

**PERÍODO PARLAMENTARIO**  
**2009**  
**ORDEN DEL DÍA N° 115**

**COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE  
DE TRÁMITE LEGISLATIVO (LEY 26.122)**

**Impreso el día 8 de febrero de 2010**

**SUMARIO: Declaración** de validez del decreto 2.010 de fecha 14 de diciembre de 2009. (19-JGM-2009.)

**INFORME**

**I. Dictamen de comisión.**

**II. Dictamen de comisión.**

I

**Dictamen de comisión**

*Honorable Cámara:*

La Comisión Bicameral Permanente 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 2.010 de fecha 14 de diciembre de 2009 mediante el cual se crea el Fondo del Bicentenario para el Desendeudamiento y la Estabilidad. Asimismo, se modifica la ley 23.928.

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 2.010 de fecha 14 de diciembre 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, 30 de diciembre de 2009.

*Miguel A. Pichetto. – Beatriz L. Rojés de Alperovich. – Marcelo A. H. Guinle. – Nicolás A. Fernández. – Patricia S. Fadel. – Luis F. A. Cigogna. – Diana B. Conti. – Jorge A. Landau.*

*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 1.853/60 se planteaba.<sup>1</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 tipificadas 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.

<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.

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 consideraran las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.”

CAPÍTULO CUARTO: *Atribuciones del Congreso.* Artículo 76. – “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

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

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

CAPÍTULO CUARTO: *Del jefe de gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo.* – Artículo 100. –

[...]

”12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

”13. Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.”

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

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

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

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

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.

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>2</sup>

<sup>2</sup> Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Depalma, 1995.

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, Lugaz y Lacambra entienden que existe aun un supuesto previo que es el de la vigencia de un sistema republicano que contemple en especial uno de los requisitos básicos, como lo es el principio de división de poderes.

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

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

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

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

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

La norma precitada establece como presupuesto para dictar decretos de necesidad y urgencia: la existencia de “circunstancias excepcionales” que “hacen imposible recorrer el procedimiento legislativo”.<sup>3</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>4</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>5</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 pusiese en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado —esta constituirá la causa por la cual se considera válido el decreto— [...] razonabilidad de las medidas dispuestas [...] relación entre los medios elegidos por la norma y los fines de ésta [...] examen de la proporcionalidad de las medidas y el tiempo de vigencia de ellas [...] inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados [...] convalidación del Congreso, expresa o tácita...”.

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

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

<sup>3</sup> Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, tomo VI.

<sup>4</sup> Bidart Campos, Germán, “Los decretos de necesidad y urgencia”. Columna de opinión, *La Ley*, 27/2/01.

<sup>5</sup> *La Ley*, 1991-C:158

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>6</sup> controlará la razonabilidad de la medida, que consiste en la adecuación de los medios dispuestos con los fines que se pretenden lograr, exigiendo que en las normas de emergencia exista una proporcionalidad entre las limitaciones impuestas y las circunstancias extraordinarias que se pretenden superar, sin que se produzca una alteración en la sustancia de los derechos constitucionalmente reconocidos.

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

Mientras en el caso “Peralta” convalidó el dictado de este tipo de decretos y estableció los presupuestos fácticos que deben concurrir para la procedencia de su dictado, en el caso “Rodríguez”<sup>7</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 quien 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 jefatura 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>8</sup> cambia el criterio sostenido en el fallo precedente y declara la inconstitucionalidad de los decretos (de necesidad y urgencia) 770/96 y 771/96 emitidos por el 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 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...”.

<sup>6</sup> Artículo 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

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

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 inconstitucional 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 “Risolfá de Ocampo”<sup>9</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>10</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°).

<sup>9</sup> “Risolfá de Ocampo, María José, c/Rojas, Julio César s/ Ejecución de sentencia”, CS, *Fallos*, 323:1934.

<sup>10</sup> “Guida Liliana c/Poder Ejecutivo s/empleo público”, CS, *Fallos*, 323:1566.

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 quicio constitucional que condiciona estrictamente la existencia misma de la voluntad del Congreso en su manifestación positiva (artículo 82 de la Constitución Nacional). No obstante, de esta regulación minuciosa de una facultad que por definición se considera existente, no podría derivarse como conclusión que la ausencia de reglamentación legal del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional deje inerte a la sociedad frente a las situaciones que el propio texto constitucional ahora prevé como excepcionales y, por tanto, merecedoras de remedios del mismo carácter” (considerando 7).

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

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.

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 con 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.

Con la reforma constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados,<sup>11</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.

Tal y como se ha expuesto ut supra, hasta la reforma constitucional de 1994, también se debatía en doctrina acerca de la validez constitucional de los denominados reglamentos de necesidad y urgencia.<sup>12</sup>

Mientras un sector, encabezado por los administrativistas, se inclinaba por su validez constitucional y recibía el apoyo de la realidad jurisprudencial aunque dentro de ciertos límites, otra corriente doctrinaria entendía que resultaban violatorios del sistema de la Constitución de 1.853/60 por considerar, sustancialmente, que afectaban el principio de la división de los poderes.<sup>13</sup>

Conforme el análisis realizado ut supra, este precepto faculta al Poder Ejecutivo a emitir decretos por razones de necesidad y urgencia, cuando se produzcan “circunstancias excepcionales” que “...hicieran imposible seguir los trámites previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Se sostenía que el Congreso no podía delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

<sup>12</sup> Miguel A. Ekmekdjian (en su obra *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1997) entiende que no es correcto llamar a estas normas reglamentos, puesto que son normas de sustancia legislativa y, no obstante ello, son dictadas por el Poder Ejecutivo nacional, y adopta la denominación de “decretos leyes” al referirse a este tipo de instrumentos.

<sup>13</sup> Ekmekdjian se encuentra ente quienes defienden la inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia, fundando su postura en la afectación del principio de división de poderes, y olvidando conforme al criterio de esta comisión el verdadero origen de la teoría de frenos y contrapesos elaborado por Montesquieu y adoptada por nuestra Constitución histórica de 1.853/60.

<sup>14</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.

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 2.010 de fecha 14 de diciembre de 2009 mediante el cual se crea el Fondo del Bicentenario para el Desendeudamiento y la Estabilidad. Asimismo, se modifica la ley 23.928.

### II.a. Análisis del decreto

El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia en el último de los considerandos del citado decreto que él se dicta en uso de las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo nacional por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y por los artículos 2º, 19 y 20 de la ley 26.122.

Tal y como ha sido expuesto ut supra, la ley 26.122 sancionada por el Honorable Congreso de la Nación 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.

En este sentido, el capítulo I, título III, de la ley precitada 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 2.010/09 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, doctor Aníbal D. Fernández, y los señores ministros, de conformidad con el artículo 99, inciso 3, párrafo 3º.

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 4º, se eleva el presente despacho.

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>15</sup>

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto 2.010/09.

Previamente debe destacarse que, conforme lo señala el Poder Ejecutivo nacional en los considerandos del decreto precitado, nuestro país está a punto de iniciar el año de la conmemoración del bicentenario de las luchas de su independencia.

En consecuencia, esta circunstancia histórica obliga al Poder Ejecutivo nacional a diseñar políticas de estado que, trascendiendo la coyuntura, permitan dar pasos prácticos para llevar a cabo proyectos de crecimiento sustentable en los próximos años, adoptando las medidas necesarias y tomando las previsiones para su pronta concreción.

En este marco, el gobierno considera que resulta necesario profundizar el proceso de desendeudamiento iniciado en 2003, para permitir un mayor y mejor acceso al financiamiento tanto para el sector público, como para el sector privado.

En este orden de ideas, “de acuerdo a importantes estudios, la deuda pública que se considera razonable es marcadamente menor en los países en desarrollo que en las naciones industrializadas.

<sup>15</sup> Esta posición ha sido sostenida por autores como Bidart Campos y Pérez Hualde, 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.

”La relación deuda/PBI considerada aceptable para los países en desarrollo oscila en torno al 35 % del PBI, mientras que en algunos países con poco acceso al crédito esa relación es mucho menor; producto de lo que se ha denominado intolerancia a la deuda y que se manifiesta en las dificultades que experimentan los mercados emergentes frente a niveles de deuda que en países desarrollados serían considerados razonables”.<sup>16</sup>

Es dable precisar que, “la obtención de un mayor financiamiento a menores tasas tanto para el sector público como para el sector privado tiene por objeto garantizar el sostenimiento de la inversión pública y privada, sostener el crecimiento de la economía, la creación de trabajo decente y genuino, llevando adelante a su vez iniciativas con criterio federal en etapas negativas del proceso económico.

”Los recursos necesarios a tal fin, tienen que surgir de un uso más eficiente de las reservas del Banco Central de la República Argentina, buscando obtener de ellas no sólo el respaldo a la moneda, sino también la obtención de un mayor provecho para que coadyuven al mayor desarrollo económico interno”.<sup>17</sup>

En este sentido, el Poder Ejecutivo nacional destaca que, ello es posible porque “a partir del año 2003 la acumulación sin precedente de reservas internacionales por parte de los países emergentes en general, y de la Argentina en particular, ha generado un interrogante acerca de su nivel óptimo y su adecuada utilización, específicamente la contribución que esos recursos pueden tener en el crecimiento.

”La acumulación de reservas internacionales siempre ha estado asociada a un costo de oportunidad. Dicho costo puede entenderse como la diferencia entre el rendimiento potencial de las reservas si éstas fueran destinadas a la inversión en la economía real o la cancelación de servicios de deuda y el retorno efectivamente observado como consecuencia de la acumulación de activos”.<sup>18</sup>

Tal y como se señala en los considerandos del decreto objeto de estudio del presente dictamen, respecto a la adecuada utilización de las reservas internacionales, el punto central es que una economía en desarrollo, como la República Argentina, estaría en parte sacrificando crecimiento al mantener esos activos en el exterior con mínimo rédito, sin aprovechamiento alguno en el ámbito interno.

Así, “durante la década de los noventa, en el marco de una creciente integración económica impulsada por la liberalización de los mercados financieros domésticos y del flujo internacional de capitales, se

sucedieron una serie de crisis económico-financieras en diferentes países en desarrollo que alertaron al gobierno argentino, a partir del año 2003, respecto de la urgencia e importancia de diseñar una estrategia para prevenir el ciclo de ataques especulativos –fugas de capital– crisis financiera, generando un cambio estructural en la manera en cómo se acumulaban las reservas internacionales.

”Es conocida la situación generada a partir del auxilio brindado en ocasión de dichas crisis por los organismos multilaterales de crédito, especialmente por el Fondo Monetario Internacional, el cual tendió en la mayoría de los casos a agravar los desequilibrios iniciales más que a revertirlos. La virtual ausencia de un organismo multilateral con capacidad de asistir efectivamente a los países en los momentos que requieren asistencia financiera llevó a varios gobiernos de países en desarrollo, incluido el nuestro, a adoptar políticas de autoseguro”.<sup>19</sup>

El Poder Ejecutivo nacional destaca que “estas políticas han dado buenos resultados, especialmente en la Argentina, que ha logrado obtener superávits a nivel externo y fiscal simultáneamente por primera vez en más de medio siglo, en el marco de un proceso de crecimiento sostenido con creación de empleos y creciente inclusión social.

”Sin embargo, uno de los efectos de la propensión a autoasegurarse redundó en un flujo neto de capitales desde el país que acumula reservas hacia los países desarrollados, dado que la acumulación de reservas internacionales supone la formación de activos externos emitidos por estos países. Así, en el contexto internacional actual el ahorro excedente de los países en desarrollo en general, y de la Argentina en particular, tiende a financiar el gasto de las economías más desarrolladas.

”En suma, la estrategia precautoria –el seguro para reducir la posibilidad de incurrir en una crisis financiera– se estableció en los lineamientos de incrementar, tanto como se pudiese, la liquidez a través de la acumulación de reservas internacionales”.<sup>20</sup>

En este sentido, se subraya que, uno de los objetivos de la acumulación de activos internacionales –similar al de cualquier país en desarrollo– fue tomar en cuenta no sólo los déficits anticipados en la cuenta corriente de la balanza de pagos, sino también los riesgos de liquidez provenientes de repentinos movimientos (léase fugas) de capital, así también como estrategia para evitar la sobreapreciación cambiaria. De tal forma, la liquidez y la seguridad han sido objetivos primarios de la acumulación de reservas, mientras que la maximización de rendimientos ha sido secundaria.

<sup>16</sup> Decreto del Poder Ejecutivo nacional 2.010 de fecha 14 de diciembre de 2009.

<sup>17</sup> Decreto del Poder Ejecutivo nacional 2.010 de fecha 14 de diciembre de 2009.

<sup>18</sup> Decreto del Poder Ejecutivo nacional 2.010 de fecha 14 de diciembre de 2009.

<sup>19</sup> Decreto del Poder Ejecutivo nacional 2.010 de fecha 14 de diciembre de 2009.

<sup>20</sup> Decreto del Poder Ejecutivo nacional 2.010 de fecha 14 de diciembre de 2009.

De este modo, en esta primera etapa, este gobierno decidió mantener activos internacionales por motivos de precaución y de transacción, con la premisa de preservar la confianza en los mercados tanto internos como externos respecto del cabal cumplimiento de las obligaciones denominadas en moneda extranjera.

En términos generales, el camino hacia un mayor grado de sustentabilidad de la deuda pública parece ser el producto de un proceso combinado de generación sistemática de superávits primarios, de mecanismos de autoseguro (como los esquemas de prepago de deuda durante las fases de auge o de reducción de las tasas de interés), y de mejoramiento de las condiciones de financiamiento.

Considerando el actual escenario signado por los efectos de la dinámica de la deuda pública en un entorno de bajo crecimiento y de crisis financiera internacional, parece ser claro que para apuntalar la política de desendeudamiento, además de los esfuerzos domésticos para generar superávits primarios persistentes, son necesarios aportes sustantivos de otras fuentes, como el exceso de reservas internacionales, para procurar reducir el stock de deuda, mejorar el perfil de vencimientos, y abaratar el costo financiero cuando corresponda.

