

SESIONES EXTRAORDINARIAS
2018
ORDEN DEL DÍA N° 990

Impreso el día 26 de diciembre de 2018

Término del artículo 113: 8 de enero de 2019

**COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE
DE TRÁMITE LEGISLATIVO -26.122-**

SUMARIO: **Declaración** de validez del decreto 1.117 del 7 de diciembre de 2018, por el cual se realizaron diversas modificaciones a la Ley de Ministerios con el fin de lograr una gestión pública más eficiente. (7.684-D.-2018.)

I. Dictamen de mayoría.

II. Dictamen de minoría.

Sala de la comisión, 19 de diciembre de 2018.

Luis Petcoff Naidenoff. – Ezequiel Fernández Langan. – Martín O. Hernández. – Fernando A. Iglesias. – Luis A. Petri. – Pablo G. Tonelli. – Miriam R. Boyadjian. – Néstor P. Braillard Pocard.

INFORME

I

Dictamen de mayoría

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo 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 P.E.-420/2018 referido al decreto de necesidad y urgencia 1.117 del Poder Ejecutivo nacional, del 7 de diciembre de 2018, mediante el cual se realizaron diversas modificaciones a la Ley de Ministerios con el fin de lograr una gestión pública más eficiente.

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 de necesidad y urgencia 1.117, del 7 de diciembre de 2018.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional. De acuerdo con las disposiciones pertinentes, el presente dictamen es remitido directamente al orden del día.

I. 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 1.117 del Poder Ejecutivo nacional, del 7 de diciembre de 2018 (expediente 420-P.E.-2018). Mediante el mencionado decreto se realizaron diversas modificaciones a la Ley de Ministerios para potenciar una gestión pública más eficiente y para concretar las metas políticas diagramadas por el gobierno.

La medida se enmarca en el proceso de mejora de la institucionalidad, integridad y reconversión del funcionamiento del Estado que se lleva adelante desde el Poder Ejecutivo nacional y que tiene por objeto lograr una administración pública nacional más moderna y eficiente.

En ese marco, mediante el decreto 1.117/2018, el presidente consideró necesario disponer la transferencia de diversas competencias asignadas al Ministerio de Hacienda, al Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda y a la Jefatura de Gabinete de Ministros.

Asimismo, el primer magistrado estimó oportuno que la Jefatura de Gabinete de Ministros cuente con la facultad de reorganizar el Registro Nacional de Constructores de Obra Pública, a fin de que forme parte del Sistema de Información de Proveedores establecido para las compras y contrataciones, actualmente en la órbita de dicha jurisdicción.

Esta reorganización se debe al siguiente panorama normativo y fáctico. En primer lugar, resulta necesario recordar que mediante la ley 27.328 se estableció el régimen relativo a los contratos de participación público-privada, definiéndolos en su artículo 1° como aquellos “celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el artículo 8° de la ley 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que allí se establecen (en carácter de contratistas), con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica”.

En el artículo 28 de esa ley se dispuso que el Poder Ejecutivo debe crear por reglamentación un órgano que tenga a su cargo la centralización normativa de los contratos regidos por esa ley.

Por lo demás, el artículo 13 de la 13.064 creó el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas a los efectos de la calificación y capacitación de las empresas, el que se regirá por el reglamento que dicte el Poder Ejecutivo nacional.

Así las cosas, se advirtió que a pesar de la indudable vinculación entre la contratación de bienes y servicios por una parte y, por otra, la referida a la obra pública, coexisten en la administración pública nacional dos sistemas distintos de asignación de competencias para dichos procedimientos.

Y como las compras y contrataciones que realiza el Estado nacional, y aquellas relacionadas con la obra pública en particular, constituyen un componente central de la actividad estatal, siendo instrumento esencial para la satisfacción de necesidades públicas en todas sus aristas, el presidente resolvió que sea la Jefatura de Gabinete la que cuente con la facultad de reorganizar el mencionado registro.

