

SESIONES EXTRAORDINARIAS

2024

ORDEN DEL DÍA N° 742

Impreso el día 18 de febrero de 2025

Término del artículo 113: 27 de febrero de 2025

COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE
DE TRÁMITE LEGISLATIVO –LEY 26.122–

SUMARIO: **Declaración** de invalidez del decreto 277, de fecha 27 de mayo de 2022, sobre creación del Régimen de Acceso a Divisas para la Producción Incremental de Petróleo –RADPIP–. (8-J.G.M.-2022.)

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

I

Dictamen de mayoría*Honorable Congreso:*

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo –Ley 26.122–, prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional ha considerado el expediente 8-J.G.M.-2022 referido al decreto de necesidad y urgencia 277/22 de fecha 27 de mayo de 2022, publicado en el Boletín Oficial el 28 de mayo de 2022, sobre creación del Régimen de Acceso a Divisas para la Producción Incremental de Petróleo (RADPIP).

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 de necesidad y urgencia 277/22 de fecha 27 de mayo de 2022.

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, 8 de agosto de 2024.

*Juan C. Pagotto. – Víctor Zimmermann.
– Ivanna M. Arrascaeta. – Lisandro
Almirón. – Hernán Lombardi. –
Francisco Monti. – Oscar Zago.*

INFORME

1. *Introducción*

Por medio del expediente 8-J.G.M.-2022, 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 277 del Poder Ejecutivo nacional del 27 de mayo de 2022, mediante el cual se creó el Régimen de Acceso a Divisas para la Producción Incremental de Petróleo (RADPIP), del que podrán ser beneficiarios los sujetos inscriptos en el Registro de Empresas Petroleras del Estado nacional que sean titulares de concesiones de explotación de hidrocarburos otorgadas por el Estado nacional, las provincias o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda, los cuales podrán presentarse o asociarse con terceros que se encuentren debidamente registrados y que cumplan con los requisitos establecidos en este decreto y con las normas complementarias que determine la autoridad de aplicación.

Para justificar la creación de este nuevo régimen, de treinta y dos (32) artículos distribuidos en cinco (5) capítulos, el presidente de la Nación sostiene en los considerandos lo siguiente:

En primer lugar, se observa que por los artículos 2° y 3° de la ley 17.319 se establece que el Poder Ejecutivo nacional fijará la política nacional con respecto a las actividades relativas a la explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos, estando dichas actividades a cargo de empresas estatales, empresas privadas o mixtas, todo ello de con-

formidad con lo determinado en la mencionada norma y en las reglamentaciones que al respecto dicte el Poder Ejecutivo nacional, teniendo como objetivo principal satisfacer las necesidades de hidrocarburos del país con el producido de sus yacimientos y manteniendo reservas que aseguren esa finalidad.

Asimismo, se afirma que el desarrollo del sector hidrocarburífero argentino resulta de crucial importancia para el desarrollo macroeconómico del país, estableciendo las bases de un crecimiento sostenible e inclusivo, de carácter federal, que garantice una expansión secular del empleo, la producción y las exportaciones. En efecto, resulta de interés general asegurar el abastecimiento del mercado interno de gas natural y de petróleo crudo, de acuerdo con lo establecido en las leyes 17.319 y 24.076.

La Argentina presenta un déficit persistente en la balanza comercial energética, donde las importaciones de gas y de gasoil explican mayormente la canasta importadora de nuestro sector energético, por lo que es necesario ocuparse activamente de esta problemática en nuestra matriz energética.

En el artículo 3° de la ley 26.741 se establecen como principios de la política hidrocarburífera de la República Argentina: i) la promoción del empleo de los hidrocarburos y sus derivados como factor de desarrollo e incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y de las provincias y regiones; ii) la conversión de los recursos hidrocarburíferos en reservas comprobadas y su explotación y la restitución de reservas; iii) la integración del capital público y privado, nacional e internacional, en alianzas estratégicas dirigidas a la exploración y explotación de hidrocarburos convencionales y no convencionales; iv) la maximización de las inversiones y de los recursos empleados para el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos en el corto, mediano y largo plazo; v) la incorporación de nuevas tecnologías y modalidades de gestión que contribuyan al mejoramiento de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y la promoción del desarrollo tecnológico en el país con ese objeto; vi) la promoción de la industrialización y la comercialización de los hidrocarburos con alto valor agregado; vii) la protección de los intereses de los consumidores y las consumidoras relacionados con el precio, calidad y disponibilidad de los derivados de hidrocarburos; y viii) la obtención de saldos de hidrocarburos exportables para el mejoramiento de la balanza de pagos, garantizando la explotación racional de los recursos y la sustentabilidad de su explotación, para el aprovechamiento de las generaciones futuras.

Ahora bien, en el actual contexto económico global, la necesidad de desarrollar activa y aceleradamente las capacidades productivas del sector hidrocarburífero se vuelve aún más relevante, a los efectos de minimizar el impacto del contexto internacional sobre los precios de los hidrocarburos y, con ello, sobre la

balanza comercial y las finanzas públicas de la República Argentina.

