

SESIONES ORDINARIAS
2018
ORDEN DEL DÍA N° 465

Impreso el día 13 de septiembre de 2018
Término del artículo 113: 24 de septiembre de 2018

COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE DE
TRÁMITE LEGISLATIVO –LEY 26.122–

SUMARIO: **Declaración** de validez del decreto 756 de fecha 14 de agosto de 2018, por el cual se deroga el decreto de necesidad y urgencia 206/09, sobre la creación del Fondo Federal Solidario. (5.705-D.-2018.)

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

Luis Petcoff Naidenoff. – Ezequiel M. Fernández Langan. – Alejandro García. – Martín O. Hernández. – Gustavo Menna. – Pablo G. Tonelli. – Olga I. Brizuela y Doria. – Marta Varela.

INFORME

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 260-P.E.-18 referido al decreto de necesidad y urgencia 756 del Poder Ejecutivo nacional, del 14 de agosto de 2018, mediante el cual se derogó el decreto de necesidad y urgencia 206, del 19 de marzo de 2009.

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

Proyecto de resolución

El Senado y Cámara de Diputados,...

RESUELVEN:

Artículo 1° – Declárase la validez del decreto de necesidad urgencia 756, del 14 de agosto 2018.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes, el presente dictamen es remitido directamente al orden del día.

Sala de la comisión, 11 de septiembre de 2018.

1. *Introducción*

El jefe de Gabinete de Ministros ha remitido a consideración de la comisión, de conformidad con lo establecido en la Constitución Nacional y en la ley 26.122, el decreto de necesidad y urgencia 756 del Poder Ejecutivo nacional, del 14 de agosto de 2018, mediante el cual se derogó el decreto 206, de igual carácter, dictado el 19 de marzo de 2009 (expediente 260-P.E.-18).

El decreto de necesidad y urgencia 209/2009, ahora derogado, había creado el Fondo Federal Solidario, también conocido como “Fondo Sojero”, con la finalidad de financiar en provincias y municipios, obras que contribuyeran a la mejora de la infraestructura sanitaria, educativa, hospitalaria, de vivienda o vial en ámbitos urbanos o rurales, con la expresa prohibición de utilizar las sumas que lo componían para el financiamiento de gastos corrientes.

El treinta por ciento (30 %) de las sumas que el Estado nacional percibía en concepto de derechos de exportación de soja, en todas sus variedades y derivados, estaba destinado al fondo sojero. La distribución del mismo se efectuaba, de forma automática, entre las provincias que estaban adheridas, a través del Banco de la Nación Argentina, de acuerdo a los porcentajes establecidos en la ley 23.548 (régimen transitorio de distribución de recursos fiscales).

Las provincias que habían expresado la adhesión al régimen y que, en consecuencia, resultaban beneficia-

rias del fondo, debían establecer un régimen de reparto automático para derivar a sus propios municipios las sumas correspondientes, en proporción semejante a la que cada provincia destina de la coparticipación federal de impuestos. Dicha proporcionalidad no podía nunca significar un reparto inferior al treinta por ciento (30 %) del total de los fondos que a la provincia le correspondía por su adhesión al derogado decreto 206/2009.

Por último, el decreto de necesidad y urgencia 206/2009 establecía que el Poder Ejecutivo nacional, cada una de las provincias adheridas y los municipios beneficiarios, debían establecer mecanismos de control que aseguraran la transparencia en la utilización de las remesas y su destino a alguna de las finalidades de mejora de infraestructura referenciadas más arriba, de modo que vigilaran el cumplimiento de la prohibición de utilización en gastos corrientes.

Al momento de la creación del fondo solidario o fondo sojero, en 2009, las provincias recibían aproximadamente una cuarta parte de la recaudación de impuestos nacionales. Actualmente, a partir de las diferentes medidas adoptadas por este gobierno, se ha modificado el esquema de distribución de los recursos fiscales, en beneficio de las provincias, las que reciben un tercio de esos recursos.

En tal marco, en el consenso fiscal, celebrado el 16 de noviembre de 2017 y aprobado por la ley 27.429, se acordaron nuevas pautas para la coordinación de potestades tributarias entre los distintos niveles de gobierno y se estableció en el inciso *h*), del punto II del mismo, que los recursos del fondo sojero, en la medida que este existiese se distribuirían entre las jurisdicciones que adhiriesen y cumplieren con aquél, sin incluir el Estado nacional.

Estas nuevas circunstancias, sumadas a la que presenta el contexto internacional, la necesidad de acelerar la consolidación fiscal y evitar la generación de mayores desbalances, fueron razones suficientes para la eliminación del fondo sojero, en miras, además, de brindar respuestas eficientes con la asignación de los recursos disponibles.

2. Competencia de la comisión

Aclarado lo anterior y 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 previstas en el artículo 99, inciso 3, tercer párrafo, de la Constitución Nacional.