Por otro lado, a través del decreto 1.117/2018, también se decidió otorgar la facultad al Poder Ejecutivo nacional, para disponer la órbita en la cual la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo actuará para garantizar su efectivo funcionamiento (cuestión que ya fue resuelta mediante el decreto 1.118/2018, dictado el 10 de diciembre de 2018).

Sucede, que mediante el artículo 1° de la 26.168 se dispuso la creación de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo como ente de derecho público interjurisdiccional en el ámbito de la ex Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros, actual Secretaría de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable en el ámbito de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación.

Al tiempo que el artículo 5° de la citada ley estableció que dicho órgano tiene facultades de regulación, control y fomento respecto de las actividades industriales, la prestación de servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia ambiental en la cuenca, pudiendo intervenir administrativamente en materia de

prevención, saneamiento, recomposición y utilización racional de los recursos naturales.

Y dada la urgencia de llevar adelante el Plan de Saneamiento Ambiental (PISA), cuyas materias abarcan competencias de distintos Ministerios, el presidente decidió facultar al Poder Ejecutivo nacional para que disponga la órbita en la cual la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo actuará para garantizar su efectivo funcionamiento.

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 tercer párrafo del artículo 99, inciso 3, 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 perfeccionó, 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 como pueden ser 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 1.117/2018

Para llevar a cabo las modificaciones referenciadas, el decreto 1.117/2018 sustituyó la redacción del inciso 30 del artículo 16 de la Ley de Ministerios, correspondiente al jefe de Gabinete de Ministros, por la siguiente: “entender en la elaboración, registro, seguimiento, evaluación y planificación de los proyectos de inversión pública y en el control de la formulación, registro, seguimiento y evaluación de esos proyectos cuando sean ejecutados a través de contratos de participación público-privada en los términos de la ley 27.328”.

La redacción anterior de ese inciso establecía que el jefe de Gabinete tiene la facultad para “entender en la elaboración, registro, seguimiento, evaluación y planificación de los proyectos de inversión pública, a

excepción de los proyectos ejecutados a través de contratos de participación público-privada en los términos de la ley 27.328”.

Por tanto, se asigna la competencia –que antes resultaba excluida– para que el jefe de Gabinete pueda controlar la formulación, registro, seguimiento y evaluación de los proyectos de inversión pública cuando sean ejecutados a través de contratos de participación público-privada en los términos de la ley 27.328.

Para lograr este objetivo además se modificó del artículo 20 de la Ley de Ministerios, correspondiente al Ministerio de Hacienda, la competencia obrante en el inciso 22, para que el ministerio pueda “expedirse, de forma previa a la adjudicación, sobre la existencia de previsión presupuestaria para afrontar los compromisos asumidos bajo los contratos de participación público-privada que comprometan recursos del presupuesto público de ejercicios futuros previstos en el artículo 15 de la ley 24.156 y sus modificatorias”.

La anterior redacción del inciso 22 disponía que el Ministerio de Hacienda tenía competencia para “entender en el control de la formulación, en el registro, seguimiento y evaluación de los proyectos de inversión pública ejecutados a través de contratos de participación público-privada en los términos de la ley 27.328”.

En consecuencia, como se advierte, ahora el Ministerio de Hacienda tiene asignada únicamente la competencia para expedirse, de forma previa a la adjudicación, sobre la existencia de previsión presupuestaria para afrontar los compromisos asumidos bajo los contratos de participación público-privada, cuando antes tenía atribuida la competencia para el control en la formulación, en el registro, seguimiento y evaluación de los proyectos de inversión pública ejecutados mediante el régimen de la ley 27.328. En otras palabras, el decreto 1.117/2017 derogó la competencia del Ministerio de Hacienda atribuyéndola en su lugar al jefe de Gabinete de Ministros.