En consecuencia, para el titular del Poder Ejecutivo deviene fundamental la creación de diversos instrumentos que posibiliten enfrentar la crisis energética global, explotando las oportunidades de desarrollo que se derivan de contar con la segunda mayor reserva de shale gas y la cuarta de shale oil del mundo.

Del mismo modo, se expresa que mediante el decreto 892/20 se aprobó el Plan de Promoción de la Producción del Gas Natural Argentino - Esquema de Oferta y Demanda 2020-2024, por el cual se revirtió el declino preexistente en la producción de gas natural. Sin embargo, el abastecimiento de gas natural con recursos provenientes de yacimientos nacionales requiere un incremento en la capacidad de transporte del sistema de gasoductos troncales. Por ello, para hacer frente a estas restricciones de infraestructura y posibilitar el aumento de la producción, mediante el decreto 76/22 el Estado nacional se encargó de liderar la puesta en marcha de la obra de infraestructura más relevante en transporte de las últimas décadas, con la concesión del gasoducto "Presidente Néstor Kirchner".

En el marco de la incertidumbre en precios y en condiciones de abastecimiento energéticos, generada por la crisis energética global, y en virtud del plazo de tiempo requerido para la puesta en marcha de proyectos de inversión productivos en el sector, resulta necesario el dictado de nueva normativa que se ocupe de las restricciones que operan sobre el mismo. Ciertamente, ante el incremento de la producción no convencional y el declino de los yacimientos de tipo convencional, la densidad del tipo de crudo local que recibe el parque refinador se encuentra en descenso, lo que disminuye la productividad del crudo para la elaboración de combustibles estratégicos que abastezcan el consumo de transporte pesado, de uso industrial y agrícola.

Por lo expuesto, resulta de vital importancia considerar que la producción de crudo de mediana y alta densidad requiere importantes inversiones en pozos convencionales, vinculadas a procesos de recuperación secundaria y terciaria en estos yacimientos.

Finalmente, como último considerando, el presidente de la Nación considera que, en el marco de lo expresado, "el Poder Ejecutivo nacional remitió al Honorable Congreso de la Nación la NO-2021-87104193-APN-SSAP#JGM del 15 de septiembre de 2021, a la que se adjuntó el mensaje 90/21 y el proyecto de ley que instituye el régimen de promoción de inversiones hidrocarburíferas, y establece un conjunto de modificaciones normativas claves para la matriz energética argentina".

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 condi-

ción 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 que hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

Bajo tal inteligencia, como quedó dicho, el decreto de necesidad y urgencia debe ser sometido al control posterior de validez y legalidad del Poder Legislativo, en su condición de órgano constitucional representativo de la voluntad popular y cuya función propia y exclusiva es la sanción de leyes.

3. 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 dicta 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 refrendar junto con el jefe de Gabinete de Ministros. Este último funcionario, además, debe remitir 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. Solo 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 277/22 ha sido decidido y refrendado en acuerdo general de ministros juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros.

Asimismo, está acreditado que el decreto 277/22 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, en conformidad con los correspondientes plazos. 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 hagan “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°; doctrina confirmada por CSJ, “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ nulidad de acto administrativo”, *Fallos*, 338:1048, 2015).

Asimismo, en “Cooperativa de Trabajo Fast Limitada”, la Corte requirió expresamente, para justificar la imposibilidad de seguir el trámite ordinario de las leyes, “que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan” (1°/11/2003, *Fallos*, 326:3180).

En concreto, entonces, para que el presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que –en principio– le son

ajenas, es necesario que sea imposible sancionar una ley formal 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 (CSJ, “Pino, Seberino y otros c/ Estado Nacional”, del 7 de octubre de 2021).

De esta forma, 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.

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.

4. Análisis del decreto 277/22

Para justificar la emisión, el presidente de la Nación sostuvo en los considerandos que “en el marco de la incertidumbre en precios y en condiciones de abastecimiento energéticos, generada por la crisis energética global, y en virtud del plazo de tiempo requerido para la puesta en marcha de proyectos de inversión productivos en el sector, resulta necesario el dictado de nueva normativa que se ocupe de las restricciones que operan sobre el mismo”.

Asimismo, observó que “en el marco de lo expresado, el Poder Ejecutivo nacional remitió al Honorable Congreso de la Nación la NO-2021-87104193-APNSSAP#JGM del 15 de septiembre de 2021, a la que se adjuntó el mensaje 90/21 y el proyecto de ley que instituye el régimen de promoción de inversiones hidrocarburíferas, y establece un conjunto de modificaciones normativas claves para la matriz energética argentina”.

