecimientos educacionales privados, cuyas actividades estuvieran comprendidas en las leyes 24.521, sus modificaciones y 26.206.

Que, por su parte, el decreto 284 de fecha 8 de febrero de 2002 prorrogó dicho plazo hasta el 31 de diciembre de 2002, inclusive.

Que el decreto 539 de fecha 10 de marzo de 2003 prorrogó nuevamente ese plazo hasta el 31 de diciembre de 2003, inclusive.

Que por el artículo 1° del decreto 1.806 de fecha 10 de diciembre de 2004 se prorrogó nuevamente la suspensión de los efectos del decreto 814 de fecha 20 de junio de 2001.

Que por el artículo 1° del decreto 986 de fecha 19 de agosto de 2005 se prorrogó nuevamente la suspensión de los efectos del decreto 814/01, desde el 1° de enero de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2006.

Que, asimismo, por el artículo 1° del decreto 151 del 22 de febrero de 2007 se prorrogó nuevamente la suspensión del decreto 814/01, desde el 1° de enero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2008.

Que por el artículo 4° del decreto 814/01, según texto modificado por la ley 25.723, los empleadores pueden computar, como crédito fiscal del Impuesto al Valor Agregado, los puntos porcentuales establecidos en el Anexo I de dicha norma.

Que los establecimientos educativos privados incorporados a la enseñanza oficial comprendidos en la ley 13.047 están exceptuados del Impuesto al Valor Agregado, por lo que se encuentran en una situación de inequidad tributaria con relación al resto de las actividades privadas, al no poder compensar valor alguno por este concepto.

Que la situación descripta colisiona, para este sector, con los objetivos planteados al momento de dictarse el decreto 814/01, de establecer el crecimiento sostenido, la competitividad y el aumento del empleo, mediante la reducción de los costos disminuyendo la presión sobre la nómina salarial.

Que conforme la ley 24.049 la administración y supervisión de las instituciones privadas de enseñanza comprendidas en la ley 13.047 fue transferida a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, contando la mayoría de ellas con el aporte estatal para el financiamiento previsto en la ley 26.206, el cual surge de los respectivos presupuestos provinciales y del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Que la aplicación del decreto 814/01 generaría, por lo tanto, un incremento en las partidas presupuestarias provinciales afectadas a los aportes estatales en momentos que las mismas están efectuando ingentes esfuerzos por incrementar los recursos

asignados a educación, según las demandas de la Ley de Financiamiento Educativo, 26.075 y por mantener el equilibrio fiscal, situación que se ha evitado sucesivamente mediante el dictado de los decretos 1.034/01, 284/02, 539/03, 1.806/04, 986/05 y 151/07.

Que la aplicación del decreto 814/01 en los establecimientos de gestión privada provocará un incremento en el valor de los aranceles que abonan las familias por los servicios educativos brindados en instituciones cuyo personal no está totalmente alcanzado por el aporte estatal, impacto que es mayor en aquellas regiones menos favorecidas del país como consecuencia de la situación descripta anteriormente.

Que tal situación puede ocasionar no sólo un detrimento en la calidad educativa, sino que al mismo tiempo puede impactar en el nivel de empleo en este sector, lo que agravaría la situación económica y social actual producida por la crisis financiera mundial y de la que el gobierno nacional procura evitar sus mayores riesgos.

Que los institutos de educación pública de gestión privada incorporados a la enseñanza oficial comprendidos en las leyes 13.047 y 24.049 son regulados y supervisados en cuanto a sus aranceles por las autoridades jurisdiccionales.

Que es prioridad del gobierno nacional favorecer a los sectores de las regiones menos favorecidas del país a través de políticas que promuevan un desarrollo más equitativo e igualitario.

Que la aplicación del decreto 814/01 en las instituciones educativas privadas produciría un efecto contrario a este objetivo de la política nacional, gravando a quienes brindan el servicio educativo, a diferencia del resto de las actividades que no ven incrementados sus costos, lo que hace necesario dictar la presente norma para corregir el efecto no deseado de aplicarse a este sector ese decreto.

Que la aplicación del decreto 814/01 tendría un efecto regresivo en todas las jurisdicciones, pero principalmente en las más necesitadas.

Que la naturaleza excepcional de la situación planteada hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

Que las direcciones generales de Asuntos Jurídicos de los ministerios de Educación y de Economía y Finanzas Públicas han tomado la intervención que les compete.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas por el artículo 99, incisos 1 y 3, de la Constitución Nacional.

Por ello,

*La presidenta de la Nación Argentina en acuerdo general de ministros*

DECRETA:

Artículo 1° – Suspéndese desde el 1° de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010 inclusive, la aplicación de las disposiciones contenidas en el decreto 814 del 20 de junio de 2001, modificado por la ley 25.453, respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encontraren incorporados a la enseñanza oficial conforme las disposiciones de las leyes 13.047 y 24.049.

Art. 2° – Dese cuenta al Honorable Congreso de la Nación.

Art. 3° – Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Decreto 108

CRISTINA E. FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

*Sergio T. Massa. – Aníbal D. Fernández. – Débora A. Giorgi. – Aníbal F. Randazzo. – Julio M. De Vido. – Alicia M. Kirchner. – José L. S. Barañao. – Nilda C. Garré. – Jorge E. Taiana. – María G. Ocaña. – Carlos R. Fernández. – Carlos A. Tomada. – Juan C. Tedesco.*