

SESIONES ORDINARIAS
2015
ORDEN DEL DÍA N° 1881

Impreso el día 17 de marzo de 2015
Término del artículo 113: 30 de marzo de 2015

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

SUMARIO: **Declaración** de validez del decreto 225 de fecha 12 de febrero de 2015. (24-J.G.M.-2014.)

- I. **Dictamen de mayoría.**
- II. **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 CD-24-JGM-2014 referido al decreto del Poder Ejecutivo 225 de fecha 12 de febrero de 2015, mediante el cual se crea el Fondo Fiduciario Público denominado “Fondo para los Servicios de Atención Médica Integral para la Comunidad - Decreto 34/15”, el que se conformará como un fideicomiso de administración y financiero destinado al pago de los desembolsos trimestrales del Estado nacional al presupuesto anual de los Entes Hospitalarios de Alta Complejidad –Servicios de Atención Médica Integral para la Comunidad– creados por el decreto 34/15.

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 225 de fecha 12 de febrero de 2015.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.

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

Sala de la comisión, 11 de marzo de 2015.

Jorge A. Landau. – Diana B. Conti. – Anabel Fernández Sagasti. – María T. García. – María G. de la Rosa. – Pablo G. González. – Miguel A. Pichetto. – Marina R. Riofrío. – 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 ellos sean sometidos a consideración del Honorable Congreso de la Nación. *Manual de la Constitución argentina*, 1890.

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

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.

La caducidad restante 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 VI

Del jefe de Gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo

Artículo 100:

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, es criterio de esta Comisión plantear un razonamiento amplio al analizar las cir-

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

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

Puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo, fundado en dos razones fundamentales: a) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte

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*, 27/2/2001.

5 La Ley, 1991-C:158.

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

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) 770/96 y 771/96 emitidos por el Poder Ejecutivo nacional en 1996, que suprimían la percepción del salario familiar a aquellas personas que cobren más de mil pesos.

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

En este sentido, la CSJN considera que “se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país...” (considerando 8).

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

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, 1999/8/19, Fallos, 322:1726; La Ley, 1999-E, 590.

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 que “en cuanto al contenido mismo de la medida cuestionada, deben entenderse reunidos los requisitos que condicionan su validez, de acuerdo a la ya conocida doctrina de la emergencia” (considerando 10).

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.

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

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

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

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

Conforme a 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 con la distribución de funciones que realiza la Constitución Nacional, la cual, en su artículo 99, inciso 1, le atribuye responsabilidad política por la administración general del país.

Marienhoff afirma que el reglamento autónomo es dictado por el Poder Ejecutivo en materias acerca de las cuales tiene competencia exclusiva de acuerdo con textos o principios constitucionales. Sostiene que, así

como existe una zona de reserva de la ley que no puede ser invadida por el poder administrador, también hay un ámbito de competencias, reservado a la administración en la cual el Poder Legislativo no puede inmiscuirse, como consecuencia del principio de separación de los poderes.

Con la reforma constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados¹¹, 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 al 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 225 de fecha 12 de febrero de 2015,

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 entre quienes defienden la inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia, fundando su postura en la afectación del principio de división de poderes, y olvidando conforme al criterio de esta comisión el verdadero origen de la teoría de frenos y contrapesos elaborada por Montesquieu y adoptada por nuestra Constitución histórica de 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, instituciones e incluso sobre la propia Constitución.

mediante el cual se crea el Fondo Fiduciario Público denominado fondo para los servicios de atención médica integral para la comunidad - decreto 34/15, el que se conformará como un fideicomiso de administración y financiero destinado al pago de los desembolsos trimestrales del Estado nacional al presupuesto anual de los entes hospitalarios de alta complejidad –servicios de atención médica integral para la comunidad– creados por el decreto 34/15.

II.a. *Análisis del decreto*

La ley 26.122, en el título III, capítulo I, referido a decretos de necesidad y urgencia, establece que: “La Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse 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 225/2015 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

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.

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto 225/2015.

El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia –en el último considerando del citado decreto– 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*”.

A través del decreto 225/2015, el Poder Ejecutivo crea el Fondo Fiduciario Público denominado crea un fondo fiduciario fondo para los servicios de atención médica integral para la comunidad - decreto 34/2015, destinado al pago de los desembolsos trimestrales del Estado nacional al presupuesto anual de los entes hospitalarios de alta complejidad creados por el decreto 34/15.

