

SESIONES ORDINARIAS
2014
ORDEN DEL DÍA N° 30

**COMISION BICAMERAL PERMANENTE
DE TRÁMITE LEGISLATIVO –LEY 26.122–**

Impreso el día 7 de mayo de 2014

Término del artículo 113: 16 de mayo de 2014

SUMARIO: **Declaración** de validez del decreto 351 de fecha 21 de marzo de 2014. (4-J.G.M.-2014.)

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

I

Dictamen de mayoría

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo –ley 26.122– prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional ha considerado el expediente 4-J.G.M.-2014 referido al decreto del Poder Ejecutivo 351 de fecha 21 de marzo de 2014, mediante el cual se suspende desde el 1° de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014 inclusive, la aplicación de las disposiciones contenidas en el decreto 814 del 20 de junio de 2001 y sus modificatorios, respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encontraren incorporados a la enseñanza oficial conforme las disposiciones de las leyes 13.047 y 24.049.

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

Proyecto de resolución

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVEN:

Artículo 1° – Declarar la validez del decreto 351 de fecha 21 de marzo de 2014.

Art. 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 abril de 2014.

*Jorge A. Landau. – Diana B. Conti. –
Eduardo E. de Pedro. – Juliana di Tullio.
– María T. García. – María G. de la Rosa.
– Pablo G. González. – Marcelo A. H.
Guinle. – Miguel Á. Pichetto. – Beatriz L.
Rojkés de Alperovich.*

INFORME

I. *Antecedentes*

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

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

La reforma constitucional de 1994 dejó atrás la discusión doctrinaria y jurisprudencial que en el marco del paradigma instaurado por los constituyentes de 1853/60 se planteaba.¹

¹ Joaquín V. González se pronunciaba a favor de la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia siempre que éstos sean sometidos a consideración del Honorable Congreso de la Nación. *Manual de la Constitución Argentina*, 1890.

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

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

El artículo 99 en su parte pertinente establece:

“CAPÍTULO III

” *Atribuciones del Poder Ejecutivo*

”Artículo 99: El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

” [...]

”3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

”El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

“CAPÍTULO IV

” *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.

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

”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 V

” *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 IV

” *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 5º, precisa que ella estará integrada por ocho (8) diputados y ocho (8) senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras.

En este sentido, a propuesta de los respectivos bloques de las Cámaras, los presidentes de la Honorable Cámara de Senadores y de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación han emitido los instrumentos legales corres-

pondientes, designando a los señores senadores y diputados miembros, integrando formalmente la comisión.

En este orden de ideas, es criterio de esta comisión plantear un razonamiento 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”.²

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

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

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

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

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

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

Asimismo, son numerosas las Constituciones europeas que han contemplado la posibilidad de existencia de aquellas situaciones extraordinarias de necesidad y urgencia, estableciéndolas en sus textos en forma expresa, tales como la Constitución de la República

Española y en Sudamérica, las constituciones de Brasil, Colombia y Perú, entre otras.

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

La norma precitada establece como presupuesto para dictar decretos de necesidad y urgencia: la existencia de “circunstancias excepcionales” que “hacen imposible recorrer el procedimiento legislativo”.³

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.⁴

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”,⁵ ya que se le reconoció expresamente al presidente de la Nación la facultad de dictar este tipo de normas.

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

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

Estas circunstancias fácticas que debían configurarse eran:

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

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

³ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, EDIAR, 1995, tomo VI.

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

⁵ *La Ley*, 1991-C:158.

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

Puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo, fundado en dos razones fundamentales: *a)* que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; *b)* porque ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en el decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados (considerando 24).

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

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

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

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

Conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Nacional⁶ 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”,⁷ la CSJN se refirió a la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y a su control político en cabeza del Poder Legislativo. Se discutió quién posee la atribución jurisdiccional para controlar este tipo de decretos.

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

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

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

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

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

En cambio, en el caso “Verrocchi”⁸ cambia el criterio sostenido en el fallo precedente y declara la inconstitucionalidad de los decretos (de necesidad y urgencia) números 770/96 y 771/96 emitidos por el Poder Ejecutivo nacional en 1996, que suprimían la percepción del salario familiar a aquellas personas que cobrasen más de mil pesos.

En el caso precitado, la CSJN ejerce un control de constitucionalidad amplio y analiza también la razonabilidad de la medida, al abocarse a examinar si se cumplieron las exigencias formales y materiales en el dictado de este tipo de normas, admitiendo el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo nacional.

En este sentido, la CSJN considera que “se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una

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

⁷ *La Ley*, 1997, E:884.

⁸ “Verrocchi, Ezio D. c/Administración Nacional de Aduanas”, CS, 1999/08/19, *Fallos*, 322:1726, *La Ley*, 1999-E, 590.

limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país...” (considerando 8).

En el considerando 9 analiza las dos circunstancias habilitantes para el dictado de este tipo de normas, de conformidad con el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y sostiene que “corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de este tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia...”.

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

En el caso “Risolia de Ocampo”,⁹ 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”,¹⁰ la CSJN se pronunció por la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 290/95 que había dispuesto la reducción de los salarios de los agentes de la administración pública.

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

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

Los ministros Nazareno, Moliné O’Connor y López, que integraron la mayoría, coincidieron en la legitimidad de la medida, pues sostuvieron que “...la ratificación del decreto de necesidad y urgencia 290/95 mediante el dictado de la ley 24.624 traduce, por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de una situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del

órgano legislativo a favor de la regularidad de dicha norma. Ese acto legislativo es expresión del control que –en uso de facultades privativas– compete al Congreso de la Nación conforme al artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, pues la sanción de la ley 24.624 demuestra que el tema fue considerado por ambas Cámaras, como lo exige el precepto constitucional, las que se pronunciaron en forma totalmente coincidente con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo nacional al enfrentar la crisis...” (considerando 6.)

En el caso precitado, el voto del ministro Carlos Fayt señaló que “tal como lo recordó el tribunal en la causa ‘Verrocchi’ (*Fallos*, 322:1726), para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer válidamente facultades legislativas, que en principio le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1°) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, o 2°) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser remediada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes. Esta última es la situación que debe entenderse presente en el caso...” (Considerando 6.)