A la vez, el decreto incorporó al artículo 16 del título V de la Ley de Ministerios, correspondiente al jefe de Gabinete de Ministros, como atribución 34 la de “entender en la organización, dirección y fiscalización del registro de empresas contratistas de obras públicas y de consultorías”.

Asimismo, sustituyó del artículo 17 de la Ley de Ministerios, correspondiente al Ministerio de Interior, Obras Públicas y Vivienda, la competencia del inciso 35, para que el organismo pueda “entender en el dictado de normas relacionadas con la construcción y conservación de obras públicas en el ámbito del Ministerio”, cuando antes tenía atribución para entender además en la contratación. En efecto, la derogada redacción establecía que al ministerio le compete “entender en el dictado de normas relacionadas con la contratación, construcción y conservación de obras públicas en el ámbito del ministerio”.

Por último, el decreto 1.117/2018, suprimió el inciso 37 del mismo artículo 17 que establecía la competencia de ese ministerio para “entender en la organización, dirección y fiscalización del registro de empresas contratistas de obras públicas y de consultorías”.

Por tanto, como se observa, ahora la Jefatura de Gabinete tiene asignada la competencia para entender en la elaboración, registro, seguimiento, evaluación y planificación de los proyectos de inversión pública y en el control de la formulación, registro, seguimiento y evaluación de esos proyectos cuando sean ejecutados a través de contratos de participación público-privada en los términos de la ley 27.328. Así, el jefe de Gabinete tendrá, por ejemplo, la facultad para reorganizar el registro nacional de constructores de obra pública, a fin de que forme parte del Sistema de Información de Proveedores establecido para las compras y contrataciones, actualmente en la órbita de dicha jurisdicción.

El Ministerio de Hacienda, en cambio, que antes tenía asignadas las actuales competencias de la Jefatura de Gabinete, ahora tiene la facultad para expedirse, de forma previa a la adjudicación, sobre la existencia de previsión presupuestaria para afrontar los compromisos asumidos bajo los contratos de participación público-privada.

Por otro lado, el decreto 1.117/2018, dispuso, como medida aparte, que el Poder Ejecutivo disponga la órbita en la cual la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo pueda funcionar en los términos previstos en la ley 26.168 y sus modificatorias. El decreto 1.118/2018, dictado el 10 de diciembre de 2018, resolvió, luego de la habilitación del decreto 1.117/2018, que la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo funcionará en la órbita del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda en los términos de lo previsto en la ley 26.168.

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 medida se dictó en virtud de las atribuciones emergentes del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

Así entonces, es menester verificar que se cumpla con 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 1.117/2018 ha sido decidido y refrendado en acuerdo general de ministros juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros, tal como surge del mensaje 24/18.

Asimismo, está acreditado que el decreto 1.117/2018 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 18 de diciembre 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 “Risolfá 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 ‘sublite’ 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 cívico.

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 1.117/2018, 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, la política de fortalecimiento de la gestión pública quedaría retrasada.

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, a contrario sensu, un detrimento para la gestión pública al servicio del ciudadano.

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 1.117/2018, corresponde aclarar por qué el trámite parlamentario para la formación y sanción de las leyes se hubiese presentado como una alternativa inconveniente para los derechos y garantías de los ciudadanos, fuente y finalidad del desarrollo de la gestión pública.

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 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 a 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, la continuidad en el fortalecimiento de la gestión pública al servicio de los habitantes del país, representó para el presidente de la Nación una cuestión de grave urgencia cuya solución imponía que se adopte inmediatamente una medida que remedie los perjuicios y las 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 menoscabos de los sectores sociales y económicos damnificados, sujetos directos del servicio estatal a fortificar.

En consecuencia, conforme al análisis de las circunstancias fácticas esgrimidas, corresponde afirmar que el decreto 1.117/2018 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 con el decreto 1.117/2018, no podemos dejar de señalar otro aspecto de relevancia que hace también a la ponderación de los méritos que hemos considerado para recomendar, en esta comisión, su validación.