El decreto 34 de fecha 12 de enero de 2015, aprobó el convenio suscripto entre el Ministerio de Salud y el gobierno de la provincia de Misiones a fin de crear el Ente Hospital de Alta Complejidad “Marta T. Schwarz” Servicio de Atención Médica Integral para la Comunidad y el Convenio suscripto entre el Ministerio de Salud, el gobierno de la provincia de Santa Cruz y el Municipio de El Calafate, a fin de crear el Ente Hospital de Alta Complejidad “El Calafate” Servicio de Atención Médica Integral para la Comunidad, ambos de fecha 23 de diciembre de 2014.

El fondo tendrá una duración de tres (3) años, renovable, contados desde la integración de los bienes fideicomitidos.

En el decreto bajo análisis, se establecen los siguientes términos que tendrán los significados que a continuación se detallan:

a) Fiduciante: es el Estado nacional, a través del Ministerio de Salud, en cuanto transfiere la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos al fiduciario con el destino exclusivo e irrevocable al cumplimiento del presente decreto y del contrato de fideicomiso respectivo;

b) Fiduciario: es Nación Fideicomisos S.A., como administrador de los bienes que se transfieren en fideicomiso con el destino exclusivo e irrevocable que se establece en la presente norma, de conformidad con las pautas establecidas en el contrato de fideicomiso y las instrucciones dispuestas por el Comité Ejecutivo;

c) Beneficiarios: son los entes hospitalarios de alta complejidad –servicios de atención médica integral para la comunidad– creados por el decreto 34/15;

d) Fideicomisario: el Estado nacional será el destinatario final de los fondos integrantes del fondo para los servicios de atención médica integral para la comunidad - decreto 34/15, en caso de su extinción o liquidación, los cuales deberán destinarse a programas con objetivos similares a los de la presente medida;

e) Autoridad de aplicación: es el Ministerio de Salud;

f) Comité ejecutivo: estará compuesto por los representantes mencionados en el artículo 5° del presente. Es el encargado de impartir instrucciones y/o autorizar en forma previa las actividades a cargo del fiduciario y efectuar su seguimiento. En ese marco, tendrá las siguientes funciones: i) evaluar el Plan Estratégico Trienal y los respectivos Planes Operativos Anuales (POA) para verificar el cumplimiento de los compromisos de gestión que establezcan metas de producción, de servicios y de calidad técnico asistencial, calidad percibida y de gestión; ii) instruir al fiduciario para que efectúe los desembolsos correspondientes al Estado nacional en concepto de cantidad variable proporcional al cumplimiento de metas de producción y calidad incluidos en los compromisos de gestión;

g) Bienes fideicomitidos: serán recursos por un monto de pesos ochocientos setenta y cinco millones (\$ 875.000.000) aportados de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° del decreto 34/15, que podrá ser oportunamente ampliado a los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el título VI del régimen financiero, económico y contable de los respectivos estatutos de los entes correspondientes.

Las erogaciones que demande el cumplimiento del decreto 225/15, se imputarán con cargo a las partidas que a tal fin disponga el Ministerio de Salud, dentro del presupuesto correspondiente a su administración central, Servicio Administrativo Financiero 310.

En cuanto a los aportes a cargo del Poder Ejecutivo nacional, el título VI de los Estatutos de ambos Entes Hospitalarios de Alta Complejidad, que integran los Anexos I y II del decreto 34/15 establece, para su funcionamiento, que "...d) Los aportes del presupuesto

nacional, integrados por una parte fija (60 %) y una cantidad variable (40 %), proporcional al cumplimiento de metas de producción y calidad incluidos en los compromisos de gestión, serán desembolsados trimestralmente, ocurriendo el aporte fijo en el primer, segundo y tercer trimestre del año; e) La porción variable del aporte presupuestario nacional, será calculada en base al cumplimiento de las metas establecidas siguiéndose una forma polinómica...".

Que, en este sentido, se establece que cada uno de los entes elaborará un Plan Estratégico Trienal, estructurado en Planes Operativos Anuales (POA), que se constituirán en compromisos de gestión en los cuales se establezcan metas de producción y de servicios y metas de calidad técnico asistencial, calidad percibida y de gestión, cuyo cumplimiento fundará el aporte variable de la Nación.