“Que la doctrina elaborada por esta Corte en torno a la nueva previsión constitucional, no difiere en lo sustancial del recordado precedente de *Fallos*, 313:1513. Sin embargo, en este último se valoró el silencio del Poder Legislativo como una convalidación tácita con consecuencias positivas (considerando 25). Nada de ello en cambio sería en principio posible de afirmar hoy, frente al ineludible 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: “en el caso concreto que nos ocupa, el Congreso Nacional, haciéndose cargo de su necesaria intervención en cuestiones de hondo y sensible contenido social –más allá de las implicancias presupuestarias que obviamente ostenta y que en última instancia son la razón misma de la medida– ha asumido esa intervención legitimadora, con lo que puede darse por satisfecho el recaudo constitucional antes indicado. Ello, claro está, no descarta sino refuerza el necesario control de constitucionalidad inherente al Poder Judicial de la Nación, conforme fue recordado por el tribunal en la causa ‘Verrocchi’ ya citada” (considerando 9).

En este mismo orden de ideas, el citado ministro de la CSJN destacó: “En cuanto al contenido mismo de la medida cuestionada, deben entenderse reunidos los re-

⁹ “Risolia de Ocampo, María José c/Rojas, Julio César s/ ejecución de sentencia”, CS, *Fallos*, 323:1934.

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

quisitos 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 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 a textos

o principios constitucionales. Sostiene que, así como existe una zona de reserva de la ley que no puede ser invadida por el poder administrador, también hay un ámbito de competencias, reservado a la administración, en el 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,¹¹ 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.¹²

Mientras un sector, encabezado por los administrativistas, se inclinaba por su validez constitucional y recibía el apoyo de la realidad jurisprudencial aunque dentro de ciertos límites, otra corriente doctrinaria entendía que resultaban violatorios del sistema de la Constitución de 1853/60 por considerar, sustancialmente, que afectaban el principio de la división de los poderes.¹³

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”.¹⁴

II. Objeto

Se somete a dictamen de esta comisión el decreto del Poder Ejecutivo nacional 351 de fecha 21 de marzo de 2014, mediante el cual se suspende, desde el 1° de enero

11 Se sostenía que el Congreso no podía delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

12 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.

13 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 elaborada por Montesquieu y adoptada por nuestra Constitución histórica 1853/60.

14 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.

de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014 inclusive, la aplicación de las disposiciones contenidas en el decreto 814 del 20 de junio de 2001 y sus modificatorios, respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encontraran incorporados a la enseñanza oficial conforme las disposiciones de las leyes 13.047 y 24.049.

II.a. Análisis del decreto

La ley 26.122, en el título III, capítulo I, referido a los decretos de necesidad y urgencia, establece: “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 sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado”.

La lectura del artículo 100, inciso 13, de la Constitución Nacional permite distinguir como requisitos formales: a) la firma del señor jefe de Gabinete de Ministros y b) el control por parte de la Comisión Bicameral Permanente. En igual sentido, el artículo 99, inciso 3, referido a las atribuciones del Poder Ejecutivo en el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, permite inferir como requisitos sustanciales que habilitan dicha vía que “...no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos [...] los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

En efecto, el decreto 351/2014 en consideración ha sido dictado en acuerdo general de ministros, de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3, y 100, inciso 13, de la Constitución Nacional.

Asimismo, se encuentra cumplido el otro requisito formal referido al control por parte de esta comisión, en virtud de lo cual se eleva el despacho pertinente de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la ley 26.122.

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 éstos sean derogados formalmente por el Congreso.¹⁵

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto 351/2014.

El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia – en el último considerando del citado decreto– de que el mismo se dicta en uso de las atribuciones emergentes

del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y de los artículos 2°, 19 y 20 de la ley 26.122.

Resulta pertinente destacar las palabras vertidas en el trabajo elaborado por Jorge Carlos Albertsen, en el cual se señala que “existe una marcada diferencia entre el dictado, por parte del Poder Ejecutivo, de una disposición de carácter legislativo, cuando la misma ha sido dictada en virtud de la circunstancia excepcional que prevé el tercer párrafo del inciso 3 del artículo 99 y cuando la misma es el resultado del ejercicio de una delegación legislativa. En el primer caso no existe una actuación previa del Congreso, mientras que en el segundo, éste ya ha puesto de manifiesto su voluntad de transferir su potestad al Poder Ejecutivo, respecto a una materia determinada, con plazo para su ejercicio y de conformidad con ciertas bases. Esta circunstancia justifica que el control de la Comisión Bicameral Permanente sea mayor en el caso de los decretos de necesidad y urgencia (en los que el Poder Ejecutivo ha dictado la disposición *motu proprio*) que en el caso de la delegación legislativa (a través de la que el Poder Legislativo le ha encomendado al Poder Ejecutivo el dictado de una ley, estableciendo las “bases de la delegación”). En el primer caso el Congreso tiene una participación *ex post*, mientras que en el segundo tiene una participación *ex ante*”.

En el decreto bajo análisis, el Poder Ejecutivo enuncia las normas que rigen la materia de contribuciones en el sector educativo nacional, y debido al impacto de las mismas, finaliza concluyendo en la necesidad del dictado de la presente medida.

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

En junio de 2001, el decreto 814, modificado por el artículo 9° de la ley 25.453, adoptó una modalidad de alícuota única para la casi totalidad de las mencionadas contribuciones, fijándola en el veinte por ciento (20 %) para los empleadores que resultaran comprendidos en el inciso a) de su artículo 2° y en el dieciséis por ciento (16 %), para los indicados en el inciso b) del mismo artículo, dejándose, asimismo, sin efecto toda norma que hubiera contemplado exenciones o reducciones de alícuotas aplicables a las contribuciones patronales.

En tal sentido el artículo 9° de la ley 25.453, de impuesto al valor agregado y contribuciones patronales, en su título V, establece lo siguiente:

“Art. 9° – Sustitúyese el artículo 2° del decreto 814 de fecha 20 de junio de 2001 por el siguiente:

”Artículo 2°: Establécense las alícuotas que se describen a continuación correspondientes a las contribuciones patronales sobre la nómina salarial con destino a los subsistemas de seguridad social regidos por las leyes 19.032 (INSSJP), 24.013 (Fondo Nacional de Empleo), 24.241 (Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones), y 24.714 (Régimen de Asignaciones Familiares), a saber:

¹⁵ 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.

”a) 20 % para los empleadores cuya actividad principal sea la locación y prestación de servicios con excepción de los comprendidos en las leyes 23.551, 23.660, 23.661 y 24.467;

”b) 16 % para los restantes empleadores no incluidos en el inciso anterior. Asimismo será de aplicación a las entidades y organismos comprendidos en el artículo 1° de la ley 22.016 y sus modificatorias.

