

SESIONES ORDINARIAS

2015

ORDEN DEL DÍA N° 2291

Impreso el día 2 de septiembre de 2015

Término del artículo 113: 11 de septiembre de 2015

COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE DE
TRÁMITE LEGISLATIVO –LEY 26.122–

SUMARIO: **Declaración** de validez del decreto 1.423 de fecha 24 de julio de 2015. (12-J.G.M.-2015.)

- 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 12-J.G.M.-2015 referido al decreto del Poder Ejecutivo 1.423 de fecha 24 de julio de 2015, mediante el cual se crea el Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur, el que se conformará como un fideicomiso de administración y financiero destinado al financiamiento de las obras necesarias para establecer la conexión marítima entre la provincia de Santa Cruz y la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en el marco de lo establecido en la ley 26.776, con los alcances establecidos en el presente decreto y en las normas complementarias que, en consecuencia, dicte el Poder Ejecutivo Nacional o, en su caso, la Autoridad de Aplicación.

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

Proyecto de resolución

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVEN:

Artículo 1° – Declarar la validez del decreto 1.423 de fecha 24 de julio de 2015.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

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

Sala de la comisión, 26 de agosto de 2015.

Jorge A. Landau. – Diana B. Conti. – Juliana di Tullio. – Anabel Fernández Sagasti. – María T. García. – María G. de la Rosa. – Miguel Á. Pichetto. – Marina R. Riofrio. – 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 fue complementada con la teoría de los controles formulada por Karl Loewenstein, revestía jerarquía constitucional y era uno de los pilares elementales sobre los cuales se estructuraba la organización gubernamental de la Nación.

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 fuesen 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 tipificadas en nuestra Constitución Nacional: *a)* los decretos de necesidad y urgencia; *b)* los dictados en virtud de delegación legislativa, y *c)* los de promulgación parcial de las leyes.

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, juntamente 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 resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de

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.

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 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 e 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, este 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.”

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 controlaré 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

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, Enzo D. c/Administración Nacional de Aduanas”, CS, 1999/8/19, *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 inconstitucional los decretos 770/96 y 771/96. En el presente caso ejerció un control amplio de las circunstancias fácticas y jurídicas del dictado del decreto en cuestión.

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

⁹ “Rosalia 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.

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

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

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

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

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

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 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 re-

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

12 Miguel Á. 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 sustancias legislativas y no obstante ello, son dictados 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.

gulen 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 1.423, de fecha 24 de julio de 2015, mediante el cual se crea el Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur, el que se conformará como un fideicomiso de administración y financiero destinado al financiamiento de las obras necesarias para establecer la conexión marítima entre la provincia de Santa Cruz y la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en el marco de lo establecido en la ley 26.776, con los alcances establecidos en el presente decreto y en las normas complementarias que, en consecuencia, dicte el Poder Ejecutivo nacional o, en su caso, la Autoridad de Aplicación.

II.a. Análisis del decreto

La ley 26.122, en el título III, capítulo I, referido a los 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, juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

En efecto, el decreto 1.423/2015 en consideración, se ha dictado de conformidad con lo establecido en el artículo 99, incisos 1 y 3 de la Constitución Nacional, y de acuerdo con los artículos 2°, 19 y 20, de la ley 26.122.

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 que 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 1.423/2015.

Resulta pertinente destacar las palabras vertidas en el trabajo elaborado por Jorge Carlos Albertsen, citado ut supra, en el cual 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 de 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 1.423/2015, el Poder Ejecutivo crea el Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur, el que se conformará como un fideicomiso de administración y financiero destinado al financiamiento de las obras necesarias para establecer la conexión marítima entre la provincia de Santa Cruz y la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en el marco de lo establecido en la ley 26.776, con los alcances establecidos en el presente decreto y en las normas complementarias que, en consecuencia, dicte el Poder Ejecutivo nacional o, en su caso, la Autoridad de Aplicación.

La ley 26.776 define como política de Estado la integración física del territorio continental con su territorio insular de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

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.

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.