Resulta preciso señalar que “la estrategia de acumulación de reservas no ha venido siendo exclusiva de Argentina, puesto que en otras economías tales como México, Tailandia, Corea, Malasia, Filipinas, Indonesia, Brasil, Turquía y Rusia se ha adoptado la acumulación de reservas como seguro, en gran medida por la entrada de divisas del saldo de comercio exterior, producto de una mejora de los términos de intercambio, que crecieron entre 2003 y 2008 más de un 50%, alcanzando su nivel más alto en sesenta años. Desde abril de 2001 se lleva acumulado un saldo comercial positivo de u\$s 112.158 millones (u\$s 11.000 millones al año), que se vio potenciado a partir de 2003.

“Las reservas internacionales se quintuplicaron entre comienzos de 2003 y diciembre de 2009, pasando de u\$s 8.245 millones a u\$s 47.539 millones; aun a pesar de haber pagado con ellas u\$s 9.530 millones al Fondo Monetario Internacional a principios de 2006. Como porcentaje del producto bruto interno, las reservas pasaron de 9,5 % a alrededor de 16,4 % en el mismo período.

“El rendimiento anual promedio ponderado obtenido por la administración de las reservas internacionales del BCRA en el período 2003-diciembre 2009 se ubicaría en orden al 3 % en dólares. En particular, desde 2007 el rendimiento obtenido ha experimentado una sensible baja llegando en la actualidad a menos del 0,5 % anual.

“Adicionalmente, cuando las autoridades monetarias compran las divisas a los exportadores a través de la emisión de letras o notas vía operaciones monetarias de esterilización, la tasa de interés de dichos instrumentos serán mayores a la que recibe de las reservas.

“Por supuesto, la acumulación de activos internacionales sin precedente no resulta gratuita, ya que diversos estudios han estimado que el exceso de acumulación de reservas, definido por el criterio del cociente de reservas internacionales a importaciones, tiene asociado un costo de alrededor de 1 % del PBI.

“Como lo demostró la crisis financiera mundial reciente, a pesar de contar con abultadas reservas internacionales en el BCRA, al Tesoro nacional (al igual que el resto de los países emergentes) no le facilitó el acceso al crédito a nivel internacional. Por lo tanto, en la práctica, la acumulación excesiva de reservas en sí mismo y sin utilización de dichos recursos en forma concreta, no lleva necesariamente, en todos los escenarios posibles, a mejores condiciones de crédito en los mercados externos.”<sup>21</sup>

El Poder Ejecutivo nacional deja constancia en los considerandos del precitado decreto 2.020/09 que, si bien la acumulación de reservas internacionales contribuye al crecimiento a través de la estabilidad financiera, es decir, reduciendo la incidencia del ciclo ataques especulativos-crisis financieras, tal acumulación puede resultar demasiado onerosa si se lleva adelante muy por encima de niveles óptimos, al –como se dijo– subutilizar recursos.

Cabe recordar que, a fines del año 2005 se llevó adelante mediante el decreto de necesidad y urgencia 1.599, ratificado por la ley 26.076, y el decreto 1.601 un uso de las reservas internacionales de libre disponibilidad para apuntalar el proceso y la política de desendeudamiento, en relación con la cancelación del endeudamiento ante el Fondo Monetario Internacional. Dicha operación actuó como una muestra cabal de posibles esquemas de financiamiento al sector público a través de la utilización de reservas para fines específicos, coadyuvando a una mejora en la percepción de los inversores.

En tal sentido, otros países con reservas internacionales que, a primera vista, parecen excesivas en relación con sus necesidades inmediatas, como es el caso de China, Rusia y Japón han comenzado a administrar las reservas de sus bancos centrales buscando obtener de ellas mayor provecho, invirtiendo tanto en títulos públicos como en acciones de capital privado, a los fines no solamente de diversificar sus carteras, sino principalmente de coadyuvar al desarrollo económico interno.

Asimismo, ante la reducción de las líneas de financiamiento destinadas a exportaciones, el Banco Central de Brasil decidió en marzo 2009 prestar reservas internacionales vía subastas para ser utilizadas con este y otros fines por las empresas brasileñas, al tiempo que también se financiarán vencimientos de obligaciones externas de las mismas con similares recursos, prove-

<sup>21</sup> Decreto del Poder Ejecutivo nacional 2.010 de fecha 14 de diciembre de 2009.

yendo así al mercado con mayor liquidez en moneda extranjera.

Es por ello que, en las condiciones actuales el uso acotado de reservas no tendrá mayor impacto sobre la política monetaria, ni es susceptible de lesionar el superávit cuasifiscal, ni puede implicar un deterioro en la calidad de la cartera de activos, que quedará más indisolublemente ligada al desendeudamiento y fortalecimiento de nuestra economía.

En conclusión, el exceso de reservas internacionales surge como una fuente de recursos que, de ser aprovechados estratégicamente, podrían promover el crecimiento e incrementar la competitividad de la economía, mediante su utilización para profundizar el proceso de desendeudamiento.

El gobierno nacional considera que, si estas acciones no se llevaran a cabo, su omisión constituirá un factor crucial que dificultará gravemente el crecimiento de importantes sectores económicos en el mediano y largo plazo, entendiéndose que tales acciones deben instrumentarse en el contexto de una estrategia bien definida, donde los recursos sean canalizados de tal manera que su efecto, y sus beneficios en términos de cancelación de servicios de deuda, sean maximizados.

Por otra parte, así como resulta imperioso mantener la estabilidad monetaria y financiera, condición necesaria para el normal funcionamiento del mercado crediticio y financiamiento del sector productivo, también resulta necesario –sin afectar la estabilidad monetaria y financiera– llevar adelante políticas activas que permitan aplicar los recursos disponibles para financiar el crecimiento económico, resaltando al mismo tiempo tanto la capacidad como la voluntad de pago que tiene la República respecto de sus compromisos.

En tal sentido, el decreto en análisis propicia sustituir el artículo 6° de la ley 23.928, previendo en su segundo párrafo que las reservas de libre disponibilidad podrán aplicarse además al pago de servicios de la deuda pública del Estado nacional, creando de este modo el Fondo del Bicentenario para el Desendeudamiento y la Estabilidad, cuyo objetivo es llevar adelante los pagos de la deuda pública del Tesoro nacional con vencimiento en el año 2010 y será administrado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el que reglamentará los aspectos operativos atinentes al mismo.

En este orden de ideas, el artículo 1° del precitado decreto en análisis, sustituye el artículo 6° de la ley 23.928, el cual quedará redactado de la siguiente forma:

“Artículo 6°: Los bienes que integran las reservas mencionadas en los artículos anteriores son inembargables, y pueden aplicarse exclusivamente a los fines previstos en la presente ley. Las reservas, hasta el porcentaje establecido en el artículo 4°, constituyen, además, prenda común de la base monetaria. La base monetaria en pesos está constituida por la circulación monetaria más los depósitos a la vista de las entidades

financieras en el Banco Central de la República argentina, en cuenta corriente o cuentas especiales.

“Las reservas de libre disponibilidad podrán aplicarse al pago de obligaciones contraídas con organismos financieros internacionales y al pago de servicios de la deuda pública del Estado Nacional.”

El citado fondo se integrará con la suma de dólares estadounidenses seis mil quinientos sesenta y nueve millones (u\$s 6.569.000.000), o su equivalente en otras monedas, correspondiendo a vencimientos con organismos multilaterales la suma de dólares estadounidenses dos mil ciento ochenta y siete millones (u\$s 2.187.000.000) y a vencimientos con tenedores privados la de dólares estadounidenses cuatro mil trescientos ochenta y dos millones (u\$s 4.382.000.000), que el Banco Central de la República Argentina transferirá al Tesoro nacional de las reservas de libre disponibilidad.

El precitado decreto dispone que el Banco Central de la República Argentina, como contraprestación, recibirá un instrumento de deuda emitido por el Tesoro nacional consistente en una letra intransferible denominada en u\$s, a diez (10) años con amortización íntegra al vencimiento, la que devengará una tasa de interés igual a la que devenguen las reservas internacionales del Banco Central de la República Argentina para el mismo período y hasta un máximo de la tasa Libor anual menos un punto porcentual, cancelando los intereses semestralmente. Dicho instrumento se considera comprendido en las previsiones del artículo 33 de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina.

Asimismo, estando integrado el fondo por parte de las reservas de libre disponibilidad, su transferencia al Tesoro nacional no se encuentra alcanzada por la prohibición contenida en el artículo 19 inciso a) y en lo dispuesto en el artículo 20 de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, ni puede ser considerado a los fines de la autorización concedida por el artículo 43 de la ley 26.546.

Las razones de necesidad y urgencia requeridas para habilitar la competencia del Poder Ejecutivo en materia legislativa han sido descriptas en los considerandos del precitado decreto, destacando que la particular naturaleza de la situación planteada y la urgencia requerida para su resolución configura una circunstancia excepcional que hacen imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, razón por la cual el Poder Ejecutivo nacional adopta la presente medida con carácter excepcional.

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>22</sup>

<sup>22</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).

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

### III. Conclusión

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos en lo que respecta al dictado del decreto 2.010/09, 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 2.010 de fecha 14 de diciembre de 2009.

*Miguel A. Pichetto. – Beatriz L. Rojés de Alperovich. – Marcelo A. H. Guinle. – Nicolás A. Fernández. – Patricia S. Fadel. – Luis F. A. Cigogna. – Diana B. Conti. – Jorge A. Landau.*

## II

### Dictamen de comisión

*Honorable Cámara:*

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo (Ley 26.122) ha considerado el mensaje del jefe de Gabinete de Ministros 548 de fecha 14 de diciembre de 2009 por medio del cual se comunica el dictado del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 2.010/09 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

*La Cámara de Diputados de la Nación*

RESUELVE:

1° – Rechazar el decreto de necesidad y urgencia 2.010/2009 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.

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, 30 de diciembre de 2009.

*Luis P. Naidenoff. – Rubén O. Lanceta. – Ramón J. Mestre. – Liliana T. Negre de Alonso. – Marcela V. Rodríguez. – Adolfo Rodríguez Saá. – Enrique L. Thomas. – Juan P. Tunnessi.*

## 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, dice lo siguiente: “Al Jefe de Gabinete de Ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde: [...] 12. Refrendar los decretos que

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

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: “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”.

“*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 CN 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 a esta comisión expedirse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3, CN 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, conjuntamente 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

<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*, t. VI, *La reforma constitucional de 1994*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 444.

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.

Por otra parte, 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 invada 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.

Midón<sup>3</sup> señala que verificar si un decreto de necesidad y urgencia satisface el test de razonabilidad es una operación lógica que para el operador de la Constitución (Poder Judicial y/o Congreso) debe principiar por el examen de la necesidad del acto, o sea la comprobación objetiva de que concurre el hecho habilitante tipificado por la Ley Fundamental. Esto es, la existencia de necesidad, más la urgencia, más los acontecimientos que impiden la deliberación del Congreso.

Habrà 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:

DNU 1.801/2009, publicado en el Boletín Oficial del 15 de diciembre de 2009, bajo el número 31.801, página 3, dictado por el Poder Ejecutivo Nacional; se sustituye el artículo 6° de la ley 23.928 y sus modificatorias por el siguiente: “Artículo 6° – Los bienes que integran las reservas mencionadas en los artículos anteriores son inembargables, y pueden aplicarse exclusivamente a los fines previstos en la presente ley. Las reservas, hasta el porcentaje establecido en el artículo 4°, constituyen, además, prenda común de la base monetaria. La base monetaria en pesos está constituida por la circulación monetaria más los depósitos a la vista de las entidades financieras en el Banco Central de la República Argentina, en cuenta corriente o cuentas especiales. Las reservas de libre disponibilidad podrán aplicarse al pago de obligaciones contraídas con organismos financieros internacionales y al pago de servicios de la deuda pública del Estado nacional” (artículo 1°); se crea el Fondo del Bicentenario para el Desendeudamiento y la Estabilidad, cuyo objetivo es la cancelación de servicios de la deuda con vencimiento en el año 2010 y será administrado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el que reglamentará los aspectos operativos atinentes al mismo (artículo 2°). Este fondo creado por el artículo 2° se integrará con dólares estadounidenses seis mil quinientos sesenta y nueve millones (u\$s 6.569.000.000), o su equivalente en otras monedas, correspondiendo a vencimientos con organismos multilaterales la suma de dólares estadounidenses dos mil ciento ochenta y siete millones (u\$s 2.187.000.000) y a vencimientos con tenedores privados la de dólares estadounidenses cuatro mil trescientos ochenta y dos millones (u\$s 4.382.000.000), que el Banco Central de la República Argentina transferirá al Tesoro nacional de las reservas de libre disponibilidad. Como contraprestación el Banco Central de la República Argentina recibirá un instrumento de deuda emitido por el Tesoro nacional consistente en una letra intransferible denominada en u\$s a diez (10) años con amortización íntegra

<sup>3</sup>Midón, Mario A. R., “Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales”. *La Ley*, 2001, Buenos Aires, p. 120.

al vencimiento, la que devengará una tasa de interés igual a la que devenguen las reservas internacionales del Banco Central de la República Argentina para el mismo período y hasta un máximo de la tasa LIBOR anual menos un punto porcentual. Los intereses se cancelarán semestralmente. Dicho instrumento se considera comprendido en las previsiones del artículo 33 de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina. Esta letra no se encuentra comprendida en la prohibición establecida en el artículo 19 inciso a) y en lo dispuesto en el artículo 20 de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, ni será considerada a los fines de la autorización concedida por el artículo 43 de la ley 26.546 (artículo 3°).

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...”)<sup>4</sup> 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, de la CN dice: “...serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos juntamente con el jefe de gabinete de ministros”.

La Constitución no indica quórum requerido para esa reunión, pero dado el carácter excepcional de la medida, el acuerdo general debe incluir a todos los ministros, quienes una vez debatido el asunto están obligados a firmar el decreto.