”Las alícuotas fijadas sustituyen las vigentes para los regímenes del Sistema Único de la Seguridad Social (SUSS), previstos en los incisos a), b), d) y f) del artículo 87 del decreto 2.284 de fecha 31 de octubre de 1991, conservando plena aplicación las correspondientes a los regímenes enunciados en los incisos c) y e) del precitado artículo”.

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

Por otra parte, cabe destacar que por el artículo 4° del decreto 814/01, según texto modificado por la ley 25.723, los empleadores pueden computar, como crédito fiscal del impuesto al valor agregado, los puntos porcentuales establecidos en el Anexo I de dicha norma.

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

Por lo tanto, la situación descripta colisiona, para este sector, con los objetivos planteados al momento de dictarse el decreto 814/01.

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

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

La mencionada situación es la que intenta el Poder Ejecutivo paliar a través de la presente medida, toda vez que es prioridad del gobierno nacional favorecer a los sectores de las regiones menos favorecidas del país a través de políticas que promuevan un desarrollo más equitativo e igualitario.

Ya a través de los decretos 1.034 de 2001, 284 de 2002, 539 de 2003, 1.806 de 2004, 986 de 2005, 151 de 2007, 108 de 2009, 160 de 2011, 201 de 2012 y 249 de 2013 se suspendió la aplicación de los referidos porcentajes para los empleadores titulares de establecimientos educacionales privados, considerando que, hasta tanto no se resuelva legislativamente tal situación, resulta responsabilidad del gobierno nacional favorecer a los sectores más necesitados, ya que la aplicación del decreto 814/01 tendría un efecto regresivo en todas las jurisdicciones, pero principalmente en las más necesitadas.

De tal modo, la necesidad y la urgencia en el dictado de la presente medida se encuentran justificadas toda vez que, tal como lo menciona el Poder Ejecutivo en los considerandos del decreto, la situación descripta puede ocasionar no sólo un detrimento en la calidad educativa, sino que al mismo tiempo puede impactar en el nivel de empleo en este sector, lo que agravaría la situación económica y social actual producida por la crisis financiera mundial, lo que intenta evitar el gobierno nacional.

Es prioridad del gobierno nacional favorecer a los sectores de las regiones menos favorecidas del país a través de políticas que promuevan un desarrollo más equitativo e igualitario, y la aplicación del decreto 814/01 en las instituciones educativas privadas produciría un efecto contrario a este objetivo de la política nacional.

En razón de lo mencionado es que a través del decreto 351/2014 se suspende, desde el 1° de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014 inclusive, la aplicación de las disposiciones contenidas en el decreto 814 del 20 de junio de 2001 y sus modificatorios, respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encontraran incorporados a la enseñanza oficial conforme las disposiciones de las leyes 13.047 y 24.049.

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución Nacional en lo que respecta al dictado del decreto 351/2014, siendo que la naturaleza excepcional de la situación planteada hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, y todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 26.122, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la validez del decreto del Poder Ejecutivo nacional 351 de fecha 21 de marzo de 2014.

Decreto 351/2014

Jorge A. Landau.

II

Dictamen de minoría

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo –Ley 26.122– prevista en los artículos 99, inciso

3, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional ha considerado el expediente referido al decreto del Poder Ejecutivo nacional 351 de fecha 21 de mayo de 2014, por el que cual se suspende, desde el 1° de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010 inclusive, la aplicación de las disposiciones contenidas en el decreto 814 del 20 de junio de 2001, modificado por la ley 25.453, respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encontraran incorporados a la enseñanza oficial conforme las disposiciones de las leyes 13.047 y 24.049.

Atendiendo a los fundamentos que aquí se presentan, se recomienda:

Proyecto de resolución

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVEN:

Artículo 1°—Declarar la invalidez por inconstitucional y la nulidad absoluta e insanable del decreto del Poder Ejecutivo nacional 351 de fecha 21 de marzo de 2014.

Art. 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 abril de 2014.

Adrián Pérez.

INFORME

Honorable Congreso:

1. Condiciones de validez de los decretos de necesidad y urgencia. Intervención legal

En un ordenamiento jurídico existe necesariamente aquello que Hart identificó como reglas secundarias¹⁶ y que refiere a las normas según las cuales podemos distinguir adecuadamente una norma jurídica válida de cualquier otra cosa. Básicamente, la idea es que no puede haber orden jurídico si no disponemos de normas que establezcan pautas que otorgan investidura y competencia para crear derecho, así como procedimientos precisos mediante los cuales ese derecho es creado. Cualquier orden, imperativo o disposición con pretensión de alterar la realidad, que no sea emitido de acuerdo a esas normas que establecen investiduras, competencias y procedimientos, está, necesariamente, fuera del universo de las normas jurídicas.

Esta idea, bastante elemental y difundida, tiene enormes implicancias en el análisis del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y del texto de la ley 26.122, que por otra parte no difieren de lo que indica el sentido común.

Así como la decisión de una asamblea de consorcio no es una ley federal, no cualquier acto, aunque sea

emitido por el Poder Ejecutivo nacional, es un DNU. Ésta es la línea argumental del voto concurrente de la ministra Argibay en el caso “González”, donde sostuvo que “... un decreto de necesidad y urgencia no adquiere tal condición por la mera decisión del presidente de adjudicarle ese rótulo, sino cuando se han seguido para su dictado los procedimientos establecidos en la Constitución Nacional, especialmente en los artículos 99.3 y 100.13...”¹⁷ Este argumento conduce necesariamente a preguntarse qué es lo que hace que un DNU sea un DNU —válido— y no cualquier otra cosa.

En nuestro sistema la respuesta surge de la Constitución Nacional. En su artículo 99, inciso 3, la Constitución Nacional establece que un DNU es una norma que:

a) Es un reglamento de alcance general de carácter legislativo en tanto regula materias privativas del Congreso Nacional.

b) Debe ser decidida en acuerdo general de ministros y refrendada por todos ellos y por el jefe de Gabinete.

c) Es un reglamento que debe ser remitido por el jefe de Gabinete de Ministros a esta comisión bicameral dentro de los 10 días de su sanción.

d) Es un reglamento que no puede regular materia penal, tributaria, electoral, o del régimen de partidos políticos.

e) Es un reglamento que debe ser dictado en condiciones de necesidad y urgencia que exijan, por lo extraordinario del caso, el recurso a este dispositivo excepcional.