Nos referimos a la práctica legislativa –de carácter constante– de controlar en el Congreso Nacional los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo nacional que tuvieron por objeto la persecu-

ción de diversas políticas sociales en el fortalecimiento de la gestión pública, mediante la modificación de la Ley de Ministerios.

Por citar un ejemplo, cabe mencionar el decreto 27/2018, cuyo objeto consistía en readecuar la estructura gubernamental en función de atender los objetivos prioritarios definidos para cada área de gestión, reorganizando funciones con el propósito de tornar más eficiente la gestión pública. Este decreto fue validado por esta comisión el 6 de febrero de 2018 (Orden del Día 1.059).

De la misma manera, hay varios antecedentes de decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo nacional que tuvieron por objeto modificar la Ley de Ministerios.

Cabe recordar que de forma previa al dictado del presente decreto se emitieron otros tantos con el mismo carácter. Así entonces, se han emitido sucesivamente los decretos de necesidad y urgencia, 185/2002, 355/2002, 473/2002, 1.210/2002, 37/2003, 1.283/2003, 141/2003, 684/2003, 923/2004, 1.066/2004, 267/2005, 828/2006, 1.472/2008, 2.025/2008, 1.365/2009, 1.458/2009, 919/2010, 1.993/2010, 192/2011, 2.082/2011, 874/2012, 636/2013, 441/2015, 815/2015, 13/2015, 223/2016, 2/2017 y 575/2018.

El dictamen favorable de esta comisión respecto de los últimos tres decretos de necesidad y urgencia que dispusieron modificaciones a la Ley de Ministerios puede verse en las Órdenes del Día N° 1/2016 (decreto 13/2015), 5/2016 (decreto 223/2016) y 1.268/2016 (decreto 2/2017).

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 decida la modificación de la Ley de Ministerios o fortalezca el sistema institucional del Estado al servicio del ciudadano. Y que la evaluación de las circunstancias de hecho determinantes de la necesidad y urgencia es privativa de ese poder, razón por la cual 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 la comisión interviniente 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 válida 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 la 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 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, y dado que se encuentran cumplidos los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución Nacional en lo que respecta al dictado del decreto 1.117/2018, 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 1.117, del 7 de diciembre de 2018, del Poder Ejecutivo nacional.

Decreto 1.117/2018

Pablo G. Tonelli. – Luis Petcoff Naidenoff.

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.-420-2018 referido al decreto de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo 1.117 de fecha 7 de diciembre de 2018, mediante el cual se modifica la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438/92).

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 del decreto 1.117 publicado en el Boletín Oficial con fecha 10 de diciembre 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, 19 de diciembre de 2018.

Marcos Cleri. – Juan J. Bahillo. – Máximo C. Kirchner. – Anabel Sagasti Fernández. – María T. González. – Daniel A. Lovera. – Guillermo Snopek.

INFORME

I. Antecedentes

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

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

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

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

Estos decretos han sido consagrados expresamente en los artículos 99, inciso 3; 76 –complementado por la cláusula transitoria octava–; 80 y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional.

Respecto de los decretos de necesidad y urgencia, el artículo 99 en su parte pertinente establece:

Artículo 99: “*Atribuciones del Poder Ejecutivo*. El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...]”

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.

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

”El jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato consideraran 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.”

Por su parte, en materia de delegación legislativa el artículo 76, complementado por la cláusula transitoria octava, disponen:

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.”

Cláusula transitoria octava. “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”.

Finalmente, sobre la promulgación parcial de leyes, el artículo 80 establece:

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”.

Adicionalmente, respecto de los tres decretos mencionados, el artículo 100 prevé:

Capítulo Cuarto: Del jefe de Gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo. Artículo 100: “El jefe de Gabinete de Ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia.

”Al jefe de Gabinete de Ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde: [...]