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

–Cuenta con el acuerdo general de ministros, la refrendata de ellos y del jefe de Gabinete previstos como requisitos formales.

–Cuenta con la mayoría del cuerpo ministerial, también previsto por la doctrina como requisito formal.

–El decreto ha sido presentado dentro del plazo previsto que el jefe de Gabinete tiene 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 insana-ble, 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 conjuntamente 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).

“Pero fundamentalmente, el ‘abecé’ parece radicar en la exigencia inexorable de que resulte ‘imposible’ seguir el trámite regular de las leyes. Por ende, ni el apuro presidencial en tomar una medida, ni la conveniencia o la necesidad de tal medida, ni la urgencia valorada por el Ejecutivo, ni la lentitud de las cámaras, ni aun la hostilidad hacia un determinado proyecto de ley, configuran aquella imposibilidad que en circunstancias excepcionales (volvemos a leer los vocablos del texto) habilita a dictar un decreto de necesidad y urgencia.

”Tampoco recomendaciones o presiones –y mucho menos imposiciones– de sectores sociales u organismos internacionales sirven de pedestal para alzar normas presidenciales de naturaleza legislativa, so pretexto de necesidad, urgencia, o cosa semejante.

”Hay que acostumbrarse a recluir cada competencia –sobre todo las ajenas a un órgano que solamente por excepción puede asumirlas– en su rígido casillero constitucional, porque salirse de él es descarrilar las instituciones republicanas, evadir la división de poderes, y erigir el voluntarismo del Ejecutivo en un lema que no se diferencia demasiado de aquel otro monarquista y francés ‘El Estado soy yo’. Hemos de responder que, en la democracia, el Estado ‘somos nosotros’, el pueblo, la sociedad. Y nosotros hemos aprendido y queremos que la Constitución se respete y se cumpla.”<sup>4</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 hicieran 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.

En este sentido es clarificador el criterio de la Corte en el caso “Verrocchi”<sup>5</sup> que [...] “para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades le-

<sup>4</sup> Bidart Campos, Germán J., “Los decretos de necesidad y urgencia”, *La Ley*, 2001-A, 1.114, p. 2.

<sup>5</sup> *Fallos*, 322: 1726, considerando 9, párrafo 1.

gislativas 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, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes”.

Sometiendo a esta prueba (test) de constitucionalidad al DNU 2.010/2009, remitido a la Comisión Bicameral Permanente para su consideración, advertimos que no reúne los requisitos sustanciales exigidos por la norma reglamentaria.

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 cumplan los requisitos para la legítima utilización de dicha facultad.

Es así que el DNU 2.010/2009, dentro de las argumentaciones sobre la imposibilidad de seguir los trámites previstos por la Constitución, establece:

“...Que la urgencia en la adopción de la presente medida hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes. Que la ley 26.122, regula el trámite y los alcances de la intervención del Honorable Congreso de la Nación respecto de los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo nacional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional”.

De los argumentos planteados en el DNU se desprende que no existe un presupuesto habilitante para el dictado de esta norma de excepción, 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 repuesta del Poder Legislativo ante una necesidad súbita e imperiosa de su intervención.

Estamos ante una argumentación dogmática, pues se enuncia una urgencia, pero no se funda en situaciones fácticas que demuestran tal situación.

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 ése 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 circuns-

tancias 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 un decreto de necesidad y urgencia en lugar de recurrir al trámite ordinario de las leyes. El DNU en estudio intenta encontrar justificación aludiendo a la urgencia que no acredita.

En realidad a través del DNU 2.010/09 se esta cometiendo una gravísima afrenta a la denominada independencia del Banco Central. En este sentido debemos aclarar que estamos ante una entidad autárquica con características especiales regida por las disposiciones de la Carta Orgánica del Banco Central (ley 20.539 y modificatorias) y las demás normas legales concordantes (vg. ley 23.928 - ley de convertibilidad), que determinan que la misión primaria y fundamental del Banco Central es preservar el valor de la moneda. Por ello esta institución deberá desarrollar una política monetaria y financiera dirigida a salvaguardar las funciones del dinero como reserva de valor, unidad de cuenta e instrumento de pago para cancelar obligaciones monetarias, en un todo de acuerdo con la legislación que dicte el Honorable Congreso de la Nación.

Por otro lado, expresamente establece el artículo 3° de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina que la formulación y ejecución de la política monetaria y financiera el Banco Central no estará sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo Nacional. Asimismo, expresa el mismo artículo que el Banco Central no podrá asumir obligaciones de cualquier naturaleza que impliquen condicionar, restringir o delegar sin autorización expresa del Honorable Congreso de la Nación, el ejercicio de sus facultades legales.

Y es por esta razón que el Banco Central es independiente del Poder Ejecutivo de turno. Con este DNU el gobierno esta avasallando esta la independencia de este organismo.

Es por ello, que se altera la división de poderes al invadir una zona de reserva legislativa porque es el Congreso quien posee las facultades de reglamentar el funcionamiento de del BCRA, de arreglar el pago de deuda pública y de fijar el valor de la moneda (artículo 75, incisos 6, 7 y 11, de la Constitución Nacional).

Es así que de la letra del propio DNU 2.010/2009 se desprende que no existe urgencia tal que habilite el dictado de estas normas de excepción. Veamos que el decreto expresa que se constituye un fondo, cuyo objetivo es la cancelación de servicios de la deuda con vencimiento en el año 2010 (artículo 1°), no siendo

estas cancelaciones de tal inmediatez que constituyan el presupuesto habilitante del dictado de un DNU.

En los considerandos del DNU se expresa que existe una “urgencia en la adopción de la presente medida”, pero tal apreciación no es cierta por que los vencimientos de la deuda acontecen en agosto del año 2010, y por otro lado, se manifiesta la imposibilidad de seguir el trámite de las leyes pero no se fundamenta en hechos que demuestren tal imposibilidad. Es por estas consideraciones, que entendemos que estamos ante un decreto asentado en una argumentación dogmática.

En síntesis, lo que hace el DNU 2.010/2009 es apropiarse de competencias que el Constituyente puso en cabeza del Congreso Nacional, como es el pago de la deuda y la reglamentación de la banca federal.

A nuestro entender, tal como lo expresábamos con anterioridad, el texto de los decretos en cuestión no evidencia circunstancias excepcionales que configuren un presupuesto habilitante para el dictado de este tipo de normas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en el caso “Peralta”<sup>6</sup> que “puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo. Esto, bien entendido, condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; y 2) porque –y esto es de público y notorio– ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados” (considerando 24 del voto de la mayoría).

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

Por ello resulta de suma importancia resaltar que la aprobación del decreto de necesidad y urgencia en estudio, habilitaría al Poder Ejecutivo nacional a valerse de este tipo de normas para imponer su criterio de una forma absolutamente arbitraria. Hecho que configuraría un verdadera aberración en un Estado democrático.

*Esta Comisión Bicameral no puede convalidar esta anomalía*

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.

Por ello, toda vez que el decreto de necesidad y urgencia sometido a examen no cumple los requisitos sustanciales exigidos por la norma de aplicación, a fin de ejercer un debido control de constitucionalidad, es que ésta Comisión Bicameral Permanente no puede convalidar el dictado del mismo y en consecuencia propone su rechazo.

*Luis P. Naidenoff. – Ramón J. Mestre.*

## INFORME DE LA SEÑORA DIPUTADA MARCELA V. RODRÍGUEZ

### *I. 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 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

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

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

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:

1. La existencia de una situación de grave riesgo social que pudiese en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado.
2. La razonabilidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas a través del decreto.
3. La inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados.
4. La convalidación del Congreso.

Como se puede observar, el fallo “Peralta” asienta y confirma importantes cuestiones vinculadas entre sí: por un lado establece la validez 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 situación 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, lo que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”.

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

#### I.1. *Requisitos sustantivos y formales para el dictado de los DNU*

##### I.1.1. *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 esos 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 forman la Constitución Nacional puedan ser interpretadas de manera que se concilien entre ellas. En este sentido, 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 expresas en relación con la cuestión que nos ocupa. Una de ellas está contenida en el artículo 99, inciso 3, que comentaremos en detalle mas 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 ni la de las provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, 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

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

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

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.

## I.2. Requisitos sustantivos

### I.2.1. 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.

Estas “circunstancias excepcionales” deben proyectarse consecuentemente en la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la 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, la Corte, con mayoría integrada por Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert, confirmó la decisión. Allí recordó Poder Ejecutivo fue dotado de esta facultad “de modo excepcional, para conjurar situaciones límites o peligros de efectos catastróficos”, asegurando que “la necesidad que justifica el ejercicio de tales poderes excepcionales es 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 supuesta cierre del Congreso frente a situaciones de guerra u otro tipo de catástrofe 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.

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

<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, 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 de mayo de 1986, párrafo 36.

<sup>13</sup> CSJN, 6/6/1995, “Video Club Dreams c/Instituto Nacional de Cinematografía”, *La Ley*, 1995-D, 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, 415.

<sup>16</sup> Considerando 4°.

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

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 circunstancias 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 ha sido requerida 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 de a 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 de ciertos contenidos materiales por de medio de 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 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 “Risolfía 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 ordinarios previstos por la Constitución para la forma ion y sanción de las leyes”.<sup>23</sup>

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

### 1.2.2. 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 materias vedadas constituyen una reserva legal, es decir una actividad excluida”<sup>25</sup>. La prohibición de dictar decretos de urgencia de sustancia penal tributaria tiene como objetivo reforzar el principio de legalidad, que en esos ya estaba asegurado en la Constitución (artículos 17° y 18° de la Constitución).

Respecto al principio de legalidad tributaria, la Corte Suprema ha sostuvo la invalidez de diversos decretos que han modificado normativa tributaria encontrarlos violatorios al principio aquí comentado. Así, en el caso ya “Video Club Dreams”<sup>26</sup>, la Corte declaró la inconstitucionalidad de un tributo creado por el decreto de necesidad y urgencia 2.736/91, con las modificaciones del 949/92, porque creó un hecho imponible distinto del previsto por ley 17.741, obviando el principio de legalidad tributaria. Criterio que repetiría en el “Berkley Internacional ART”<sup>27</sup>, donde consideró inconstitucional el decreto 863/98, por cuanto creó una tasa que percibiría la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) sobre la recaudación que efectúa en favor de aquélla.

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>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> *Op. cit.*

<sup>27</sup> CSJN, 21/11/2000, “Berkley Internacional ART c/Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, *Fallos*: 323: 3770.

<sup>28</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>18</sup> Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos 1995, t. VI. p. 433.

<sup>19</sup> *Op. cit.*

<sup>20</sup> *Op. cit.*, considerando 9°.

<sup>21</sup> CSJN, 20/2/2001, “Casime, Carlos A. c/Estado nacional”, DT 2001-A, 775.

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

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>29</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>30</sup>

### 1.2.3. La motivación

El tercer requisito sustantivo se deriva del principio republicano de gobierno plasmado en el artículo 1º de la Constitución Nacional<sup>31</sup> y es la exigencia motivación que todo decreto de necesidad y urgencia debe tener pa 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>32</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 funda 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 hombres. Con base en los hechos del caso y no con invocaciones abstractas genéricas aplicables a una serie indeterminada de casos”<sup>33</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 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>34</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 primer orden para conocer la realidad del obrar de la administración”<sup>35</sup>.

También, respecto a este requisito, la Corte ha hecho expensas consideraciones interpretativas. Así, en “Video Club Dreams”<sup>36</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>37</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>38</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>39</sup>

<sup>34</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.

<sup>35</sup> Tawil, Guido Santiago y Montí, Laura Mercedes, *La motivación del acto administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 83. Cabe recordar que el artículo 7º de la Ley de Procedimientos Administrativos incorporó la motivación como uno de los requisitos esenciales del acto, cuya ausencia deriva en la nulidad.

<sup>36</sup> *Op. cit.*

<sup>37</sup> *Op. cit.*

<sup>38</sup> CSJN, 1/2/2002, “Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en: Smith, Carlos c/PEN s/sumarísimo”, *La Ley*, 2002, 112.

<sup>39</sup> Considerando 11.

<sup>29</sup> Corte IDH; *op. cit.*, párrafo 22.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, párrafo 24.

<sup>31</sup> “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

<sup>32</sup> Buj Montero, M., “El acto administrativo: elementos” en *Manual de derecho administrativo*, Farrando, I, (coordinador), Depalma, 2000, Buenos Aires, p. 197.

<sup>33</sup> Gordillo, A.; *Tratado de derecho administrativo*, t. III, 9ª edición, Buenos Aires, FDA, 2007, p. 13.

#### 1.2.4. *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 proporción 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 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>40</sup>

La Corte Suprema sostuvo esta idea en el caso “Sallago”<sup>41</sup>, donde la disidencia de Fayt señaló que el test de razonabilidad entre la emergencia que imponga 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>42</sup>

#### 1.2.5. *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>43</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 presume razonablemente durará la emergencia o bien el indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria.

#### 1.3. *Requisitos formales: análisis de la ley 26.122*

Cuando se reflexiona sobre 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 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 funciones: la función de orientación política y la función de control<sup>44</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>45</sup>

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 considerará 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 intermediación 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 12 años la sanción de la norma que reglamenta la Comisión Bicameral Permanente encargada de controlar la legalidad de las disposiciones emitidas por el Ejecutivo. La ley 26.122 merece severas críticas, que ponen en tela de juicio 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 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

<sup>40</sup> Bidart Campos, G., *op. cit.*, p. 805.

<sup>41</sup> CSJN, 10/10/1996, “Sallago Alberto c/Astra CAPSA”, *La Ley*, 1998-C, 950.

<sup>42</sup> Considerando 4°.

<sup>43</sup> CSJN 15/5/1959, “Nadur, Amar c/Borelli, Francisco”.

<sup>44</sup> De Vergotini, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1987. Citado en Nino, C., *op. cit.*, p. 531

<sup>45</sup> *Op. cit.*, p. 535.