La prerrogativa con 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 esta Comisión Bicameral Permanente se expida –a través de un dictamen– acerca de la validez o invalidez del decreto, para que

posteriormente 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 reglamentó, permite la emisión de decretos por parte del Poder Ejecutivo solamente cuando se verifiquen circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia que demanden una inmediata solución legislativa que no implique de forma alguna retardo o postergación y que no admita cumplir con los plazos previstos por la Constitución para la formación y 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 y exclusiva es la sanción de leyes.

3. Objeto del decreto 756/2018

Sin perjuicio de que el objeto y los fundamentos del decreto fueron mencionados en la introducción del presente informe, cabe señalar, además, los siguientes:

a) *Proceso de convergencia orientado al equilibrio fiscal 2020*

El decreto 756/2018 se encuentra inscripto dentro de una serie de medidas que tienden al proceso de convergencia para el equilibrio fiscal 2020. El Ministerio de Hacienda anunció el mismo día de la emisión del decreto, en un comunicado oficial, que mediante las tres medidas adoptadas, que a continuación se mencionan, se generará un ahorro fiscal estimado de 12.500 millones de pesos para lo que resta de 2018 y 53.000 millones de pesos para 2019.

- i. Fondo Federal Solidario: se elimina, a través del decreto 756/2018, el fondo solidario o fondo sojero a través del cual se transfería a provincias y municipios el 30 % de la recaudación de los derechos de exportación a la soja. El fondo fue creado en 2009, cuando las provincias sólo recibían la cuarta parte de la recaudación de impuestos nacionales. Gracias a decisiones adoptadas por el gobierno nacional, las provincias han pasado a recibir en la actualidad un tercio de los recursos nacionales y continuarán aumentando su participación en los próximos años, lo cual torna innecesaria la continuidad de este mecanismo de compensación. La reducción de los reintegros a la exportación, que se deduce de recaudación coparticipable compensa parcialmente la pérdida de ingresos de las provincias. El ahorro fiscal para la Nación es de \$ 8.500 millones en 2018 y \$ 26.500 millones en 2019.
- ii. Reintegros a la exportación: se reduce un 66 % el monto total pagado en concepto de reintegros a la exportación, de acuerdo con un esquema diferenciado por producto. Los rein-

tegros a la exportación justifican su existencia en la vigencia de impuestos indirectos que se acumulan durante el proceso de producción y que no tienen una devolución al exportarse. La reforma tributaria y el pacto fiscal, que reducen los impuestos al cheque y a los ingresos brutos, generan el espacio para que dichos reintegros puedan ser reducidos. El ahorro fiscal (co-participable entre Nación y provincias) de esta medida es de \$ 5.000 millones en 2018 y \$ 29.000 millones en 2019.

- iii. Derechos de exportación a la soja: se mantiene la baja prevista en la alícuota de los granos y se suspende por seis meses la baja establecida para aceites y harinas. Las alícuotas a la soja se vienen reduciendo de forma sostenida, desde el 35 % en 2015 para el poroto de soja al 26 % actual, previendo su convergencia al 18 % en diciembre de 2019. En cuanto al aceite y las harinas, la alícuota se redujo desde el 32 % en 2015 al 23 % actual y también convergerá al 18 % en diciembre de 2019. Los ingresos adicionales para la Nación por esta medida son de \$ 1.500 millones en 2018 y \$ 12.000 millones en 2019.

Por tanto, se advierte que el dictado del decreto 756/2018, se ubica en un contexto de medidas que tienen por finalidad la convergencia del equilibrio fiscal proyectada para los siguientes períodos fiscales y que serán luego complementadas por el proyecto de presupuesto.

b) La necesidad y urgencia

Tanto la “necesidad” como la “urgencia”, como recaudos para la procedencia de los decretos de necesidad y urgencia, deben ser ponderados, en cada caso, exclusivamente por el presidente de la Nación. El titular del Poder Ejecutivo es el encargado de definir, en cada momento histórico y en un marco de razonabilidad, cuándo existe la “necesidad” y la “urgencia” para sancionar un decreto de ese carácter.

En una época en la cual la dinámica de las situaciones y circunstancias de los países tienen efectos inmediatos o mediatos en la organización local, es dable entender que estos presupuestos de procedencia, deben ser entendidos o, mejor dicho, interpretados, de una manera lo suficientemente amplia y flexible como para preservar, como tiene resuelto la Corte Suprema, la vida misma de la Nación y del Estado (CSJ, “Della Blanca”, 1998) o la subsistencia misma de la organización social (CSJ, “Risolfía de Ocampo”, 2000).

