

SESIONES ORDINARIAS

2016

ORDEN DEL DÍA N° 11

Impreso el día 7 de marzo de 2016

Término del artículo 113: 16 de marzo de 2016

COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE
DE TRÁMITE LEGISLATIVO –LEY 26.122–

SUMARIO: **Declaración** de validez del decreto 73, de fecha 11 de enero de 2016, por el cual se deroga el decreto de necesidad y urgencia 2.635, del 30 de noviembre de 2015, por el que se disponía el cese a la detracción del 15 % de la masa de impuestos coparticipables pactada en la cláusula primera del acuerdo entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales del 12 de agosto de 1992, ratificado por la ley 24.130. (28-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 y en la ley 26.122, ha considerado el expediente C.D.-28-J.G.M.-2015 referido al decreto del Poder Ejecutivo 73, de fecha 11 de enero de 2016, mediante el cual se deroga el decreto de necesidad y urgencia 2.635, del 30 de noviembre de 2015.

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° – Declárase la validez del decreto 73, del 11 de enero de 2016.

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, 23 de febrero de 2016.

Luis C. Petcoff Naidenoff. – Adolfo Rodríguez Saá. – Nicolás M. Massot. – Mario R. Negri. – Joaquín R. Pérez. – Luis A. Petri. – Pablo G. Tonelli. – Ángel Rozas.

INFORME

1. *Introducción*

Por medio del expediente 28-J.G.M.-2015 el jefe de Gabinete de Ministros ha remitido para consideración de esta comisión, de conformidad con lo establecido en la Constitución Nacional y en el procedimiento contemplado por la ley 26.122, el decreto de necesidad y urgencia 73, del 11 de enero de 2016, por el cual se dispuso derogar el decreto de necesidad y urgencia 2.635, del 30 de noviembre de 2015.

De acuerdo con la naturaleza de la norma bajo análisis, cabe señalar que estamos en presencia de un decreto de necesidad y urgencia, dictado por el presidente de la Nación en su condición de sujeto constitucionalmente habilitado para el ejercicio de las facultades aludidas en el tercer párrafo del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

La prerrogativa con la que cuenta el titular del Poder Ejecutivo para la emisión de una disposición de carácter legislativo exige que se verifique el control establecido por la Constitución Nacional y por la ley 26.122, con el propósito de que la Comisión Bicameral Permanente se expida –a través de un dictamen– acerca de la validez o invalidez del decreto, para que poste-

riormente dicho dictamen sea elevado al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento.

Este criterio que el constituyente reformador de 1994 consagró y que luego el legislador perfeccionó, permite el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo solamente cuando las circunstancias hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes. Bajo tal inteligencia, como quedó dicho, el decreto de necesidad y urgencia debe ser sometido al control posterior de validez y legalidad del Poder Legislativo, en su condición de órgano constitucional representativo de la voluntad popular y cuya función propia es la sanción de leyes.

2. Objeto del decreto 73/2016

Tal como resulta de los considerandos del decreto 73/2016, la medida bajo examen tiene su causa inmediata en el previo dictado del decreto de necesidad y urgencia 2.635/2015.

Esta última norma —de igual naturaleza que la que está aquí en examen— fue dictada por la anterior titular del Poder Ejecutivo nacional diez días antes de concluir su mandato, a fin de hacer cesar de forma intempestiva e injustificada la detracción del 15 % de la masa de impuestos coparticipables pactada en la cláusula primera del acuerdo entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales, del 12 de agosto de 1992, ratificado por la ley 24.130, a la totalidad de las jurisdicciones, en la proporción que les corresponda de acuerdo con la distribución y los índices fijados en la ley 23.548.

El motivo de esta decisión, alegado en oportunidad de dictarse la norma, fue el de dar cumplimiento y adecuar el marco legal a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, el 24 de noviembre de 2015, en los autos caratulados “Santa Fe, provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, “San Luis, provincia de c/ Estado nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”, “Córdoba, provincia de c/ Estado nacional y otro s/ medida cautelar”, “Santa Fe c/ Estado nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” y “San Luis, provincia de c/ Estado nacional y otra s/ cobro de pesos”.

No obstante, del análisis de las causas judiciales mencionadas, así como de la parte resolutive de cada una de las sentencias, resulta que las mandas judiciales invocadas como fundamento tienen un objeto y un alcance muy distinto del que se menciona en el decreto 2.635/2015.

Por lo tanto, dicho decreto excede el estricto cumplimiento de las decisiones judiciales, resultando inexistente la causa que le sirve de antecedente. Así pues, por tratarse de un acto viciado de modo ostensible, se presenta un caso de notoria gravedad institucional que debía ser atendida y subsanada de modo urgente.

Por otro lado, el decreto 2.635/2015 dispuso el cese de una ingente masa de impuestos coparticipables, teniendo entonces la virtualidad de poder generar un

perjuicio inexorable, grave e inminente desde el punto de vista económico.

Tanto es así que, en virtud del decreto 2.635/2015 y de no haber sido derogado de forma urgente por el decreto bajo examen, el financiamiento de la ANSES debería haber sido compensado con un ajuste sobre el gasto primario a cargo del Tesoro nacional, con el consecuente impacto negativo sobre el déficit fiscal, el crédito público y las políticas presupuestarias.

En dicho contexto, resulta evidente que el decreto 73/2016, al dejar sin efecto un decreto de necesidad y urgencia viciado, procura satisfacer los intereses generales de la sociedad al resolver una cuestión de notoria gravedad institucional de forma urgente.

El decreto 2.635/15, por la fecha de su emisión, violaba el principio cardinal de la buena fe que debe ser respetado en todos los actos, públicos y privados, conforme lo tiene reiteradamente resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El decreto 2.635/15 contenía además fundamentos falsos y contradictorios que lo tornaban desde su nacimiento absolutamente irrazonable, motivo por el cual resultó eliminado por el decreto 73/2016.

Por ejemplo, según el decreto 2.635/15, ya derogado, en referencia a las medidas dispuestas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “... del modo en que han sido dictadas, sus implicancias más temprano que tarde, se deben extender al conjunto de todas las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (considerando 3°).

Tal como lo expresó el decreto 73/16 en base a los propios fundamentos de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Formosa” ya citado, “... no resulta cierto el aserto contenido en el tercer considerando del decreto 2.635/15, por cuanto lejos de encontrarnos ante una situación en la cual las implicancias del precedente judicial deban extenderse a todas las jurisdicciones provinciales y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (considerando 18).

Además de expresiones falsas, el decreto 2.635/15 contenía severas contradicciones que contribuyeron a su derogación.

El decreto 2.635/15 establecía que la extensión de las medidas dispuestas por la Corte Suprema de Justicia respecto del artículo 76 de la ley 26.078 a las provincias de Córdoba, San Luis y Santa Fe, al conjunto de todas las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estaba llamada a “... producir un drástico cambio en el reparto de la coparticipación y una brusca disminución de los ingresos para la seguridad social, afectando incluso los índices de movilidad jubilatoria, la asistencia a las cajas de regímenes no transferidos, condicionando de ese modo a la totalidad del sistema provisional de reparto y a las prestaciones de la seguridad social” (considerandos 2° y 3° y 4°).

La Procuración del Tesoro de la Nación, en igual sentido que la Corte, entiende al “requisito constitu-

cional de la razonabilidad”, como al que “comprende la necesaria fundamentación de los actos administrativos” (PTN, dictámenes, 21-I-10, 272:50; 10-I-08, 264:31) y la proporcionalidad “entre los medios que el acto adopta y los fines que persigue la ley que dio al administrador las facultades que éste ejerce en el caso, o bien, entre los hechos acreditados y la decisión que en base a ellos se adopta” (PTN, dictámenes 4-IX-03, 246:581).

Si bien resulta a esta altura indiferente, toda vez que el decreto 2.635/15 ya no existe, la historia seguramente indagará sobre la real motivación de ese acto.