Asimismo se faculta al señor jefe de Gabinete de Ministros para que disponga las adecuaciones presupuestarias pertinentes, a través de la reasignación de partidas del Presupuesto Nacional, a los efectos de poner en ejecución lo dispuesto por el presente decreto.

Por otra parte, se dispone que el Comité Ejecutivo del fondo para los servicios de atención médica integral para la comunidad - decreto 34/15, estará integrado por un (1) representante titular y un (1) suplente, designados por los titulares de Jefatura de Gabinete de Ministros, Ministerio de Salud y Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales de la Presidencia de la Nación. La Presidencia del Comité Ejecutivo será ejercida por el representante del Ministerio de Salud.

El Ministerio de Salud será la autoridad de aplicación del presente decreto, pudiendo dictar las medidas aclaratorias y complementarias que resulten pertinentes, quedando asimismo facultada (y/o a quién ésta designe en su reemplazo), a suscribir el contrato de fideicomiso con el fiduciario.

Por último en su artículo 7° se establece que el fondo para los servicios de atención médica integral para la comunidad - decreto 34/15 creado por el artículo 1° del presente decreto no se encuentra comprendido en las disposiciones del inciso d) del artículo 8° de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 y sus modificaciones, sin perjuicio de las facultades de control que dicha norma les otorga a la Sindicatura General de la Nación y a la Auditoría General de la Nación.

El Poder Ejecutivo justifica la medida, toda vez que se torna imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, y que resulta imperativo contar con el presupuesto para que comiencen a funcionar dichos Entes, y propender, de esta forma, a la ejecución de sus

Planes Estratégicos Trienales y los Planes Operativos Anuales. De esta forma se logrará lo antes posible con la más amplia prestación de servicios de salud. Por todo ello debió dictar el presente decreto –225/15– con carácter excepcional.

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución Nacional en lo que respecta al dictado del decreto 225/2015, 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 225 de fecha 12 de febrero de 2015.

Decreto 225/2015

Jorge A. Landau.

II

Dictamen de minoría

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo (ley 26.122) ha considerado el mensaje del jefe de Gabinete de Ministros N° 73 de fecha 25 de febrero de 2015 por medio del cual se comunica el decreto de necesidad de urgencia (DNU) 225/2015, para consideración y dictamen de esta Comisión en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 76, 100 incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional y los artículos 2,° 12, 13 y 19 de la ley 26.122.

Por los fundamentos que se exponen en el informe que se acompañara, y que 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° – Declarar la invalidez del decreto de necesidad y urgencia 225/2015.

2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

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

Sala de la comisión, 11 de marzo de 2015.

Ángel Rozas.

INFORME

Honorable Congreso:

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

1. Consideraciones generales

En primer lugar es preciso destacar que el decreto ha sido dictado invocando el artículo 99 inciso 3° de la Constitución Nacional, de acuerdo a las facultades conferidas al Poder Ejecutivo nacional por nuestra Carta Magna, corresponde a esta Comisión expedirse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional.

Textualmente 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”.

No caben dudas que el “presupuesto habilitante” para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia ha de ser la existencia de una situación de excepcionalidad, traducida en la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes, con lo cual resulta forzoso concluir que la crisis política habilitante para el dictado de tales decretos ha de reflejarse y entenderse como una falta total de respuesta del Poder Legislativo ante una necesidad súbita e imperiosa de su intervención.

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

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

Respecto del rol que debe cumplir el Congreso en el tratamiento de un decreto de necesidad y urgencia (DNU) que llegue a su seno, es de someterlo a lo que

en la doctrina se ha denominado “control político” del decreto.

Midón¹ señala que verificar si un Decreto de Necesidad y Urgencia satisface el test de razonabilidad es una operación lógica que para el operador de la Constitución (Poder Judicial y/o Congreso) debe principiar por el examen de la necesidad del acto, o sea la comprobación objetiva de que concurre el hecho habilitante tipificado por la ley fundamental. Esto es, la existencia de necesidad, mas la urgencia, mas los acontecimientos que impiden la deliberación del Congreso.