La imposibilidad de cumplir con el trámite ordinario para la sanción de las leyes ha sido expresada, como se ve, como una petición de principio, de manera abstracta, dogmática y sin fundamento alguno. Más, ni siquiera fueron exhibidas detalladamente las razones para fundamentar la imposibilidad de reunión de las Cámaras. Este vicio quita toda legitimidad a la medida bajo examen, porque las meras afirmaciones dogmáticas no son suficientes para desvirtuar la “presunción de inconstitucionalidad” que afecta a los decretos de necesidad y urgencia (CSJ, *Fallos*, 333:636, voto de la doctora Argibay, considerando 11, y en igual sentido, *Fallos*, 331:2406, considerando 12). Por el contrario, los considerandos del decreto en cuestión son un típico ejemplo de una “fórmula ritual de marcada abstracción” que impide “todo contraste con la realidad” y hace “prácticamente imposible el control constitucional” (conf. STC de España, sentencia 68/2007).

Dicho de otro modo, el Poder Ejecutivo no ha cumplido con su obligación de justificar suficientemente la imposibilidad de seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes, explicitar cuáles son los intereses generales de la sociedad comprometidos y cuál es la directa relación entre la medida que se adopta y la salvaguarda de dichos intereses. De hecho, el decreto 277/22 fue dictado mientras las Cámaras del Congreso estaban en pleno funcionamiento, es decir, sesionando de manera normal y ordinaria.

Al respecto cabe recordar que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema, para que proceda la emisión de un decreto de necesidad y urgencia es preciso 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” (“Verrocchi”, *Fallos*, 322:1726, ya citado).

Para peor, el titular del Poder Ejecutivo reconoce en los considerandos del decreto que ha enviado al Congreso de la Nación un proyecto de ley que instituye un régimen de promoción de inversiones hidrocarburíferas y establece un conjunto de modificaciones normativas claves para la matriz energética argentina. Dicho en otros términos, admite que remitió un proyecto de ley al Congreso al tiempo que emitió un decreto de necesidad y urgencia que regula materia complementaria de aquel. El procedimiento llevado a cabo exhibe, por consiguiente, que no existía ninguna imposibilidad para enviar una iniciativa de ley al Congreso para regular aquello que estableció el decreto 277/22.

Además, salta a la vista que el decreto 277/22 crea un régimen que tiene vocación de permanencia y se inserta en el sistema normativo argentino. En efecto, el régimen cuenta con treinta y dos (32) artículos, divididos en cinco (5) capítulos. En otras palabras, el decreto 277/22 crea un típico sistema jurídico que, como tal, debe ser creado por ley formal. Es de toda evidencia entonces que un conjunto de previsiones, como el que dispuso el decreto 277/22, no puede ser consagrado mediante la decisión unilateral del presidente de la Nación, sino por la discusión y eventual sanción de las Cámaras del Congreso. Sobre todo, cuando al momento de la emisión del decreto las Cámaras estaban en funcionamiento y prueba suficiente de ello es que el Poder Ejecutivo remitió el 15 de septiembre de 2021 un proyecto de ley de materia complementaria del decreto bajo análisis.

La Constitución Nacional ha establecido determinadas formas y formalidades para que las decisiones del presidente sean válidas y tengan fuerza obligatoria. Deben constituir el ejercicio de una atribución o competencia propia del jefe de la Nación (artículo 99) y requieren del refrendo y legalización de los ministros y el jefe de Gabinete (artículo 100). La falta de

los requisitos prescritos por la Constitución priva de validez y eficacia a los actos del presidente (artículo 100, citado). Es decir, que las formas deben ser respetadas y no es posible recurrir indistintamente a cualquiera de los diferentes tipos de decreto que el titular del Poder Ejecutivo puede emitir. Más aún, las formas y procedimientos empleados para la sanción y para la puesta en vigencia de las normas legales son “de la mayor importancia” por cuanto expresan “el consentimiento de los diversos órganos” de gobierno; es así que la falta de “cualquiera de esas formas esenciales” hace que la norma “no sea tal o sea nula” (Joaquín V. González, *Manual de la Constitución argentina*, Ángel Estrada y Cia., Buenos Aires, 1971).

En definitiva, la mera “conveniencia” no resulta una circunstancia habilitante para el ejercicio de la facultad legislativa excepcional prevista en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, sino que por el contrario “el texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto” (*Fallos*, 333:633, considerando 12).

Ciertamente, entonces, como se ha dicho reiteradas veces, no se trata de que exista una “dificultad” para sancionar una ley, sino una verdadera “imposibilidad”, la cual no ha quedado acreditada en este caso y, de ahí, que deba ser rechazado.

5. Conclusión

Por los fundamentos expuestos, dado que se encuentran cumplidos los requisitos formales, pero no los sustanciales, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la invalidez del decreto del Poder Ejecutivo nacional 277 del 27 de mayo de 2022.

Decreto 277/22

Juan C. Pagotto.

II

Dictamen de minoría

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo –Ley 26.122–, prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional ha considerado el expediente C.D.-8-J.G.M.-2022 referido al decreto de necesidad y urgencia 277/22 de fecha 27 de mayo de 2022, publicado en el Boletín Oficial el 28 de mayo del mismo año, por el cual se crea el Régimen de Acceso a Divisas para la Producción Incremental de Hidrocarburos y el Aumento del Valor Agregado Nacional en el Sector.

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

Proyecto de resolución

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVEN:

Artículo 1° – Declarar la validez del decreto de necesidad y urgencia 277/22 de fecha 27 de mayo de 2022.