”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”, “facultades delegadas” y el nuevo alcance de la promulgación parcial, en el nuevo texto constitucional de 1994, implican poner reglas a una situación de excepción y, por lo tanto, al estricto control que la Constitución Nacional le atribuye al Congreso Nacional.

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

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

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

A su vez, en el título III establece el alcance de la competencia de la Comisión Bicameral Permanente.

A tales efectos, en lo que aquí importa, para el control de los decretos de necesidad y urgencia prevé:

“Artículo 10: 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 expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado...”

Paralelamente, respecto del control del ejercicio de facultades legislativas delegadas dispone:

“Artículo 13: 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 expresamente sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio...”

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

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

Para la LNPA el reglamento es un acto de alcance general, expresión que comprende 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, de manera no pacífica, que así como existe una zona de reserva de la ley que no puede ser invadida por el poder administrador, también hay un ámbito de competencias, reservado a la administración en la cual el Poder Legislativo no puede inmiscuirse, como consecuencia del principio de separación de los poderes.

Con la reforma constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados,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 encuentran la presencia de estos instrumen-

tos 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.

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

Es menester tener en cuenta que al supuesto fáctico, del dictado del decreto, 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.

II. Objeto

La Comisión Bicameral Permanente somete a su consideración el tratamiento del decreto de necesidad y urgencia 1.117/2018, mediante el cual se modifica la Ley de Ministerios (texto ordenado) correspondiente a las facultades del jefe de Gabinete de Ministros.

El mismo ha sido dictado invocando el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional. Sentado ello, y de acuerdo a las facultades conferidas al Poder Ejecutivo nacional por nuestra Ley Fundamental, corresponde a esta comisión expedirse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y los artículos 2°, 19 y 20 de la ley 26.122.

III. Análisis de los requisitos formales y sustanciales

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

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 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 elaborado por Montesquieu y adoptada por nuestra Constitución histórica 1853/60.

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

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...” luego agrega: “los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente 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 estos sean derogados formalmente por el Congreso.⁶

Desde el punto de vista formal, la medida dictada por el Poder Ejecutivo fue suscripta en acuerdo general de ministros, conforme el artículo 99, inciso 3, párrafos 3° y 4° y artículo 100 inciso 13 de la Constitución Nacional, toda vez permite distinguir como requisitos formales la firma del jefe de Gabinete de Ministros y remitido a la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo dentro del plazo previsto.

2. Aspectos sustanciales

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto 1.117/2018.

En el Boletín Oficial de fecha 10 de diciembre de 2018 se notifica el decreto de necesidad y urgencia (DNU) número 1.117/2018, de fecha 5 de diciembre de 2018, por el cual el presidente de la Nación modifica la Ley de Ministerios. El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia que el mismo se dicta en uso de las atribuciones emergentes del artículo 99, inciso 1 y 3 de la Constitución Nacional.

⁶ 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.

En relación a los aspectos sustanciales 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 tratara 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 “Verrochi”, “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 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”.⁷

En un Congreso, con representación por medio de los partidos políticos, todo el procedimiento parlamentario con sus controversias, debates 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 acuerdos 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

⁷ Comadira, Julio R.: “Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional”. *La Ley* 1995-B, 825.

a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o el dictado de un decreto de necesidad y urgencia.

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.

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.⁸

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.⁹

Asimismo, como ha señalado 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”.¹⁰

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 “Verocchi”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación 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.”¹¹

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”.¹²

A la luz de la doctrina citada resulta evidente que el decreto en análisis ostenta un vicio manifiesto, ya que no logra abatir la mentada presunción de inconstitucionalidad de la que gozan las disposiciones de carácter legislativo emitidas por el Poder Ejecutivo, al no existir circunstancias excepcionales que justifiquen su dictado.

Sin embargo para confirmar que el decreto 545/18 no cumple con los requisitos sustanciales exigidos por la Constitución Nacional, es menester hacer una serie de consideraciones que clarifiquen la aproximación a su contenido.