Habrà dos aspectos que el Congreso no podrá soslayar conforme la consagración constitucional: *a)* la necesidad de su intervención en la consideración de la norma de excepción, y *b)* su manifestación expresa sobre la validez o invalidez, ya que 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 1.765/2014

El decreto de necesidad y urgencia, que constituye el objeto de este análisis, establece lo siguiente: DNU, número 225/2015, sancionado el 12 de febrero de 2015 y publicado en el Boletín Oficial del 13 de febrero de 2015, por el Poder Ejecutivo nacional, establece:

Artículo 1° – Créase el Fondo Fiduciario Público denominado fondo para los servicios de atención médica integral para la comunidad - decreto 34/15, el que se conformará como un fideicomiso de administración y financiero destinado al pago de los desembolsos trimestrales del Estado nacional al presupuesto anual de los entes hospitalarios de alta complejidad –servicios de atención médica integral para la comunidad– creados por el decreto 34/15.

Art. 2° – A los efectos del presente decreto, los siguientes términos tendrán el significado que, a continuación, se indica:

a) Fiduciante: Es el Estado nacional, a través del Ministerio de Salud, en cuanto transfiere la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitados al fiduciario con el destino exclusivo e irrevocable al cumplimiento del presente decreto y del contrato de fideicomiso respectivo.

b) Fiduciario: Es Nación Fideicomisos S.A., como administrador de los bienes que se transfieren en fideicomiso con el destino exclusivo e irrevocable que se establece en la presente norma, de conformidad con las pautas establecidas en el Contrato de Fideicomiso y las instrucciones dispuestas por el Comité Ejecutivo.

c) Beneficiarios: Son los entes hospitalarios de alta complejidad –servicios de atención médica integral para la comunidad– creados por el decreto 34/15.

d) Fideicomisario: El Estado nacional será el destinatario final de los fondos integrantes del fondo para los servicios de atención médica integral para la comunidad - decreto 34/15, en caso de su extinción o liquidación, los cuales deberán destinarse a programas con objetivos similares a los de la presente medida.

e) Autoridad de aplicación: Es el Ministerio de Salud.

f) Comité Ejecutivo: Estará compuesto por los representantes mencionados en el artículo 5° del presente. Es el encargado de impartir instrucciones y/o autorizar en forma previa las actividades a cargo del fiduciario y efectuar su seguimiento. En ese marco, tendrá las siguientes funciones: *i)* Evaluar el Plan Estratégico Trienal y los respectivos Planes Operativos Anuales (POA) para verificar el cumplimiento de los compromisos de gestión que establezcan metas de producción, de servicios y de calidad técnico asistencial, calidad percibida y de gestión; *ii)* Instruir al fiduciario para que efectúe los desembolsos correspondientes al Estado nacional en concepto de cantidad variable proporcional al cumplimiento de metas de producción y calidad incluidos en los compromisos de gestión.

g) Bienes Fideicomitados: Serán recursos por un monto de pesos ochocientos setenta y cinco millones (\$ 875.000.000) aportados de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° del decreto 34/15, que podrá ser oportunamente ampliado a los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el título VI del Régimen Financiero, Económico y Contable de los respectivos estatutos de los entes correspondientes.

Art. 3° – Los recursos del fondo para los servicios de atención médica integral para la comunidad - decreto 34/15, se aplicarán al pago de los desembolsos trimestrales del Estado Nacional al presupuesto anual de los entes hospitalarios de alta complejidad –servicios de atención médica integral para la comunidad– creados por el decreto 34/15, en los términos de la cláusula octava de sus convenios de creación y el título VI de sus estatutos.

Art. 4° – El fondo tendrá una duración de tres (3) años, renovable, contados desde la integración de los bienes fideicomitados. No obstante ello, el fiduciario conservará los recursos suficientes para atender los compromisos pendientes, reales o contingentes, que haya asumido el fondo para los servicios de atención médica integral para la comunidad - decreto 34/15, hasta la fecha de extinción de esas obligaciones.

Al vencimiento del plazo establecido en el párrafo precedente, todos los bienes fideicomitados que integren el patrimonio del citado Fondo en ese momento serán transferidos al Estado nacional, en su carácter de fideicomisario, los cuales deberán destinarse a programas con objetivos similares a los del presente decreto.

Art. 5° – Créase el Comité Ejecutivo del fondo para los servicios de atención médica integral para la comunidad - decreto 34/15, que estará integrado por un (1) representante titular y un (1) suplente, designados

¹ Midón, Mario A. R. Decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales. *La Ley*. 2001. Buenos Aires, p. 120.

por los titulares de los organismos que, a continuación, se detallan:

- a) Jefatura de Gabinete de Ministros.
- b) Ministerio de Salud.
- c) Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales de la Presidencia de la Nación.