Bajo estas primeras condiciones, un texto firmado por la presidenta y sus ministros puede ser considerado un DNU sin que esto sea suficiente en el análisis de su validez y procedencia. Esto implica, lógicamente, que cualquier pretensión normativa, como señala la ministra Argibay y también ha sostenido el ministro Petracchi, que se aparte de estas condiciones no pueda ser tenido como un DNU, y por lo tanto no sea siquiera una norma jurídica válida dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

De los requisitos a priori, el decreto 351/14 observa adecuadamente el contenido legislativo de la regulación que dispone y las firmas del JGM y ministros. Sin embargo, falla desde el momento en que no fue remitido dentro del plazo impuesto por la Constitución Nacional, regula materia tributaria y fue dictado en inexistencia de condiciones de necesidad y urgencia que justifiquen su dictado.

1.2. Plazo de envío

El sistema constitucional de control legislativo de los decretos de necesidad y urgencia impone al jefe de Gabinete remitir el DNU a la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo reglamentada por la ley 26.122, en el plazo de 10 días a partir de su dictado.

¹⁷ Voto concurrente de la ministra Argibay en el fallo CSJN, “González, Martín Nicolás c/Polimat S.A. y otro” del 19/05/2010, considerando 8.

¹⁶ H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 101 y ss.

Esta carga surge explícitamente del texto del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional

El decreto 351 fue dictado el día 21 de abril de 2014 y publicado el día 31 de marzo en el Boletín Oficial.¹⁸ Si bien la Constitución Nacional no establece con precisión a partir de cuándo comienza a correr el plazo de los 10 días, sólo existen tres interpretaciones posibles: se computa a partir del dictado del decreto, se computa a partir de su publicación, o se computa a partir de la entrada en vigor. Sin embargo, la ley 26.22 en su artículo 12 reguló esta cuestión disponiendo que el plazo se compute a partir del dictado del decreto.

Asimismo, el texto de la Constitución no establece si debe tratarse de días corridos o de días hábiles, de modo que hace falta una lectura sistemática que permita interpretar adecuadamente la contabilización del plazo exigido.

La hermenéutica del régimen constitucional de los decretos con contenido legislativo está necesariamente signada por el carácter excepcional de este tipo de normas. Esta excepcionalidad debe ser entendida en dos sentidos. Por una parte, la pauta general de interpretación de la norma que habilita al Poder Ejecutivo nacional a dictar disposiciones de carácter legislativo debe ser –por la prohibición genérica del segundo párrafo del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional– restrictiva. Consistentemente, el cómputo de los plazos debe ser el más exigente posible. A su vez, la emergencia excepcional que se exige como justificación para el dictado válido de decretos de necesidad y urgencia, razonablemente demanda la mayor celeridad en el ejercicio del control. De modo que el plazo de días corridos se ajusta más a las necesidades de la emergencia que el plazo de días hábiles. Esta hermenéutica basta para concluir que el plazo de los diez días al que refiere el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y el artículo 12 de la ley 26.122 debe computarse a partir del dictado del decreto y que se trata de días corridos, pero aun si esto no fuera suficiente, no advertimos razón alguna para sustraer al artículo 12 de la ley 26.122 de la regla general del artículo 28 del Código Civil, por medio del que se establece que: “En los plazos que señalen las leyes o los tribunales, o los decretos del gobierno, se comprenderán los días feriados, a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así”. Claramente, si tratase de días hábiles, la ley 26.122 debería establecerlo explícitamente, como lo hace cuando se refiere al plazo para que la Comisión Bicameral ejerza su control en los artículos 18 y 19.

Contando el plazo de acuerdo con en el sentido de la fundamentación desarrollada y conforme nuestro derecho positivo, corresponde concluir que el plazo que tiene el jefe de Gabinete para remitir a esta Comisión Bicameral el decreto 351/14 ha vencido desde el día

31 de marzo de 2014, en los términos exigidos por la Constitución Nacional.

Corresponde destacar que es cuando menos curioso que la urgencia que motiva el dictado de un DNU no se traduzca siquiera en la mínima diligencia en su remisión para el correspondiente control legislativo. Esto significa o bien que la urgencia no es tanta, o bien que el Poder Ejecutivo nacional específicamente a través de su jefe de Gabinete intenta eludir los mecanismos constitucionales de control de sus actos. Como la facultad de abocamiento de la Comisión Bicameral impide una elusión efectiva del control legislativo, resta sólo entender que –al menos desde la perspectiva del Jefe de Gabinete – no existe en la Argentina una gran urgencia alrededor del decreto 351/14 y de su control.

1.3.

a) *Materia prohibida*

Entendemos que se considera tributo a toda prestación obligatoria, en dinero o en especie, que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio, y que debe ser impuesta por ley ajustándose a los principios de razonabilidad, igualdad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva, entre otros.

De esta forma, se trata una obligación unilateral y coercitivamente impuesta por el Estado en virtud de su poder de imperio y que tiene como fin ventilar el cumplimiento de sus fines propios.¹⁹ Además, los tributos pueden ser utilizados como herramientas para incentivar o desincentivar la realización de determinadas actividades y regular la economía. También sabemos que la potestad tributaria que posee todo Estado se ejerce sobre la base de diversos instrumentos que caben dentro del género “tributo” y que cuentan con un denominador común: “el de ser una detracción coactiva de riqueza impuesta por el estado en virtud de su legitimación constitucional”.²⁰ Generalmente, los tributos se clasifican en impuestos, tasas y contribuciones. Los impuestos “son tributos que se establecen a los ciudadanos considerando alguna medida de su capacidad contributiva o del beneficio que han de recibir, cuyo destino son las rentas generales sin asignación específica”.²¹ Las tasas son “aquellas prestaciones en dinero, o excepcionalmente en especie, que el Estado cobra por un servicio determinado e individualizado que presta”.²² Finalmente, las contribuciones son aquellos tributos que gravan a quienes han de recibir un beneficio perfectamente individualizado que se traduce,

¹⁹ Spisso, Rodolfo R., *Derecho constitucional tributario*, Buenos Aires, Editorial Depalma, p. 80.

²⁰ Badeni, G., “La patología constitucional de las retenciones” en *Retenciones a las exportaciones –suplemento especial–*, *La Ley*.