La naturaleza excesivamente abarcativa de un decreto de necesidad y urgencia atenta contra la legítima expectativa ciudadana de un adecuado control parlamentario de la actividad legislativa que en este caso ejerce el Poder Ejecutivo, la cual de acuerdo a los principios republicanos de la división de poderes, es de carácter estrictamente excepcional.

Esta dificultad en el análisis y contralor se torna manifiesta y se agrava cuando el contenido incluido en un mismo instrumento jurídico resulta ser de materias tan disímiles.

Teniendo en cuenta los plazos que establecen la Constitución y la ley 26.122 que regula la intervención del Congreso en el trámite de los decretos de necesidad y urgencia, surge al entendimiento de manera incontrastable que el constituyente, a la hora de establecer en los artículos 99, inciso 3 y concordantes los criterios de excepcionalidad que son atributo de los decretos de necesidad y urgencia, no tuvo en mira que por esta vía institucional se manifesten verdaderos programas integrales de gobierno. Sólo el caso de un acontecimiento a gran escala que sacuda la vida normal de la Nación podría ser considerado causa eficiente para admitir un estado de necesidad y urgencia de carácter generalizado.

¹¹ *Op.cit.*, pág. 706.

¹² 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.

⁸ Convención Nacional constituyente, Ministerio de Justicia de la Nación, p. 2729.

⁹ Bidart Campos, Germán: “Los decretos de necesidad y urgencia”. Columna de opinión, *La Ley*, 27/2/01.

¹⁰ Balbín, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, *La Ley*. 2015. Tomo I. Pág. 699.

Asumiendo que el Poder Ejecutivo, con el dictado de estos decretos, materializa una posibilidad que la Constitución Nacional le otorga sólo por la vía de la excepción, para ser utilizado sólo cuando por circunstancias extraordinarias no pueda acudir a los cauces normales que ella establece para la formación de las leyes, es difícil interpretar que decretos como el que nos ocupa, modificatorios del presupuesto, con impacto en un amplio abanico de las carteras de la Administración, sean aquella clase de hipótesis que el constituyente hizo previsión al establecer esta singular vía.

La Constitución Nacional es clara en su cometido en relación a la distinción funcional de los poderes del Estado, y en sus artículos 76 y 99 incisos 1, 2 y 3 incluye un dispositivo de delimitación que no debe perderse de vista en ningún momento a la hora de valorar la validez de estos decretos, estableciendo de manera inequívoca que el Poder Ejecutivo es en principio un actor extraño en la actividad consistente en sancionar leyes. Resulta particularmente llamativo que dentro del artículo 99, que enuncia las atribuciones del presidente de la Nación, o sea, lo que sí puede hacer –y esta literalidad es determinante–, en su inciso 3, el constituyente le haya comunicado también de manera categórica aquello que no puede realizar: “...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...” Este límite, al ser incluido expresamente dentro del espacio de las facultades presidenciales, indica con claridad la prioridad del constituyente en que esta cuestión central que hace a la esencia de la República, no ofrezca lugar a dudas.

Teniendo presente este razonamiento necesariamente restrictivo, la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo –como órgano de la Constitución– debe avocarse al pronunciamiento de validez o invalidez de los decretos, valorando la existencia o inexistencia real de la necesidad y urgencia alegada por el Poder Ejecutivo como causa eficiente de su decisión de acudir al dictado de un decreto en lugar de impulsar los mecanismos ordinarios para la formación de las leyes.

En este orden de ideas, en el decreto 1.117/18, cuyo análisis nos ocupa, se dispone la transferencia de diversas competencias asignadas al Ministerio de Hacienda, al Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda y a la Jefatura de Gabinete de Ministros. Entre ellas: “Entender en la elaboración, registro, seguimiento, evaluación y planificación de los proyectos de inversión pública y en el control de la formulación, registro, seguimiento y evaluación de esos proyectos cuando sean ejecutados a través de contratos de participación público-privada en los términos de la ley 27.328”.