Unas pocas semanas antes del dictado del decreto 2.635/15 había sido promulgada la ley 27.198, de presupuesto general de la administración nacional para el ejercicio 2016, circunstancia por la cual debió preverse el impacto que ese decreto produciría en dicha ley, no sólo obstaculizando la gestión del futuro gobierno, sino asimismo vulnerando la institucionalidad del propio Congreso de la Nación que acababa de sancionar la misma.

Expresa Agustín Gordillo que: “La decisión será también ilegítima si el funcionario actúa con desviación de poder, o sea: a) por actuar con un fin personal (venganza, favoritismo, etcétera); b) con un fin administrativo, pero no el querido por la ley: si la ley lo autoriza a adoptar determinada medida (por ejemplo, el cobro de multas por ciertas infracciones), teniendo en vista una finalidad específica (en el caso, evitar la comisión de nuevas infracciones), será desviado y con ello ilegítimo, el acto que la adopte con una finalidad distinta (por ejemplo, para tratar de recaudar los mayores fondos posibles para determinadas obras comunales)” (*Derecho administrativo*, tomo I, pág. X-29).

“La desviación de poder siempre fue considerada como límite a la discrecionalidad administrativa, de directa base constitucional y racional (pues si la ley da una atribución determinada a un funcionario, sólo cabe admitir que se la dio para que cumpla con la propia finalidad legal y no con una finalidad distinta, cualquiera sea su naturaleza)” (Agustín Gordillo, *Derecho administrativo*, tomo I, pág. X-30).

Además de irrazonable y viciado de desvío de poder, el decreto 2.635/15 es *ab origine* nulo de nulidad absoluta e insanable por vulnerar la expresa limitación constitucional del artículo 99, inciso 3, en cuanto prohíbe dictar decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria, por tratarse su objeto de la distribución intrafederal de recursos de naturaleza impositiva, tal como se expresó en los considerandos del decreto 73/16 (considerando 19).

La naturaleza tributaria del tema ha sido enfática y reiteradamente señalada por la Corte Suprema en el caso “Formosa” el 9 de diciembre de 2015. (CSJN 4.783/2015.)

Además y según puntualizó el tribunal en el considerando 5° del mismo pronunciamiento, las provincias de Corrientes, Chubut, Catamarca y Neuquén han

desistido de la acción y el derecho en idénticas causas, lo cual torna irrazonable e “irreflexivo” en palabras de ese considerando, extender sin más, la misma solución a otras causas en tres casos aislados.

Allí se expresó, en los considerandos 20 y 26, que “el decreto 2.635/15 pretendió modificar en forma inválida una ley de naturaleza tributaria”, y que “respecto de la vigencia y constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya resolvió en forma categórica que, cuando ese tipo de normas regulan materias tributarias, ello contraviene el principio de legalidad sean cuales fueren las circunstancias fácticas (*Fallos*, 318:1154)”.

El decreto 73/16 recuerda en sus considerandos 21 y 22 que la Corte Suprema indica que el artículo 75 de la Constitución Nacional, en su inciso segundo, dispone que son coparticipables los impuestos indirectos internos y los directos creados, por tiempo determinado, por el Estado nacional; prevé que debe dictarse una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, a los efectos de instituir regímenes de coparticipación de esas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos; y establece que esa ley tendrá como Cámara de origen al Senado y deberá ser sancionada con una mayoría calificada, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias (“Santa Fe, provincia de c/ Estado nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”).

No debe confundirse el caso de los decretos de necesidad y urgencia 2.635/15 y 73/16 con el caso de los decretos de necesidad y urgencia 2.010, del 14 de diciembre de 2009 (B.O. del 15 de diciembre de 2009), 296 y 298, del 1° de marzo de 2010 (ambos publicados en el Boletín Oficial el mismo día de su dictado).

El decreto 2.010/09 pretendió sustituir el artículo 6°, de la ley 23.928, de modo tal de permitir que las reservas de “libre disponibilidad” del Banco Central de la República Argentina pudieran aplicarse al pago de obligaciones contraídas con organismos financieros internacionales y al pago de servicios de la deuda pública del Estado nacional (artículo 1°); creaba el Fondo del Bicentenario para el Desendeudamiento y la Estabilidad cuyo objetivo era la cancelación de servicios de la deuda con vencimiento en el año 2010 (artículo 2°); e integraba este último con u\$s 6.569.000 (dólares estadounidenses seis mil quinientos sesenta y nueve millones) o su equivalente en otras monedas detraídos de esas reservas (artículo 3°).

El decreto 2.010/09 fue impugnado judicialmente por diferentes actores alegando su nulidad absoluta e insanable, logrando en distintas causas judiciales se dispusiera cautelarmente la suspensión de sus efectos.

En virtud de esa circunstancia, la entonces presidenta de la Nación, decidió derogar el decreto 2.010/09, a través del decreto 296/10 y, en forma concomitante, emitir ese mismo día el decreto 298/10 por el que vol-

vió a insistir con la misma medida objeto del decreto de necesidad y urgencia ya derogado.

El decreto 2.010/09 y el decreto 298/10 perseguían el mismo objeto y finalidad, tenían la misma naturaleza y compartían los mismos fundamentos.

Más aún, el decreto 298/10, pese a reconocer que el decreto 2.010/09 vio frustrados sus efectos por decisiones judiciales que a la fecha del dictado de ese decreto se mantenían vigentes, volvió a recrear el objeto del decreto 2.010/09 sobre la base de las mismas consideraciones formuladas originariamente, al considerar que seguían siendo “absolutamente válidas” (considerando 5°, decreto 298/10).

Al someterse a votación, sobre ciento ochenta y cuatro (184) diputados presentes, ningún diputado votó por la aprobación del decreto 2.010/09, y ciento treinta y tres (133) diputados votaron por su rechazo, registrándose además cincuenta (50) abstenciones.

Como se observa, el antecedente de los decretos 2.010/09, 296/10 y 298/10 no tiene absolutamente nada que ver con los decretos 2.635/15 y 73/16.

Los decretos 2.010/09 y 298/10 tenían un mismo objeto, constituyendo la derogación del primero y el dictado del último un ardid malicioso y grosero, mientras los decretos 2.635/15 y 73/16 son totalmente opuestos, toda vez que el último fulmina al primero.

En lo que respecta a la cuestión de fondo, la dupla de decretos 2.010/09 y 298/10 y decretos 2.635/15 y 73/16 son absolutamente diferentes, resultado imposible asimilar las situaciones planteadas en uno y otro caso.

Desde otra perspectiva, el artículo 17 de la ley 26.122 establece que estos decretos “tienen vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2° del Código Civil”.

Esa plena vigencia implica que el decreto de necesidad y urgencia que derogó otro en forma expresa, por razones inequívocas de nulidad e inconstitucionalidad absoluta y manifiesta, produjo de pleno derecho la extinción del anterior, el que no puede ahora ser tratado por las Cámaras del Congreso por no tener ya existencia jurídica. Un pronunciamiento al respecto sería entonces igualmente inexistente”.

En el supuesto de que el Congreso rechazara el decreto 73/2016, ello, de acuerdo con el artículo 24 de la ley 26.122 no tendría efectos retroactivos ni cambiaría los efectos ya cumplidos que consisten en la derogación del decreto 2.635/2015, lo que en consecuencia resulta en cualquier caso definitivo, siendo írrito cualquier pronunciamiento en contrario.

Respecto a la cuestión de fondo, el propio decreto 2.635/2015 reconoció que produciría una “brusca disminución de los ingresos para la seguridad social, afectando incluso los índices de movilidad jubilatoria, la asistencia a las cajas de regímenes no transferidos, condicionando de ese modo a la totalidad del sistema provisional de reparto y a las prestaciones de la seguridad social” (considerando 4°), adoptando una solución

ficticia que no hace otra cosa que trasladar ese efecto altamente pernicioso a otras áreas cuya atención corresponde al Estado nacional.