De lo contrario, el presidente estaría limitado únicamente a dictar decretos de necesidad y urgencia cuando acontezcan circunstancias de fuerza mayor –como acciones bélicas o desastres naturales– que impidieran la reunión del Congreso o el traslado de los legisladores a la Capital Federal. Circunscribir la necesidad y urgencia a parámetros o creaciones pretorianas, además de

traicionar el texto constitucional –pues en ningún lado se establecen definiciones–, cuestionaría la dialéctica propia del Estado de derecho.

El presidente, como jefe supremo y responsable político de la administración general del país, es decir, de la función administrativa, tiene a su cargo la gestión inmediata y directa del interés público cuando el mismo resulta comprometido debido a situaciones públicas y notorias de grave riesgo social que puedan perjudicar la subsistencia del Estado de derecho.

El poder de policía en situaciones urgentes, esto es, la reglamentación de los derechos en contextos de crisis, supone la imperiosa respuesta por parte del Poder Ejecutivo para proteger el interés público comprometido, por ejemplo, a raíz de graves fenómenos de índole económica (*Fallos*, 172:29). Las situaciones esporádicas de crisis, dentro de un desarrollo equilibrado de gobierno, requieren respuestas conforme a ellas. En términos más claros: acontecimientos extraordinarios reclaman remedios también extraordinarios (*Fallos*, 238:76).

Y si bien es preferible no confundir la “necesidad” y “urgencia” con “emergencia”, no resulta para nada ocioso recordar que mediante la ley 27.345, sancionada el 23 de diciembre de 2016, se dispuso prorrogar hasta el 31 de diciembre de 2019 la “emergencia social” en los términos de la ley 27.200.

Este concepto de “emergencia social”, conforme el objeto de la ley 27.345, implica “promover y defender los derechos de los trabajadores y trabajadoras que se desempeñan en la economía popular, en todo el territorio nacional, con miras a garantizarles alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, cobertura médica, transporte y esparcimiento, vacaciones y protección previsional, con fundamento en las garantías otorgadas al trabajo en sus diversas formas por el artículo 14 bis y al mandato de procurar el progreso económico con justicia social establecido en el artículo 75, inciso 19, ambos de la Constitución Nacional”.

En un marco de emergencia social, legalmente declarada, y en un contexto internacional adverso para los países emergentes, el titular de la función ejecutiva consideró necesario y urgente derogar, mediante el decreto 756/2018, el fondo sojero, pues, además de lo anterior, la suscripción del consenso fiscal modificó el esquema de distribución de los recursos fiscales, en un beneficio mayor para las provincias, razón por la cual era necesario readecuar la distribución de los mismos. Por su parte, tampoco hay que perder de vista que la sanción del decreto obedeció a la necesidad de acelerar la consolidación fiscal y evitar la generación de mayores desbalances.

c) El decreto 756/2018 no regula materia tributaria

Si bien no hay dudas de que el decreto 756/2018 no reglamenta materia tributaria, resulta prudente mencionar los argumentos que abonan esta apreciación.

En primer lugar, cabe señalar que éste fue el criterio expresado en los considerandos del precedente y derogado decreto 206/2009, cuando se expresaba que “*la materia que el decreto regula no constituye tema impositivo, sino que se está distribuyendo el producido de la recaudación del derecho de exportación de soja, en todas sus variedades y sus derivados*”.

Similar apreciación fue referida en uno de los dictámenes de minoría, de esta comisión, que aconsejaba el rechazo de aquel decreto. Se afirmaba que “*estamos ante en una medida presupuestaria, una asignación específica de fondos del Tesoro*” (Oscar Aguad, Ernesto, Sanz, Luis P. Naidenoff, en Orden del Día N° 1.697/2009). En el dictamen de mayoría, por su parte, también se ratifica tal postura. Se decía que “no estamos ante un decreto que regula materia tributaria sino que por el contrario, su objeto reside en distribuir el producido de la recaudación del derecho de exportación a la soja, en todas sus variedades y sus derivados, a través de la creación de un fondo federal solidario y bajo la estricta prohibición de derivar dichos fondos hacia otra finalidad para que en el lapso más corto posible, sus efectos puedan ser advertidos en la economía real” (ídem María Perceval, Luis Cigogna, Diana B. Conti, Jorge Landau, Agustín O. Rossi, Patricia Vaca Narvaja, Nicolás Fernández, Silvia E. Gallego, Marcelo Guinle, Miguel Á. Pichetto).

En segundo lugar, está más que claro que antes, el decreto 206/2009, y ahora, el decreto 756/2018 no regulan materia tributaria, porque los mismos no tienen incidencias sobre los elementos estructurales de las relaciones jurídicas impositivas producidas entre el Estado y el contribuyente, es decir, no responden a regulación de estricta materia tributaria. Por tanto, ninguno de los dos decretos transgrede la materia tributaria vedada por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

d) Paralelismo de las competencias

El decreto 756/2018 derogó el 206/2019 de igual carácter, o sea, de necesidad y urgencia. En ese sentido, cabe recordar que la Constitución Nacional no tiene previsto un procedimiento específico para la derogación de leyes o decretos, motivo por el cual corresponde recurrir a los principios generales del derecho, entre los que se encuentra el denominado principio de “paralelismo de las formas y las competencias”.