Asimismo, se establece que “el Poder Ejecutivo nacional podrá disponer la órbita en la cual la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo funcionará en los términos previstos en la ley 26.168 y sus modificatorias”.

Ante estas importantes modificaciones, las motivaciones de necesidad y urgencia alegadas por el Poder

Ejecutivo en los considerandos del decreto 1.117/18 son las siguientes: “Que la naturaleza excepcional de la situación planteada así como 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”.

Es en este párrafo de los considerandos donde deberían buscarse las alegaciones que fundamenten la procedencia de la vía excepcional que el uso de un decreto de necesidad y urgencia amerita. Sin embargo, no se encuentra descrito, ni siquiera esbozado, un cuadro de situación básico que permita a la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo tomar conocimiento de necesidad y urgencia alguna para avocarse al estudio de la cuestión con la seriedad que un gasto de tanta magnitud exige, disposición a la que se encuentran obligados todos los legisladores para cumplir adecuadamente con la alta responsabilidad que ejercen.

Si bien la ausencia total de una expresión de causas y razones que configuran la necesidad y urgencia de esta medida adoptada es razón suficiente para declarar la invalidez del decreto, también es oportuno señalar que la falta de información ofrecida en el contenido es llamativa.

En virtud de lo expuesto, no existiendo en el contenido del decreto 1.117/2018 explicación alguna del estado de necesidad y urgencia que motiva su dictado, esta Comisión Bicameral de Trámite Legislativo no distingue motivos por los cuales las materias incluidas en el decreto no puedan seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes.

IV. 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 1.117/2018, la Comisión de Trámite Legislativo resuelve declarar expresamente su invalidez.

Decreto 1.117/2018

Marcos Cleri.

ANTECEDENTE

Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, martes 18 de diciembre 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 1.117 del 7 de diciembre de 2018, que se acompaña.

MARCOS PEÑA.
Rogelio Frigerio.

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2018.

Visto los expedientes EX-2018-51229988-APN-DGD#MHA, EX-2018-58429897-APN-DGDYD#JGM y EX-2018-53571966-APN-SG#ACUMAR, la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438 del 12 de marzo de 1992), y sus modificatorias y las leyes 13.064, 26.168 y 27.328 y sus modificatorias y los decretos 13 del 10 de diciembre de 2015 y 801 del 5 de septiembre de 2018, y

CONSIDERANDO:

Que resulta necesario efectuar un reordenamiento estratégico que permita concretar las metas políticas diagramadas y tornar más eficiente la gestión.

Que para ello, resulta menester disponer la transferencia de diversas competencias asignadas al Ministerio de Hacienda, al Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda y a la Jefatura de Gabinete de Ministros.

Que mediante la ley 27.328 se estableció el régimen relativo a los contratos de participación público-privada, definiéndolos en su artículo 1° como aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el artículo 8° de la ley 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que allí se establecen (en carácter de contratistas), con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

Que en el artículo 28 de la citada ley se dispuso que el Poder Ejecutivo nacional deberá crear por reglamentación un órgano que tenga a su cargo la centralización normativa de los contratos regidos por esa ley.

Que mediante el artículo 13 de la ley 13.064 se creó el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas a los efectos de la calificación y capacitación de las empresas, el que se regirá por el reglamento que dicte el Poder Ejecutivo nacional.

Que las compras y contrataciones que realiza el Estado nacional y aquellas relacionadas con la obra pública en particular, constituyen un componente central de la actividad estatal, siendo instrumento esencial para la satisfacción de necesidades públicas en todas sus aristas.

Que actualmente, a pesar de la indudable vinculación entre la contratación de bienes y servicios por una parte, y por otra la referida a la obra pública, coexisten en la administración pública nacional dos sistemas distintos de asignación de competencias para dichos procedimientos.