“tal tipo de reglamentación no podría sortear la tacha de inconstitucionalidad”.<sup>46</sup>

La ley 26.122 adolece de diversos problemas constitucionales, 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>47</sup>. El bicameralismo permite una instancia de revisión más a las decisiones tomadas e implica un debate más amplio y representativo, con lo cualquier 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 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 de la 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”**. (El resaltado nos pertenece). 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>48</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*

¿Qué sucede 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 todo los casos, la sanción tácita o ficta**” (El resaltado es nuestro). La Constitución Nacional 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 inferir e un razonamiento lógico de ninguna naturaleza dirigido a convalidar una habilitación legal en sentido contrario.<sup>49</sup>

Pero, la ley 26.122 establece en sus artículos 22 y 24 que “Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 Constitución Nacional” y 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 dura vigencia”, respectivamente.

Se puede inferir que la voluntad política ha sido la de otorgarle al silencio carácter convalidante, contrario a la norma constitucional<sup>50</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 inva-

<sup>46</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*.

<sup>47</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>48</sup> Gelli, M.A., “Constitución Nacional comentada y concordada”, *La Ley*, 2002, p. 439.

<sup>49</sup> *Op. cit.*

<sup>50</sup> Millón Quintana, J. y Mocoroa, J. M., “El presidencialismo sin happy ending. A propósito de la ley 26.122 y los decretos de necesidad y urgencia”, *JA*, 2007-1-1328.

lidez salvo que se den determinadas condiciones, por lo tanto la disposición infraconstitucional que invierta el principio general es inconstitucional”.<sup>51</sup> En esta misma línea, María Angélica Gelli sostiene que el “silencio” de las Cámaras o el rechazo de alguna de ellas “implicará caducidad del decreto”, ya que “el silencio del Congreso no posee efecto convalidatorio”.<sup>52</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 cita 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>53</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 dicta los decretos de necesidad y urgencia, resulta particularmente relevante la participación activa del Congreso Nacional, por ser el poder dotado de 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>54</sup>

La participación del Congreso introduciendo 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.

### 4. 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.

#### II. Análisis en particular del decreto 2.010/2009

El decreto de necesidad y urgencia 2.010/2009<sup>55</sup> fue dictado el diciembre de 2009 (“Deuda pública. Fondo del Bicentenario para el Desendeudamiento y la Estabilidad - modificación ley 23.928”) publicado en el Boletín Oficial del 15 de diciembre de 2009.

El artículo 1º del citado decreto 2.010/2009 modifica el artículo 6º de la ley 23.928, de convertibilidad del austral, de modo tal que las reservas de libre disponibilidad del BCRA puedan ser usadas para pagar deuda pública del Estado nacional.

Originalmente,<sup>56</sup> la ley 23.928 disponía que “las reservas de disponibilidad del Banco Central de la República Argentina en divisas extranjeras, serán equivalentes a por lo menos el ciento por ciento (100 %) de la base monetaria” (artículo 4º) y que las reservas de libre disponibilidad “constituyen prenda común de la base monetaria, son inembargables, y pueden aplicarse exclusivamente a los fines previstos en la presente ley” (artículo 5º). La finalidad de las reservas de libre disponibilidad era respaldar la base monetaria y preservar el valor de la moneda.<sup>57</sup>

La ley 23.928 fue modificada por el decreto 1.599/2005. Con anterioridad la modificación dispuesta por el decreto 1.599, el término “reservas de disponibilidad” refería a todas las reservas del BCRA y debían ser “equivalentes por lo menos el ciento por ciento

<sup>51</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>52</sup> Gelli, M. A., *op. cit.*, p. 697.

<sup>53</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>54</sup> Balbín, C., *op. cit.*, p.123. En el mismo sentido, Pérez Hualde, *Decretos de necesidad y urgencia*, Depalma, 1995, p. 252.

<sup>55</sup> Decreto 2.010/2009: Poder Ejecutivo nacional (PEN), 14 diciembre 2009, publicado en el Boletín Oficial del 15 diciembre 2009, Nº 31.801, p. 3.

<sup>56</sup> Ley 23.928: Honorable Congreso de la Nación Argentina, 27 de marzo de 1991. Convertibilidad del austral. Régimen legal. Publicada en el Boletín Oficial del 28 de marzo de 1991, Nº 27.104, p. 1.

<sup>57</sup> Luego, el artículo 6º fue sustituido por el artículo 4º de la ley 25.561, Boletín Oficial 7/1/2002. Emergencia pública y reforma del régimen cambiarlo: ley 25.561. Se reemplaza la palabra australes por “pesos”. También se modifica “el texto de los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 10 de la ley 23.928 y su modificatorio”.

(100 %) de la base monetaria”. El decreto 1.599/2005 dispuso que “(l)as reservas del Banco Central de la República Argentina en oro y divisas extranjeras serán afectadas a respaldar hasta el ciento por ciento (100%) de la base monetaria”. (artículo 4°). El decreto, además, modificó el significado del término “reservas de libre disponibilidad”, que ahora se refiere a las reservas del BCRA que exceden el 100 % de la base monetaria. Por último, a través de la modificación del artículo 6° de la ley 23.928, el PEN dispuso que las reservas de libre disponibilidad (esto es, aquellas<sup>58</sup> que exceden el 100 % de la base monetaria) ya no son “prenda común de la base monetaria”, pues limitó esta función a las reservas hasta un porcentaje equivalente al 100% de la base monetaria. Además, y al desafectar las reservas de libre disponibilidad de su función de prenda de la base monetaria, el decreto permitió que puedan ser usadas para pagar obligaciones contraídas con organismos financieros internacionales, siempre que ello resulte de efecto monetario neutro.<sup>59</sup>

El DNU 1.599/2005, fue dictado el 15 de diciembre de 2005 y publicado en el Boletín Oficial<sup>60</sup> el 16 de diciembre. El mismo 15 de diciembre, el Banco Central de la República Argentina, eleva el comunicado 48.434 del 15/12/2005<sup>61</sup> referido a la “definición de un segmento de reservas de libre disponibilidad”.

El DNU 2.010/2009 vuelve a modificar el artículo 6° de la ley 23.928 para las reservas de libre disponibilidad el destino que el PEN asigne a su arbitrio. En consecuencia, las reservas de libre disponibilidad no sólo podrán ser usadas el pago de obligaciones contraídas con organismos internacionales sin también podrán aplicarse al pago de la deuda pública del Estado nacional cualquiera sea el acreedor.

Con objeto de cancelar los servicios de la deuda con vencimiento en el año 2010, el DNU en discusión crea el Fondo del Bicentenario para el Desendeuda-

miento y la Estabilidad. El Fondo se integrará con u\$s 6.569.000.000. El 33,29 % de ese monto se utilizará para pagar a organismos multilaterales y el 66,70 % para el pago a tenedores privados.

A cambio de los más de seis mil quinientos millones de dólares, el CRA recibirá un instrumento de deuda emitido por el Tesoro nacional, denominada en dólares con vencimiento dentro del plazo de 10 años, con amortización íntegra al vencimiento, y que devengará una tasa de interés igual a la que devenguen las reservas internacionales del BCRA para el mismo período y hasta un máximo la tasa LIBOR<sup>62</sup> anual menos un punto porcentual. De este modo, a cambio de las reservas de libre disponibilidad, el BCRA recibirá un título de crédito del Estado nacional que, en el mejor de los casos, le reportará el mismo interés que le hubiesen reportado las reservas de libre disponibilidad, pero con otro nivel de liquidez y de riesgo. Luego, el DNU dispone que el instrumento de deuda emitido por el Tesoro nacional se considera comprendido en las previsiones del artículo 33 de la Carta Orgánica del BCRA y, además, que este instrumento no se encuentra comprendido en la prohibición establecida en el artículo 19 inciso a) y en lo dispuesto en el artículo 20 de la Carta Orgánica del BCRA, ni será considerada a los fines de la autorización concedida por el artículo 43 de la ley 26.546.

Por resolución 419/2009 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas del 21 de diciembre de 2009, publicada en el Boletín Oficial del 22 de diciembre, “Dispónese la emisión de una Letra del Tesoro nacional intransferible en dólares estadounidenses con fecha de vencimiento 22 de diciembre de 2019”.

“Artículo 1° – Dispónese la emisión de UNA (1) letra del Tesoro nacional intransferible en dólares estadounidenses a ser suscrita por el Banco Central de la República Argentina de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 3° del decreto 2.010 de fecha diciembre de 2009, por un monto de hasta dólares estadounidenses valor nominal seis mil quinientos sesenta y nueve millones (u\$s 6.569.000.000), de acuerdo con las siguientes características:

Fecha de emisión: 22 de diciembre de 2009. Fecha de vencimiento: 22 de diciembre de 2019. Plazo: diez (10) años. Amortización: íntegra al vencimiento.

Intereses: devengará intereses igual a la tasa de interés que devenguen las re internacionales del Banco Central de la República Argentina para el mismo período hasta un máximo de la tasa LIBOR anual menos un (1) punto porcentual, pagaderos semestralmente.

<sup>58</sup> Artículo 6° sustituido por artículo 1° del decreto 1.599/2005 Boletín Oficial 16/12/2005. Vigencia: a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial. Banco Central de la República Argentina. Modifícase la ley 23.928, con la finalidad de establecer que las reservas que excedan el respaldo del ciento por ciento de la base monetaria puedan ser destinadas al pago de obligaciones contraídas con organismos financieros internacionales, siempre que esas operaciones resulten de un efecto monetario neutro.

<sup>59</sup> El decreto 1.601/2005, dispone la cancelación total de la deuda contraída con el Fondo Monetario Internacional con reservas de libre disponibilidad que excedan el porcentaje establecido en el artículo 4° de la ley 23.928 y sus modificaciones. Buenos Aires, 15/12/2005.

<sup>60</sup> Publicada en el Boletín Oficial del 16 de diciembre de 2005, N° 30.803, p. 1.

<sup>61</sup> <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comtextord/p.48434.pdf>

<sup>62</sup> Tasa LIBOR: London Interbank Offered Rate. Es la tasa de interés ofrecida entre bancos en el Mercado Londres. En <http://www.bna.com>

Es usada como tasa de referencia en otros mercados. Es usada internacionalmente sobre préstamos otorgados.

La Oficina Nacional de Crédito Público dependiente de la Subsecretaría de Financiamiento de la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas será el agente de cálculo de la tasa respectiva en función a la información que le suministrará el Banco Central de la República Argentina sobre el rendimiento de las reservas internacionales en el semestre correspondiente.

*Forma de colocación: suscripción directa*

Art. 2° – Autorízase al secretario de Finanzas, o al subsecretario de financiamiento, o al director nacional de la Oficina Nacional de Crédito Público o al director de administración de la Deuda Pública o al director de Financiación Externa o al coordinador de la Unidad de Registro de la Deuda Pública, a suscribir en forma indistinta la documentación necesaria para la implementación de la emisión dispuesta por el artículo 1° de la presente medida.

Art. 3° – Instrúyese a la Secretaría de Hacienda dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a la apertura de una (1) cuenta en el Banco Central de la República Argentina denominada Fondo del Bicentenario para el Desendeudamiento y la Estabilidad en dólares estadounidenses, la que deberá contar con dos (2) subcuentas, una destinada al pago de vencimientos con organismos multilaterales y la otra destinada al pago de vencimientos con tenedores privados, que se integrarán por hasta la suma de dólares estadounidenses dos mil ciento ochenta y siete millones (u\$s 2.187.000.000) y por hasta la suma de dólares estadounidenses cuatro mil trescientos ochenta y dos millones (u\$s 4.382.000.000), respectivamente, con el producido de la colocación de la Letra del Tesoro cuya emisión se dispone por el artículo 1° de la presente medida.

Art. 4° – Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. - Amado Boudou.

II.1. *Ausencia de los requisitos que deben concurrir para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia válido*

En primer lugar, queremos destacar que no concurren circunstancias exigidas por el artículo 99, inciso 3, para que el Poder Ejecutivo haga uso de la facultad excepcional de dictar decretos de necesidad y urgencia.

En este sentido, no existen circunstancias excepcionales que impidan seguir los trámites legislativos ordinarios. A través del dictado del DNU el PEN pretende adelantar el pago de vencimientos de la deuda externa utilizando reservas de libre disponibilidad del Banco Central. Es claro que el PEN toma esta medida porque lo considera conveniente y no porque existan razones de necesidad y urgencia que justifiquen el dictado del DNU. Estos pagos serán realizados a lo largo del año 2010, a medida que se produzcan los vencimientos. Por estas razones, puede colegirse que la única finalidad del dictado de este decreto es la de evitar o cancelar cual-

quier tipo de debate público sobre esta problemática o la definición de cuestiones centrales como el rol del BCRA y de sus reservas por parte del Congreso de la Nación, en el marco de una discusión robusta y amplia. Esto surge de la mera lectura de los considerandos del DNU: el PEN se refiere a la conveniencia de diseñar políticas de Estado que permitan el crecimiento sustentable; a la necesidad de permitir un mayor y mejor acceso al financiamiento para el sector público y para el sector privado; a la necesidad de dar un uso más eficiente a las reservas del BCRA.

Asimismo, el PEN explica cuáles son las razones que, a su criterio, hacen conveniente abandonar la política de autoseguro del sistema financiero, que implica mantener un alto nivel de reservas internacionales, y utilizar las reservas de libre disponibilidad para otros fines. El PEN concluye: "...el exceso de reservas internacionales surge como una fuente de recursos que, de ser aprovechados estratégicamente, podrían promover el crecimiento e incrementar la competitividad de la economía, mediante su utilización para profundizar el proceso de desendeudamiento. Que si estas acciones no se llevaran a cabo se podrían constituir en un factor crucial que dificultaría el crecimiento de importantes sectores económicos en el *mediano y largo plazo*... Que la urgencia en la adopción de la presente medida hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes". (La bastardilla es nuestra).