La conexión marítima entre las provincias de Santa Cruz y de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur requerirá la realización de diversas obras de infraestructura, en el ámbito de cada una de ellas, ejecutadas con fondos del Estado nacional, quedando autorizado el Poder Ejecutivo nacional a readecuar las partidas presupuestarias que fueran necesarias.

Las particularidades, extensión y duración de las citadas obras para la eventual prestación del servicio público de buques portarrodantes implicarán la realización de trabajos que devengarán la aplicación de fondos públicos en distintos ejercicios presupuestarios, razón por la cual la constitución del Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur representa una modalidad que asegura el financiamiento, la ejecución y el adecuado cumplimiento por parte del Estado nacional de los objetivos establecidos en la ley 26.776.

El Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur, constituido por una duración de 10 años, renovable, destinado a financiar las obras, será administrado por Nación Fideicomisos S.A. y tendrá carácter “exclusivo e irrevocable” para la obra en cuestión.

La intención es establecer una conexión diaria para el transporte de pasajeros, automóviles y camiones entre las provincias de Tierra del Fuego y Santa Cruz, más la Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Se trata de una obra de infraestructura que consiste en la construcción de pontones flotantes en los puertos de Río Gallegos y de Río Grande, de modo tal que permitan la operación de una embarcación rápida (buques portarrodantes), de frecuencia diaria, para el transporte de pasajeros, automóviles y camiones. La distancia a recorrer es de 245 km y se podrá cubrir en menos de 4 horas.

Por otra parte, en el mismo sentido, el ministro Kicillof firmó un convenio marco con la gobernadora de esa provincia, Fabiana Ríos, y Daniel Peralta, de Santa Cruz, a fin de poner en ejecución el presente decreto.

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 Economía y Finanzas Públicas, 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 a establecer en el contrato de fideicomiso y las instrucciones dispuestas por el comité ejecutivo.

c) Beneficiarios: son las empresas y/o los contratistas que resulten adjudicatarios del proceso de licitación y/o sus cesionarios.

d) Fideicomisario: el Estado nacional será el destinatario final de los fondos integrantes del Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur, 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 Economía y Finanzas Públicas, o a quien éste delegue esta facultad, pudiendo dictar las medidas aclaratorias y complementarias que resulten pertinentes.

f) Comité ejecutivo: estará compuesto por los representantes mencionados en el artículo 7º del presente. Es el encargado de definir los lineamientos generales, tiene a su cargo la toma de decisiones de carácter dispositivo, imparte las instrucciones necesarias al fiduciario y efectúa su seguimiento. En este marco, y sin que las mismas se consideren taxativas y/o limitativas de otras facultades que hagan a su competencia, tendrá las siguientes funciones: *i)* Establecer los lineamientos pertinentes para la elaboración de los pliegos de bases y condiciones particulares y técnicos para las contrataciones a licitarse en el marco del presente. *ii)* Aprobar los pliegos elaborados por el fiduciario, de conformidad con los lineamientos oportunamente indicados. *iii)* Convalidar la decisión respecto de la oferta más conveniente.

g) Bienes fideicomitidos: serán los recursos detallados en el artículo 3º del presente.

El comité ejecutivo del Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur estará integrado por un (1) representante titular y un (1) suplente, designados por el: *a)* Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, quien ejercerá la Presidencia; *b)* Secretaría de Coordinación Económica y Mejora de la Competitividad; *c)* Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables; y *d)* Administración General de Puertos S.E.

El Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur contará con un patrimonio que estará constituido por los bienes fideicomitidos, que en ningún caso constituyen ni serán considerados como recursos presupuestarios, impositivos o de cualquier otra naturaleza que ponga en riesgo el cumplimiento del fin al que están afectados, ni el modo u oportunidad en que se realicen. Dichos bienes son los siguientes:

a) Los recursos provenientes del Tesoro nacional.

b) Letras del Tesoro u otros instrumentos de deuda pública.

c) Los ingresos generados por el financiamiento de otros instrumentos financieros.

d) El producido de sus operaciones, la renta, frutos e inversión de los bienes fideicomitidos.

e) Los ingresos obtenidos por emisión de valores fiduciarios de deuda que emita el fiduciario, con el aval del Tesoro nacional y en los términos establecidos en el contrato y/o prospecto respectivo.

f) Los recursos provenientes de financiamiento de los organismos multilaterales de crédito destinados al mismo objeto del fideicomiso.

g) Otros ingresos, aportes, contribuciones, subsidios, legados o donaciones específicamente destinados al Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur.