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, 8 de agosto de 2024.

Anabel Fernández Sagasti. – Mariano Recalde. – María T. M. González. – Ana C. Gaillard. – Ramiro Gutiérrez. – Vanesa R. Siley.

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 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.

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.

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, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

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

“CAPÍTULO CUARTO

”Atribuciones del Congreso

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

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

“CAPÍTULO QUINTO

”De la formación y sanción de las leyes

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

“CAPÍTULO CUARTO

*”Del jefe de gabinete
y demás ministros del Poder Ejecutivo*

”Artículo 100: [...]

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

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

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

Sin embargo, ella no ha previsto el trámite ni los alcances de la intervención del Congreso, sino que 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 ocho (8) senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras.

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

En este orden de ideas, es criterio de esta comisión plantear un razonamiento amplio al analizar las circunstancias de carácter excepcional que operan como supuesto fáctico-jurídico-político que autoriza el empleo del instituto del decreto de necesidad y urgencia.

De Vega García afirma con acierto que la función del supuesto fáctico es doble, porque por una parte se constituye en la situación de hecho –la necesidad urgente– habilitante para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer las facultades legislativas indispensables e inevitables para la solución de la crisis; por otro lado, esta situación de hecho se convierte también en condición de contenido de la norma de necesidad y urgencia, “porque parece lógico que sus preceptos con-

tengan la respuesta más adecuada al supuesto que el gobierno alega al dictar este tipo de instrumentos”.¹

Es de vital importancia esta definición, ya que serán luego los órganos de control quienes deberán valorar si se han reunido los requisitos en el supuesto de hecho que autoriza al Poder Ejecutivo a hacer uso de dicha facultad.

La doctrina en general se refiere al supuesto fáctico como aquel acontecimiento o situación que determina la emergencia que ocasiona la crisis institucional que impide al Poder Ejecutivo ejercer sus facultades constitucionales de un modo más adecuado, llevando al estado de necesidad política que desemboca en la asunción de dichas facultades por parte del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, Pérez Hualde y Legaz Lacambra entienden que existe aun un supuesto previo que es el de la vigencia de un sistema republicano que contemple en especial uno de los requisitos básicos, como lo es el principio de división de poderes.

En conclusión, al supuesto fáctico lo precede un supuesto institucional complejo que se compone de la existencia de un sistema con división de poderes o de funciones de distintos órganos y con un procedimiento de elaboración de leyes. Si no existen estos antecedentes, no se dará la posibilidad de existencia del decreto de necesidad y urgencia.

Superado este debate doctrinario, el dictado del Poder Ejecutivo de normas de rango legislativo so pretexto de la existencia de una situación de hecho que impide el pronunciamiento por parte del órgano al cual, según la Constitución, le corresponde actuar, no es un fenómeno novedoso para el derecho político.

Entre sus antecedentes más antiguos, se detecta la presencia de estos instrumentos en la Carta de Restauración Francesa y en la Ley Fundamental de Prusia de 1850.

Asimismo, son numerosas las Constituciones europeas que han contemplado la posibilidad de existencia de aquellas situaciones extraordinarias de necesidad y urgencia, estableciéndolas en sus textos en forma expresa, tales como la Constitución de la República Española y, en Sudamérica, las Constituciones de Brasil, Colombia y Perú, entre otras.

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

La norma precitada establece como presupuesto para dictar decretos de necesidad y urgencia la existencia de “circunstancias excepcionales” que “hacen imposible recorrer el procedimiento legislativo”.²

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.³

Por su parte, la convalidación del dictado de este tipo de decretos vino de la mano de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del caso “Peralta”,⁴ ya que se le reconoció expresamente al presidente de la Nación la facultad de dictar este tipo de normas.

En el caso precitado, los actores iniciaron una acción de amparo ante el dictado del decreto 36/90, que convertía los contratos bancarios a plazo fijo en bonos de deuda pública (Plan BONEX).

Sin embargo, a pesar de su reconocimiento jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia impuso una serie de reglas que debe contener el dictado de este tipo de decretos por parte del órgano administrador para su procedencia.

Estas circunstancias fácticas que debían configurarse eran: “...una situación de grave riesgo social que pusiese en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado —esta constituirá la causa por la cual se considera válido el decreto— [...] razonabilidad de las medidas dispuestas [...] relación entre los medios elegidos por la norma y los fines de esta [...] examen de la proporcionalidad de las medidas y el tiempo de vigencia de ellas [...] inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados [...] convalidación del Congreso, expresa o tácita...”.

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

Puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo, fundado en dos razones fundamentales: a) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; b) porque ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en el decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados (considerando 24).

La Corte ha caracterizado al supuesto fáctico habilitante para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia como “una situación de grave riesgo social

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

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

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

4. *La Ley*, 1991-C:158.

frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas” (considerando 24).

En este sentido, la Corte Suprema definió la emergencia económico-social como aquella “situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad que hay que ponerle fin” (considerando 43).