En base a tal principio interpretativo, es de toda evidencia que el mismo órgano que dio origen a una norma (sea una ley del Congreso o un decreto del Poder Ejecutivo o una acordada del Poder Judicial) tiene también la plena facultad de derogarla por revestir su nuevo acto idéntica jerarquía que el anterior; ya sea que se haga de manera expresa, es decir, dictando una norma específica para ello, o bien por aplicación de determinados principios también clásicos como el que sostiene que “ley anterior deroga ley posterior”, o

que “ley especial deroga ley general”, y que resultan igualmente procedentes.

El principio del paralelismo de las competencias fue aplicado en reiteradas ocasiones por el presidente de la Nación, al emitir decretos de necesidad y urgencia, que derogaron otros decretos de igual carácter. Al respecto, cabe mencionar, entre otros, el 1.199/2016 que derogó el decreto 2.229/2015, el decreto 73/2016 que abrogaba el decreto 2.635/2015, el 296/2010 que derogó el 2.010/2009, el decreto 1.455/2005 que había derogado el 1.160/2004, el 204/2004 que derogó el decreto 2.508/2002, o el 1.244/2003 que derogó el decreto 1.097/2003.

4. Adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales

Es necesario destacar que el Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia en el último párrafo de los considerandos del decreto que la presente medida se dictó en ejercicio de las atribuciones emergentes del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

Así entonces, es menester verificar que se cumplan los recaudos formales y sustanciales para habilitar su procedencia.

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 excepcionales igualmente previstas en la norma constitucional.

En el caso particular, se verifica que el decreto de necesidad y urgencia 756/2018 ha sido decidido y refrendado en acuerdo general de ministros juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros, tal como surge del mensaje 16/18.

Asimismo, está acreditado que el decreto 756/2018 fue remitido en tiempo y forma al Congreso, toda vez que el jefe de Gabinete de Ministros lo elevó a la consideración de esta Comisión Bicameral de Trámite Legislativo el 29 de agosto de 2018. 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 excepcionales y la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes que justificarían 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 excepcionalidad y 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 756/2018, resulta evidente la situación de gravedad y excepcionalidad que justificó su emisión, pues si el presidente no ordenaba la medida que motivó la intervención de

esta comisión, existiría un desfase en el esquema de distribución de los recursos fiscales.

En razón de lo expuesto se certifica que las circunstancias referenciadas que sustentaron la emisión del decreto estuvieron ajustadas bajo estricto cumplimiento de las pautas que exigen y surgen tanto de la jurisprudencia antes relevada, como de las normas en juego que reglamentan su procedencia. La medida ejecutiva dispuesta por el presidente de la Nación es un remedio razonable y eficaz para ello, pues esperar por los tiempos parlamentarios hubiese significado, *contrario sensu*, un detrimento para la distribución de los recursos fiscales a raíz de los nuevos consensos asumidos.

5. 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 para el dictado del decreto 756/2018, corresponde aclarar por qué el trámite parlamentario para la formación y sanción de las leyes se hubiese presentado como una alternativa inconveniente.

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 obedecen, 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 una 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 eventuales consultas a especialistas sobre cuestiones técnicas de la propuesta legislativa, el debate en el marco de la comisión, las consideraciones que puedan surgir relacionadas con las objeciones que presenten los miembros de cada Cámara respecto a los giros de comisión dados al proyecto (artículo 90 del reglamento del Senado 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 procedimientos que la Constitución dispone para la formación y sanción de las leyes (artículos 77 al 84).

En resumidas cuentas, el nuevo esquema de distribución de los recursos fiscales, generados por la celebración del consenso fiscal, sumadas a las circunstancias que presenta el contexto internacional y la necesidad de acelerar la consolidación fiscal, representaron para el presidente de la Nación una cuestión de grave urgencia cuya solución imponía que se adoptara inmediatamente una medida que remedie los perjuicios, desfases y desventajas que significaban. Cuando esta medida puede ser materializada por medio de una ley formal o un decreto de necesidad y urgencia, se erige aquella que más rápido subsane –dentro de los márgenes constitucionales– el derecho lesionado o postergado. Esperar por los trámites parlamentarios con sus correspondientes rigorismos formales hubiese implicado privar de eficacia temporal a la solución legislativa para reparar los desequilibrios fiscales y las metas económicas proyectadas.