Por otra parte, se faculta al órgano responsable de la coordinación de los sistemas de administración financiera del sector público nacional a realizar operaciones de crédito público adicionales a las autorizadas en la ley de presupuesto del año en curso, con el fin de disponer un aporte de capital inicial a favor del Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur por un importe de hasta pesos mil millones (\$ 1.000.000.000), mediante la emisión de letras del Tesoro a cuarenta y dos (42) meses de plazo, en los términos y condiciones que fije el órgano responsable de la coordinación de los sistemas de administración financiera del sector público nacional.

Además, se exige al Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur y al fiduciario, en sus operaciones relativas al presente decreto y normas complementarias, de todos los impuestos, tasas y contribuciones nacionales existentes y a crearse en el futuro. También el fideicomiso gozará del reintegro del impuesto al valor agregado involucrado en el precio que se le facture por bienes, obras, locaciones, servicios y demás prestaciones, gravados que se utilicen para la prosecución del objetivo para el que fue creado.

Por último, se establece que el Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur, 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, ley 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 deja constancia de 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 decreto.

Como dijo nuestra presidenta, “Esto no es una cuestión solamente de costos, de tarifas; esto es cuestión de integración territorial y de soberanía nacional; por lo tanto, no estamos solamente haciendo una inversión económica, estamos haciendo una inversión en materia de desarrollo autónomo. Se trata de ‘un hito histórico’, la integración territorial del continente de la República Argentina al territorio insular de Tierra del Fuego y nuestras islas Malvinas. ‘Esto va para todos’, teniendo en cuenta que el transporte, el turismo que va por tierra tiene –actualmente– que pasar de Santa Cruz a Tierra del Fuego por cuatro puestos fronterizos de Chile”.

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución Nacional en lo que respecta al dictado del decreto 1.423/2015, 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 1.423, de fecha 24 de julio de 2015.

Decreto 1.423

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 1.423/15, de fecha 24 de julio de 2015, por el que cual se crea el Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur.

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 del decreto del Poder Ejecutivo nacional 1.423 del 24 de julio de 2015.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

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

Sala de la comisión, 26 de agosto de 2015.

Adrián Pérez.

INFORME

Condiciones de validez de los decretos de necesidad y urgencia.

En un ordenamiento jurídico existe aquello que Hart identificó como reglas secundarias¹⁶ y que refieren 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 derechos es creado. Cualquier mandato, orden, imperativo o disposición con pretensión de alterar la realidad, que no sea emitida de acuerdo a esas normas que establecen investiduras,

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

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 3º, 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 100.13¹⁷”. 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 3º, 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 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 Petracchi¹⁸, que se aparte de estas condiciones no pueda ser tenida como un DNU y, por lo tanto, no sea siquiera una norma jurídica válida dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Necesidad y urgencia

La Constitución Nacional refiere, en su artículo 99, inciso 3º, 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 Dreams¹⁹”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “debe existir una situación de grave riesgo social²⁰”. 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 Blanca²¹”, 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 Estado²²”.

Sólo casos de graves 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 Parlamento sin funcionar 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 decreto²³”.

Esta misma exigencia, en cuanto a las consecuencias de las circunstancias excepcionales, también ha sido requerida por la Corte Suprema. En el caso “Verrocchi”, 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

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

20 Cons. 15º.

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

22 Cons. 4º.

23 Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, tomo VI, p. 433.

17 Voto concurrente de la ministra Argibay en el fallo CSJN, “González, Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y otro” del 19/5/2010, considerando 8.

18 CSJN, “Verrocchi”, voto del Ministro Petracchi.

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 decreto²⁴.