Fue contradictorio e irresponsable reconocer por un lado el daño que el decreto 2.635/2015 produciría en la seguridad social, y haber pretendido resolverlo mediante una cobertura con cargo a Rentas Generales del Tesoro, sin atender al brutal impacto que esa transferencia produciría en otras áreas del Estado.

Por lo demás, la emergencia económica declarada por el Congreso está en vigencia y sería contrario a sus preceptos agravar sustancialmente y de inmediato el déficit fiscal llevando necesariamente a incrementar la inflación, afectar los salarios, comprometer la confianza en el país y obstaculizar las futuras inversiones extranjeras creadoras de nuevos empleos.

El argumento del decreto 2.635/15 respecto a “evitar pleitos, gastos y la producción de intereses que compensen las demoras” por la eventual interposición de demandas por parte de otras provincias era falaz, toda vez que nada impedía la proliferación de demandas contra el Estado nacional por parte de eventuales afectados por el impacto y las consecuencias disvaliosas que hubiera producido el desfinanciamiento de la seguridad social o de otras áreas del Estado nacional.

El decreto 73/15, derogatorio del decreto 2.635/15, no implicó dejar de atender los reclamos provinciales sino continuar con las tratativas ya iniciadas con las provincias para acordar una solución particular que se ajuste a las condiciones de cada caso.

El gobierno nacional ha comenzado un proceso de diálogo con totalidad de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dar solución a la cuestión de fondo.

Con fecha 17 de febrero de 2016 se reunieron con el titular del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, ministro Rogelio Frigerio, los titulares de las carteras ministeriales de Economía, Hacienda o Finanzas de las provincias de Buenos Aires, Hernán Lacunza; de Jujuy, Carlos Alfonso; de Catamarca, Ricardo Aredes; de Entre Ríos, Hugo Ballay; del Neuquén, Norberto Bruno; de San Luis, Natalia Chacur; de Santiago del Estero, Atilio Chara; de Santa Cruz, Juan Donnini; de La Pampa, Ernesto Franco; de Tucumán, Eduardo Garbich; de San Juan, Roberto Gattoni; de Córdoba, Osvaldo Giordano; de Salta, Sebastián Gomeza; de La Rioja, Ricardo Guerra; de Formosa, Jorge Ibañez; de Mendoza, Martín Kerchner; de Río Negro, Isaías Kremer; de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, José Labroca; de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Martín Mura; del Chubut, Pablo Oca; del Chaco, Cristian Ocampo; de Misiones, Adolfo Safrán; de Santa Fe, Gustavo Saglione; y de Corrientes, Enrique Vaztorres.

Participaron también el viceministro de Hacienda, Pedro Lacoste; el secretario de Hacienda, Gustavo Marconato, el secretario de Interior, Sebastián García

de Luca; y el secretario de Relaciones con las Provincias, Alejandro Caldarelli.

La instrucción presidencial es continuar y profundizar el diálogo entre el Estado nacional y las provincias a fin de alcanzar un acuerdo lo más pronto posible, procurando condiciones adecuadas que contribuyan al desarrollo sustentable de cada una de las jurisdicciones del país, a cuyos efectos resulta imperativo evitar la profundización del déficit fiscal y reducir la inflación; y permitir la promoción y radicación de inversiones que generen empleos genuinos; todo ello con el fin de generar un marco de confianza que permita al país en su conjunto transitar un período de crecimiento equitativo de cara al futuro.

Como se ha señalado precedentemente, el Poder Ejecutivo nacional ha iniciado rondas de consulta sobre el tema de fondo con todas las provincias, dando así principio de cumplimiento a lo preceptuado en los considerandos 7° y 8° del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia *in re* “Formosa”.

Allí se indica, en efecto, que esta cuestión “debe consensuarse en el marco de acuerdos propios del federalismo de concertación”, para lo cual es necesario que todos “emprendan el diálogo institucional que desemboque en un nuevo pacto fiscal federal, “sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias”.

Ese precedente de la Corte Suprema es de inevitable aplicación al caso; con lo cual, de existir aún el decreto derogado, su manifiesta contradicción al fallo de la Corte Suprema sería insuperable. No podrían pues las Cámaras del Congreso aprobar la validez de ese acto si aún existiera, sin incurrir en una frontal violación de la Constitución tal como la ha interpretado la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3. Adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales

a) Requisitos formales

El artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional establece una serie de requisitos de índole formal y sustancial para que se justifique el dictado de un decreto de necesidad y urgencia por parte del presidente de la Nación.

El primero de esos recaudos formales es que el decreto en cuestión sea decidido en acuerdo general de ministros, quienes deben refrendarlo junto con el jefe de Gabinete de Ministros. Este último funcionario, además, debe remitirlo al Congreso dentro de los diez días posteriores a la emisión del decreto, lo que constituye un segundo recaudo formal.

Así entonces, el primer análisis de un decreto de necesidad y urgencia, a la hora de dictaminar acerca de su validez, debe ser el referido a los mencionados recaudos formales. Sólo luego de superado ese primer análisis o control, corresponde considerar la existencia, o no, de las circunstancias igualmente previstas en la norma constitucional.

En el caso particular, se verifica que el decreto de necesidad y urgencia 73/2016 ha sido decidido y refrendado en acuerdo general de ministros conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros, tal como surge del mensaje 9/2016.

Asimismo, está acreditado que el decreto 73/2016 fue remitido en tiempo y forma toda vez que el jefe de Gabinete de Ministros lo elevó a la consideración de la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo, el 15 de enero de 2016. Tratándose de un plazo de días hábiles, cabe tener también por cumplido el envío del decreto en el plazo previsto en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

b) Requisitos sustanciales

Ahora bien, para que la atribución del Poder Ejecutivo de emitir disposiciones con contenido legislativo pueda ser legítimamente ejercida es necesario que existan “circunstancias excepcionales” que requieran pronto remedio y que sea “imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes”.

De acuerdo con la previsión constitucional será por lo tanto necesario, en cada oportunidad en que el Congreso deba pronunciarse, determinar si han existido las circunstancias que justifican y darían sustento al decreto de necesidad y urgencia de que se trate.

Vale recordar, que en el célebre caso “Verrocchi” la Corte Suprema de Justicia, sostuvo 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 la 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” (*Fallos*, 322:1726, 19/8/1999, considerando 9°).

Más adelante en el tiempo, en la causa “Risolia de Ocampo” la Corte Suprema avanzó un poco más en materia de validación constitucional de decretos de necesidad y urgencia al expresar que “uno de los requisitos indispensables para que pueda reconocerse la validez de un decreto como el cuestionado en el *sub lite* es que éste tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos”. (*Fallos*; 323:1934, 2/8/2000.)

Por lo tanto, todo análisis razonable que pretenda validar un decreto de necesidad y urgencia debe efectuarse a la luz del texto constitucional y bajo las premisas interpretativas emanadas del tribunal cimero.

En resumen, es harto sabido que la procedencia de los decretos de necesidad y urgencia debe justificarse a la

luz de parámetros objetivos que permitan dilucidar si la medida adoptada obedece a una situación de urgencia o, por el contrario, se traduce en un acto de mera conveniencia. Lo primero está permitido a quien resulta ser el responsable político de la administración del país, lo segundo, no.

Conforme se desprende de los objetivos que tuvo en miras el decreto de necesidad y urgencia 73/2016, tal como han sido analizados en el punto 3 del presente, resulta evidente que tanto la situación de gravedad como el interés general de la sociedad comprometido, motivaron su inmediato dictado bajo un estricto cumplimiento de pautas que exigen y surgen tanto de la jurisprudencia antes relevada, como de las normas en juego que reglamentan su procedencia.

4. *Imposibilidad de seguir los trámites ordinarios legislativos previstos en la Constitución Nacional para la formación y sanción de las leyes*

Fundamentadas tanto la urgencia como la necesidad del dictado del decreto 256/2015 en los términos anteriormente expresados, resta determinar si además de la pronta solución legislativa que ameritó su emisión, hubiera sido posible esperar al inicio y desarrollo de la actividad parlamentaria.