En consecuencia, conforme al análisis de las circunstancias fácticas esgrimidas, corresponde afirmar que el decreto 756/2018 constituye una eficaz y adecuada solución legislativa –de carácter urgente y excepcional– que busca garantizar la protección de las políticas de Estado mencionadas.

6. Práctica institucional

En materia de decretos de necesidad y urgencia que responden a fines similares a los perseguidos mediante el decreto 756/2018, no podemos dejar de señalar otro aspecto de relevancia que hace también a la ponderación de los méritos que hemos considerado para consagrar, en esta comisión, su validación.

Nos referimos de ese modo a la práctica legislativa –de carácter constante– de controlar en el Congreso Nacional continuamente los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo nacional que tuvieron por objeto la derogación de otros decretos de carácter equivalente.

Como mencionamos, el Poder Ejecutivo, emitió, entre otros, los siguientes decretos con el objetivo señalado: el 1.199/2016 que derogó el decreto 2.229/2015, el decreto 73/2016 que abrogaba el decreto 2.635/2015, el 296/2010 que derogó el 2.010/2009, el decreto 1.455/2005 que había derogado el 1.160/2004, el 204/2004 que derogó el decreto 2.508/2002, o el 1.244/2003 que derogó el decreto 1.097/2003.

Por supuesto, también hay que hacer mención del referido decreto 206/2009, aprobado por esta comisión (Orden del Día N° 1.697/2009) y declarado válido –por resolución 1.697/2009– por la Cámara de Diputados.

De manera tal que es posible afirmar que existe una doctrina, elaborada y consagrada por el Congreso Nacional a lo largo de los últimos años, de acuerdo con la cual es válido que el Poder Ejecutivo nacional derogue por medio de un decreto de necesidad y urgencia otro de igual característica. Y que la evaluación de las circunstancias de hecho determinantes de la necesidad y urgencia es privativa de ese poder y, salvo casos

excepcionales, corresponde que el Congreso acepte el resultado de esa ponderación realizada por el presidente de la Nación.

No puede haber dudas, en ese sentido, de que la interpretación auténtica del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y de la ley 26.122, es la que realiza esta Comisión de Trámite Legislativo, de acuerdo con la competencia que ambas normas le han asignado y en la medida, claro está, de que esa interpretación no sea modificada por el pleno de cualquiera de las Cámaras del Congreso o por los jueces de la Nación (posibilidad esta última que no se ha concretado, al menos hasta la fecha).

Al respecto, también hay otra cuestión referida a la interpretación de las tres clases de decretos que son regulados por la ley 26.122 y el criterio dinámico que han ido adoptando los integrantes de la comisión bicameral en particular y los legisladores en general para aceptar la validez de tales medidas.

Ese temperamento ha significado que esta comisión tuviera una postura amplia y flexible para analizar y dictaminar los decretos traídos a su consideración, desde su puesta en funcionamiento en 2006 hasta la actualidad. Esta pauta interpretativa amplia, consolidada por esta comisión durante el transcurso de los años, posibilitó, por ejemplo, que la comisión dictaminara a favor de la validez de los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo aun cuando el Congreso Nacional se encontrara en período de sesiones ordinarias. Del mismo modo, permitió que la comisión haya adoptado una interpretación amplia sobre lo que es entendido como de “necesidad y urgencia” en el razonamiento de que tales requisitos son autosuficientes si se verifican en las circunstancias esgrimidas que motivaron al decreto en cuestión.

Este criterio amplio de interpretación fue afianzado por esta Comisión Bicameral de Trámite Legislativo durante doce años de actuación ininterrumpida. Naturalmente, la ponderación y actuación flexible que esta comisión mantuvo a lo largo de todo este tiempo al examinar y dictaminar sobre los decretos de necesidad y urgencia reviste entidad suficiente para que sea considerada como una práctica tradicional que condiciona, salvo casos razonablemente excepcionales, una misma respuesta hermenéutica por parte de la comisión frente a decretos posteriores con contenidos similares o análogos. De esta manera, la práctica parlamentaria aseguraría un adecuado nivel de seguridad jurídica, de confianza legítima y, en determinados supuestos, de igualdad.

Es pertinente señalar también que varios dictámenes de la comisión afirman la postura según la cual el criterio para receptor y analizar los decretos de necesidad y urgencia debe ser amplio. En efecto, se ha expresado como fórmula genérica y reiterativa que “es criterio de esta comisión plantear un *criterio amplio* al analizar las circunstancias de carácter excepcional que operan como supuesto fáctico-jurídico-político que autoriza el

empleo del instituto del decreto de necesidad y urgencia” (véanse: órdenes del día N° 8/2007, 2.409/2007, 1.438/2007, 1.452/2009, entre otras).