En el caso “Casime”, 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 Ocampo²⁴”, 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 leyes²⁵”.

Más recientemente, por voto concurrente de sus siete miembros, la Corte Suprema falló en el caso “Consumidores Argentinos”, que mantuvo explícitamente la 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.²⁶

Por último, la Corte también ha sostenido que las circunstancias excepcionales deben ser reconocidas por el propio Congreso de la Nación²⁷.

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,

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

25 Cons. 7.

26 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”.

27 *Fallos*, 173:65.

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.

Análisis de la necesidad y urgencia en particular

En el caso del decreto 1.423/15, se observa sin dificultades que fue dictado mientras el Congreso estaba en condiciones formales y materiales para reunirse. El decreto fue firmado el 24 de julio del 2015, es decir, dentro del período de sesiones ordinarias del Congreso. Asimismo, no se observa que se trate de una regulación que por su naturaleza esté imposibilitada de ser sometida al debate parlamentario sin perder eficacia.

La mera invocación por parte del Poder Ejecutivo nacional a circunstancias excepcionales, sin identificarlas apropiadamente y sin precisar por qué exigirían el dictado de una norma a través de un mecanismo reservado a circunstancias de emergencia, resulta insuficiente para justificar la apelación a dicho recurso.

El objeto de la regulación es de tal previsibilidad y carente de la urgencia necesaria para fundar el dictado de un DNU. Para concluir con esta idea, lo que debe preguntarse es el legislador es qué hubiese ocurrido si el Poder Ejecutivo nacional enviaba esta iniciativa como proyecto de ley al Congreso. ¿Qué urgencia quedaba sin resolver? ¿Qué medida indispensable quedaba frustrada por el ejercicio regular de las facultades constitucionales?

Si la respuesta es que no se puede reconocer, por hipótesis, ningún drama de la entidad suficiente para esquivar de esta manera al Congreso, entonces no se dan las exigencias sustantivas para el dictado de un DNU, y por ende no sólo corresponde rechazar la validez de su dictado.

A su vez, el dictado de DNU en esta materia y con el alcance del 1.423/15 es especialmente grave. La experiencia argentina sobre los fondos fiduciarios conformados con recursos públicos demuestra que los mismos se transformaron en un excelente instrumento para que el Ejecutivo pueda realizar un manejo altamente discrecional y con escaso control de una importante masa de recursos.

La discrecionalidad y la falta de publicidad en el uso de los fondos públicos ha sido la constante de los últimos años para tender a transparentar su funcionamiento. Para ello se debe establecer un esquema de control similar a la de los restantes gastos del presu-

puesto nacional, que permitirá de alguna manera saber cómo se están cumpliendo los objetivos que justificaron la creación del fondo fiduciario.

Aunque la postura del oficialismo siempre fue contraria a la incorporación de los fondos fiduciarios en el presupuesto nacional y la asignación de los gastos según los criterios que se aplican para los restantes gastos de la administración nacional, atento a la argumentación de intangibilidad de los fondos fiduciarios, este argumento pierde validez por la aplicación del DNU 906/04, que dispone la colocación temporaria de las disponibilidades líquidas y por las sucesivas modificaciones en el destino de los fondos vía DNU y decisiones administrativas.

En este contexto, independientemente de que corresponde que el Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur (creado por el DNU de marras) sea creado por una ley aprobada por el Congreso de la Nación, tal como lo establece el artículo 5° de la ley 25.152, por todas las argumentaciones planteadas anteriormente, se considera que no existen justificativos que den lugar a la conformación de un fondo fiduciario, en lugar de plantear directamente la incorporación de las obras necesarias para establecer la conexión marítima entre las provincias de Santa Cruz y de Tierra del Fuego en el presupuesto nacional, dentro del conjunto de proyectos y obras cuya ejecución se realizará en varios ejercicios. Ello permitirá, tal como se destacó en párrafos ut supra, un mayor control de la aplicación de los recursos públicos, más aún cuando es en el propio artículo 3 del DNU 1.423/15 que los excluye del presupuesto, al establecer que “los bienes fideicomitidos, que en ningún caso constituyen ni serán considerados como recursos presupuestarios impositivos o de cualquier naturaleza”. Además del artículo 9°, que define que este fondo fiduciario “no se encuentra regido por las disposiciones del inciso d) del artículo 8°, de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, ley 24.156 y sus modificaciones”. Es importante el monto de los recursos involucrados, para dejarlo con escasos niveles de control.