Tal como fuera reconocido por la Corte Suprema en el citado caso “Verrocchi”, la procedencia y admisibilidad –en términos constitucionales– de los decretos de necesidad y urgencia obedece, entre otras cuestiones, a “que la situación que requiere la 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” (*Fallos*, 322:1726, considerando 9°).

Ahora bien, sabido es que el “trámite normal de las leyes” cuenta con plazos que son, muchas veces, incompatibles con la urgencia que amerita la solución de una determinada situación.

Así, entonces, no podemos soslayar que una vez ingresado cualquier proyecto de ley en alguna u otra Cámara, y luego de asignado su tratamiento a la comisión o a las comisiones pertinentes previstas en los respectivos reglamentos, deberá esperarse su tratamiento en reuniones de asesores, las consultas a especialistas sobre cuestiones técnicas de la propuesta legislativa, el mismo debate suscitado en el marco de la comisión, las consideraciones que puedan surgir relacionadas a las objeciones que presenten los miembros de cada Cámara respecto a los giros de comisión dados al proyecto (artículo 90 del Reglamento de la Cámara de Senadores y artículo 1° de la resolución de la Presidencia de la Cámara de Diputados del 21/10/1988) o por aquellas observaciones que se formulen a partir de la publicación del dictamen respectivo en el orden del día (artículo 113 Reglamento de la Cámara de Diputados).

A todos los plazos involucrados, deberán adicionarse finalmente los que correspondan a su tratamiento en las Cámaras, con las correspondientes pautas y procedi-

mientos que la Constitución dispone para la formación y sanción de las leyes (artículos 77 al 84).

En definitiva y conforme al análisis de las circunstancias fácticas ya analizadas, ante la situación de gravedad institucional suscitada por el decreto 2.635/2015, y debido al inminente perjuicio económico, financiero y presupuestario que éste podía causar, corresponde afirmar que el decreto 73/2016 se erige como pronta solución legislativa que busca garantizar la protección de los derechos e intereses de toda la sociedad.

5. *Situación actual*

Antes de concluir nuestro dictamen, debemos referirnos a un hecho nuevo que indudablemente tiene efectos inmediatos sobre la validez y plena eficacia del decreto 73/2016, que derogó el decreto 2.635/15. Nos referimos al decreto 406/2016, del 24 de febrero de 2016, publicado al día siguiente en el Boletín Oficial, que dictó el presidente de la Nación mediante el cual se creó el Programa Acuerdo para el Nuevo Federalismo y estipuló como órgano de aplicación del mencionado programa al Consejo Argentino para el Nuevo Federalismo, integrado por el Poder Ejecutivo nacional, todos los gobernadores, el jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y tres diputados y tres senadores designados por los presidentes de ambas Cámaras del Congreso de la Nación.

Como se observa, la trascendencia del decreto 406/2016 radica en que se constituyó como principio de solución definitiva al conflicto que, en materia de coparticipación, lleva en nuestro país veinte años.

Pero a su vez, y a diferencia del decreto 2.635/2015 que buscó extender –como antes explicamos– de manera ilegítima los efectos de una sentencia sin atender debidamente las circunstancias preponderantes de carácter económico que lo tornaron inviable, aquí se promovió avanzar en un nuevo acuerdo con las partes involucradas para eliminar, luego de consensuada una propuesta que será elaborada por el Consejo Argentino para el Nuevo Federalismo durante el tercer trimestre del año en curso, la detracción del quince por ciento (15 %) de la masa de impuestos coparticipables pactada en la cláusula primera del Acuerdo entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales, ratificado por la ley 24.130.

En ese sentido, el decreto 406/2016 previó también que la realización del Programa Acuerdo para el Nuevo Federalismo se encuentre sujeta a formas, plazos y condiciones (artículo 4°) lo que significa una garantía concreta y real para todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires acerca de la vocación que tiene el Poder Ejecutivo nacional de resolver, de una vez y para siempre, este problema.

Por esa sencilla razón, la vigencia del decreto 73/2016 –que derogó el decreto 2.635/2015– es el primer y necesario paso para avanzar en la difícil pero impostergable misión de lograr los acuerdos fiscales necesarios en arreglo con las pautas y compromisos

asumidos en el decreto 406/2016 y bajo las pautas que ordenó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Santa Fe, Provincia de c/ Estado nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del 24 de noviembre 2015.

6. Conclusión

Por los fundamentos expuestos y la situación referida en el punto anterior, encontrándose cumplidos los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución Nacional en lo que respecta al dictado del decreto 73/2016, y siendo que la naturaleza de la situación planteada haría imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes y 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 73, del 11 de enero de 2016.

Luis C. Petcoff Naidenoff. – Adolfo Rodríguez Saá. – Nicolás M. Massot. – Mario R. Negri. – Raúl J. Pérez. – Luis A. Petri. – Pablo G. Tonelli. – Ángel Rozas.

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 C.D.-28-J.G.M.-2015 referido al decreto del Poder Ejecutivo 73, de fecha 11 de enero de 2016, mediante el cual se deroga el decreto de necesidad y urgencia 2.635, del 30 de noviembre de 2015.

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 invalidez por inconstitucional y la nulidad absoluta e insanable del decreto del Poder Ejecutivo nacional 73 de fecha 11 de enero de 2016.

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, 23 de febrero de 2016.

Marcos Cleri. – Diana B. Conti. – Juliana di Tullio. – Juan M. Abal Medina. – María G.

de la Rosa. – Anabel Fernández Sagasti. – Juan M. Irrazábal. – Juan M. Pais.

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:

I. Antecedentes y conceptualización

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

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 TERCERO

Atribuciones del Poder Ejecutivo

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

”[...]”

”3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena

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.

de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros.

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

CAPÍTULO CUARTO

Atribuciones del Congreso

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

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

CAPÍTULO QUINTO

De la formación y sanción de las leyes

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

CAPÍTULO CUARTO

Del jefe de gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo

“Artículo 100:

”[...]”

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

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

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

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

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

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

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

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.

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

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

Para la LNPA el reglamento es un acto de alcance general, expresión que comprende a los meros actos

de alcance general que no integran el ordenamiento jurídico.

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

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

Conforme la vinculación o relación de los reglamentos con las leyes, los primeros se clasifican, según la doctrina, en ejecutivos, autónomos, delegados y de necesidad o urgencia.

Los reglamentos ejecutivos o de ejecución son los que dicta el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades atribuidas por el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, regulando detalles necesarios para el mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador.

Por su parte, el dictado de reglamentos autónomos o independientes corresponde, en principio, al Poder Ejecutivo de acuerdo a la distribución de funciones que realiza la Constitución Nacional, la cual, en su artículo 99, inciso 1, le atribuye responsabilidad política por la administración general del país.

Marienhoff afirma que el reglamento autónomo es dictado por el Poder Ejecutivo en materias acerca de las cuales tiene competencia exclusiva de acuerdo 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 delegados² 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.³

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.⁴

Entre los antecedentes en derecho comparado 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 orden de ideas, es criterio de esta comisión plantear un razonamiento acabado 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.

II. Aspectos formales y sustanciales

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

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.

4 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 1853-60.

² Se sostenía que el Congreso no podía delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

³ Miguel A. Ekmekdjian, en su obra *Manual de la Constitución argentina*, (Buenos Aires, Depalma, 1997) entiende que

de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

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 estos sean derogados formalmente por el Congreso.⁵

Desde el punto de vista formal, el decreto 73/16 bajo análisis cumple con los requisitos exigidos: fue decidido en acuerdo general de ministros, refrendado conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros (artículo 99, inciso 3, tercer párrafo, de la Constitución Nacional); y remitido a la comisión dentro del plazo previsto (artículo 99, inciso 3, cuarto párrafo, de la ley suprema). 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.