La presidencia del Comité Ejecutivo será ejercida por el representante del Ministerio de Salud.

Art. 6° – Designase al Ministerio de Salud como autoridad de aplicación del presente decreto, pudiendo dictar las medidas aclaratorias y complementarias que resulten pertinentes.

Art. 7° – El fondo para los servicios de atención médica integral para la comunidad - decreto 34/15 creado por el artículo 1° del presente decreto no se encuentra comprendido en las disposiciones del inciso d) del artículo 8° de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional 24.156 y sus modificaciones, sin perjuicio de las facultades de control que dicha norma les otorga a la Sindicatura General de la Nación y a la Auditoría General de la Nación.

Art. 8° – Instrúyese al señor jefe de Gabinete de Ministros para que disponga las adecuaciones presupuestarias pertinentes, a través de la reasignación de partidas del Presupuesto Nacional, a los efectos de poner en ejecución lo dispuesto por el presente decreto.

Art. 9° – Las erogaciones que demande el cumplimiento de la presente medida se imputarán con cargo a las partidas que a tal fin disponga el Ministerio de Salud, dentro del presupuesto correspondiente a su administración central, Servicio Administrativo Financiero 310.

Art. 10. – Facúltase a la autoridad de aplicación y/o a quién ésta designe en su reemplazo a suscribir el contrato de fideicomiso con el fiduciario.

Art. 11. – El Comité Ejecutivo dictará su propio reglamento interno de funcionamiento dentro de los treinta (30) días de la publicación de la presente medida”.

Es menester analizar si el DNU transcrito cumple con los requisitos formales y sustanciales para su emisión exigidos por la norma constitucional.

2.2. Requisitos formales

El decreto de necesidad y urgencia, objeto de análisis, desde el punto de vista formal cumple a nuestro entender los requisitos exigidos por la Constitución Nacional. A saber 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, que analizaremos a continuación:

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

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

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

En este sentido es clarificador el criterio de la Corte en el caso “Verrocchi”² 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”.

Recientemente en el fallo “Consumidores Argentinos”³, la Corte afianza lo ya establecido en el precedente Verrocchi, aunque de una manera más tajante, sostiene que: “...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 sostiene que: “...el texto constitucional no habilita a concluir en que la necesidad y urgencia a la que hace referencia el inciso 3 del artículo

² Fallos 322: 1726, considerando 9 párrafo 1.

³ Fallo “Consumidores Argentinos c/ EN - PEN -Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”, voto de la mayoría considerando 13.

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.

“Aún así, la realidad de la praxis constitucional muestra que el Poder Ejecutivo no se siente condicionado por la norma suprema, ni por principios tales como la división de poderes, la forma republicana de gobierno, la distribución de competencias y los controles inter órganos, entre otros...”⁴

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

En consecuencia, siendo el principio constitucional general la prohibición de legislar por parte del Ejecutivo, y no la excepción, corresponde aplicar un criterio restrictivo cuando se trata de juzgar la validez de decretos de necesidad y urgencia dictados por dicho Poder.⁵

Sometiendo a esta prueba (test) de constitucionalidad al DNU 225/15 remitido a la Comisión Bicameral Permanente para su consideración, advertimos que no reúne los requisitos sustanciales exigidos por la Carta Magna para la sanción de estas normas de excepción.

Véase que de los fundamentos invocados, se advierte que se intenta justificar el uso de una facultad excepcional—dictado de decretos de necesidad y urgencia— con argumentos que no cumplimentan los requisitos para la legítima utilización de dicha facultad. Es así, que como fundamento principal el decreto alega:

“...Que la presente medida se cumplirá a través de la constitución de un fideicomiso cuya finalidad será instrumentar los aportes de recursos presupuestarios anuales comprometidos por el Estado nacional, conforme lo dispuesto en el artículo 4° del decreto 34/15.

“Que para facilitar la ejecución y la toma de decisiones relativas al funcionamiento del Fondo Fiduciario Público, resulta necesario crear un Comité Ejecutivo que será el encargado de impartir instrucciones y/o autorizar en forma previa las actividades a cargo del fiduciario y efectuar su seguimiento y control.