Por su parte, el artículo 4° del DNU faculta al órgano responsable de la administración financiera del sector público a emitir letras del Tesoro por un monto de \$ 1.000 millones, como aporte inicial a favor del Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur, no dándose cumplimiento al artículo 60 de la Ley de Administración Financiera, 24.156, que establece: “si las operaciones de crédito público de la administración nacional no estuvieran autorizadas en la ley de presupuesto general del año respectivo, requerirán de una ley que las autorice expresamente”, y debe “establecer como mínimo las siguientes características de las operaciones de crédito público autorizadas: tipo de deuda, especificando si se trata de interna o externa; monto máximo autorizado para la operación; plazo mínimo de amortización; destino del financiamiento”.

Asimismo, todas las operaciones realizadas al amparo de este fondo estarán exentas de diferentes impuestos, como el impuesto a las ganancias, IVA e impuesto al cheque, todos los cuales son coparticipables y, por lo tanto, están afectando los recursos que perciben las provincias por esta vía, correspondiendo, por lo tanto, que el tratamiento de este tema sea dado en el ámbito que corresponde, como es el Congreso de la Nación, y no con un DNU que se aplica para casos excepcionales.

Por último, en el artículo 12 del DNU, se vuelve a hacer un uso de los superpoderes del jefe de Gabinete para reasignar partidas presupuestarias para el cumplimiento del mismo.

Conclusión

Atendiendo a que el decreto 1.423/15 fue dictado fuera del marco de las circunstancias excepcionales que autorizan el dictado de disposiciones del Poder Ejecutivo nacional con carácter legislativo, y que fue enviado para el control por parte de esta comisión fuera del plazo constitucionalmente estipulado, no puede corresponder más que declarar su invalidez absoluta por ser una norma dictada en incumplimiento de los procedimientos constitucionales, con la consecuente nulidad absoluta e insanable.

Adrián Pérez.

ANTECEDENTE

Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 29 de julio 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 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 1.423 del 24 de julio de 2015, que en copia autenticada se acompaña.

Mensaje 593

ANÍBAL FERNÁNDEZ.

Axel Kicillof.

Buenos Aires, 24 de julio de 2015.

VISTO el expediente S01:0170235/2015 del Registro del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, la ley 26.776, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 1° de la ley 26.776 define como política de Estado la integración física del territorio continental con su territorio insular de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Que dicha ley, en su artículo 4°, establece la conexión marítima entre la provincia de Santa Cruz y la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del

Atlántico Sur, a través de buques portarrodantes, y dispone, en su artículo 5°, que el Poder Ejecutivo nacional, a través de la autoridad de aplicación, deberá realizar el estudio de factibilidad, demás estudios requeridos para la conexión marítima y su implementación entre los puntos operativamente más apropiados en orden a la menor distancia posible.

Que compete al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas entender en todo lo relacionado con la construcción, habilitación, administración y fiscalización de puertos y vías navegables, como, así también, intervenir en la elaboración y ejecución de la política de puertos y vías navegables [conforme los incisos 53 y 58 del artículo 20 de la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438/92) y sus modificaciones] resultando, la autoridad de aplicación en lo que respecta a lo dispuesto en los artículos citados de la ley 26.776.

Que en el ámbito de la Administración General de Puertos S.E. se han realizado diversos estudios de factibilidad técnica, económica y jurídica con el objeto de establecer la conexión marítima entre las provincias de Santa Cruz y de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Que la conexión marítima entre las provincias de Santa Cruz y de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur requerirá la realización de diversas obras de infraestructura, en el ámbito de cada una de ellas, ejecutadas con fondos del Estado nacional, quedando autorizado el Poder Ejecutivo nacional a readecuar las partidas presupuestarias que fueran necesarias.