Es menester señalar que de la letra del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional surge que 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 la Constitución para la sanción de las leyes y no se tratare de las materias excluidas, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado en los casos “Verrocchi”, “Cooperativa del Trabajo Fast Limitada” y más recientemente en “Consumidores Argentinos” que, para que el presidente pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que en principio le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: *a*) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución Nacional, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen la reunión o traslado de los legisladores; *b*) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser inmediata, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

De esto se desprende que el Poder Ejecutivo no podría dictar un decreto de necesidad y urgencia ante el rechazo de un proyecto de ley por el Congreso, ante la falta de acuerdo de los bloques para su tratamiento o ante la falta de quórum para sesionar.

Por caso, Comadira ha señalado que: “la sola imposibilidad política, en tanto derivación de la carencia, por el gobierno, de quórum o mayorías propias para imponer sus criterios, no puede, por eso, ser, por sí sola, razón justificante del empleo del decreto, porque debe concurrir siempre la necesidad de resolver, con urgencia y eficazmente, la situación planteada”.⁶

En un Congreso con representación por medio de los partidos políticos, todo el procedimiento parlamentario con sus controversias, discursos y réplicas se vuelve fundamental para la democracia, pues tiende a la consecución de acuerdos, conduce a que nos acerquemos a una idea más pluralista respecto a la voluntad popular. Al quedar agrupados en sectores la totalidad de los ciudadanos, brota la posibilidad de deliberación, negociación y acuerdo para la formación de la voluntad colectiva por medio de la conformación de las mayorías, en la deliberación entre mayorías y minorías, y en la posibilidad del surgimiento de posibles alianzas.

Asimismo, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o el dictado de un decreto de necesidad y urgencia. La referencia a una situación de urgencia no puede constituir una afirmación meramente dogmática como para justificar por sí la emisión de disposiciones de carácter legislativo. Deben además descartarse situaciones de emergencia ya tratadas por el legislador con anterioridad y donde ya fijó una determinada pauta.

Según Gordillo la Constitución no innova en cuanto a la causa habilitante de competencia legislativa en el Poder Ejecutivo, que siempre debe ser una real emergencia pública en la sociedad: no basta con invocarla, debe existir verdaderamente y ser susceptible de comprobación jurisdiccional. La admisibilidad del reglamento de necesidad y urgencia es excepcional.

Prosiguiendo el autor destaca que: “la Constitución de 1994 mantiene, como regla, la prohibición de que el Poder Ejecutivo emita disposiciones de carácter legislativo. Ello ha motivado que –como lo ha sostenido en un interesante voto la jueza Argibay–, los reglamentos de necesidad y urgencia padezcan de presunción de inconstitucionalidad, presunción que sólo puede ser abatida por quien demuestre que al momento de su dictado estaban reunidas las condiciones constitucionalmente exigidas al efecto”.⁷

La norma constitucional precitada establece como presupuesto para dictar decretos de necesidad y urgencia la existencia de “circunstancias excepcionales” que “hacen imposible recorrer el procedimiento legislativo”.⁸ Pues bien, debe tratarse de una situación

⁵ 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.

⁶ Comadira, Julio R., “Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional”. *La Ley* 1995-B: 825.

⁷ Gordillo, Agustín: *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo I, capítulo VII, FDA, 2013.

⁸ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, tomo VI.

de carácter extraordinario o excepcional, esto es, un hecho no habitual, imprevisible o difícilmente previsible, que impida cumplir con el trámite parlamentario.

Es menester señalar que el convencional Raúl Alfonsín ha dicho que las circunstancias excepcionales suponen la existencia de una emergencia significativa y necesidad súbita que imposibilite que los cometidos estatales se cumplan por los medios ordinarios del procedimiento legislativo.⁹

Asimismo, 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.¹⁰

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

Conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Nacional que “establece los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, los tribunales asumen el control de 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.

En el caso “Risolia de Ocampo” (*Fallos*, 323:1934) del año 2000, se declararon inconstitucionales varios artículos del decreto de necesidad y urgencia 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación 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.

Como ha señalado el flamante procurador del Tesoro el administrativista Carlos Balbín: El decreto de necesidad es el acto de alcance general con contenido y rango de ley dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de un apoderamiento constitucional, sin habilitación previa. A su vez el decreto es de carácter extraordinario y provisorio ya que, por un lado, sólo procede cuando están presentes los supuestos de hecho tasados en el texto constitucional y, por el otro, el decreto debe ser aprobado posteriormente y de modo inmediato por el Congreso.¹¹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció dos supuestos que, en principio, son los únicos que configuran los casos de excepción que impiden, en términos constitucionales, seguir el trámite parlamentario ordinario y, por lo tanto, constituyen el presupuesto necesario para que el Ejecutivo pueda dictar actos materialmente legislativos.

Siguiendo la postura del doctor Balbín: “Así, por un lado, la imposibilidad material de reunir el Congreso para sesionar, y por el otro, la necesidad de que la medida legislativa tenga carácter rápido y expedito para que resulte eficaz. En efecto, y volviendo a la precedente “Verrocchi”, la CSJN sostuvo que el presupuesto para el dictado del DNU es que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse materialmente por razones de fuerza mayor (por caso, acciones bélicas o desastres naturales), y cuando “la situación que requiera 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”.¹²

Volviendo 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”.¹³

El decreto de necesidad y urgencia 73/2016 derogó su equivalente 2.635/15 del 30 de noviembre de 2015, que había dispuesto el cese a la detracción del quince por ciento (15 %) de la masa de impuestos coparticipables pactada en la cláusula primera del acuerdo entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales del 12 de agosto de 1992 ratificado por la ley 24.130 a la totalidad de las jurisdicciones, en la proporción que les corresponda de acuerdo a la distribución y a los índices fijados en la ley 23.548 y la retención de la cuenta re-

11 Balbín, Carlos: *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, tomo 1, página 699.

12 Ob. cit. Pág. 706.

13 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.

9 Convención Nacional Constituyente, Ministerio de Justicia de la Nación, pág. 2729.

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

caudadora del impuesto de la ley 23.349, por aplicación del decreto 1.399 del 3 de noviembre de 2001.

Al dictar el decreto 73/2016, el presidente alteró unilateralmente el régimen de coparticipación federal de impuestos al que su antecesora y esta Comisión Bicameral se encuadraron en diciembre pasado recepitando los fundamentos del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Provincia de Santa Fe c/ Estado nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del 24 de noviembre de 2015 y lo sumergió en la incertidumbre jurídica.

Que un argumento central de la necesidad y urgencia de derogar el decreto 2.635/15 sea que éste supuestamente afectó materia tributaria –vedada constitucionalmente– es indicativo de la liviandad con que se ha encarado jurídicamente esta decisión presidencial. Puesto que si el decreto 2.635/15 efectivamente es inconstitucional por afectar materia tributaria, lo mismo puede afirmarse, por el principio del paralelismo de las formas, de los decretos que pretenden derogarlo o modificarlo, como el decreto 73/16, dado que también afectarían, y a sabiendas, materia prohibida.

Pero no es exacto, como sostienen entre otros considerandos del decreto 73/2016, que el decreto 2.635/15 “vulnera la expresa limitación constitucional del artículo 99, inciso 3, en cuanto prohíbe dictar decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria, por tratarse su objeto de la distribución intrafederal de recursos de naturaleza impositiva”. Porque, precisamente, se refiere a la distribución de impuestos, la misma que este mismo Poder Ejecutivo ha alterado sin ningún pudor jurídico de modo unilateral mediante el decreto 194/16 que casi triplicó la cuota de coparticipación federal de impuestos de la Ciudad de Buenos Aires, y no a la creación o modificación de tributos, ésta, propiamente, la materia tributaria que refiere el inciso constitucional.

Son fútiles en este sentido las pretensiones de prístina legalidad en el dictado del decreto 194/16, incluso la invocación a la autorización contenida en la ley 23.548 –la que, por supuesto, no podría estar jamás por sobre el texto constitucional si éste la rotulara inequívocamente como materia tributaria–, si al mismo tiempo vienen acompañadas por el veredicto de manifiesta incursión en materia vedada en el dictado el decreto 2.635/15, dado que el objeto de ambas normas es la “distribución intrafederal de recursos de naturaleza impositiva”, y cualquier interpretación que considere prohibido al Poder Ejecutivo afectar esa distribución estará obligada por férrea necesidad lógica a revocar tanto el primer decreto como el segundo. No hacerlo sería caer en una contradicción flagrante o, peor aún, en la arbitrariedad, puesto que conllevaría naturalizar la práctica de torcer principios constitucionales en dirección de la propia conveniencia política.