El uso de las reservas no pretende atender una situación que configure un caso de necesidad y urgencia. La medida no está destinada a paliar una situación de grave riesgo social o para conjurar situaciones límites o peligros de efectos catastróficos que pongan en peligro cuestiones vitales para el Estado y los derechos fundamentales de sus habitantes. El PEN se refiere sólo a la conveniencia de la medida y a las consecuencias negativas que su omisión tendría en el mediano y largo plazo. Es claro que, si las consecuencias negativas que la medida pretende afrontar se verán recién en un mediano o largo plazo, ella no está destinada a paliar una situación de urgencia actual, requisito indispensable para la validez de cualquier DNU.

En segundo lugar, no existe impedimento alguno para seguir los trámites ordinarios para el dictado de una ley. La Constitución Nacional faculta al PEN a prorrogar las sesiones ordinarias del Congreso, o a convocar a sesiones extraordinarias "cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera" (artículo 99, inciso 9, y artículo 63 de la Constitución Nacional). El PEN hizo uso de la facultad de extender las sesiones ordinarias hasta el 10 de diciembre y, casualmente, sólo 4 días después del vencimiento de dicho plazo decidió dictar el DNU bajo análisis. No puede comprenderse qué circunstancias excepcionales que no estaban presentes antes del 10 de diciembre surgieron en esos 4 días, que justifiquen que el PEN haya dictado este DNU y no haya enviado un proyecto de ley al Congreso, o no haya dictado el DNU cuando todavía el Congreso

estaba en sesiones ordinarias. Si realmente la situación era de extrema urgencia, es facultad del PEN convocar a sesiones extraordinarias. En realidad, no se encuentra configurada situación de emergencia alguna.

Es claro que, al dictar el DNU el 14 de diciembre, el PEN tomó en cuenta que el cambio en la integración del Congreso dificultaría la aprobación de esta medida a través de los trámites legislativos normales y que la demora en la integración de la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo retardaría el momento de su tratamiento y eventual de-saprobación. Además, tal como lo dispone el artículo 99, inciso 9, el PEN está facultado para convocar al Congreso a sesiones extraordinarias para tratar esta iniciativa. Nada obstaba a seguir el trámite ordinario de formación y sanción de las leyes.

En tercer lugar, y dado que no existe una circunstancia excepcional que amerite el dictado de un DNU, la norma bajo estudio carece de motivación. Las circunstancias excepcionales que hacen imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la CN para la sanción de las leyes deben ser mencionadas explicadas detalladamente en los considerandos de los DNU. Ello no ocurre en este caso simplemente porque dichas circunstancias no existen.

En cuarto lugar, modificar el destino que puede darse a las reservas de libre disponibilidad del Banco Central, medida que pretende tener permanencia en nuestro sistema jurídico, a través de un DNU es irrazonable y vulnera el requisito de que las medidas tomadas a través de decretos de necesidad y urgencia sean temporales. Por definición, un decreto de necesidad y urgencia es una norma destinada a lidiar con una situación de emergencia (que siempre es temporal) y, en consecuencia, debe indicar cuál será la duración de la medida. Es por esa razón que las medidas tomadas por esta vía no deben utilizarse para modificar permanentemente el régimen jurídico. El hecho de que un DNU modifique de modo permanente el régimen jurídico, demuestra que no estaba destinado a enfrentarse con una situación excepcional de emergencia sino a vulnerar la prohibición del PEN de dictar normas de carácter legislativo.

## II.2. *La facultad de arreglar la deuda pública es privativa del Congreso de la Nación*

Al dictar un DNU cuando no concurren los requisitos habilitantes, el PEN ejerce facultades privativas del Congreso de la Nación, en contravención con lo dispuesto por la Constitución Nacional. En efecto, en virtud de lo establecido por los artículos 4° y 75, incisos 4 y 7 de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso la decisión respecto del pago o no de la deuda de la Nación.

De acuerdo con Joaquín V. González, “la deuda pública o el empréstito se funda en la perpetuidad de la Nación, en la repartición del impuesto entre las

generaciones presentes y venideras, pero también en que el uso del crédito debe destinarse a salvar el país de peligros graves o a empresas que comporten su engrandecimiento”.<sup>63</sup> En este mismo sentido, sostuvo Alberdi: “...la ley es: la única que crea los recursos del Tesoro, [pero a la vez] ella es también la que cada año determina cómo, con qué objeto, en qué cantidad deben ser gastados los recursos por ella atesorados”.<sup>64</sup>

El diseño institucional plasmado en nuestra Constitución Nacional dispone que sólo el Congreso tiene facultades para recaudar y proveer a la Nación recursos que son necesarios para afrontar sus gastos, y al mismo tiempo, decidir el destino de esos recursos. Los artículos 4°, 17 y 75, incisos 2 y 4, de la Constitución Nacional establecen el principio de legalidad en materia de recaudación de fondos pues otorgan al Congreso de la Nación la facultad de proveer los gastos de la Nación a través del establecimiento de tributos y de la toma de empréstitos y créditos. En efecto el artículo 4° establece que el Tesoro nacional se forma, entre otros recursos, con el “producto de derechos de importación y exportación [...] 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 75, inciso 4, por su parte, dispone que corresponde al Congreso “contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación”. Los artículos 17 y 75, inciso 2, entre otros, establecen el principio de legalidad tributaria, que no es otra cosa que una derivación del principio de legalidad en materia de recaudación de fondos. En efecto, del mismo modo en que es inconstitucional que el PEN imponga un tributo, es inconstitucional que el PEN decida contraer un crédito, pues las decisiones sobre el modo en el que la Nación obtendrá los recursos necesarios para afrontar sus gastos deben ser tomadas por el Congreso de la Nación.

Recordemos, además, que la toma de empréstitos por parte de la Nación en un momento implicará, necesariamente, que los habitantes de la Nación deberán cancelar ese crédito con sus intereses y accesorios. El pago del crédito requerirá del uso de los recursos obtenidos a través de los tributos, que no serán destinados a la satisfacción de los derechos de los habitantes. La decisión de contraer un crédito hoy tendrá como consecuencia que, en el futuro, los habitantes de la Nación no podrán elegir libremente cuál será el destino que darán a los recursos de la Nación, siendo ésta una decisión que, como veremos a continuación, deber ser tomada por el Congreso

El artículo 75, incisos 7 y 8, de la Constitución Nacional establece el principio de legalidad en materia de gasto, pues faculta al Congreso a decidir cuál es el destino de los

<sup>63</sup> *Manual de la Constitución Argentina*, 1897, 3ª edición reformada 1971, página 438.

<sup>64</sup> Alberdi, Juan Bautista, *Organización de la Confederación Argentina*, tomo 2, página 355.

recursos que han sido obtenidos a través de los tributos y de los empréstitos. El inciso 7 del artículo 75 otorga al Congreso la facultad de “arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación”, mientras que el inciso 8 dispone que corresponde al Congreso “fijar anualmente [...] el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión”. En suma, son atribuciones del Congreso la de decretar y contraer empréstitos que integrarán la deuda pública, y la de decidir la financiación, refinanciación y el rescate de tal deuda.

Con respecto a la delegación de la facultad de arreglar la deuda pública, María Angélica Gelli advierte: “Pero el problema de magnitud que traba el desarrollo de la justicia social y del crecimiento es el de la deuda pública, externa e interna. Sobre su constitución y, sobre todo, su arreglo, como dispone el artículo 75, inciso 7, se ha operado un desplazamiento de las atribuciones del Congreso, por delegación de éste en el Poder Ejecutivo, su ministro de Economía y un funcionario especial dentro de ese departamento de Estado. No obstante, conforme al nuevo artículo 76 de la Constitución Nacional, esa delegación debería operar en casos de emergencia pública –la deuda del Estado, por su magnitud y vencimientos acumulados en algunos ejercicios, la constituye, más aún si el país ha caído en *default*– con plazo determinado y bases de delegación estricta...”<sup>65</sup> De acuerdo con Gelli, la facultad de contraer y arreglar la deuda pública es una facultad del Congreso de la Nación que sólo puede ser delegada en el PE por una ley del Congreso cuando concurren las circunstancias y requisitos exigidos en el artículo 76 de la Constitución Nacional.

Tal como hemos explicado en el apartado anterior, no existe una situación de emergencia pública que amerite una delegación de esta facultad en el PEN.

Por otra parte la norma en estudio no deriva siquiera de una ley del Congreso que delegue facultades en el PEN y fije las bases de la delegación, sino que deviene un DNU por el cual el PEN se apropia de facultades del Congreso.

### II.3. La violación de la Carta Orgánica del Banco Central

El DNU en cuestionamiento viola prohibiciones previstas por la Carta Orgánica del BCRA. De acuerdo con el artículo 1º de su Carta Orgánica, el BCRA es una entidad autárquica del Estado nacional cuya misión primaria y fundamental es preservar el valor de la moneda. Para ello, el BCRA debe regular la cantidad de dinero y de crédito en la economía y dictar normas en materia monetaria, financiera y cambiaria. La Carta Orgánica establece claramente que, en la formulación y ejecu-

ción de la política monetaria y financiera, el BCRA no estará sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo Nacional. Además, el Banco no puede asumir obligaciones de cualquier naturaleza que impliquen condicionar, restringir o delegar, sin autorización expresa del Honorable Congreso de la Nación, el ejercicio de sus facultades legales. De acuerdo con el artículo 4º de la Carta Orgánica del BCRA, una de las funciones del banco es “c) concentrar y administrar, sus reservas de oro, divisas y otros activos externos” y el directorio del BCRA determina las sumas que corresponde destinar a reservas.

La Carta Orgánica del BCRA prohíbe expresamente que el BCRA realice determinadas operaciones. Si bien es posible discutir la conveniencia o acierto o de esas prohibiciones en términos económicos y políticos, lo cierto es que las prohibiciones legales existen y ésta no es la oportunidad de discutir las. Lo que debemos analizar aquí es sólo si el DNU viola esas prohibiciones legales, y no si esas prohibiciones son o no adecuadas. Lo que está en juego es la vigencia del principio de legalidad y del Estado de derecho.

El artículo 19 de la Carta Orgánica del BCRA prohíbe expresamente al banco: “a) Conceder préstamos al gobierno nacional, a los bancos, provincias y municipalidades, excepto lo prescripto en el artículo 20; b) Garantizar o endosar letras y otras obligaciones del gobierno nacional, de las provincias, municipalidades y otras instituciones públicas; [...] h) Colocar sus disponibilidades en moneda nacional o extranjera en instrumentos que no gocen sustancialmente de inmediata liquidez...”.

El DNU cuestionado concede un préstamo al Estado nacional en tanto, a cambio de las reservas, el BCRA recibirá un instrumento de deuda emitido por el Tesoro nacional, denominada en dólares con vencimiento dentro del plazo de 10 años. Ese instrumento representa un crédito que el BCRA tiene contra el Estado nacional, y que éste deberá pagar recién dentro de 10 años. El PEN no puede excluir este crédito de la prohibición del artículo 19, inciso a), de la Carta Orgánica del BCRA. Si una operación es una concesión de un préstamo en la que el BCRA es el acreedor y el Tesoro nacional es el deudor, el PEN no puede decidir que esa operación ya no es más un préstamo, del mismo modo en que un elefante no dejará de ser un elefante sólo porque el PEN lo diga. Tampoco puede el PEN excluir de la aplicación de una prohibición general un hecho particular. ¿Qué sentido tendría la prohibición del artículo 19, inciso a), de la Carta Orgánica del BCRA si cada vez que el PEN lo desee puede excluir un préstamo de su alcance? Si se admitiera que el PEN puede decidir cuándo un préstamo está alcanzado por la prohibición y cuándo no, la prohibición del artículo 19, inciso a), dejaría de ser lo que es, una prohibición. Debemos recordar que las prohibiciones como las contempladas en el artículo 19 pretenden asegurar que el BCRA sea realmente una entidad autárquica que cumpla sus funciones adecuadamente, y no una caja a la que el PEN pueda recurrir cada vez que lo necesite.

<sup>65</sup> Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina –comentada y concordada–*, 3ª edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, página 654.

El DNU en discusión también viola lo dispuesto en el artículo 19, inciso *h*), Carta Orgánica del BCRA. El instrumento de crédito que el Tesoro de la Nación dará al BCRA carece de la inmediata liquidez que deben tener las disponibilidades del BCRA.

En consonancia con la prohibición del artículo 19, inciso *a*), el artículo 20 de la Carta Orgánica del BCRA, sustituido por el artículo 72 de la ley 26.422, de presupuesto para el año 2009, permite al banco hacer adelantos transitorios al gobierno nacional hasta una cantidad equivalente al 12 % de la base monetaria, constituida por la circulación monetaria más los depósitos a la vista de las entidades financieras en el BCRA, en cuentas corrientes o en cuentas especiales. Podrá, además, otorgar adelantos hasta una cantidad que no supere el 10 % de los recursos en efectivo que el gobierno nacional haya obtenido en los últimos 12 meses. Sin embargo, en ningún momento el monto de adelantos transitorios otorgados, excluidos aquellos que se destinen exclusivamente al pago de obligaciones con los organismos multilaterales de crédito y al pago de obligaciones en moneda extranjera, podrá exceder el 12 % de la base monetaria. Todos los adelantos concedidos en el marco de este artículo deberán ser reembolsados dentro de los 12 meses de efectuados.

Si bien el crédito otorgado por el BCRA al PEN no es un adelanto transitorio, es necesario referirnos al régimen de los adelantos transitorios para resaltar la ilegalidad de lo dispuesto por el DNU. En efecto, el artículo 19, inciso *a*), de la Carta Orgánica del BCRA prohíbe al BCRA otorgar créditos al gobierno nacional. El artículo 20 actúa como una excepción a esa prohibición, pues el BCRA puede hacer adelantos transitorios en los términos establecidos por la norma. A pesar de que existe esta excepción a la prohibición del artículo 19, inciso *a*), que le da al PEN un modo de hacerse de cierta liquidez por el plazo de un año, el PEN, aún así, eligen violar las leyes.