Que las particularidades, extensión y duración de las citadas obras para la eventual prestación del servicio público de buques portarrodantes implicarán la realización de trabajos que devengarán la aplicación de fondos públicos en distintos ejercicios presupuestarios, razón por la cual la constitución de un fideicomiso público representa una modalidad que asegura el financiamiento, ejecución y el adecuado cumplimiento por parte del Estado nacional de los objetivos establecidos en la ley 26.776.

Que, en consecuencia, resulta necesario crear el Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur, cuya finalidad será instrumentar los aportes de recursos presupuestarios anuales comprometidos por el Estado nacional, conforme lo dispuesto en los artículos 1°, 4° y 5° de la ley 26.776.

Que para facilitar la ejecución y la toma de decisiones relativas al funcionamiento del “Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur”, resulta oportuno establecer la conformación de un comité ejecutivo encargado de definir los lineamientos generales, tomar decisiones de carácter dispositivo e impartir las instrucciones necesarias al fiduciario.

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 decreto.

Que ha tomado la intervención correspondiente el servicio jurídico del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

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

Por ello,

La presidenta de la Nación Argentina

DECRETA:

Artículo 1° – Créase el Fondo Fiduciario Público denominado Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur, el que se conformará como un fideicomiso de administración y financiero destinado al financiamiento de las obras necesarias para establecer la conexión marítima entre la provincia de Santa Cruz y la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en el marco de lo establecido en la ley 26.776, con los alcances establecidos en el presente decreto y en las normas complementarias que, en consecuencia, dicte el Poder Ejecutivo nacional o, en su caso, la autoridad de aplicación.

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 Economía y Finanzas Públicas, 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 a establecer en el contrato de fideicomiso y las instrucciones dispuestas por el comité ejecutivo.

c) *Beneficiarios*: son las empresas y/o los contratistas que resulten adjudicatarios del proceso de licitación y/o sus cesionarios.

d) *Fideicomisario*: el Estado nacional será el destinatario final de los fondos integrantes del Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur, 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 Economía y Finanzas Públicas o a quien éste delegue esta facultad, pudiendo dictar las medidas aclaratorias y complementarias que resulten pertinentes.

f) *Comité ejecutivo*: estará compuesto por los representantes mencionados en el artículo 7° del presente. Es el encargado de definir los lineamientos generales,

tiene a su cargo la toma de decisiones de carácter dispositivo, imparte las instrucciones necesarias al fiduciario y efectúa su seguimiento. En este marco, y sin que las mismas se consideren taxativas y/o limitativas de otras facultades que hagan a su competencia, tendrá las siguientes funciones: i) Establecer los lineamientos pertinentes para la elaboración de los pliegos de bases y condiciones particulares y técnicos para las contrataciones a licitarse en el marco del presente. ii) Aprobar los pliegos elaborados por el fiduciario, de conformidad con los lineamientos oportunamente indicados. iii) Convalidar la decisión respecto de la oferta más conveniente.

g) Bienes fideicomitidos: serán los recursos detallados en el artículo 3° del presente.

Art. 3° – El Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur contará con un patrimonio que estará constituido por los bienes fideicomitidos, que en ningún caso constituyen ni serán considerados como recursos presupuestarios, impositivos o de cualquier otra naturaleza que ponga en riesgo el cumplimiento del fin al que están afectados, ni el modo u oportunidad en que se realicen.

Dichos bienes son los siguientes:

- a) Los recursos provenientes del Tesoro nacional.
- b) Letras del Tesoro u otros instrumentos de deuda pública.
- c) Los ingresos generados por el financiamiento de otros instrumentos financieros.
- d) El producido de sus operaciones, la renta, frutos e inversión de los bienes fideicomitidos.
- e) Los ingresos obtenidos por emisión de valores fiduciarios de deuda que emita el fiduciario, con el aval del Tesoro nacional y en los términos establecidos en el contrato y/o prospecto respectivo.
- f) Los recursos provenientes de financiamiento de los organismos multilaterales de crédito destinados al mismo objeto del fideicomiso.
- g) Otros ingresos, aportes, contribuciones, subsidios, legados o donaciones específicamente destinados al Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur.