Así, al pretender la derogación del decreto 2.635/15 “de oficio” al atribuirle erróneamente nulidad absoluta e insanable por falta de competencia, el Poder Ejecutivo incurrió en una irregularidad, agravada por

la circunstancia evidenciada por el decreto 194/16, al favorecer en conjunto una modalidad en la que el mismo que formula para sí la regla aplica a sí mismo la excepción.

Más aún, al ignorar la opinión favorable a la validez del decreto 2.635/15 que expresó esta Comisión Bicameral en su dictamen del 9 de diciembre de 2015 (Orden del Día Nº 912/15), eludir el tratamiento de las Cámaras del Congreso de la Nación de este despacho o de alguna norma correctiva o aclaratoria y pretender resolver unilateralmente sobre la validez de un acto cuya declaración de validez o invalidez está expresamente asignada por la Constitución Nacional y la ley 26.122 a esos órganos del Poder Legislativo, el presidente perdió la oportunidad de evitar que la nulidad del decreto 73/16 se propagara por el peso de su propias inconsistencias.

Pues el problema con el decreto 73/16 no es solamente que yerra al juzgar que el decreto 2.635/15 afectó materia prohibida, sino que no acompaña su derogación por la correspondiente declaración expresa del derecho vigente, en su caso, el restablecimiento de la retracción de la masa coparticipable destinada a seguridad social en tanto y en cuanto no fuera incompatible con la declaración de inconstitucionalidad que fundó su cese.

En efecto, el cese dispuesto por el decreto 2.635/15 de la retracción del 15 % significó la abrogación del artículo 76 de la ley 26.078 y los artículos 1º, inciso a), y 4º del decreto 1.399 del 4 de noviembre de 2001, sin embargo el decreto 73/16 se limitó a derogarlo sin poner nuevamente en vigencia las normas que éste dejó sin efecto o reemplazarlas por otras.

Esta omisión conlleva inevitables consecuencias para la seguridad jurídica por la incertidumbre que genera respecto a cuál es en definitiva el régimen de coparticipación federal de impuestos al que la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires están sujetos a partir de la derogación del cese de la retracción a sus recursos, por cuanto “al ser derogado un régimen jurídico dado, pierden efecto los preceptos que integran su contexto normativo y cuya operatividad dependía de ese régimen derogado y no lo recuperan mientras ellos no sean puestos nuevamente en vigencia por medio de un acto formal y expreso dictado por el órgano competente” y que “si bien la doctrina y la jurisprudencia han admitido el modo de derogación tácita de las normas jurídicas en los supuestos en que medie contradicción e incompatibilidad entre normas sucesivas (v. *Dictámenes*, 109:237 y 112/189), no ha seguido igual criterio cuando se trata del establecimiento del derecho, el cual –en nuestro régimen jurídico– requiere un acto formal y expreso de la autoridad competente para dictarlo (*Dictámenes*, 242:156 bis)”¹⁴

14 Dictamen 351 del 3 de julio de 2003, Procuración del Tesoro de la Nación. *Colección de dictámenes*. Tomo 246, pág. 41.

Contrariamente a lo sostenido en los considerandos del decreto 73/16 respecto a la supuesta inconstitucionalidad del decreto 2.635/15, el cese de la retracción del 15 % bien pudo ser dispuesto por decreto de necesidad y urgencia, que tiene fuerza de ley, pues se limitó a derogar tácitamente normas que habían sido recientemente declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema sobre la base de que para su sanción no se siguió el procedimiento de ley convenio que establece la Constitución Nacional para la institución de regímenes de coparticipación federal de impuestos, sino que había sido unilateralmente dispuesta por el Estado nacional. Lo contrario llevaría al absurdo de considerar que las normas declaradas inconstitucionales lo son por haber sido dispuestas unilateralmente, sin el acuerdo de las provincias, pero que para derogar esas mismas normas es necesario el acuerdo cuya omisión sustentó la declaración de inconstitucionalidad. Igual razonamiento puede aplicarse si se admitiera –contra la opinión de la Procuración del Tesoro nacional reseñada arriba– que la derogación del decreto 2.635/15 implicó tácitamente el restablecimiento de la detracción del 15 % de la masa coparticipable. Como según la Corte Suprema ese restablecimiento requiere una ley convenio, no una ley común, el decreto 73/16, si acaso procurara restablecer la detracción, no es tampoco el tipo de norma (ley convenio) necesaria para tal fin.

Cabe una consideración respecto del mensaje político que da el Poder Ejecutivo al conjunto de los actores comprometidos en el régimen de coparticipación de impuestos, principalmente el Congreso de la Nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando primero deroga por decreto 73/2016 la devolución de 15 % de la masa coparticipable al conjunto de las jurisdicciones por extensión de los efectos de una sentencia de la Corte Suprema de la Nación, y una semana después casi triplica el coeficiente de participación de la masa coparticipable que corresponde a la Ciudad de Buenos Aires por decreto 194/2016 sin otro fundamento que “asegurar el desenvolvimiento fiscal y patrimonial” de dicha jurisdicción. Se trata claramente de una toma de posición a favor del distrito del que fue durante ocho años jefe de Gobierno el actual presidente de la Nación, y en contra de las provincias que han respondido en el mismo período a otro signo partidario. Pese a las intenciones declaradas de revisar el decreto 194/16, el mismo se encuentra vigente y por su carácter de decreto simple ni siquiera ha sido remitido a esta Comisión Bicameral.

Desde la perspectiva sustancial, es pertinente detenerse en la concurrencia del presupuesto habilitante contemplado en nuestra Constitución Nacional para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, esto es, la presencia de circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes. 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. Si la emergencia no existe, o lo que el reglamento resuelve nada tiene que ver con la emergencia, entonces es inconstitucional sin necesidad de recurrir a los nuevos textos constitucionales. Por lo demás, la urgencia debe ser de tal índole “que circunstancias excepcionales hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes”.

Que no se encuentran configurados los requisitos de necesidad y urgencia para el dictado del decreto 73/16 da cuenta, además de que el Poder Ejecutivo podía prorrogar las sesiones del Congreso o convocar a sesiones extraordinarias para el tratamiento de una ley correctiva o complementaria, que en sus considerandos sostenga que de no mediar la inmediata extinción del decreto 2.635/15, el presupuesto del año 2016 de la seguridad social se hubiera encontrado seriamente comprometido en cuanto a su nivel de gasto y financiamiento, al mismo tiempo que reconoce que esa norma al momento del dictado del decreto bajo análisis de esta Comisión Bicameral carecía de eficacia a partir de una medida cautelar interina dictada en el marco del expediente caratulado “Gioannini, Rubén Francisco y otros c/ Estado nacional s/ medida cautelar autónoma”, tramitada ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10, Secretaría N° 19. Si el decreto 2.635/15 no se estaba ejecutando, no es verosímil que haya sido necesaria su inmediata extinción para aventar el peligro inminente de desequilibrios presupuestarios.

III. Conclusión

Se somete a dictamen de esta comisión el decreto del Poder Ejecutivo 73, de fecha 11 de enero de 2016, mediante el cual se deroga el decreto 2.635, de fecha 30 de noviembre de 2015.

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos los requisitos formales, pero no cumpliendo los requisitos sustanciales establecidos en la Constitución Nacional en lo que respecta al dictado del decreto 73/2016, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la invalidez del decreto del Poder Ejecutivo 73 de fecha 11 de enero de 2016.

Decreto 73

Marcos Cleri.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 29 de febrero de 2016.

Al señor presidente de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, doctor Emilio Monzó.