“Que la naturaleza excepcional de la situación planteada requiere de una implementación expedita que hace imposible seguir los trámites ordinarios

previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, verificándose los presupuestos constitucionales y jurisprudenciales que habilitan el dictado del presente...”

De los argumentos plasmados en los considerandos del DNU se desprende claramente que no existe un presupuesto habilitante para el dictado de esta norma de excepción. En efecto, estamos ante el abuso de la utilización de este instrumento por parte del Poder Ejecutivo, que constituye una de las mayores fuentes de distorsión del principio de separación de poderes.

3. Conclusión

Debemos reflexionar políticamente sobre el dictado de estas normas de excepción. El poder Ejecutivo nacional ha sancionado un decreto de necesidad y urgencia en lugar de recurrir al trámite ordinario de las leyes.

En este sentido, del propio DNU 225/15 se desprende que no existe urgencia, lo que hace este DNU es apropiarse de competencias que el Constituyente puso en cabeza del Congreso Nacional.

No caben dudas de que un proyecto de ley con el contenido de este DNU hubiese sido tratado de manera preferencial de acorde a las necesidades del caso.

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

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

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

Ángel Rozas.

ANTECEDENTE

Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 25 de febrero de 2015.

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 el artículo 99 inciso 3 y

⁴ Ídem nota anterior. Considerando 16 voto del doctor Maqueda.

⁵ Fallos, 322:1726, considerando 7°; en igual sentido: Badeni, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, tomo II, *La Ley*, 2004, Buenos Aires, p. 1259.

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 225 del 12 de febrero de 2015, que en copia autenticada se acompaña.

Mensaje N° 73.

JORGE M. CAPITANICH.

Juan L. Manzur.

Buenos Aires, 12 de febrero de 2015.

VISTO lo solicitado por el Ministerio de Salud, la ley 17.102 y su decreto reglamentario 8.248 de fecha 23 de diciembre de 1968 y el decreto 34 de fecha 12 de enero de 2015, y

CONSIDERANDO:

Que la ley 17.102 faculta al Poder Ejecutivo nacional para reformar el regimen de constitución, funcionamiento y manejo vigente en los organismos asistenciales o sanitarios dependientes de la entonces Secretaría de Estado de Salud Pública, con el objeto de propender a su mayor rendimiento, la mejor y más amplia prestación de servicios y al incremento de recursos para el desarrollo de sus programas, todo ello mediante la participación y aporte de entidades oficiales o privadas que promuevan a esos efectos, la intervención activa de la comunidad.

Que, a tales fines, la mencionada normativa dispone la realización, por intermedio de la entonces Secretaría de Estado de Salud Pública –actual Ministerio de Salud– de estudios previos de carácter sanitario, económico y social, relativos a cada organismo asistencial o sanitario y a su respectiva zona de influencia.

Que el artículo 2° de la Reglamentación de la ley 17.102, aprobada por el decreto 8.248/68, establece que cuando dichos estudios previos concluyeran en resultados favorables y coincidentes con los fines de la ley 17.102, la entonces Secretaría de Estado de Salud Pública –actual Ministerio de Salud– formalizará de común acuerdo las bases para la constitución del servicio, mediante la producción del correspondiente convenio y del respectivo estatuto, cuyas cláusulas se aprobarán “ad referéndum” del Poder Ejecutivo nacional.

Que, mediante el decreto 34 de fecha 12 de enero de 2015, se aprobó el convenio suscrito entre el Ministerio de Salud y el gobierno de la provincia de Misiones a fin de crear el Ente Hospital de Alta Complejidad “Marta T. Schwarz” Servicio de Atención Médica Integral para la Comunidad y el convenio suscrito entre el Ministerio de Salud, el gobierno de la provincia de Santa Cruz y el Municipio de El Calafate, a fin de crear el Ente Hospital de Alta Complejidad “El Calafate” Servicio de Atención Médica Integral para la Comunidad, ambos de fecha 23 de diciembre de 2014.

Que, a su vez, el Título VI de los Estatutos de ambos entes hospitalarios de alta complejidad, que integran los

Anexos I y II del decreto 34/15 establece, en cuanto a los aportes a cargo del Poder Ejecutivo nacional para su funcionamiento, que “d) Los aportes del presupuesto nacional, integrados por una parte fija (60%) y una cantidad variable (40%), proporcional al cumplimiento de metas de producción y calidad incluidos en los compromisos de gestión, serán desembolsados trimestralmente, ocurriendo el aporte fijo en el primer, segundo y tercer trimestre del año; e) La porción variable del aporte presupuestario nacional, será calculada en base al cumplimiento de las metas establecidas siguiéndose una forma polinómica”.