²¹ Fenochoietto, Ricardo, *Impuesto al valor agregado*, Editorial *La Ley*, p. 2

²² Fenochoietto, Ricardo, ob. cit., p. 2.

¹⁸ Publicado en el Boletín Oficial del 15 diciembre de 2010, número 32.058, página 1.

de alguna manera en el incremento de su patrimonio, como consecuencia de una actividad del Estado.²³

Está fuera de discusión que las contribuciones patronales son tributos.

En primer lugar, en los considerandos del decreto 814/01 el Poder Ejecutivo califica a la simplificación del sistema de contribuciones patronales como una medida de política tributaria. En efecto, el Poder Ejecutivo sostuvo: “Que es objetivo prioritario de la política económica nacional establecer las bases para el crecimiento sostenido, la competitividad y el aumento del empleo [...] Que en tal sentido la política tributaria constituye un factor fundamental de política económica, siendo una de las metas del gobierno nacional disminuir la presión sobre la nómina salarial. Que dicha disminución de las contribuciones sobre la nómina salarial debe ser considerada como un paso hacia la mayor productividad de la economía en general y de los sectores de la producción que cuentan con planes de competitividad y generación de empleo, en particular...”. En segundo lugar, la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía de la Nación incluye a las contribuciones patronales en la presentación que da cuenta de los tributos vigentes en la República Argentina a nivel nacional.²⁴ Al disponer la suspensión de una norma que unificó y fijó la alícuota de las contribuciones patronales, el decreto 351/14 regula materia tributaria y vulnera, así, la prohibición del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, que prohíbe de modo absoluto el dictado de decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria.

1.3.

b) Principio de reserva legal en materia tributaria

Como es sabido, en materia tributaria el principio de legalidad o de reserva es absoluto. Esto significa que no admite excepción alguna, y alcanza tanto la creación de impuestos, tasas o contribuciones, como la modificación de los elementos esenciales que lo componen: hecho imponible, alícuota, base de cálculo, sujetos alcanzados y exentos. El principio implica que la competencia del Congreso es exclusiva y que no puede ser ejercida por ninguno de los otros poderes, ni siquiera en situaciones de emergencia.²⁵

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha explicado la extensión del principio de legalidad en materia tributaria en reiteradas oportunidades. La Corte ha sostenido: “Que resulta necesario recordar que el principio de legalidad... abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir, el hecho imponible, la

alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones [...] De ahí, pues, que en esta materia, la competencia del Poder Legislativo es exclusiva (*Fallos*, 321:366, *in re* “Luisa Spak de Kupchik y otro c/ Banco Central de la República Argentina y otro”; *Fallos*, 316:2329; 318:1154 y 323:3770)”. Este principio se encuentra consagrado en diversas normas de nuestra Ley Fundamental. Así, el artículo 4° de la Constitución Nacional dispone que “El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional”. El artículo 17 de la Constitución Nacional establece que: “... Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°...”, y el artículo 52 “... A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones...”.

Como ya se ha señalado, el principio de legalidad que establece que ningún tributo puede ser establecido sin ley *nullum tributum sine lege* es una clara derivación del principio genérico de legalidad que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional, conforme al cual nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.

Joaquín V. González resaltaba la relevancia del principio de reserva legal tributaria al afirmar que “el más importante de los caracteres de este poder de imposición es el ser exclusivo del Poder Legislativo, como representante más inmediato de la soberanía del pueblo”.²⁶ Es por esta razón que el artículo 52 de la Constitución Nacional fija la Cámara de Diputados, donde está representada la voluntad del pueblo, como la de inicio de los proyectos relativos a contribuciones.

Esta disposición encuentra justificación en el principio de representatividad democrática según el cual no se puede obligar a la ciudadanía a pagar tributos sin que por medio de sus representantes preste consentimiento acerca del alcance y extensión de aquellas obligaciones.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre la prohibición de que los decretos de necesidad y urgencia regulen materia tributaria contenida en el artículo 99, inciso 3. En “Zofracor” la Corte declaró insanablemente nulo un decreto de necesidad y urgencia que dispuso beneficios impositivos a favor de una zona franca. Entre otros beneficios, el decreto estableció una exención tributaria respecto de las contribuciones patronales a la seguridad social, por lo que la Corte entendió, entre otras cosas “...que surge con toda evidencia es que los beneficios que se han

²³ Fenochietto, Ricardo, ob. cit., p. 2

²⁴ http://www.mecon.gov.ar/sip/dniaf/tributos_vigentes.pdf

²⁵ Conf. Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2003, p. 3.

²⁶ González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Editorial Estrada, 1983, tomo V, p. 432.

establecido en el decreto 351/14 comportan, en su gran mayoría, el ejercicio de facultades de carácter tributario –aduaneras, impositivas o **vinculadas con el Régimen Nacional de la Seguridad Social**–, las que son competencia exclusiva del Poder Legislativo –artículos 4º, 17 y 75, incisos 1 y 2, de la Constitución Nacional– y cuyo ejercicio está vedado al Poder Ejecutivo nacional, aun en las condiciones excepcionales que podrían justificar el dictado de decretos de necesidad y urgencia, en atención a la explícita exclusión de tales materias que efectúa la Constitución Nacional (doctrina de *Fallos*, 318:1154; 319:3400; 321: 366, entre otros).²⁷

De modo que cabe concluir, siguiendo en esto a la Corte y al más elemental sentido común, que el decreto 351/14 es también nulo por regular una materia expresamente prohibida por el artículo 99, inciso 3.

1.4. Necesidad y urgencia

La Constitución Nacional refiere en su artículo 99, inciso 3, a circunstancias excepcionales que deben proyectarse consecuentemente en la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

En el caso “Video Club Dreams”²⁸ la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “debe existir una situación de grave riesgo social”.²⁹ 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”. En el mismo sentido, la Corte en “Della Blanca”,³⁰ recordó que el Poder Ejecutivo fue dotado de esta facultad “de modo excepcional, para conjurar situaciones límites o peligros de efectos catastróficos”, asegurando que “la única necesidad que justifica el ejercicio de tales poderes excepcionales es la de preservar la vida misma de la nación y el Estado”.³¹

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

Bidart Campos, sobre esta cuestión, advirtió 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”.