Que en ese contexto, resulta oportuno que la Jefatura de Gabinete de Ministros cuente con la facultad de reorganizar el Registro Nacional de Constructores de Obra Pública, a fin de que forme parte del Sistema de Información de Proveedores establecido para las compras

y contrataciones, actualmente en la órbita de dicha jurisdicción.

Que por otra parte, mediante el artículo 1° de la ley 26.168 y sus modificatorias, se dispuso la creación de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo como ente de derecho público interjurisdiccional en el ámbito de la ex Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros, actual Secretaría de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable en el ámbito de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación.

Que el artículo 5° de la citada ley estableció que dicho órgano tiene facultades de regulación, control y fomento respecto de las actividades industriales, la prestación de servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia ambiental en la cuenca, pudiendo intervenir administrativamente en materia de prevención, saneamiento, recomposición y utilización racional de los recursos naturales.

Que dada la urgencia de llevar adelante el Plan de Saneamiento Ambiental (PISA), cuyas materias abarcan competencias de distintos ministerios, resulta necesario facultar al Poder Ejecutivo nacional a disponer la órbita en la cual la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo actuará para garantizar su efectivo funcionamiento.

Que en consecuencia, resulta pertinente efectuar un reordenamiento estratégico que permita concretar las metas políticas diagramadas.

Que, para ello, deviene menester modificar la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438 del 12 de marzo de 1992), en el marco de dicho reordenamiento.

Que la Dirección Nacional de Diseño Organizacional de la Jefatura de Gabinete de Ministros ha tomado la intervención que le compete.

Que los servicios jurídicos permanentes de las jurisdicciones involucradas han tomado la intervención de su competencia.

Que la naturaleza excepcional de la situación planteada así como 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.

Que la presente medida se dicta en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional y por 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° – Sustitúyese del artículo 16 del título V de la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438/92) y sus modificatorias, correspondiente al jefe de Gabinete de Ministros, la atribución 30 por la siguiente:

30. Entender en la elaboración, registro, seguimiento, evaluación y planificación de los proyectos de inversión pública y en el control de la formulación, registro, seguimiento y evaluación de esos proyectos cuando sean ejecutados a través de contratos de participación público-privada en los términos de la ley 27.328.
- Art. 2° – Sustitúyese del artículo 20 del título V de la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438/92) y sus modificatorias, correspondiente al Ministerio de Hacienda, la competencia 22, por la siguiente:
22. Expedirse, de forma previa a la adjudicación, sobre la existencia de previsión presupuestaria para afrontar los compromisos asumidos bajo los contratos de participación público-privada que comprometan recursos del presupuesto público de ejercicios futuros previstos en el artículo 15 de la ley 24.156 y sus modificatorias.
- Art. 3° – Incorpórase al artículo 16 del título V de la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438/92) y sus modificatorias, correspondiente al Jefe de Gabinete de Ministros, como atribución 34, la siguiente:
34. Entender en la organización, dirección y fiscalización del registro de empresas contratistas de obras públicas y de consultorías.
- Art. 4° – Suprímese del artículo 17 del título V de la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438/92) y sus modificatorias, correspondiente al Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, la competencia 37.
- Art. 5° – Sustitúyese del artículo 17 del título V de la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438/92) y sus modificatorias, correspondiente al Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, la competencia 35, por la siguiente:
35. Entender en el dictado de normas relacionadas con la construcción y conservación de obras públicas en el ámbito del ministerio.
- Art. 6° – Establécese que el Poder Ejecutivo nacional podrá disponer la órbita en la cual la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo funcionará en los términos previstos en la ley 26.168 y sus modificatorias.
- Art. 7° – Dese cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.
- Art. 8° – Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Decreto 1117

MAURICIO MACRI

Marcos Peña. – Germán C. Garavano. – Patricia Bullrich. – Carolina Stanley. – Rogelio Frigerio. – Dante E. Sica. – Guillermo J. Dietrich. – Oscar R. Aguad. – Nicolás Dujovne. – Jorge M. Faurie. – Alejandro O. Finocchiaro.