Que, en este sentido en la cláusula novena de los convenios de creación mencionados se establece que cada uno de los entes elaborará un plan estratégico trienal, estructurado en Planes Operativos Anuales (POA), que se constituirán en compromisos de gestión en los cuales se establezcan metas de producción y de servicios y metas de calidad técnico asistencial, calidad percibida y de gestión, cuyo cumplimiento fundará el aporte variable de la Nación.

Que, para garantizar el presupuesto anual de dichos entes, su funcionamiento y propender, de esta forma, a un adecuado cumplimiento de los objetivos establecidos en la ley 17.102 y la ejecución de sus planes estratégico trienales y los planes operativos anuales, mediante una activa participación del Estado nacional que contribuya al adecuado rendimiento de los mismos y a generar la más amplia prestación de servicios de salud, resulta necesario crear el “Fondo para los Servicios de Atención Médica Integral para la Comunidad - decreto 34/15”.

Que la presente medida se cumplirá a través de la constitución de un fideicomiso cuya finalidad será instrumentar los aportes de recursos presupuestarios anuales comprometidos por el Estado nacional, conforme lo dispuesto en el artículo 4° del decreto 34/15.

Que para facilitar la ejecución y la toma de decisiones relativas al funcionamiento del Fondo Fiduciario Público, resulta necesario crear un Comité Ejecutivo que será el encargado de impartir instrucciones y/o autorizar en forma previa las actividades a cargo del fiduciario y efectuar su seguimiento y control.

Que la naturaleza excepcional de la situación planteada requiere de una implementación expedita que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, verificándose los presupuestos constitucionales y jurisprudenciales que habilitan el dictado del presente.

Que han tornado la intervención correspondiente los servicios jurídicos competentes.

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

Por ello,

La presidenta de la Nación Argentina en acuerdo general de ministros

DECRETA:

Artículo 1° – Créase el Fondo Fiduciario Público denominado “Fondo para los Servicios de Atención Médica Integral para la Comunidad - decreto 34/15”, el que se conformará como un fideicomiso de administración y financiero destinado al pago de los desembolsos trimestrales del Estado nacional al presupuesto anual de los Entes Hospitalarios de Alta Complejidad –Servicios de Atención Médica Integral para la Comunidad– creados por el decreto 34/15.

Art. 2° – A los efectos del presente decreto, los siguientes términos tendrán el significado que, a continuación, se indica:

a) Fiduciante: es el Estado nacional, a través del Ministerio de Salud, en cuanto transfiere la propiedad fiduciaria de los Bienes Fideicomitidos al Fiduciario con el destino exclusivo e irrevocable al cumplimiento del presente decreto y del contrato de fideicomiso respectivo;

b) Fiduciario: es Nación Fideicomisos S.A., como administrador de los bienes que se transfieren en fideicomiso con el destino exclusivo e irrevocable que se establece en la presente norma, de conformidad con las pautas establecidas en el Contrato de Fideicomiso y las instrucciones dispuestas por el Comité Ejecutivo;

c) Beneficiarios: son los Entes Hospitalarios de Alta Complejidad –Servicios de Atención Médica Integral para la Comunidad– creados por el decreto 34/15;

d) Fideicomisario: el Estado nacional será el destinatario final de los fondos integrantes del “Fondo para los Servicios de Atención Médica Integral para la Comunidad - decreto 34/15”, en caso de su extinción o liquidación, los cuales deberán destinarse a programas con objetivos similares a los de la presente medida;

e) Autoridad de Aplicación: es el Ministerio de Salud;

f) Comité Ejecutivo: estará compuesto por los representantes mencionados en el artículo 5° del presente. Es el encargado de impartir instrucciones y/o autorizar en forma previa las actividades a cargo del fiduciario y efectuar su seguimiento. En ese marco, tendrá las siguientes funciones: i) evaluar el Plan Estratégico Trienal y los respectivos Planes Operativos Anuales (POA) para verificar el cumplimiento de los compromisos de gestión que establezcan metas de producción, de servicios y de calidad técnico asistencial, calidad percibida y de gestión; ii) instruir al Fiduciario para que efectúe los desembolsos correspondientes al Estado nacional en concepto de cantidad variable proporcional al cumplimiento de metas de producción y calidad incluidos en los compromisos de gestión.

g) Bienes Fideicomitidos: Serán recursos por un monto de pesos ochocientos setenta y cinco millones (\$ 875.000.000) aportados de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° del decreto 34/15, que podrá ser oportu-

namente ampliado a los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el Título VI del Régimen Financiero, Económico y Contable de los respectivos Estatutos de los Entes correspondientes.