Asimismo, el alto tribunal consideró la razonabilidad de la medida atendiendo a “la circunstancia de que los medios arbitrados no parecen desmedidos en relación a la finalidad que persiguen” (considerando 48).

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

Conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Nacional,¹ controlará la razonabilidad de la medida, que consiste en la adecuación de los medios dispuestos con los fines que se pretenden lograr, exigiendo que en las normas de emergencia exista una proporcionalidad entre las limitaciones impuestas y las circunstancias extraordinarias que se pretenden superar, sin que se produzca una alteración en la sustancia de los derechos constitucionalmente reconocidos.

El criterio expuesto por la CSJN respecto de su facultad de ejercer el control de constitucionalidad con relación a los decretos de necesidad y urgencia ha sido variable.

Mientras en el caso “Peralta” convalidó el dictado de este tipo de decretos y estableció los presupuestos fácticos que deben concurrir para la procedencia de su dictado, en el caso “Rodríguez”,² la CSJN se refirió a la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y a su control político en cabeza del Poder Legislativo. Se discutió quién posee la atribución jurisdiccional para controlar este tipo de decretos.

Asimismo, consideró que los legisladores que habían interpuesto la acción de amparo carecían de legitimación activa; lo mismo sostuvo respecto del defensor del pueblo, pero consideró que el jefe de Gabinete tenía legitimación para actuar.

En esta oportunidad, la CSJN defendió la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y de su control político en cabeza del Poder Legislativo. Sostuvo que la jefatura de grado carecía de jurisdicción para intervenir en el caso por ausencia de gravamen, caso, causa o controversia, pues decidió sobre un conflicto que –por su naturaleza– es ajeno a la resolución judi-

cial, mediando –en consecuencia– una invasión de la zona de reserva de otro poder (considerando 6°).

Sin embargo, a pesar de lo dicho precedentemente, consideró que ello no implica una convalidación del decreto (de necesidad y urgencia) 842/97 “en tanto que esa norma, como integrante del ordenamiento jurídico, es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales –antes, durante o después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuese la suerte que corriese ese trámite– siempre que, ante un ‘caso concreto’ –inexistente en la especie–, conforme las exigencias del artículo 116 de la Constitución Nacional, se considere en pugna con los derechos y garantías consagrados en la Ley Fundamental” (considerando 23).

Es decir, que limita la facultad de control del Poder Judicial ante la presencia de agravio concreto (examina si se cumplieron los requisitos formales de procedencia y el límite material), siendo el Congreso –depositario de la voluntad popular– a quien la Constitución Nacional le atribuye la excluyente intervención en el contralor de los DNU (considerando 17).

En este caso, la CSJN renunció expresamente a ejercer el control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, con base en la falta de caso y carencia de agravio concreto.

En cambio, en el caso “Verocchi”³ cambia el criterio sostenido en el fallo precedente y declara la inconstitucionalidad de los decretos (de necesidad y urgencia) 770/96 y 771/96, emitidos por el Poder Ejecutivo nacional en 1996, que suprimían la percepción del salario familiar a aquellas personas que cobren más de mil pesos.

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

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

En el considerando 9° analiza las dos circunstancias habilitantes para el dictado de este tipo de normas, de conformidad con el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y sostiene que “corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de este tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia...”.

1. Artículo 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

2. *La Ley*, 1997-E:884.

3. “Verocchi, Ezio D. c/ Administración Nacional de Aduanas”, CS, 1999/08/19, *Fallos*, 322:1726, *La Ley*, 1999-E:590.

En el considerando 11, la CSJN sostuvo que la carencia de ley que regule el trámite y alcances de la intervención del Congreso exigía una mayor responsabilidad por parte del Poder Judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad, por lo cual confirma la sentencia del a quo que declaraba inconstitucionales los decretos 770/96 y 771/96. En el presente caso ejerció un control amplio de las circunstancias fácticas y jurídicas del dictado del decreto en cuestión.

En el caso “Risolia de Ocampo”,¹ se declararon inconstitucionales varios artículos del DNU 260/97, que disponía el pago en cuotas de las indemnizaciones por accidentes de tránsito ocasionados por el transporte público de pasajeros, con invocación de la emergencia económica de esas empresas y de las aseguradoras.

El fundamento central para descalificar esta normativa fue que protegían intereses de individuos o grupos, no intereses generales de la sociedad.

De esta forma, la CSJN, en el caso precitado, agregaba un requisito más a la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia: la protección de intereses generales de la sociedad.

En el caso “Guida”,² la CSJN se pronunció por la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 290/95, que había dispuesto la reducción de los salarios de los agentes de la administración pública.

Uno de los principales argumentos de la Corte para declarar la constitucionalidad del decreto precitado fue su ratificación mediante la sanción de la ley 24.624.

A juicio de la CSJN, dicha ratificación importaba la intervención del Congreso en los términos que señala la Constitución y un reconocimiento de la emergencia invocada por el Poder Ejecutivo nacional.