Esta misma exigencia, en cuanto a las consecuencias de las circunstancias excepcionales, también ha sido requerida por la Corte Suprema. En el caso “Verrocchi”,³² expresó que el estado de necesidad se presenta “... únicamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución [...] Por lo tanto es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la capital, o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes[...] Corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”.³³

En el caso “Casime”,³⁴ las disidencias de los doctores Fayt y Vázquez expresan que el decreto 1.285/99 –que modificó el régimen pesquero y estableció que esta reforma tendría vigencia por cuatro años– “trasunta una intolerable despreocupación respecto de uno de los requisitos referidos por la Constitución –el relativo a la imposibilidad de seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes–, dado que implica una clara voluntad de asumir con vocación de permanencia funciones que la Constitución le confía al Congreso”.

En la causa “Risolia de Ocampo”,³⁵ 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 formación y sanción de las leyes”.³⁶

Más recientemente, por voto concurrente de sus siete miembros, la Corte Suprema falló en el caso “Consumidores Argentinos”³⁷ manteniendo explícitamente la

32 Ob. cit.

33 Ob. cit., Considerando 9º.

34 CSJN; 20/2/2001; “Casime, Carlos A. c. Estado nacional”; DT 2001-A, 775.

35 CSJN; “Risolia de Ocampo, María J. c. Rojas, Julio C. y otros”, *Fallos* 323:1934.

36 Cons. 7.

37 CSJN, “Consumidores Argentinos c/ EN-PEN-Dto. 558/02-SS –ley 20.091 s/amparo ley 16.986”. Sentencia del 19 de mayo de 2010.

27 Negritas nuestras.

28 CSJN; 6/6/1995; “Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía”; La Ley 1995-D, 247.

29 Cons. 15º.

30 CSJN; 24/11/1998; “Della Blanca, Luis E. y otro c/ Industria Metalúrgica Pescarmona S. A.”, La Ley 1999-B, 415.

31 Cons. 4º.

jurisprudencia de “Verrocchi” en cuanto a la excepcionalidad de las circunstancias, su caracterización y la posibilidad de su control judicial a los efectos de declarar la eventual inconstitucionalidad del decreto.³⁸

Por último, la Corte también ha sostenido que las circunstancias excepcionales deben ser reconocidas por el propio Congreso de la Nación.³⁹

Pese a este desarrollo doctrinario y jurisprudencial que se presenta como bastante claro, es habitual que las diferentes administraciones invoquen para fundar sus normas de excepción tanto a la imposibilidad de reunir al Congreso como a la imposibilidad de tratar la norma en cuestión en los plazos legislativos o con la publicidad previa propia del tratamiento parlamentario, como razones suficientes para justificar —ex ante— el dictado de un decreto de necesidad y urgencia.

Si bien esto no es equivocado, corresponde hacer una apreciación adicional a lo que hemos indicado hasta ahora: incluso dándose cualquiera de estas condiciones, el DNU sólo puede ser considerado válido si la sustancia de su regulación es urgente y necesaria. Es decir, no basta con que el Congreso no pueda reunirse, sino que, además, debe existir una necesidad imperiosa de que se legisle la materia regulada por el propio DNU. La imposibilidad de reunión del Congreso, o la imposibilidad de tratar determinada cuestión en los tiempos del poder legislativo no habilitan al Poder Ejecutivo nacional a reemplazar al legislador, los decretos de necesidad y urgencia son un dispositivo de lo que se conoce como legislación de emergencia, y como tales están afectados a sus exigencias; sólo se puede dictar normas de carácter legislativo por decreto de necesidad y urgencia, respecto de aquellas cuestiones sustancialmente urgentes y necesarias para atravesar la situación de emergencia que se trate.

1.5. Consideraciones especiales

Este año, el período de ordinario de sesiones fue inaugurado por la presidenta de la Nación el día 1 de marzo. El 12 de marzo el Senado sesionó a fin de discutir la “Expropiación de inmuebles de monseñor Jerónimo Podestá (C.D.-83/13)” y la Declaración de interés de la Tercera Edición de Festival Internacional de Poesía. Hubo quórum y la sesión funcionó normalmente. Por su parte, la HCDN sesionó el tres de abril a fin de discutir el acuerdo con Repsol, también con quórum y funcionamiento normal.

Como mencionamos, el decreto 351 fue dictado el 21 de marzo, publicado el 31 de marzo, y enviado al Congreso el 4 de abril. Cuando el decreto fue dictado el Congreso ya había sesionado normalmente y no existía nada que pudiera siquiera suponer que había dificultades en el normal funcionamiento del Poder Legislativo.

Por otra parte, las disposiciones del decreto 351/14 se vienen repitiendo desde el año 2001 a través de decretos de necesidad y urgencia. Así, fueron dictados los decretos 1.034/01, 284/02, 539/03, 1.806/04, 986/05, 151/07, 108/09, 160/11, 201/12 y 249/13, siempre con los mismos fundamentos e invocando, cuando se lo hizo, las mismas razones de urgencia. Si durante 13 años, aparecen siempre las mismas urgencias que exigen el dictado de las mismas medidas, es razonable considerar que en realidad no se trata de ninguna urgencia sino de una absoluta falta de previsión de la administración. Máxime cuando en realidad lo único que ha ocurrido es que se han ido venciendo consecutivamente los plazos establecidos por cada uno de los decretos. Difícilmente pueda imaginarse una circunstancia más previsible y controlable que el finiquito de los efectos de una norma.

De esta manera, si el Poder Ejecutivo nacional tiene interés en continuar con el régimen inaugurado por el decreto 1.034/01, debería haber enviado un proyecto de ley que normalizara la cuestión.

De hecho, la mera mención a que “la naturaleza excepcional de la situación planteada hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes” que hace el 351/14 en su motivación, no agrega absolutamente nada. Si existiesen circunstancias excepcionales, el Poder Ejecutivo nacional debería individualizarlas para permitir un adecuado control. Y si bien no estando individualizadas los legisladores no tenemos por qué hacer un ejercicio imaginativo que el Poder Ejecutivo nacional eligió no hacer, lo cierto es que ni con un sincero esfuerzo es posible advertir algo excepcional en el cuadro actual que impida el normal trámite parlamentario.

Observando la historia de estas disposiciones, se hace altamente probable que el año que viene estemos discutiendo nuevamente un nuevo decreto que regule exactamente lo mismo y que igualmente invoque un inexistente estado de excepción. Si podemos hacer este ejercicio de previsión es porque podemos hacer una secuencia, y porque no existe excepción alguna.