Debemos recordar, además, que, al sancionarse la ley de presupuesto para el año 2009, el artículo 20 de la Carta Orgánica del BCRA fue modificado justamente para que el BCRA pueda dar adelantos transitorios destinados al pago de obligaciones en moneda extranjera al Estado Nacional, a pesar de que esa modificación estaba prohibida por el artículo 20 de la Ley de Administración Financiera.<sup>66</sup>

<sup>66</sup> Tal como lo sostuvimos al oponernos a la sanción de la ley de presupuesto 2009, la actual redacción del artículo 20 violenta el régimen de independencia y autarquía del Banco Central pues las reservas del Banco Central quedaron al discrecional alcance del Poder Ejecutivo, que podrá utilizarlas para el pago de cualquier obligación en moneda extranjera (y no sólo para el pago de las obligaciones con los organismos multilaterales de crédito) de una forma arbitraria. Inserción de Marcela V. Rodríguez.

Pero la sanción de la ley 26.422, de presupuesto para el año 2009, no fue la primera oportunidad en la que el gobierno quiso hacerse de las reservas del BCRA para la cancelación de deudas, de modo –al menos– irregular. En el año 2005, el PEN amplió el temario a tratar por el Congreso de la Nación durante el período de sesiones extraordinarias para incluir la ratificación del decreto 1.599/2005, que modificaba los artículos 4° y 6° de la ley 23.928 para permitir que las reservas que excedan el respaldo del ciento por ciento de la base monetaria puedan ser destinadas al pago de obligaciones contraídas con organismos financieros internacionales, siempre que esas operaciones resulten de un efecto monetario neutro. Luego, el decreto 1.601/2005 dispuso la cancelación total de la deuda contraída con el Fondo Monetario Internacional con reservas de libre disponibilidad que excedieran el porcentaje establecido en el artículo 4° de la ley 23.928 y sus modificaciones, siempre que resulte de efecto monetario neutro. Este decreto nunca fue objeto de deliberación parlamentaria.

En el año 2008, la presidenta ordenó la cancelación total de la deuda con el Club de París con las reservas de libre disponibilidad del BCRA, a través del decreto 1.394/08. Esto era palmariamente violatorio a la Carta Orgánica dado que las reservas sólo podían ser utilizadas, y hasta un determinado monto, para el pago a organismos financieros internacionales y el Club de París no lo es.<sup>67</sup>

Para tratar de enmendar este error, el DNU 1.472/08, en una suerte de contrabando normativo, modificó la

<sup>67</sup> El Club de París no es un organismo multilateral de crédito, sino un grupo informal de acreedores oficiales. La clasificación de las estadísticas de la deuda pública del Estado nacional confeccionada por la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía establece una clara diferenciación entre los organismos financieros internacionales y los acreedores oficiales donde está el Club de París. En la misma línea se destaca el Estudio Especial sobre la Deuda Pública con Organismos Oficiales, Banca Comercial y otros Acreedores, realizado por la Gerencia de Deuda Pública de la AGN, con fecha del mes de octubre de 2005. El mismo destaca que en “este documento se presenta un análisis de los componentes de este segmento que se adeudan al Club de París y a países integrantes de dicho grupo”. “La información estadística utilizada y las minutas suscritas en el marco del Club de París fueron provistas por la Oficina Nacional de Crédito Público, del Ministerio de Economía y Producción”. También se enfatiza que “el Club de París es un grupo informal de acreedores oficiales, integrado por los siguientes diecinueve miembros permanentes: Alemania, Austria, Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, España, Federación Rusa, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Italia, Japón, Noruega, Reino Unido, Suecia y Suiza”.

Carta Orgánica del BCRA, olvidando que se trata de una ley que no puede ser modificada en el tratamiento de una norma que se autodenomina modificación del presupuesto nacional. Ya allí pretendió abrir las puertas para efectuar el pago al Club de París al exceptuarlo de los límites del BCRA, y de ese modo habilitar el pago.

Resulta más que evidente que el PEN no quiere discutir temas centrales comunes a todas estas normas en el Congreso. Lo que el PEN debió hacer en esta oportunidad y en todas las anteriores es enviar al Congreso de la Nación un proyecto de ley para discutir si las reservas de libre disponibilidad del BCRA pueden ser utilizadas para el pago de la deuda del Estado nacional, en qué casos y con qué límites. El PEN ha pretendido esquivar esta discusión dictando decretos ilegales e inconstitucionales y a través de reformas legislativas contenidas en la ley de presupuesto, cuando la Ley de Administración Financiera claramente lo prohíbe. En esta oportunidad, el PEN nuevamente pretende excluir de la prohibición general un acto particular, en lugar de discutir en el Congreso si la prohibición general es acertada.

El artículo 33 de la Carta Orgánica permite al BCRA mantener una parte de activos externos en depósitos u otras operaciones a interés, en instituciones bancarias del exterior o en papeles de reconocida solvencia y liquidez pagaderos en oro o en moneda extranjera. El DNU que objetamos dispone que el instrumento de deuda emitido por el Tesoro nacional se considere comprendido en las previsiones del artículo 33 de la Carta Orgánica del BCRA. Un instrumento de crédito no adquiere las características de “reconocida solvencia y liquidez” por el mero hecho de que un gobierno así lo decida. La solvencia y liquidez de los instrumentos de crédito dependen de su comportamiento en el mercado, de la demanda que haya por ellos, de la facilidad con la que se los puede transformar en dinero y de quién sea el deudor que lo ha emitido.

El gobierno de un país no puede decidir, de forma intempestiva e inconsulta, que los instrumentos que éste emite van a tener una mejor o peor calificación simplemente porque esto carece de sentido. Los motivos por los cuales los instrumentos y títulos de crédito son considerados más o menos solventes o más o menos líquidos nada tienen que ver con las manifestaciones de voluntad de los gobiernos.

Nuevamente, el PEN quiere exceptuar de la aplicación de la regla general del artículo 33 de la Carta Orgánica del BCRA el instrumento que el DNU ordena emitir. El DNU dictado por el PEN equivale a modificar el artículo 33 de la Carta Orgánica de modo que éste implique que “el BCRA podrá tener una parte de sus activos en aquellos instrumentos que el PEN considere solventes y líquidos”, obviamente ello no podría haber sido objeto de una discusión legislativa porque una modificación como ésta es básicamente carente de toda lógica y justificación. Sin embargo, las consecuencias

de una modificación tan burda y perjudicial para la autarquía del BCRA como ésta no son distintas a las consecuencias de permitir que, en los hechos, sea el PEN quien, a través de un DNU, decida cuándo un instrumento cumple con los requisitos exigidos por el artículo 33.

En definitiva, el DNU dispone que el instrumento de crédito no será considerado, a los fines de la autorización concedida por el artículo 43 de la ley 26.546, de presupuesto para el año 2010. El artículo 43 de la ley de presupuesto autoriza a la administración central a realizar operaciones de crédito público por los montos, especificaciones y destino del financiamiento allí indicados. La norma agrega que el uso de esta autorización deberá ser informado de manera fehaciente y detallada a ambas Cámaras del Honorable Congreso de la Nación, dentro del plazo de 30 días de efectivizada la operación de crédito público. A renglón seguido, el artículo 43 faculta al Ministerio de Economía a modificar los montos, especificaciones y destinos impuestos por la ley de presupuesto. Así, es el Ministerio de Economía quien termina decidiendo cuáles son los montos, especificaciones y destinos que tendrán los créditos tomados por la Nación y no el Congreso Nacional.

Tal como lo señalamos al votarse el presupuesto para el año 2010, el artículo 43<sup>68</sup> de la ley 26.546 es inconstitucional porque viola palmariamente las facultades exclusivas del Congreso de arreglar la deuda pública y contraer empréstitos. Por tal motivo, el DNU cuestionado deviene igualmente inconstitucional.

Sin perjuicio de ello, el DNU, una vez más, pretende que esta operación de crédito particular se escape de los límites y prohibiciones dispuestos en el ordenamiento jurídico que el propio oficialismo promovió. Mediante el dictado del DNU objeto de análisis, el PEN actuó de este modo a los fines de que esta operación de más de 6.500 millones de dólares no sea contabilizada y deducida del monto máximo que pueden alcanzar las operaciones de crédito autorizadas por el artículo 43 de la ley de presupuesto 2010. El DNU modifica así la ley de presupuesto 2010, cuya constitucionalidad, insistimos, ya habíamos cuestionado pues el límite impuesto por el artículo 43 de dicha ley de quedó ampliado en más 6.500 millones de dólares.

El PEN tampoco modificó la planilla anexa al artículo 43 de la ley de presupuesto 2010, mecanismo que, a pesar de ser claramente inconstitucional, es el que el oficialismo adoptó en relación con las operaciones de crédito público, conforme lo impuso en la ley de presupuesto para el año 2010. De acuerdo con esta ley, estas operaciones tienen que contemplar los límites del artículo 43. No obstante lo precedente, el PEN tampoco obedeció esta norma y decidió acudir a este artificio, obviando los límites que el citado artículo 43 establece.

<sup>68</sup> Ver inserción de la diputada Marcela V. Rodríguez, presupuesto 2010.

Finalmente, debemos cuestionar: si el artículo 43 de la ley de presupuesto 2010 facultó al PEN a realizar operaciones de crédito público de acuerdo con las especificaciones allí detalladas, y el PEN realiza una operación de crédito público al dictar el DNU bajo análisis con otra fuente de financiación que –en virtud dispuesto por el propio DNU– no está comprendida por las disposiciones del artículo 43 ¿cuál será el destino del dinero que según el artículo 43 el PEN podía utilizar para realizar operaciones de crédito público? En otras palabras, si el DNU habilita al PEN a atender los vencimientos de deuda que el PEN iba a afrontar con el dinero que el artículo 43 le autorizaba a utilizar y preveía con ese fin, ¿cuál será el uso que realizará el PEN del dinero que el artículo 43 le permite asignar para el pago de la deuda?

El DNU no sólo es en sí mismo una manifestación de la discrecionalidad e ilegalidad del manejo del PEN, sino que es un instrumento que lo habilita para hacer un uso, aún, más arbitrario de los recursos del pueblo argentino.

#### II.4. *La falta de debate del destino de las reservas de libre disponibilidad*

Por medio de este DNU, el PEN decide utilizar las reservas de libre disponibilidad para el pago de la deuda del Estado nacional. La norma dictada por el PEN tiene diversas dimensiones de análisis: la primera es la decisión de usar reservas del BCRA. A esa decisión nos hemos referido hasta ahora. La segunda es la decisión de dar a las reservas de libre disponibilidad el destino que se les asigna.

Una vez desafectadas de su función esencial, que –según el PE– es mantener el valor de la moneda y servir de autoseguro para afrontar una eventual corrida bancaria como la que enfrentó el país a fines del año 2001, el dinero que antes constituían reservas de libre disponibilidad pueden ser utilizadas para múltiples fines. Ese destino debe ser decidido por el Congreso de la Nación. Ello surge claramente del artículo 75, inciso 8, de la Constitución Nacional, que faculta al Congreso de la Nación para fijar anualmente el Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional, sobre la base del programa general de gobierno y el plan de inversiones públicas, y de la interpretación armónica de los artículos 99, 76 y 29 de la Constitución Nacional, que vedan la posibilidad de que el Poder Ejecutivo se arrogue atribuciones propias del Poder Legislativo.

Tal como lo hemos sostenido sucesivamente, al discutir las distintas leyes de presupuesto, las decisiones sobre el destino de los recursos de la Nación son de gran importancia, pues esas decisiones establecen las pautas del modelo social y económico de nuestro país. El dinero es una herramienta esencial para promover y hacer cumplir los derechos que la Constitución Nacional garantiza a la población. Dado que los recursos son limitados, probablemente no todos los derechos puedan

ser satisfechos plenamente al mismo tiempo. Por eso, la distribución de los recursos requiere de la protagónica participación de los/as representantes de la población y de las provincias para que sea el pueblo, a través de sus representantes, quien decida cuáles son los derechos que considera más importantes y que no pueden quedar insatisfechos. La distribución y afectación de los recursos de la Nación debe ser un reflejo de las prioridades del pueblo, del modelo social que el pueblo reclama y que la Constitución Nacional impone.

#### II.5. *Comentarios sobre el DNU del Fondo del Bicentenario*

Primeramente, es necesario tener en claro el marco monetario y financiero que impera, y la dinámica cristalizada en las reservas internacionales que pertenecen a la sociedad argentina, para comprender las implicancias de las consecuencias que puede producir este DNU.

En ese sentido, no puede soslayarse que la política monetaria sostenida por el BCRA ha venido persiguiendo dos objetivos: acumular reservas internacionales y mantener el tipo de cambio elevado, dentro de bandas pautadas de expansión monetaria.

Es decir que, ante la entrada neta de divisas, el BCRA, por un lado, emite pesos comprando divisas para mantener el tipo de cambio y, paralelamente, esteriliza base monetaria colocando deuda en el mercado (LEBAC y NOBAC). Por lo tanto, no puede perderse de vista la vinculación que debería existir entre los activos públicos (reservas internacionales) y los pasivos públicos emitidos (especialmente las LEBAC y NOBAC) para cuidar el tipo de cambio, monetizar la economía, etcétera, para promover el crecimiento económico.

Este tipo de estrategia genera múltiples efectos. Desde incorporar los títulos del BCRA como opción para aplicar el ahorro, especialmente los fondos que captan los bancos. También establecer una tasa de referencia en el mercado, así como generar un resultado cuasifiscal para el propio BCRA, entre otros efectos.

Por otro lado, se evidencia que la estrategia de reforma sobre los ahorros previsionales no parece que resulte en una mejora de esta situación. Por el contrario, aumentó la incertidumbre en relación con el beneficio de la previsión, su sustentabilidad y la arbitrariedad política en el manejo del sistema.

En consecuencia, dada la importancia de los instrumentos de deuda del Estado Nacional, junto con estos pasivos del BCRA, se configura una creciente vinculación de los activos del sistema financiero argentino con la capacidad de pago del Estado argentino, entre otras consecuencias. Esto se traslada indefectiblemente a los sectores productivos de la economía, y, por tanto a la sociedad en general.