Los ministros Nazareno, Moliné O’Connor y López, que integraron la mayoría, coincidieron en la legitimidad de la medida, pues sostuvieron que “...la ratificación del decreto de necesidad y urgencia 290/95 mediante el dictado de la ley 24.624 traduce, por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de una situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo a favor de la regularidad de dicha norma. Ese acto legislativo es expresión del control que –en uso de facultades privativas– compete al Congreso de la Nación conforme al artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, pues la sanción de la ley 24.624 demuestra que el tema fue considerado por ambas Cámaras, como lo exige el precepto constitucional, las que se pronunciaron en forma totalmente coincidente

con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo nacional al enfrentar la crisis...” (considerando 6°).

En el caso precitado, el voto del ministro Carlos Fayt señaló que “tal como lo recordó el tribunal en la causa ‘Verrocchi’ (Fallos, 322:1726), para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer válidamente facultades legislativas que en principio le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser remediada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes. Esta última es la situación que debe entenderse presente en el caso...” (considerando 6°).

“Que la doctrina elaborada por esta Corte en torno a la nueva previsión constitucional no difiere en lo sustancial del recordado precedente de Fallos, 313:1513. Sin embargo, en este último se valoró el silencio del Poder Legislativo como una convalidación tácita con consecuencias positivas (considerando 25). Nada de ello, en cambio, sería en principio posible de afirmar hoy, frente al ineludible quicio constitucional que condiciona estrictamente la existencia misma de la voluntad del Congreso en su manifestación positiva (artículo 82 de la Constitución Nacional). No obstante, de esta regulación minuciosa de una facultad que por definición se considera existente, no podría derivarse como conclusión que la ausencia de reglamentación legal del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional deje inerte a la sociedad frente a las situaciones que el propio texto constitucional ahora prevé como excepcionales y, por tanto, merecedoras de remedios del mismo carácter” (considerando 7°).

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

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

1. “Risolia de Ocampo, María José c/ Rojas, Julio César s/ ejecución de sentencia”, CS, Fallos, 323:1934.

2. “Guida Liliana c/ Poder Ejecutivo s/ empleo público”, CS, Fallos, 323:1566.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Marienhoff afirma que el reglamento autónomo es dictado por el Poder Ejecutivo en materias acerca de las cuales tiene competencia exclusiva de acuerdo a textos o principios constitucionales. Sostiene que, así como existe una zona de reserva de la ley que no puede ser invadida por el poder administrador, también hay un ámbito de competencias, reservado a la administración, en la cual el Poder Legislativo no puede inmiscuirse, como consecuencia del principio de separación de los poderes.

Con la Reforma Constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados,¹ 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.²

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.³

Conforme al análisis realizado ut supra, este precepto faculta al Poder Ejecutivo a emitir decretos por razones de necesidad y urgencia, cuando se produzcan “circunstancias excepcionales” que “...hicieran imposible seguir los trámites previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”.⁴

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

2. 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.

3. 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 de 1853/60.

4. 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

II. Objeto

Se somete a dictamen de esta comisión el decreto de necesidad y urgencia 277/22, de fecha 27 de mayo de 2022, por el cual se crea el Régimen de Acceso a Divisas para la Producción Incremental de Hidrocarburos y el Aumento del Valor Agregado Nacional en el Sector.

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”.

III. Análisis de los requisitos formales y sustanciales

1. Aspectos formales

La lectura del artículo 100, inciso 13, de la Constitución Nacional permite distinguir como requisitos formales: a) la firma del señor jefe de Gabinete de Ministros y b) el control por parte de la Comisión Bicameral Permanente.

En igual sentido, el artículo 99, inciso 3, referido a las atribuciones del Poder Ejecutivo en el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, permite inferir como requisitos sustanciales que habilitan dicha vía que “...no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos [...] los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”.

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.¹

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,

la capacidad del presidente para legislar sobre facultades e instituciones e incluso sobre la propia Constitución.

1. 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.

párrafos tercero y cuarto, 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

Por medio del expediente C.D.-8-J.G.M.-2022, 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 277/22 por el cual se crea el Régimen de Acceso a Divisas para la Producción Incremental de Hidrocarburos y el Aumento del Valor Agregado Nacional en el Sector.

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto de necesidad y urgencia 277/22.

El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia –en los considerandos del decreto en cuestión– que el mismo se dicta en uso de las atribuciones emergentes del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y de la ley 26.122.

Resulta pertinente destacar las palabras vertidas en el trabajo elaborado por Jorge Carlos Albertsen, en el cual se señala que “existe una marcada diferencia entre el dictado, por parte del Poder Ejecutivo, de una disposición de carácter legislativo, cuando la misma ha sido dictada en virtud de la circunstancia excepcional que prevé el tercer párrafo del inciso 3 del artículo 99 y cuando la misma es el resultado del ejercicio de una delegación legislativa. En el primer caso no existe una actuación previa del Congreso, mientras que, en el segundo, este ya ha puesto de manifiesto su voluntad de transferir su potestad al Poder Ejecutivo, respecto a una materia determinada, con plazo para su ejercicio y de conformidad con ciertas bases. Esta circunstancia justifica que el control de la Comisión Bicameral Permanente sea mayor en el caso de los decretos de necesidad y urgencia (en los que el Poder Ejecutivo ha dictado la disposición motu proprio) que en el caso de la delegación legislativa (a través de la que el Poder Legislativo le ha encomendado al Poder Ejecutivo el dictado de una ley, estableciendo las “bases de la delegación”). En el primer caso el Congreso tiene una participación ex post, mientras que en el segundo tiene una participación ex ante”.