1.6 Conclusión

Atendiendo a que el decreto 351/14 fue enviado al Congreso una vez vencido el plazo regulado en la Constitución Nacional, que fue dictado fuera del marco de la circunstancias excepcionales que autorizan el dictado de disposiciones del Poder Ejecutivo nacional con carácter legislativo, y que se trata de un decreto que regula materia tributaria expresamente prohibida por la Constitución Nacional; no puede corresponder más que declarar su invalidez absoluta por ser una norma dicta en incumplimiento de los procedimientos constitucionales con la consecuente nulidad absoluta e insanable.

³⁸ Cons. 11 y 13 del voto de Lorenzetti, Zaffaroni y Fayt, al que dan por reproducido Maqueda y Highton, Petracchi directamente remite a su voto en “Verrocchi”.

³⁹ Fallos, 173:65.

III

Dictamen de minoría*Honorable Congreso:*

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo (Ley 26.122) ha considerado el mensaje del jefe de Gabinete 219 de 2014 de fecha 7 de abril de 2014 por medio del cual se notifica el dictado del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 351/2014, 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, 18 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*El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación*

RESUELVEN:

1. Aconsejar el rechazo y la declaración de invalidez del decreto de necesidad y urgencia 351/2014 por ser violatorio de las normas constitucionales aplicables y, en consecuencia, nulo.

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 abril de 2014.

Adolfo Rodríguez Saá.

INFORME

El rechazo del DNU propuesto se funda en las siguientes consideraciones:

1. *Consideraciones generales*

El decreto ha sido dictado invocando el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

El artículo 99 de la Constitución Nacional 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”.

La regla general entonces con relación a la potestad legislativa del Poder Ejecutivo es la total prohibición, ello bajo pena de nulidad absoluta e insanable.

Sólo en casos excepcionales podrá el Poder Ejecutivo emitir disposiciones legales.

Amén del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, se encuentra involucrado en la cuestión a resolver –o sea la legitimidad o no del DNU propuesto– el artículo 76 de la Carta Magna.

De manera tal que el Poder Ejecutivo está habilitado para legislar sólo en aquellos casos en que exista una “situación de grave riesgo social” conforme lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Video Club Dreams” (6/6.95, *La Ley*, 1995-D).

En idéntico sentido se pronunció en los autos “Della Blanca, Luis E. y otro c. Industria Metalúrgica Pescarmona SA” (*La Ley*, 1999-B. 415). Estableciendo que la facultad prevista en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional sólo podía ser ejercida de “modo excepcional, para conjurar situaciones límites o peligros de efectos catastróficos” y que “la única necesidad que justifica el ejercicio de tales poderes excepcionales es la de preservar la vida misma de la Nación y el Estado”.

A lo antes expresado debe agregarse que el mismo artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional dispone una veda absoluta para el dictado de decretos de necesidad y urgencia en materia penal, tributaria, electoral o en materia del régimen de los partidos políticos.

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

Por su parte, el artículo 82 de la Constitución Nacional excluye todo intento de considerar convalidado un DNU por el mero silencio.

2. *Análisis del DNU*2.1. *Decreto 351/2014*

El decreto de necesidad y urgencia número 351/2014, sancionado el 21 de marzo de 2014 y publicado en el Boletín Oficial del 31 de marzo de 2014 por el Poder Ejecutivo nacional y que es objeto de la presente resolución dice: “Suspéndese desde el 1° de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014 inclusive, la aplicación de las disposiciones contenidas en el decreto 814 del 20 de junio de 2001 y sus modificatorios, respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encontraren incorporados a la enseñanza oficial conforme las disposiciones de las leyes 13.047 y 24.049”.

A continuación se analiza si el DNU cuya parte pertinente fuera transcripta cumple con los requisitos formales y sustanciales para su dictado.

2.2. *Requisitos formales*

El decreto de necesidad y urgencia objeto de análisis, desde el punto de vista formal cumplimenta a nuestro

entender los requisitos exigidos por la Constitución Nacional ya que:

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

–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. *Requisitos sustanciales*

Del citado artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional surge un principio general y una excepción a los que ya nos hemos referido y sobre los cuales profundizaremos a continuación:

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

Excepción: "Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros".

Reiteramos que ya nos hemos referido a las circunstancias excepcionales que habilitan el dictado de decretos de necesidad y urgencia, como asimismo las materias en las cuales tal actividad se encuentra absolutamente vedada.

En cuanto al principio general que impone la interdicción a la actividad legislativa en el ejecutivo la Corte Suprema de Justicia en el caso "Verrocchi" ha dicho que [...] "para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente 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, 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".

El mismo tribunal, en el fallo "Consumidores Argentinos", fortalece lo ya establecido en el precedente "Verrocchi", al decir: "...cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo

son. El texto de la Constitución Nacional 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..."

La Corte además ha dicho que: "...el texto constitucional no habilita a concluir en que la necesidad y urgencia a la que hace referencia el inciso 3 del artículo 99 sea la necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo en imponer su agenda, habitualmente de origen político circunstancial, sustituyendo al Congreso de la Nación en el ejercicio de la actividad legislativa que le es propia".

A su vez, de los argumentos planteados en el DNU se desprende claramente que no existe un presupuesto habilitante para el dictado de esta norma de excepción.

El decreto suspende desde el 1° de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014 inclusive la aplicación de las disposiciones contenidas en el decreto 814 del 20 de junio de 2001 y sus modificatorios respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encontraren incorporados a la enseñanza oficial conforme las disposiciones de las leyes 13.047 y 24.049.

Antecedentes:

El decreto 814/2001 simplificó y unificó los diferentes regímenes de contribuciones destinados al financiamiento de la seguridad social.

Fijó una alícuota única del dieciséis por ciento (16%) para las contribuciones patronales sobre la nómina salarial con destino a los subsistemas de la seguridad social regidos por las leyes 19.032, 24.013, 24.241 y 24.714. Asimismo dejó sin efecto casi todas las normas que contemplaban exenciones o reducciones a las alícuotas aplicables a las contribuciones patronales.

Por su parte, la ley 25.453 modificó el artículo 2° del decreto 814/01 elevando la alícuota al veintiuno por ciento (21%) de la nómina salarial en los casos en que se trate de empleadores cuya actividad sea la locación y prestación de servicios.

O sea que la ley 25.453 incrementó la alícuota de los establecimientos educativos pero a través del decreto 1.034/01 se suspendió la aplicación del decreto 814/01 desde el 14 de agosto de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2001 con relación a dichos establecimientos educativos privados.