Analizar la trayectoria que se ha ido imprimiendo a este anudamiento de los activos y pasivos de la economía argentina es esencial para comprender si estamos dirigiéndonos en una dirección virtuosa o no,

en términos de ampliar las posibilidades de mejorar la calidad de vida de los habitantes de este país. También dimensionar los riesgos implícitos que puede llegar a tener la decisión de utilizar las reservas internacionales para pagar los vencimientos de deuda del Estado nacional en el ejercicio 2010.

Del texto del decreto no surgen elementos que nos permitan inferir que se logrará una mejora de las condiciones de acceso (volúmenes y costos) al Estado en general, ni al financiamiento productivo en particular. Por otro lado, el PE está fundándose en una concepción por la cual considera que la protección de los intereses de los potenciales acreedores es una condición necesaria e imprescindible para ampliar la oferta de crédito disponible para la creación de riqueza, trabajo, etcétera. Esto claramente tiene una raíz noventista, al desjerarquizar la inversión productiva (y sus efectos multiplicadores para la sociedad) y las necesidades que se tiene para potenciarla y sostenerla, por parte de aquellos actores ligados a la valorización financiera. Cuando, en la mayoría de las veces, la priorización de estos últimos ha dificultado la realización de las inversiones en general y, por tanto, de la ampliación de la riqueza local y de la creación de empleo. Problemas fundamentales para el presente y el porvenir de la sociedad argentina.

Tanto es así que los medios de comunicación ya están dando cuenta de lo que muchas operadoras del mercado de valores argentino están recomendando a fin de aprovechar el “efecto Bicentenario”. Direccionar los activos hacia los bonos públicos de corto plazo y en dólares.<sup>69</sup>

Por lo tanto, no sólo no hay indicios de que esta medida vaya a resolver los problemas estructurales de la Argentina relativos a la inadecuada provisión de educación, salud, servicios públicos, justicia, y el financiamiento sustentable de estos derechos, etcétera, pese a lo que este gobierno ha sostenido discursivamente. Más aún, con esta medida el gobierno pretende seguir ocultando esta realidad. Realidad que necesita ser repensada con urgencia a los fines de ampliar los medios económicos para sustentar un programa de gobierno que comience a proyectar el largo plazo, poniendo como eje todo aquello que lleve a una mejora de la calidad de vida de los habitantes de este país.

Una alternativa que este gobierno se ha negado reiteradamente a discutir en el Parlamento, debería ir en línea a una actuación sistémica del Estado en los diferentes mercados, especialmente, el mercado financiero: el modo de reducir la inestabilidad macroeconómica, la incertidumbre que afecta hasta las propias decisiones de inversión, mantener bajo control el grado de fragilidad financiera con que está operando el mercado, entre otras. Como también procurar compensar la tendencia cortoplacista y de tipo especulativo que ha venido dominando

las colocaciones (y que deja latente el riesgo de las fuga pronunciada de capitales, etcétera), de modo de ampliar la disponibilidad de crédito para actividades cuyos activos productivos han venido operando con acceso limitado o hasta nulo de estos fondos, y muchas veces son intensivos en la creación de empleo, etcétera.

Por lo tanto, ante la ausencia de una estrategia que priorice una articulación virtuosa entre el Estado y el mercado, se está perdiendo la oportunidad de establecer una senda social y productiva, que comience a resolver las dificultades que sufre gran parte de la población argentina.

Como consecuencia de esta estrategia de la gestión de gobierno, tal cual es establecida en el plexo de este decreto, se está incubando una serie de dificultades, toda vez que no sólo no contempla las necesidades reales de la población, si no que, tal como nos enseña nuestra historia política, social y económica, serán pagados a futuro por la sociedad en general, y en especial volverá a recaer sobre los sectores más débiles de la sociedad.

### III. *Conclusión*

A modo de síntesis, luego del precedente análisis, destacamos que el Poder Ejecutivo dictó el decreto de necesidad y urgencia sometido a consideración, pese a que no era una cuestión absolutamente imprevisible de necesidad y urgencia, sino que pretendió obviar el trámite parlamentario ordinario de formación y sanción de leyes, aun cuando ello implicara que tuviera que cometer una nueva violación a la Constitución Nacional, solamente por razones de mera conveniencia y a los fines de hacer uso arbitrario de facultades exclusivas del Congreso de la Nación.

El continuo 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. Sólo 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.

Por los motivos expuestos, aconsejamos rechazar la validez del decreto de necesidad y urgencia 2.010/09.

*Marcela V. Rodríguez.*

### INFORME DEL SEÑOR DIPUTADO ENRIQUE L. THOMAS

*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 2.010, del 14 de diciembre de 2009, por el cual el Poder Ejecutivo sustituye el artículo 6° de la ley 23.928, determinando así que las reservas de libre disponibilidad podrán aplicarse al pago de obligaciones contraídas con organismos financieros internacionales y al pago de servicios de la deuda pública del Estado nacional, y crea el denominado Fondo del Bicentenario para el

<sup>69</sup> <http://www.cronista.com/notas/215164-recomiendan-bonos-cortos-dolares-aprovechar-el-efectobicentenario>

Desendeudamiento y la Estabilidad, cuyo objetivo es la cancelación de servicios de la deuda con vencimiento en el año 2010.

La titular del Poder Ejecutivo dictó el decreto bajo análisis invocando 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*, 26ª edición, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía., 1971, página 310) 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 Ejecutivo 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 constitucional general la prohibición de legislar por parte del Ejecutivo, y no la excepción, 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: Badeni, Gregorio *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, página 1259, Ediciones *La Ley*, Avellaneda, 2004).

### 2. El decreto 2.010/09

El decreto 2.010/09 bajo análisis establece –ampliándose en la necesidad de permitir un mayor y mejor acceso al financiamiento tanto para el sector público como para el sector privado y en el uso “más eficiente” de las reservas del Banco Central de la República Argentina– un Fondo del Bicentenario para el Desendeudamiento y la Estabilidad cuyo objetivo es la cancelación de servicios de la deuda con vencimiento en el año 2010. De esta manera, busca –según los fundamentos del propio decreto– impactar positivamente en la actividad económica de todo el país.

Asimismo, el Poder Ejecutivo deja en claro que la urgencia de la presente medida hace imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes previstos por la Constitución Nacional.

### 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 2.010/09, a saber: ha 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.

En lo que hace a los recaudos sustanciales, es necesario que, en cada oportunidad en que esta comisión deba pronunciarse, se proceda a establecer 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) es aplicable al decreto en análisis, 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 pusiese 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.

Por el contrario, en los considerandos del decreto en análisis el Ejecutivo realiza una 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.

Como fundamento principal el decreto alega que “así como resulta imperioso mantener la estabilidad monetaria y financiera, condición necesaria para el normal funcionamiento del mercado crediticio y financiamiento del sector productivo, también resulta necesario [...] llevar adelante políticas activas que permitan aplicar los recursos disponibles para financiar el crecimiento económico, resaltando al mismo tiempo tanto la capacidad como la voluntad de pago que tiene la República respecto de sus compromisos”, agregando textualmente sin más en uno de los últimos considerandos que “la urgencia en la adopción de la presente medida hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes”.

En este sentido, cabe destacar que el Poder Ejecutivo dictó el decreto apenas vencido el plazo de prórroga de sesiones ordinarias que la presidenta dictó (decreto 1.802/09) y que limitó al 10 de diciembre de 2009, cuando toda la oposición solicitó la prórroga de ordinarias por todo el receso legislativo (proyectos 5.695-D.-09, 5.535-D.-09, 5.548-D.-09 y 5.489-D.-09). Asimismo, dictó el decreto a pesar de poder convocar a sesiones extraordinarias (inciso 9 del artículo 99 de la Constitución Nacional), hecho que no realizó. Esa circunstancia es justamente la que imposibilita el trámite legislativo ordinario, es decir, la omisión de convocatoria del propio Poder Ejecutivo.

Para dictar un DNU el Poder Ejecutivo debe haber agotado las vías ordinarias para la sanción de una norma. Dicho decreto debe ser un hecho extraordinario al que se recurre porque el Poder Legislativo tiene algún impedimento para el dictado de la norma, o la urgencia no permite la espera de los tiempos legislativos habituales. En este caso, la señora presidenta podría haber enviado el proyecto antes del 10 de diciembre, o podría haber convocado a sesiones extraordinarias, o en última instancia, podría esperar hasta el 1º de marzo del año 2010 para que el tema sea dilucidado por el Congreso de la Nación.

En este sentido, debe remarcarse que tal como surge de su artículo 2º y de su considerando 37, el decreto en análisis se dicta el pasado 14 de diciembre a fin de crear un fondo para pagar deuda pública con vencimiento en 2010. Resulta a todas luces evidente que no hay urgencia para hacer tal cosa; sobre todo, considerando que el presupuesto nacional 2010, aprobado a fines del

mes de noviembre de 2009, tiene previstas las partidas y recursos suficientes y necesarios para pagar la deuda pública.

En efecto, tal como surge del texto de la ley 26.546 (presupuesto nacional 2010), publicada en el Boletín Oficial Nº 31.790 del 27-11-09, promulgada por decreto 1.862/09, el Programa 98 del presupuesto, denominado “Otras categorías presupuestarias - Deudas directas de la administración central”, cuya unidad ejecutora es la Secretaría de Hacienda, autoriza partidas por un total de \$ 26.575.553.000, dentro de la jurisdicción presupuestaria 90 “Servicio de la deuda pública”.

Resulta importante considerar que estamos analizando el ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de una atribución que no le es propia ni puede revestir habitualidad ni ejercitarse con somera justificación. 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 poniendo en riesgo las libertades individuales. “...Se corre el riesgo, como alertó Sagüés, de vestir como decretos de necesidad y urgencia a simples o meros decretos de conveniencia...” (Comadira, Julio R., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, página 239).

### 3. Conclusión

La conclusión, luego del precedente análisis, es que el Poder Ejecutivo dictó el decreto de necesidad y urgencia 2.010/09 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 9º).

El período de sesiones ordinarias del Congreso terminó el jueves 10 de diciembre de 2009 por decisión del Poder Ejecutivo que, por decreto, sólo prorrogó hasta esa fecha la posibilidad de sesionar. Dos días hábiles después, el lunes 14 de diciembre, dictó el DNU 2.010/09 que ha sido cuestionado. Es decir, que fue el Poder Ejecutivo el que evitó deliberadamente que la cuestión pudiera tratarse por el procedimiento parlamentario ordinario.

Con este acto, el Poder Ejecutivo asume funciones específicamente asignadas por la Constitución al Congreso de la Nación, como son el “establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda”, “arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación” y “hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras” (incisos 6, 7 y 11 del artículo 75 de la Constitución Nacional, respectivamente).

Es por ello, y por todas las razones previamente expuestas, que se aconseja el rechazo del decreto de necesidad y urgencia 2.010/2009, del 14 de diciembre de 2009.

*Enrique L. Thomas.*

## ANTECEDENTE

**Mensaje del Poder Ejecutivo nacional**

Buenos Aires, 14 de diciembre de 2009.

VISTO la ley 23.928, sus modificatorias y complementarias, y

## CONSIDERANDO:

Que la República Argentina está a punto de iniciar el año de la conmemoración del bicentenario de las luchas de su Independencia.

Que esta circunstancia histórica nos obliga a diseñar políticas de Estado que, trascendiendo la coyuntura, nos permitan dar pasos prácticos para llevar a cabo proyectos de crecimiento sustentable en los próximos años, adoptando las medidas necesarias y tomando las previsiones para su pronta concreción.

Que en este marco resulta necesario profundizar el proceso de desendeudamiento iniciado en 2003, para permitir un mayor y mejor acceso al financiamiento tanto para el sector público, como para el sector privado.

Que, de acuerdo a importantes estudios, la deuda pública que se considera razonable es marcadamente menor en los países en desarrollo que en las naciones industrializadas. La relación deuda/PBI considerada aceptable para los países en desarrollo oscila en torno al 35 % del PBI, mientras que en algunos países con poco acceso al crédito esa relación es mucho menor; producto de lo que se ha denominado intolerancia a la deuda y que se manifiesta en las dificultades que experimentan los mercados emergentes frente a niveles de deuda que en países desarrollados serían considerados razonables.

Que la comprensión del fenómeno de la intolerancia a la deuda es clave para determinar las tasas sostenibles de endeudamiento, evaluar la conformación de la estructura de deuda, y las mejores alternativas de cancelación de servicios de deuda.

Que la obtención de un mayor financiamiento a menores tasas tanto para el sector público como para el sector privado tiene por objeto garantizar el sostenimiento de la inversión pública y privada, sostener el crecimiento de la economía, la creación de trabajo decente y genuino, llevando adelante a su vez iniciativas con criterio federal en etapas negativas del proceso económico.

Que los recursos necesarios a tal fin tienen que surgir de un uso más eficiente de las reservas del Banco Central de la República Argentina, buscando obtener de ellas no sólo el respaldo a la moneda, sino también la obtención de un mayor provecho para que coadyuven al mayor desarrollo económico interno.

Que ello es posible porque a partir del año 2003 la acumulación sin precedente de reservas internacionales por parte de los países emergentes en general, y de la Argentina en particular, ha generado un interrogante

acerca de su nivel óptimo y su adecuada utilización, específicamente la contribución que esos recursos pueden tener en el crecimiento.

Que la acumulación de reservas internacionales siempre ha estado asociada a un costo de oportunidad. Dicho costo puede entenderse como la diferencia entre el rendimiento potencial de las reservas si éstas fueran destinadas a la inversión en la economía real o la cancelación de servicios de deuda y el retorno efectivamente observado como consecuencia de la acumulación de activos.

Que respecto a la adecuada utilización de las reservas internacionales, el punto central es que una economía en desarrollo, como la República Argentina, estaría en parte sacrificando crecimiento al mantener esos activos en el exterior con mínimo rédito, sin aprovechamiento alguno en el ámbito interno.