Mediante este decreto de necesidad y urgencia se crea el Régimen de Acceso a Divisas para la Producción Incremental de Hidrocarburos y el Aumento del Valor Agregado Nacional en el Sector que permitió, entre otras cosas, que las empresas productoras de petróleo y gas que obtuvieran una producción incremental en comparación con la del año anterior gocen de beneficios para el acceso a las divisas que posibilite el impulso de nuevas inversiones en el sector, potencian-

do de esta manera el desarrollo de nuevos yacimientos y una mayor industrialización del gas natural, del petróleo crudo y de sus derivados, priorizando siempre el agregado regional y nacional en la cadena de valor de la actividad.

Concretamente se crearon los siguientes regímenes: i. Régimen de Acceso a Divisas para la Producción Incremental de Petróleo (RADDIP); ii. Régimen de Acceso a Divisas para la Producción Incremental de Gas Natural (Radpign); iii. Régimen de Promoción del Empleo, del Trabajo y del Desarrollo de Proveedores Regionales y Nacionales de la Industria Hidrocarbúfera.

En cuanto al denominado Régimen de Acceso a Divisas para la Producción Incremental de Petróleo (RADDIP), serán beneficiarios los sujetos inscriptos en el Registro de Empresas Petroleras del Estado nacional que sean titulares de concesiones de explotación de hidrocarburos.

Para la obtención de los beneficios deberán adherirse a este régimen, obtener una producción incremental de petróleo crudo, dar cumplimiento al Régimen de Promoción del Empleo, del Trabajo y del Desarrollo de Proveedores Regionales y Nacionales de la Industria Hidrocarbúfera y a las obligaciones previstas en el decreto 892/20, publicado en el Boletín Oficial el 16 de noviembre de 2020, que creó el Plan de Promoción de la Producción del Gas Natural Argentino - Esquema de Oferta y Demanda 2020-2024.

A los efectos de determinar el cumplimiento de la producción incremental establece que se tomará como línea base a la producción total de petróleo crudo acumulada en el año 2021 que incluya todas las áreas concesionadas por el beneficiario del que se trate, especificando que en el caso de productores de crudo con densidad American Petroleum Institute (API) inferior a treinta grados se aplicará un factor de reducción del 10 % a todo el volumen de petróleo crudo que cumpla con tales especificaciones técnicas.

En consecuencia, la producción incremental anual será la resultante de la diferencia entre la producción efectiva de los últimos doce meses y lo que se hubiera determinado como línea base, según las diferentes previsiones que establece el decreto bajo análisis. De este modo, la cuarta parte de esa producción conformará la producción incremental trimestral de cada sujeto beneficiario. Así, el 20 % de esta producción será el volumen de producción incremental beneficiado (VPIB), es decir, aquella porción sobre la que se determinarán los beneficios y, concretamente, el acceso al mercado libre de cambios (MLC) sin necesidad de conformidad previa del Banco Central de la República Argentina, para destinar las divisas al pago de capital e intereses de pasivos comerciales o financieros con el exterior, al pago de utilidades y dividendos y/o a la repatriación de inversiones directas de no residentes. Cabe destacar que a los efectos de cuantificarse los beneficios el volumen de producción incremental

beneficiado se valorará sobre la base de la cotización promedio de los últimos doce meses del “Ice Brent primera línea”, neto de derechos de exportación.

Por último, cabe señalar que el decreto prevé que ese porcentaje del 20 % podrá incrementarse en los siguientes supuestos: por cobertura del mercado interno de petróleo crudo; por contrarrestar el declino técnico de la producción proveniente de cuencas, áreas o regiones con explotación convencional; por obtención de producción incremental de petróleo a partir de pozos de baja productividad o que previamente hubieran estado inactivos o cerrados en asociación con terceros recuperadores, previéndose incrementos adicionales si estos fueran de origen nacional o regional; por contratación de servicios de fractura de empresas regionales o nacionales; o por incremento de la inversión en exploración y explotación de petróleo en áreas marginales o localizadas en regiones o cuencas con producción convencional exclusiva en proceso de declinación productiva, siempre que se hiciera una inversión que en ningún caso deberá ser inferior a u\$s 5.000.000.

En similar sentido, serán sujetos beneficiarios del Régimen de Acceso a Divisas para la Producción Incremental de Gas Natural (Radpign) quienes formulen su adhesión y que, a su vez, sean adjudicatarios en cumplimiento de volúmenes de inyección de gas natural base sobre 365 días al año, en las subastas o concursos de precios del Plan de Promoción de la Producción del Gas Natural Argentino - Esquema de Oferta y Demanda 2020-2024 o en las sucesivas subastas y concursos de precios para el abastecimiento de la demanda interna de gas natural. Asimismo, se requiere la obtención de niveles de inyección incremental como así también el cumplimiento del Régimen de Promoción del Empleo, del Trabajo y del Desarrollo de Proveedores Regionales y Nacionales de la Industria Hidrocarbúfera.