S/D.

Atento a lo dispuesto por los señores legisladores integrantes de la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo –Ley 26.122–, en reunión de comisión del día 23 de febrero de 2016, a pedido de la diputada Diana Conti, se adjunta al dictamen de minoría, correspondiente al decreto de necesidad y urgencia

73, del 11 de enero de 2016 (0028-J.G.M.-2015), como anexo I,* las notas de copias de diferentes municipios y concejalías de provincias, referidas al mencionado decreto, conformando un total de 240 (doscientos cuarenta) fojas:

1. Provincia del Chubut	fojas	1-17
2. Provincia de Santa Cruz	fojas	18-87
3. Provincia de San Juan	fojas	88-89
4. Provincia de Tucumán	fojas	90-91
5. Provincia de San Luis	fojas	92-95
6. Provincia de Santa Fe	fojas	96-158
7. Provincia de Mendoza	fojas	159-182
8. Provincia de Río Negro	fojas	183-206
9. Provincia de Catamarca	fojas	207-224
10. Provincia de Neuquén	fojas	225-230
11. Provincia de Corrientes	fojas	231-240

Luis C. Petcoff Naidenoff.

ANTECEDENTE

Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 13 de enero de 2016.

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 73 del 11 de enero de 2016, que en copia autenticada se acompaña.

Mensaje 9

MARCOS PEÑA.

Alfonso Prat-Gay.

Buenos Aires, 11 de enero de 2016.

VISTO el expediente S01:0001805/2016 del Registro del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el día 24 de noviembre de 2015 en los autos caratulados CSJ 538/2009 (45-S)/CS1 “Santa Fe, provincia de c/ Estado nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, CSJ 191/2009 (45-S)/CS1 “San Luis, provincia de c/ Estado nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”, CSJ 786/2013 (49-C)/CS1 “Córdoba, provincia de c/ Estado nacional y otro s/ medida cautelar”, CSJ 539/2009 (45-S) CS1 “Santa Fe, provincia de c/ Estado nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” y CSJ 1.039/2008 (44-S)/CS1 “San Luis, provincia de c/ Estado nacional y otra s/ cobro de pesos” y el decreto 2.635 de fecha 30 de noviembre de 2015, y

CONSIDERANDO:

Que mediante las resoluciones judiciales consignadas en el Visto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del artículo 76 de la ley 26.078, respecto de su aplicación a las provincias de Córdoba, San Luis y Santa Fe y de los artículos 1º, inciso a), y 4º, del decreto 1.399 de fecha 4 de noviembre de 2001.

Que el artículo 76 de la ley 26.078 de Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 2006, estableció –en concordancia con los denominados Pactos Fiscales– la prórroga durante la vigencia de los impuestos respectivos, o hasta la sanción de la Ley de Coparticipación Federal que establece el artículo 75, inciso 2, de la Constitución Nacional, lo que ocurra primero, de la distribución del producido de los tributos prevista en las leyes 24.977, 25.067 y sus modificatorias, Ley de Impuesto a las Ganancias (t. o. 1997 y sus modificatorias), 24.130, 23.966 (t. o. 1997 y sus modificatorias), 24.464 –artículo 5º–, ley 24.699 y sus modificatorias, 25.226 y sus modificatorias y 25.239 –artículo 11–, modificatoria de la ley 24.625, y por cinco (5) años de los plazos establecidos en el artículo 17 de la ley 25.239.

Que la deducción dispuesta por el artículo 76 de la ley 26.078 tiene como antecedente lo pactado en la cláusula primera del “acuerdo entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales” suscrito el 12 de agosto de 1992, entre el Poder Ejecutivo nacional y los gobernadores y representantes de las provincias, y que fuera ratificado por la ley 24.130.

Que la referida cláusula estableció que “a partir del 1º de septiembre de 1992, el Estado nacional queda autorizado a retener un 15 %, con más una suma fija de \$ 43.800.000 mensual, de la masa de impuestos coparticipables prevista en el artículo 2º de la ley 23.548 y sus modificatorias vigentes a la fecha de la firma del presente, en concepto de aportes de todos los niveles estatales que integran la Federación para los siguientes destinos: a) el 15 % para atender el pago de las obligaciones previsionales nacionales y otros gastos operativos que resulten necesarios...”.

Que, asimismo, la cláusula octava de dicho acuerdo dispuso que “el presente convenio tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 1993. Las provincias y la Nación se comprometen a seguir financiando mancomunadamente el Régimen Nacional de Previsión Social, por lo cual se asegurara el descuento del 15 % de la masa de impuestos coparticipables hasta tanto no exista un nuevo acuerdo de partes o una nueva Ley de Coparticipación Federal...”.

Que el acuerdo suscrito en el año 1992 fue prorrogado sucesivamente mediante diversos pactos y leyes de la misma naturaleza.

Que, en ese marco, quedó estructurado el financiamiento de la Administración Nacional de la Seguridad Social con sustento en los acuerdos celebrados por el

* La publicación del Anexo I puede consultarse en la página web de la Cámara de Diputados de la Nación.

Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en materia de previsión social en todo el territorio nacional.

Que el Sistema Previsional Argentino se financia en un 15 % con los fondos provenientes de la masa de recursos coparticipables cuya detracción fue prorrogada por la ley 26.078, siendo también aplicados por la Administración Nacional de la Seguridad Social a fin de afrontar los beneficios otorgados por las cajas provinciales transferidas, la asistencia a las cajas provinciales no transferidas y otras prestaciones de la seguridad social.

Que mediante el decreto 2.635 de fecha 30 de noviembre de 2015 se dispuso el cese, para todas las jurisdicciones en la proporción que les corresponda, de la detracción del 15 % de la masa de impuestos coparticipables, generando consecuencias inexorables desde el punto de vista económico, toda vez que el impacto negativo que origina dicho decreto al financiamiento de la Administración Nacional de la Seguridad Social deberá ser compensado con un ajuste sobre el gasto primario a cargo del Tesoro nacional, con el agravante de que dicha norma no prevé la posibilidad de atender ese déficit con el uso del crédito público, circunstancia que empeora las políticas presupuestarias.

Que en tal sentido, el presupuesto del año 2016 de la seguridad social se encontraría seriamente comprometido en cuanto a su nivel de gasto y financiamiento, situación que se agravaría en forma notable de no mediar la inmediata extinción del mencionado decreto.

Que la motivación del decreto 2.635/15 consideró extender la doctrina de los citados fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la especie, por lo que entendió necesario ajustar la conducta del Estado nacional a los fines de evitar futuros pleitos, gastos e intereses; disponiendo, en base a ello, el mencionado cese de la detracción del 15 % de la masa de impuestos coparticipables pactada en la cláusula primera del “acuerdo entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales” del 12 de agosto de 1992, ratificado por la ley 24.130, a todas las jurisdicciones, en la proporción que les correspondía de acuerdo a la distribución y los índices fijados en la ley 23.548.

Que, sin embargo, el decreto en cuestión excede el estricto cumplimiento de las precitadas decisiones judiciales, las que establecen claramente la necesidad de que la Nación celebre con las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires acuerdos intrafederales, respecto del financiamiento de las prestaciones que debe afrontar la Administración Nacional de la Seguridad Social, para que la detracción de la masa coparticipable sea admisible o que dichas jurisdicciones adhirieran a la deducción referida.

Que con posterioridad al dictado del decreto 2.635/15, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en la causa 4.783/2015 caratulada “Formosa provincia de c/ Estado nacional”, actuaciones en

las cuales la mencionada provincia solicitaba al Alto Tribunal se ordene con carácter de medida cautelar el cese de la detracción del 15 % de la masa de coparticipación federal con destino a la Administración Nacional de la Seguridad Social en la proporción que le corresponde.

Que el Alto Tribunal resolvió el rechazo *in limine* de la presentación efectuada por la provincia de Formosa.

Que el reclamo de la mencionada provincia en su naturaleza resulta equivalente al que habían formulado las provincias de Santa Fe, San Luis y Córdoba.

Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fundamentos del fallo que rechaza la demanda puntualizó (i) que no cabe presumir ni suponer la aplicación automática de las mencionadas decisiones judiciales; (ii) que resulta ineludible examinar las conductas asumidas por cada una de las provincias frente a la prórroga dispuesta mediante el artículo 76, de la ley 26.078; y (iii) que el acatamiento que merecen sus fallos sólo es jurídicamente exigible en relación a quienes han sido parte en el pleito y que “...la pretendida extensión de la solución dispuesta por esta Corte al dictar sentencia en los casos citados a otros que no han sido resueltos por ella, en modo alguno puede ser entendida como una obligación que emana de la sentencia”.

Que en este sentido, expuso que “...el tribunal debe examinar en cada caso concreto los alcances y consecuencias de los comportamientos provinciales jurídicamente relevantes adoptados en el marco del derecho intrafederal por cada uno de los estados parte”, y que “...también debe analizar los compromisos asumidos en los sucesivos convenios suscritos por las provincias con la Nación desde la instauración del Programa Federal de Desendeudamiento de las Provincias Argentinas (decreto 660/2010 y demás normas complementarias) y dilucidar aquello que hubieran resignado con el propósito de obtener el refinanciamiento del universo de deudas provinciales contemplado en dicho régimen”, dando ejemplos concretos de varias jurisdicciones que renunciaron a la acción y el derecho de cuestionar la constitucionalidad “tanto en relación al artículo 76 de la ley 26.078, como al decreto 1.399/2001, respectivamente”.

Que por lo tanto no resulta cierto el aserto contenido en el tercer considerando del decreto 2.635/15, por cuanto lejos de encontrarnos ante una situación en la cual las implicancias del precedente judicial deban extenderse a todas las jurisdicciones provinciales y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Que, asimismo, con el mencionado decreto 2.635/15 se vulnera la expresa limitación constitucional del artículo 99, inciso 3, en cuanto prohíbe dictar decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria, por tratarse su objeto de la distribución intrafederal de recursos de naturaleza impositiva.

Que el decreto 2.635/15 modifica una ley de naturaleza tributaria.

Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Santa Fe, provincia de c/ Estado nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” recuerda que el artículo 75 de la Constitución Nacional –antes artículo 67–, incorporado en su actual redacción por la reforma constitucional de 1994, introdujo modificaciones sustanciales en el tratamiento de la coparticipación federal de impuestos, entre las que adquiere la mayor relevancia la asignación de rango constitucional a dicha materia.

Que el Máximo Tribunal indica que la norma en su inciso segundo, dispone que son coparticipables los impuestos indirectos internos y los directos creados, por tiempo determinado, por el Estado nacional. Prevé que debe dictarse una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, a los efectos de instituir regímenes de coparticipación de esas contribuciones, garantizando la automatización en la remisión de los fondos. Establece que esa ley tendrá como Cámara de origen al Senado y deberá ser sancionada con una mayoría calificada, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias.

Que el Alto Tribunal cita al señor convencional doctor Héctor Masnatta, para sostener que se constitucionaliza un tema, hasta entonces reservado al ámbito normativo federal y de derecho público local mediante el sistema de las leyes convenio. (“Inserción solicitada por el convencional Masnatta sobre ‘Régimen Federal y Régimen de Coparticipación’, entregada en Secretaría Parlamentaria en la Sesión Plenaria Nº 28, tomo VI, página 5618, que obra en fs. 7109 y subsiguientes del tomo VII de la Obra de la Convención Nacional Constituyente, 1994, La Ley S.A., 1998).

Que el prestigioso constituyente ha dicho que “la inserción constitucional del régimen de coparticipación reconoce sucintamente varios fundamentos: ajustar el texto normativo constitucional a una práctica de distribución fiscal que desde hace aproximadamente seis décadas se ha consolidado en el país, eliminando de esta manera una situación de incertidumbre jurídica; conferir racionalidad a la administración y distribución de recursos financieros y fiscales entre las diferentes jurisdicciones; estructurar un espacio institucional de concertación federal desde donde se diseñe, en un marco de participación igualitaria, la matriz tributaria y la pauta distributiva de los fondos que se recauden; superar los inconvenientes que genera un sistema rígido de separación de fuentes tributarias; beneficiar al contribuyente individual, disminuyendo la presión fiscal global y reduciendo los costos de la percepción, fundamentalmente dando posibilidad a las provincias chicas de poder compartir la recaudación de otras provincias; favorecer a los estados provinciales más pobres, que permite su subsistencia en este momento, como acabo de expresar”. También destacó que “La consagración constitucional de las leyes convenio configura una novedad jurídico institucional que se caracteriza por un proceso político y jurídico comple-

jo: acuerdo federal entre la Nación y las provincias, sanción por el Congreso de la Nación con una mayoría absoluta, y aprobación por las legislaturas provinciales”. “Dicha ley convenio reconoce como particularidades la imposibilidad de su modificación unilateral y la prohibición de su reglamentación”. Agregó que “La inclusión del instituto de las leyes convenio tiende a saldar también una dilatada discusión respecto de su constitucionalidad”, y que “las mencionadas leyes son una genuina interpretación y expresión de un federalismo concertativo y solidario” (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Santa Fe-Paraná, 1994, Secretaría Parlamentaria, Dirección Publicaciones, tomo III, páginas 3.172/3.177; versión taquigráfica de la 24ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria [Continuación] 4 de agosto de 1994, Orden del Día Nº 8).

Que el Poder Ejecutivo nacional está obligado a observar y hacer observar los preceptos constitucionales y lejos de ser una facultad, cumplir la Constitución Nacional, es una obligación.

Que respecto de la vigencia y constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya resolvió en forma categórica que, cuando ese tipo de normas regulan materias tributarias, ello contraviene el principio de legalidad sean cuales fueren las circunstancias fácticas (Fallos 318:1154).

Que, por otra parte, en el marco del expediente caratulado “Gioannini, Rubén Francisco y otros c/ Estado nacional s/ medida cautelar autónoma”, en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 10, Secretaría Nº 19, se dictó con fecha 9 de diciembre de 2015 una medida cautelar interina, que ordena la suspensión de los efectos del decreto 2.635/15 y que, por lo tanto, lo priva actualmente de eficacia.

Que en virtud de ello y teniendo en cuenta que el Honorable Congreso de la Nación se encuentra en receso, resulta necesario recurrir al remedio constitucional establecido en el inciso 3, del artículo 99, de la Constitución Nacional, en el marco del procedimiento reglado en la ley 26.122, atento que la medida que se deroga fue dispuesta en ejercicio de igual facultad extraordinaria.

Que en atención a lo expuesto previamente, el decreto 2.635/15 ha perdido virtualidad jurídica ya que adolece de evidentes vicios que afectan su validez y tornan imprescindible su inmediata y urgente derogación.

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

Que el presente acto se dicta en virtud de las facultades emergentes del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y conforme lo dispuesto por los artículos 2º, 19 y 20 de la ley 26.122.

Por ello,

El presidente de la Nación Argentina, en acuerdo general de ministros

DECRETA:

Artículo 1° – Derógase el decreto 2.635 de fecha 30 de noviembre de 2015 a partir de la publicación de la presente medida.

Art. 2° – Dese cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación a los efectos de su tratamiento y consideración legislativa.

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

Decreto 73

MAURICIO MACRI.

Marcos Peña. – Susana M. Malcorra. – Julio C. Martínez. – José G. Santos. – Germán C. Garavano. – Patricia Bullrich. – Alberto J. Triaca. – Carolina Stanley. – José L. Baraño. – Alejandro P. Avelluto. – Rogelio Frigerio. – Alfonso Prat-Gay. – Francisco A. Cabrera. – Ricardo Buryaile. – Javier Dietrich. – Esteban J. Bullrich. – Sergio A. Bergman. – Andrés H. Ibarra. – Juan J. Aranguren. – Oscar R. Aguad. – Jorge D. Lemus.

ANEXO