Que, vale decirlo, durante la década de los noventa, en el marco de una creciente integración económica impulsada por la liberalización de los mercados financieros domésticos y del flujo internacional de capitales, se sucedieron una serie de crisis económico-financieras en diferentes países en desarrollo que alertaron al gobierno argentino, a partir del año 2003, respecto de la urgencia e importancia de diseñar una estrategia para prevenir el ciclo de ataques especulativos, fugas de capital, crisis financiera, generando un cambio estructural en la manera en cómo se acumulaban las reservas internacionales.

Que el auxilio brindado en ocasión de dichas crisis por los organismos multilaterales de crédito, especialmente por el Fondo Monetario Internacional, tendió en la mayoría de los casos a agravar los desequilibrios iniciales más que a revertirlos. La virtual ausencia de un organismo multilateral con capacidad de asistir efectivamente a los países en los momentos que requieren asistencia financiera llevó a varios gobiernos de países en desarrollo, incluido el nuestro, a adoptar políticas de autoseguro.

Que estas políticas han dado buenos resultados, especialmente en la Argentina, que ha logrado obtener superávits a nivel externo y fiscal simultáneamente por primera vez en más de medio siglo, en el marco de un proceso de crecimiento sostenido con creación de empleos y creciente inclusión social.

Que, sin embargo, uno de los efectos de la propensión a autoasegurarse redundó en un flujo neto de capitales desde el país que acumula reservas hacia los países desarrollados, dado que la acumulación de reservas internacionales supone la formación de activos externos emitidos por estos países. Así, en el contexto internacional actual el ahorro excedente de los países en desarrollo en general, y de la Argentina en particular, tiende a financiar el gasto de las economías más desarrolladas.

Que, en suma, la estrategia precautoria –el seguro para reducir la posibilidad de incurrir en una crisis financiera– se estableció en los lineamientos de incre-

mentar, tanto como se pudiese, la liquidez a través de la acumulación de reservas internacionales.

Que en este sentido, uno de los objetivos de la acumulación de activos internacionales –similar al de cualquier país en desarrollo– fue tomar en cuenta no sólo los déficits anticipados en la cuenta corriente de la balanza de pagos, sino también los riesgos de liquidez provenientes de repentinos movimientos (léase fugas) de capital, así también como estrategia para evitar la sobreapreciación cambiaria. De tal forma, la liquidez y la seguridad han sido objetivos primarios de la acumulación de reservas, mientras que la maximización de rendimientos ha sido secundaria.

Que en suma, en esta primera etapa, se decidió mantener activos internacionales por motivos de precaución y de transacción, con la premisa de preservar la confianza en los mercados tanto internos como externos respecto del cabal cumplimiento de las obligaciones denominadas en moneda extranjera.

Que, en términos generales, un proceso combinado de generación sistemática de superávits primarios, de mecanismos de autoseguro (como los esquemas de prepago de deuda durante las fases de auge o de reducción de las tasas de interés), y de mejoramiento de las condiciones de financiamiento parece ser el camino hacia un mayor grado de sustentabilidad de la deuda pública.

Que ante los efectos de la dinámica de la deuda pública en un entorno de bajo crecimiento, y de crisis financiera internacional parece claro que para apuntalar la política de desendeudamiento, además de los esfuerzos domésticos para generar superávit primarios persistentes, son necesarios aportes sustantivos de otras fuentes, como el exceso de reservas internacionales, para procurar reducir el stock de deuda, mejorar el perfil de vencimientos, y abaratar el costo financiero cuando corresponda.

Que la estrategia de acumulación de reservas no ha venido siendo exclusiva de la Argentina. Autoridades de otras economías como México, Tailandia, Corea, Malasia, Filipinas, Indonesia, Brasil, Turquía y Rusia adoptaron la acumulación de reservas como seguro.

Que tal fenómeno se dio en gran medida por la entrada de divisas del saldo del comercio exterior, producto de una mejora de los términos de intercambio que crecieron entre 2003 y 2008 más de un 50 %, alcanzando su nivel más alto en sesenta años. Desde abril de 2001 se lleva acumulado un saldo comercial positivo de u\$s 112.158 millones (u\$s 11.000 millones al año), que se vio potenciado a partir de 2003.

Que las reservas internacionales se quintuplicaron entre comienzos del 2003 y diciembre de 2009, pasando de u\$s 8.245 millones a u\$s 47.539 millones; aun a pesar de haber pagado con ellas u\$s 9.530 millones al Fondo Monetario Internacional a principios de 2006. Como porcentaje del producto bruto interno, las reservas pasaron de 9,5 % a alrededor de 16,4 % en el mismo período.

Que el rendimiento anual promedio ponderado obtenido por la administración de las reservas internacionales del BCRA en el período 2003-diciembre 2009 se ubicaría en orden al 3 % en dólares. En particular, desde 2007 el rendimiento obtenido ha experimentado una sensible baja llegando en la actualidad a menos del 0,5 % anual

Que, adicionalmente, cuando las autoridades monetarias compran las divisas a los exportadores a través de la emisión de letras o notas vía operaciones monetarias de esterilización, la tasa de interés de dichos instrumentos serán mayores a la que recibe de las reservas.

Que, por supuesto, la acumulación de activos internacionales, sin precedente, no resulta gratuita. Diversos estudios han estimado que el exceso de acumulación de reservas, definido por el criterio del cociente de reservas internacionales a importaciones, tiene asociado un costo de alrededor de 1% del PBI.

Que como lo demostró la crisis financiera mundial reciente, a pesar de contar con abultadas reservas internacionales en el BCRA, al Tesoro nacional (al igual que el resto de los países emergentes) no le facilitó el acceso al crédito a nivel internacional. Por lo tanto, en la práctica, la acumulación excesiva de reservas en sí misma y utilización de dichos recursos en forma concreta, no lleva necesariamente, en todos los escenarios posibles, a mejores condiciones de crédito en los mercados externos.

Que si bien la acumulación de reservas internacionales contribuye al crecimiento a través de la estabilidad financiera, es decir, reduciendo la incidencia del ciclo ataques especulativos-crisis financieras, tal acumulación pueda resultar demasiado onerosa si se lleva adelante muy por encima de niveles óptimos, al –como se dijo– subutilizar recursos.

Que ya a fines del año 2005 se llevó adelante mediante el decreto de necesidad y urgencia 1.599, ratificado por la ley 26.076, y el decreto 1.601 un uso de las reservas internacionales de libre disponibilidad para apuntalar el proceso y la política de desendeudamiento. En aquella oportunidad, en relación con la cancelación del endeudamiento ante el Fondo Monetario Internacional. Dicha operación actuó como una muestra cabal de posibles esquemas de financiamiento al sector público a través de la utilización de reservas para fines específicos, coadyuvando a una mejora en la percepción de los inversores.

Que cabe mencionar que otros países con reservas internacionales que, a primera vista, parecen excesivas en relación con sus necesidades inmediatas, como es el caso de China, Rusia y Japón han comenzado a administrar las reservas de sus bancos centrales buscando obtener de ellas mayor provecho, invirtiendo tanto en títulos públicos como en acciones de capital privado, a los fines no solamente de diversificar sus carteras, sino principalmente de coadyuvar al desarrollo económico interno.

Que asimismo, ante la reducción de las líneas de financiamiento destinadas a exportaciones, el Banco Central de Brasil decidió en marzo 2009 prestar re-

servas internacionales vía subastas para ser utilizadas con este y otros fines por las empresas brasileñas, al tiempo que también se financiarán vencimientos de obligaciones externas de las mismas con similares recursos, proveyendo así al mercado con mayor liquidez en moneda extranjera.

Que en las condiciones actuales el uso acotado de reservas no tendrá mayor impacto sobre la política monetaria, ni es susceptible de lesionar el superávit cuasifiscal, ni puede implicar un deterioro en la calidad de la cartera de activos, que quedará más indisolublemente ligada al desendeudamiento y fortalecimiento de nuestra economía.

Que, en conclusión, el exceso de reservas internacionales surge como una fuente de recursos que, de ser aprovechados estratégicamente, podrían promover el crecimiento e incrementar la competitividad de la economía, mediante su utilización para profundizar el proceso de desendeudamiento.

Que si estas acciones no se llevaran a cabo se podrían constituir en un factor crucial que dificultaría el crecimiento de importantes sectores económicos en el mediano y largo plazo.

Que dichas acciones, por supuesto, deben instrumentarse en el contexto de una estrategia bien definida, donde los recursos sean canalizados de tal manera que su efecto y sus beneficios en términos de cancelación de servicios de deuda, sean maximizados.

Que así como resulta imperioso mantener la estabilidad monetaria y financiera, condición necesaria para el normal funcionamiento del mercado crediticio y financiamiento del sector productivo, también resulta necesario –sin afectar la estabilidad monetaria y financiera– llevar adelante políticas activas que permitan aplicar los recursos disponibles para financiar el crecimiento económico, resaltando al mismo tiempo tanto la capacidad como la voluntad de pago que tiene la República respecto de sus compromisos.

Que, en tal sentido, se propicia sustituir el artículo 6° de la ley 23.928, previendo en su segundo párrafo que las reservas de libre disponibilidad podrán aplicarse además al pago de servicios de la deuda pública del Estado nacional.

Que, con ello, se crea el Fondo del Bicentenario para el Desendeudamiento y la Estabilidad, cuyo objetivo es llevar adelante los pagos de la deuda pública del Tesoro nacional con vencimiento en el año 2010 y será administrado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que el citado fondo se integrará con la suma de dólares estadounidenses seis mil quinientos sesenta y nueve millones (u\$s 6.569.000.000), o su equivalente en otras monedas, correspondiendo a vencimientos con organismos multilaterales la suma de dólares estadounidenses dos mil ciento ochenta y siete millones (u\$s 2.187.000.000) y a vencimientos con tenedores privados la de dólares estadounidenses cuatro mil trescientos ochenta y dos millones (u\$s 4.382.000.000), que el Banco de la República Argentina transferirá al Tesoro nacio-

nal de las reservas de libre disponibilidad, recibiendo como contraprestación un instrumento de deuda emitido por el Tesoro nacional, el que se encuentra comprendido en las previsiones del artículo 33 de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina.

Que, asimismo, estando integrado el fondo por parte de las reservas de libre disponibilidad, su transferencia al Tesoro nacional no se encuentra alcanzada por la prohibición contenida en el artículo 19 inciso a) y en lo dispuesto en el artículo 20 de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, ni puede ser considerado a los fines de la autorización concedida por el artículo 43 de la ley 26.546.

Que la urgencia en la adopción de la presente medida hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

Que la ley 26.122, regula el trámite y los alcances de la intervención del Honorable Congreso de la Nación respecto de los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo nacional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

Que la citada ley determina que la Comisión Bicameral Permanente tiene competencia para pronunciarse respecto de la validez o invalidez de los decretos de necesidad y urgencia, así como elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, en el plazo de diez (10) días hábiles.

Que el artículo 22 de la ley 26.122 dispone que las Cámaras se pronuncien mediante sendas resoluciones y que el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Carta Magna.

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas ha tomado la intervención que le compete.

Que la presente medida se dicta de acuerdo a las facultades emergentes del artículo 99, incisos 1 y 3, de la Constitución Nacional y de acuerdo a los artículos 2°, 19 y 20 de la ley 26.122.

Por ello,

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

DECRETA:

Artículo 1° – Sustitúyese el artículo 6° de la ley 23.928 y sus modificatorias por el siguiente:

Artículo 6°: Los bienes que integran las reservas mencionadas en los artículos anteriores son inembargables, y pueden aplicarse exclusivamente a los fines previstos en la presente ley. Las reservas, hasta el porcentaje establecido en el artículo 4°, constituyen, además, prenda común de la base monetaria. La base monetaria en pesos está constituida por la circulación monetaria más

los depósitos a la vista de las entidades financieras en el Banco Central de la República Argentina, en cuenta corriente o cuentas especiales.

Las reservas de libre disponibilidad podrán aplicarse al pago de obligaciones contraídas con organismos financieros internacionales y al pago de servicios de la deuda pública del Estado nacional.

Art. 2° – Créase el Fondo del Bicentenario para el Desendeudamiento y la Estabilidad, cuyo objetivo es la cancelación de servicios de la deuda con vencimiento en el año 2010 y será administrado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el que reglamentará los aspectos operativos atinentes al mismo.

Art. 3° – El fondo creado por el artículo 2° se integrará con dólares estadounidenses seis mil quinientos sesenta y nueve millones (u\$s 6.569.000.000), o su equivalente en otras monedas, correspondiendo a vencimientos con organismos multilaterales la suma de dólares estadounidenses dos mil ciento ochenta y siete millones (u\$s 2.187.000.000) y a vencimientos con tenedores privados la de dólares estadounidenses cuatro mil trescientos ochenta y dos millones (u\$s 4.382.000.000), que el Banco Central de la República Argentina transferirá al Tesoro nacional de las reservas de libre disponibilidad.

Como contraprestación, el Banco Central de la República Argentina recibirá un instrumento de deuda emitido por el Tesoro nacional consistente en una letra intransferible denominada en u\$s, a diez (10) años con

amortización íntegra al vencimiento, la que devengará una tasa de interés igual a la que devenguen las reservas internacionales del Banco Central de la República Argentina para el mismo período y hasta un máximo de la tasa Libor anual menos un punto porcentual. Los intereses se cancelarán semestralmente. Dicho instrumento se considera comprendido en las previsiones del artículo 33 de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina. Esta letra no se encuentra comprendida en la prohibición establecida en el artículo 19, inciso a), y en lo dispuesto en el artículo 20 de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, ni será considerada a los fines de la autorización concedida por el artículo 43 de la ley 26.546.

Art. 4° – Dese cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

Art. 5° – Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Decreto 2.010

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

*Aníbal D. Fernández. – Aníbal F. Randazzo. – Jorge E. Taiana. – Nilda C. Garré. – Amado Boudou. – Julio M. De Vido. – Julio C. Alak. – Carlos A. Tomada. – Alicia M. Kirchner. – Juan L. Manzur. – Alberto E. Sileoni. – José L. S. Baraño. – Julián A. Domínguez. – Débora A. Giorgi.*