Incluso desde las iniciales opiniones de los miembros de la comisión se receptaba la regla interpretativa amplia. En ese sentido, el presidente de aquellas primeras reuniones sostenía que “nosotros mantenemos la filosofía y la columna vertebral esbozada en el discurso de la miembro informante y presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales, la doctora Cristina Fernández de Kirchner, que ha sido extremadamente meticulosa y abundante desde el punto de vista de los antecedentes institucionales históricos. Además, desde mi punto de vista, se trata de una valoración y una ponderación adecuada del análisis cuantitativo y cualitativo de los decretos de necesidad y urgencia. En este sentido, nosotros consideramos que la utilización de un instrumento de estas características implica naturalmente un *criterio amplio*, no estricto o restrictivo”. Por eso “desde el punto de vista de la filosofía, entendemos que el uso de este tipo de instrumentos como los decretos de necesidad y urgencia se realiza con un *criterio interpretativo amplio*, con el control de la comisión bicameral y con el funcionamiento adecuado del Congreso” (expresiones del senador Capitanich, reunión de comisión del 8 de noviembre de 2006).

En definitiva, desde hace ya largo tiempo se mantienen y fortalecen las mismas prácticas legislativas entre el Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional. Por tales motivos y de acuerdo con la información relevada, no hay motivos suficientes para desconocer la validez del decreto analizado y sí los hay, en cambio, para declarar su validez.

7. Conclusión

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución Nacional en lo que respecta al dictado del decreto 756/2018, y siendo que la naturaleza excepcional de la situación planteada hacía imposible esperar por 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 de necesidad y urgencia 756, del 14 de agosto, del Poder Ejecutivo nacional.

Decreto 756/2018

Pablo G. Tonelli.

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 P.E.-260-2018 referido al decreto de necesidad y urgencia 756/2018 del Poder Ejecutivo nacional, publicado en el Boletín Oficial del 15 de agosto de 2018 del corriente, por medio del cual se deroga el decreto 206/2009 (creación del Fondo Federal Solidario) y 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 Cámara de Diputados,...

RESUELVEN:

Artículo 1° – Declarar la invalidez del decreto de necesidad y urgencia 756/2018, publicado en el Boletín Oficial del 15 de agosto de 2018.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

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

Sala de la comisión, 11 de septiembre de 2018.

*Marcos Cleri. – Cristina Fiore Viñuales. –
Máximo C. Kirchner. – Anabel Fernández
Sagasti. – María T. M. González. – Daniel
A. Lovera. – Guillermo E. M. Snopek.*

INFORME

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

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 rígido de que lo que no está previsto en la ley no se puede hacer.

En procura de una regulación del poder atribuido al presidente de la Nación, se establecieron mecanismos tendientes a resolver el uso y la instrumentación de tres decretos cuyas características han sido 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 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 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 juntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente”.

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

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

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

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

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

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

En 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.

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

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

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 “reglamentos”, 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 o reglamentarios, autónomos, delegados y de necesidad o urgencia.

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

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

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

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

Con la reforma constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados,² 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

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

3 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 sustancia legislativa y, no obstante ello, son dictadas por el Poder Ejecutivo nacional; y adopta la denominación de “decretos-leyes” al referirse a este tipo de instrumentos.

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 de 1853/60.

supuesto fáctico-jurídico-político que autoriza el empleo del instituto del decreto de necesidad y urgencia.

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

La norma precitada establece como presupuesto para dictar decretos de necesidad y urgencia: la existencia de “circunstancias excepcionales” que “hacen imposible recorrer el procedimiento legislativo”.⁵

II. Análisis de los aspectos formales y sustanciales

Se somete a dictamen de esta comisión el decreto del Poder Ejecutivo 756/2018 dictado el 14 de agosto y publicado en el Boletín Oficial el día 15 del mismo mes, mediante el cual se deroga el decreto 206/2009 (creación del Fondo Federal Solidario).

1. Aspectos formales

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”.

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

La posición adoptada por la comisión tiene fundamento en el artículo 82 de la Constitución Nacional, que establece: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”; y en el principio de seguridad jurídica, que exige que se mantenga la vigencia de los decretos de necesidad y urgencia hasta tanto éstos sean derogados formalmente por el Congreso.⁶

⁵ Bidart Campos, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, EDIAR, 1995, tomo VI.

⁶ Esta posición ha sido sostenida por autores como Bidart Campos y Pérez Hualde, entre otros, quienes han señalado

Por lo tanto, desde el punto de vista formal, la norma cumple con los requisitos exigidos: fue decidido en acuerdo general de ministros, refrendado, juntamente, con el Jefe de Gabinete de Ministros (artículo 99, inciso 3, tercer párrafo, de la CN); y remitido a la comisión dentro del plazo previsto (artículo 99, inciso 3, cuarto párrafo, de la CN).

2. Aspectos sustanciales

Desde la perspectiva sustancial, es pertinente detenerse en la concurrencia del presupuesto habilitante contemplado en la Ley Fundamental 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.