Art. 4° – Facúltase al órgano responsable de la coordinación de los sistemas de administración financiera del sector público nacional a realizar operaciones de crédito público adicionales a las autorizadas en la ley de presupuesto del año en curso, con el fin de disponer un aporte de capital inicial a favor del Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur por un importe de hasta pesos mil millones (\$ 1.000.000.000), mediante la emisión de letras del Tesoro a cuarenta y dos (42) meses de plazo, en los términos y condiciones que fije el órgano responsable de la coordinación de los sistemas de administración financiera del sector público nacional.

Art. 5° — Los recursos del Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur se aplicarán al pago por parte del Estado nacional de las obras que resulten adjudicadas en el marco de los artículos 1°, 4° y 5° de la ley 26.776 y de lo que en el presente decreto se disponga.

Art. 6° – El Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur tendrá una duración de diez (10) 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 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. 7° – Créase el comité ejecutivo del Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur, que estará integrado por un (1) representante titular y un (1) suplente, designados por los órganos que, a continuación, se detallan:

- a) Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, quien ejercerá la presidencia.
- b) Secretaría de Coordinación Económica y Mejora de la Competitividad.
- c) Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables.
- d) Administración General de Puertos S.E.

Art. 8° – Designase como autoridad de aplicación del Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el que en tal carácter podrá dictar las medidas aclaratorias y complementarias que fueren menester, debiendo establecer los términos del contrato de fideicomiso y aprobarlo, en un plazo no mayor a los treinta (30) días de la publicación del presente.

Art. 9° – El Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur, creado por el artículo 1° del presente decreto, no se encuentra comprendido en, ni está regido por, las disposiciones del inciso *d)* del artículo 8° de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, ley 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. 10. – Exímese al Fondo Fiduciario del Cruce Marítimo del Sur y al fiduciario, en sus operaciones relativas al presente decreto y normas complementarias, de todos los impuestos, tasas y contribuciones nacionales existentes y a crearse en el futuro. Esta exención comprende a los impuestos instituidos por las siguientes leyes:

- a) Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones.
- b) Ley de Impuesto al Valor Agregado, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones.
- c) Ley 24.674, de impuestos internos, y sus modificaciones.
- d) Ley 25.413, de impuesto sobre los créditos y débitos bancarios y otras operatorias, exclusivamente sobre las cuentas utilizadas en el marco de las operatorias que lleven a cabo tanto el fideicomiso como el

fiduciario, a los fines de cumplimentar los objetivos a que alude el presente.

Se invita a las provincias de Santa Cruz y de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur a adherir a la exención de todos los tributos aplicables en sus jurisdicciones en iguales términos a los establecidos en el párrafo anterior.

Art. 11. – El fideicomiso gozará del reintegro del impuesto al valor agregado involucrado en el precio que se le facture por bienes, obras, locaciones, servicios y demás prestaciones, gravados, que se utilicen para la prosecución del objetivo para el que fue creado.

Art. 12. – 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. 13. – Las erogaciones que demande el cumplimiento de la presente medida serán atendidas con recursos del Tesoro nacional e imputadas a la jurisdicción 50 - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, según la naturaleza del gasto y la redistribución que, al efecto, se realice.

Art. 14. – 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. 15. – El comité ejecutivo dictará su propio reglamento interno de funcionamiento dentro de los quince (15) días de la publicación de la presente medida.

Art. 16. – El presente decreto entrará en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 17. – Dese cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

Art. 18. – Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Decreto 1.423

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

Aníbal D. Fernández. – Aníbal F. Randazzo. – Agustín O. Rossi. – Axel Kicillof. – Débora A. Giorgi. – Julio M. De Vido. – Julio C. Alak. – María C. Rodríguez. – Carlos A. Tomada. – Alicia M. Kirchner. – Daniel G. Gollan. – Alberto E. Sileoni. – José L. S. Baraño. – Teresa A. Sellarés.