Dicha suspensión fue prorrogada por diversos decretos: 284/2002, 539/2003, 1.806/2004.

Mediante el decreto 986/2005 reiteró la suspensión pero en relación a los establecimientos educacionales de gestión privada que se encontraren incorporados a la enseñanza oficial, y en el año 2007 lo hizo mediante el decreto 151.

En el 2009 hizo lo mismo mediante el decreto 108/09.

Ya dijimos que la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales.

El decreto claramente importa un nuevo avasallamiento de las facultades del Congreso de la Nación.

A lo expuesto se suma que el decreto regula una materia absolutamente vedada por el artículo 99, inciso 3, como es la materia tributaria.

Así, se ha considerado tributo a toda prestación obligatoria que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio y que debe ser impuesto por la ley ajustándose a los principios de razonabilidad, igualdad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva.

En apoyatura de dicho concepto vienen las definiciones de la doctrina más prestigiosa (Spisso, Rodolfo en *Derecho constitucional tributario* y Fenochietto Ricardo en *Impuesto al valor agregado*).

El Congreso Nacional ha reconocido la naturaleza tributaria de las contribuciones al dictar la Ley Penal Tributaria, 24.769, y tipificar como delito la evasión del pago de los aportes y contribuciones.

En definitiva y por lo expuesto supra el decreto de necesidad y urgencia que viene a consideración de esta comisión no cumple con los estándares constitucionales que refieren a los requisitos sustanciales que debe respetar para su dictado.

3. Conclusión

El Poder Ejecutivo nacional ha sancionado un decreto de necesidad y urgencia en lugar de recurrir al trámite ordinario de las leyes, cuando el Congreso se encontraba en funciones y no ocurría ningún acontecimiento excepcional alguno para justificar la adopción de esta medida.

A ello se suma lo expresado supra en punto a las materias expresamente vedadas por la Carta Magna.

Además, no caben dudas de que un proyecto de ley con el contenido de este DNU, hubiese sido tratado de manera preferencial y sancionado en plazos inmediatos acorde a las necesidades del caso, y es por ello que ante esta situación, y considerando que este DNU no cumple con los requisitos constitucionales, se debe dictaminar por su invalidez.

Por ello, toda vez que el decreto de necesidad y urgencia sometido a examen no cumple los requisitos sustanciales exigidos por la Carta Magna, a fin de ejercer un debido control, es que esta comisión bicameral permanente no puede convalidar el dictado del mismo y en consecuencia propone declarar su invalidez.

Adolfo Rodríguez Saá.

ANTECEDENTE

Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 7 de abril de 2014.

A la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación

Tengo el agrado de dirigirme a esa comisión, en virtud de lo dispuesto por los artículos 99, inciso 3,

y 100, inciso 13, de la Constitución Nacional y por la ley 26.122, a fin de comunicarle el dictado del decreto de necesidad y urgencia 351 del 21 de marzo de 2014, que en copia autenticada se acompaña.

Mensaje 219

Jorge M. Capitanich. – Alberto E. Sileoni.

Buenos Aires, 7 de abril de 2014.

Visto el expediente 6.392/02 en tres (3) cuerpos del registro del entonces Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, la ley 24.241, los decretos 814 de fecha 20 de junio de 2001, modificado por el artículo 9° de la ley 25.453, 1.034 de fecha 14 de agosto de 2001, 284 del 8 de febrero de 2002, 539 de fecha 10 de marzo de 2003, 1.806 del 10 de diciembre de 2004, 986 del 19 de agosto de 2005, 151 del 22 de febrero de 2007, 108 del 16 de febrero de 2009, 160 del 16 de febrero de 2011, 201 del 7 de febrero de 2012 y 249 del 4 de marzo de 2013, y

CONSIDERANDO:

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

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

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

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

Que por los decretos 1.034 de fecha 14 de agosto de 2001, 284 de fecha 8 de febrero de 2002, 539 de fecha 10 de marzo de 2003, 1.806 de fecha 10 de diciembre de 2004, 986 de fecha 19 de agosto de 2005, 151 del 22 de febrero de 2007, 108 del 16 de febrero de 2009, 160 del 16 de febrero de 2011, 201 del 7 de febrero de 2012 y 249 del 4 de marzo de 2013 se suspendió la aplicación de los referidos porcentajes para los empleadores titulares de establecimientos educativos privados,

cuyas actividades estuvieran comprendidas en las leyes 24.521, sus modificaciones y 26.206.

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

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

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

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

Que la aplicación del decreto 814/01 generaría, por lo tanto, un incremento en las partidas presupuestarias provinciales afectadas a los aportes estatales en momentos que las mismas están efectuando ingentes esfuerzos por incrementar los recursos asignados a educación, según las demandas de la Ley de Financiamiento Educativo, 26.075, y por mantener el equilibrio fiscal, situación que se ha evitado sucesivamente mediante el dictado de los decretos 1.034/01, 284/02, 539/03, 1.806/04, 986/05, 151/07, 108/09, 160/11, 201/12 y 249/13.

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

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

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

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

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

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

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

Que 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 el artículo 2° de la ley mencionada precedentemente determina que la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación tiene competencia para pronunciarse respecto de los decretos de necesidad y urgencia.

Que el artículo 10 de la citada ley dispone que la comisión bicameral permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, en el plazo de diez (10) días hábiles, conforme lo establecido en el artículo 19 de dicha norma.

Que el artículo 20 de la ley referida prevé incluso que, en el supuesto que la citada comisión bicameral permanente no eleve el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto, de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3, y 82 de la Constitución Nacional.

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

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

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y de 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° – Suspéndese desde el 1° de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014 inclusive, la aplicación de las disposiciones contenidas en el decreto 814 del 20 de junio de 2001 y sus modificatorios, respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encontraren incorporados a la enseñanza oficial conforme las disposiciones de las leyes 13.047 y 24.049.

Art. 2° – Dese cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

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

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

Jorge M. Capitanich. – Anibal F. Randazzo. – Axel Kicillof. – Débora A. Giorgi. – Carlos H. Casamiquela. – Julio M. De Vido. – Julio C. Alak. – Carlos A. Tomada. – Alicia M. Kirchner. – Juan L. Manzur. – Alberto E. Sileoni. – Agustín O. Rossi. – María C. Rodríguez – Carlos E. Meyer.

suplemento 1