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.

En tal sentido, el decreto en análisis, luego de aludir a las razones referidas más arriba, señala: “Que la urgencia en la adopción de la presente medida hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes”.

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.

Es menester señalar que de la letra del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, transcrito recientemente, 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 tratara de las materias excluidas, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia.

La CSJN ha interpretado en los casos “Verrocchi”⁷, “Cooperativa del Trabajo Fast Limitada” y en “Consumidores Argentinos” que, para que el presidente pueda ejercer legítimamente facultades legislativas, que en principio le son ajenas, es necesaria la concurrencia de

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.

⁷ “Verrocchi, Ezio D. C/ Administración Nacional de Aduanas”, C.S. 1999/08/19, *Fallos*, 322:1726, La Ley, 1999-E, 590.

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 ser 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”.⁸

En un parlamento 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.

El presente decreto conlleva no reconocer los límites constitucionales/legales de los poderes del Estado. Las prácticas del oficialismo dan a entender que considera un estorbo indebido la “interferencia” del Parlamento al control sobre el Poder Ejecutivo.

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 Nacional 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.

⁸ Comadira, Julio R.: “Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional”, *La Ley*, 1995-B, 825.

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”.⁹

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”.¹⁰ Pues bien, debe tratarse de una situación 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 señalado 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.¹¹

La sanción de un decreto de necesidad y urgencia, que no reúne los requisitos previstos por nuestra Constitución Nacional, pone en el debate de primer nivel la importancia del principio de seguridad jurídica, sobre el cual se asienta nuestro sistema de gobierno representativo, republicano y federal. Es éste un principio esencial del derecho, pero también una garantía dada al habitante por el Estado, de modo de asegurar que sus derechos o las situaciones jurídicas preexistentes no serán modificados sino por caminos legales establecidos y fundados constitucionalmente. Esta norma genera una situación de inseguridad jurídica que debe ser resaltada especialmente.

Mediante el decreto de necesidad y urgencia 756/2018 bajo análisis, el Poder Ejecutivo nacional derogó el decreto 206 del 19 de marzo de 2009 por medio del cual se creó el Fondo Federal Solidario. Este fondo se instituyó con la finalidad de financiar en provincias y municipios, obras que contribuyan a la mejora de la infraestructura sanitaria, educativa, hospitalaria, de vivienda o vial en ámbitos urbanos o rurales y “con expresa prohibición de utilizar las sumas que lo compongan para el financiamiento de gastos corrientes”.

En el artículo 2° de esa norma, se estableció que se destinaría al aludido fondo el treinta por ciento (30 %) de las sumas que el Estado nacional efectiva-

⁹ Gordillo, Agustín: *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo I, capítulo VII, F.D.A., 2013.

¹⁰ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, EDIAR, 1995, tomo VI.

¹¹ Convención Nacional Constituyente, Ministerio de Justicia de la Nación, p. 2.729.

mente percibiese en concepto de derechos de exportación de soja, en todas sus variedades y derivados.

El decreto en cuestión expresa como único argumento para fundamentar las razones de necesidad y urgencia “Que las nuevas circunstancias que presenta el contexto internacional, la necesidad de acelerar la consolidación fiscal y evitar la generación de mayores desbalances, y las medidas adoptadas para enfrentarlas hacen necesario eliminar el Fondo Federal Solidario en miras a brindar respuestas eficientes con la asignación de los recursos disponibles”. Asimismo, en el párrafo siguiente concluye “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”.

La referencia a una situación de urgencia, como argumenta el decreto 756/2018, no puede constituir una afirmación meramente dogmática como para justificar por sí la emisión de disposiciones de carácter legislativo, sino que la misma debe existir verdaderamente y ser susceptible de comprobación jurisdiccional. Debe tratarse de un hecho no habitual, imprevisible o difícilmente previsible, que impida cumplir con el trámite parlamentario.

Creemos sin más que los argumentos expresados por el decreto 756/18 son insuficientes para fundamentar la utilización de una medida contemplada para escenarios excepcionales que pongan en juego las bases estructurales de la gobernabilidad del país. Más aún cuando a través de medidas como éstas se implementan recortes significativos de fondos cuya finalidad era financiar en provincias y municipios, obras de mejoramiento de la infraestructura sanitaria, educativa, hospitalaria, de vivienda o vial en ámbitos urbanos o rurales.

Sin dudas una medida de este carácter, dada su gravedad e importancia, debe pasar necesariamente por el Congreso de la Nación.

La decisión unilateral del Poder Ejecutivo plasmada en el decreto 756/2018 deja a las provincias y los municipios sin previsibilidad, y sin posibilidad de llevar adelante las obras ya en marcha o proyectadas, y cuya financiación se verá afectada por esta medida.