Art. 3° – Los recursos del “Fondo para los Servicios de Atención Médica Integral para la Comunidad - decreto 34/15”, se aplicarán al pago de los desembolsos trimestrales del Estado nacional al presupuesto anual de los entes hospitalarios de alta complejidad - Servicios de Atención Médica Integral para la Comunidad – creados por el decreto 34/15, en los términos de la cláusula octava de sus convenios de creación y el Título VI de sus estatutos.

Art. 4° – El fondo tendrá una duración de tres (3) años, renovable, contados desde la integración de los bienes fideicomitidos. No obstante ello, el fiduciario conservará los recursos suficientes para atender los compromisos pendientes, reales o contingentes, que haya asumido el “Fondo para los Servicios de Atención Médica Integral para la Comunidad – decreto 34/15”, hasta la fecha de extinción de esas obligaciones.

Al vencimiento del plazo establecido en el párrafo precedente, todos los bienes fideicomitidos que integren el patrimonio del citado fondo en ese momento serán transferidos al Estado nacional, en su carácter de fideicomisario, los cuales deberán destinarse a programas con objetivos similares a los del presente decreto.

Art. 5° – Créase el Comité Ejecutivo del “Fondo para los Servicios de Atención Médica Integral para la Comunidad – decreto 34/15”, que estará integrado por un (1) representante titular y un (1) suplente, designados por los titulares de los organismos que, a continuación, se detallan:

a) Jefatura de Gabinete de Ministros;

b) Ministerio de Salud;

c) Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales de la Presidencia de la Nación,

La Presidencia del Comité Ejecutivo será ejercida por el representante del Ministerio de Salud.

Art. 6° – Designase al Ministerio de Salud como Autoridad de Aplicación del presente decreto, pudiendo dictar las medidas aclaratorias y complementarias que resulten pertinentes.

Art. 7° – El “Fondo para los Servicios de Atención Médica Integral para la Comunidad – decreto 34/15” creado por el artículo 1° del presente decreto no se encuentra comprendido en las disposiciones del inciso d) del artículo 8° de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional 24.156 y sus modificaciones, sin perjuicio de las facultades de control que dicha norma les otorga a la Sindicatura General de la Nación y a la Auditoría General de la Nación.

Art. 8° – Instrúyese al señor jefe de Gabinete de Ministros para que disponga las adecuaciones presupuestarias pertinentes, a través de la reasignación

de partidas del Presupuesto nacional, a los efectos de poner en ejecución lo dispuesto por el presente decreto.

Art. 9° – Las erogaciones que demande el cumplimiento de la presente medida se imputarán con cargo a las partidas que a tal fin disponga el Ministerio de Salud, dentro del presupuesto correspondiente a su administración central, Servicio Administrativo Financiero 310.

Art. 10. – Facúltase a la autoridad de aplicación y/o a quien ésta designe en su reemplazo a suscribir el contrato de fideicomiso con el fiduciario.

Art. 11. – El comité ejecutivo dictará su propio reglamento interno de funcionamiento dentro de los treinta (30) días de la publicación de la presente medida.

Art. 12. – El presente decreto entrará en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 13. – Dése cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

Art. 14. – Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Decreto 225

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

*Jorge M. Capitanich. – Héctor M. Timerman.
– Aníbal F. Randazzo. – Carlos A. Tomada.
– Juan L. Manzur – Agustín O. Rossi.
– Axel Kicillof. – Débora A. Giorgi. –
Carlos H. Casaquimela. – Carlos E.
Meyer. – Julio M. De Vido. – Julio C.
Alak. – María C. Rodríguez. – Alicia M.
Kirchner. – Alberto E. Sileoni. – José L. S.
Baraño. – Teresa A. Sellara.*

suplemento 1