Por todo lo anteriormente expuesto creemos que, con una fundamentación tan exigua, no estarían dadas o debidamente justificadas, en principio, las condiciones exigidas constitucionalmente para acudir al dictado de un decreto de necesidad y urgencia, según la interpretación que ha hecho de ellas la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Constitución Nacional parte del principio general prohibitivo declarando que el Poder Ejecutivo no podrá, “bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo” (artículo 99, inciso 3, segundo párrafo). Por ello, sólo “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 las materias antes mencionadas, es com-

petente el Poder Ejecutivo para dictar decretos de necesidad y urgencia.

Conforme lo analizado no está demostrado, según la conceptualización jurídica del máximo tribunal, 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 (v. gr.: existencia de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal); o que la situación tratada sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

Creemos que las medidas tomadas mediante el decreto 756/2018 en un área presupuestaria tan sensible para las provincias y los municipios ameritaría un especial debate democrático que tenga al Honorable Congreso de la Nación como actor protagónico.

A la luz de la doctrina citada y las observaciones mencionadas, resulta evidente que el decreto en análisis ostenta un vicio manifiesto.

III. Conclusión

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 756/2018, la Comisión de Trámite Legislativo propone que se resuelva declarar expresamente la invalidez del decreto del Poder Ejecutivo nacional 756 dictado el 14 de agosto y publicado el 15 de agosto de 2018.

Decreto 756/2018

Marcos Cleri.

ANTECEDENTE

Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 29 de agosto de 2018.

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 756 del 14 de agosto de 2018, que se acompaña.
Mensaje 16/2018

MARCOS PEÑA.

Nicolás Dujovne.

Buenos Aires, 14 de agosto de 2018.

VISTO el Expediente EX-2018-39305779-APN-DGD#MHA, las leyes 23.548 y sus modificatorias y

27.429 del Consenso Fiscal y el decreto 206 del 19 de marzo, y

CONSIDERANDO:

Que, conforme lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución de la Nación Argentina y en el artículo 2° , inciso *a*), de la ley 23.548 y sus modificatorias, los derechos de exportación constituyen recursos exclusivos de la Nación.

Que, sin perjuicio de ello, por el decreto 206 del 19 de marzo de 2009 se creó el Fondo Federal Solidario con la finalidad de financiar en provincias y municipios, obras que contribuyan a la mejora de la infraestructura sanitaria, educativa, hospitalaria, de vivienda o vial en ámbitos urbanos o rurales.

Que en el artículo 2° de esa norma, se estableció que se destinaría al aludido Fondo el treinta por ciento (30 %) de las sumas que el Estado nacional efectivamente percibiese en concepto de derechos de exportación de soja, en todas sus variedades y derivados.

Que cuando se creó el Fondo Federal Solidario, las provincias recibían aproximadamente una cuarta parte de la recaudación de impuestos nacionales.

Que a partir de diferentes medidas adoptadas por esta administración, se ha modificado el esquema de distribución de los recursos fiscales, en beneficio de las provincias, quienes reciben actualmente un tercio de esos recursos.

Que en ese marco, en el Consenso Fiscal celebrado el 16 de noviembre de 2017 y aprobado por la ley 27.429 se acordaron nuevas pautas para la coordinación de potestades tributarias entre los distintos niveles de gobierno y se estableció en el inciso h del punto II del mismo que los recursos del Fondo Federal Solidario, en la medida en que éste existiese, se distribuirían entre las jurisdicciones que adhiresen y cumplieren con aquél, sin incluir el Estado nacional.

Que las nuevas circunstancias que presenta el contexto internacional, la necesidad de acelerar la consolidación fiscal y evitar la generación de mayores desbalances, y las medidas adoptadas para enfrentarlas hacen necesario eliminar el Fondo Federal Solidario en miras a brindar respuestas eficientes con la asignación de los recursos disponibles.

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

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

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

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

Que han tomado intervención los Servicios Jurídicos Competentes.

Que el presente decreto se dicta en uso de las facultades conferidas por el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional y de acuerdo a los artículos 2°, 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 206 del 19 de marzo de 2009.

Art. 2° – La presente medida entrará en vigencia el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 3° – Dese cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

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

MAURICIO MACRI.

Marcos Peña. – Rogelio Frigerio. – Oscar R. Aguad. – Nicolás Dujovne. – Dante E. Sica. – Luis. M. Etchevehere. – José G. Santos. – Guillermo J. Dietrich. – Germán. C. Garavano. – Patricia Bullrich. – Alberto J. Triaca. – Carolina Stanley. – Adolfo L. Rubinstein. – Alejandro O. Finocchiaro. – José L. S. Barañao. – Alejandro P. Avelluto. – Sergio A. Bergman. – Andrés H. Ibarra. – Alfredo Iguacel.