A los efectos de establecer la inyección incremental se define como línea base de inyección al volumen de inyección diaria promedio anual de gas natural correspondiente al año 2021 que hubiera sido efectivamente inyectado por el beneficiario en algún punto de ingreso al sistema de transporte argentino de gas natural. Así, sobre este valor de referencia se calculará la inyección incremental de cada beneficiario, siendo este el promedio diario excedente.

Cabe destacar que sobre esta producción incremental la autoridad de aplicación determinará lo que el decreto denomina volumen de inyección incremental beneficiado, el que será equivalente al 30 % y valuado según el precio promedio ponderado de exportación de los últimos doce meses del conjunto del sistema, neto de derechos de exportación.

Sobre esta porción serán determinados los beneficios del régimen en relación al acceso al mercado libre de cambios (MLC) sin necesidad de conformidad previa del Banco Central de la República Argentina,

divisas que podrán ser destinadas al pago de capital e intereses de pasivos comerciales o financieros con el exterior, al pago de utilidades y dividendos y/o a la repatriación de inversiones directas de no residentes.

A su vez, el régimen prevé que el valor beneficiado podrá incrementarse en los siguientes supuestos: por cobertura del mercado interno de gas natural; o por haber contrarrestado el declino técnico ajustado de la inyección proveniente de cuencas, áreas o regiones con explotación convencional.

Como se señalara anteriormente, para acceder a los beneficios previstos en el decreto bajo análisis en materia de acceso al mercado libre de cambios los sujetos beneficiados deberán dar efectivo cumplimiento al Régimen de Promoción del Empleo, del Trabajo y del Desarrollo de Proveedores Regionales y Nacionales de la Industria Hidrocarburífera creado por el presente decreto.

Así, los sujetos beneficiados deberán someter para su aprobación al Ministerio de Desarrollo Productivo y a la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía planes de desarrollo de proveedores regionales y nacionales que, entre otras cosas, deberán contener: procedimiento de incorporación de proveedores nacionales, un plan de abastecimiento de las contrataciones de bienes y servicios, un sistema de normas y certificaciones aplicado por las empresas para acceder como proveedoras regionales y nacionales y ser elegibles para obtener contrataciones, mecanismos de financiamiento preferencial para proveedores de origen regional y nacional, y metas y objetivos expresos y mensurables sobre la participación y el desarrollo de proveedores regionales y nacionales.

Por otra parte, quienes resulten beneficiarios deberán dar efectivo cumplimiento a un esquema de contratación que bajo determinadas circunstancias priorice las ofertas de provisión de bienes y/o servicios de origen regional y nacional.

Cabe destacar que todas estas previsiones deberán ser puestas en práctica de conformidad con el principio de utilización plena y sucesiva, regional y nacional, de las facilidades en materia de empleo y contratación de trabajadores y trabajadoras y provisión directa de servicios por parte de pymes y empresas regionales.

Por último, a los efectos de realizar la evaluación y el seguimiento de este régimen específico destinado a fomentar el empleo y el desarrollo de proveedores regionales y nacionales de la industria hidrocarburífera, se crea una comisión específica que estará integrada por representantes de las áreas del Poder Ejecutivo nacional con competencia en la materia (Secretaría de Energía del Ministerio de Economía, Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa del Ministerio de Desarrollo Productivo, Secretaría de Política Económica del Ministerio de Economía, del Ministerio del Interior y del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación) como así también por representantes de las provincias, de las

organizaciones de trabajadores y trabajadoras, de asociaciones empresarias proveedoras de bienes y servicios y de las organizaciones de empresas productoras de hidrocarburos que resultara beneficiarias.

Este decreto de necesidad y urgencia se ha dictado en un contexto de déficit permanente de la balanza comercial energética, situación que generó la necesidad de abastecer el mercado interno de gas natural y de petróleo crudo con la producción de los yacimientos propios.

Por otra parte, existía a nivel global una crisis energética que se vio agravada por el conflicto bélico entre Rusia y Ucrania, lo que generó escasez mundial de energía como así también incertidumbre en los precios y las condiciones de abastecimiento los países.

Por esto, resultó imprescindible la creación de instrumentos normativos que de manera rápida y eficiente puedan operativizar esquemas que permitan de desarrollo de las capacidades del sector hidrocarburífero de nuestro país, incrementando la producción y, en consecuencia, posibilitando el autoabastecimiento de gas natural y petróleo y permitiendo, a su vez, una mejora de la balanza comercial y de las finanzas públicas.

Cabe destacar que frente a ese contexto mundial de escasez energética, la República Argentina cuenta con la segunda mayor reserva de shale gas, ubicándose detrás de China, y la cuarta de shale oil del mundo, detrás de Estados Unidos, Rusia y China. Particularmente, entre todas las formaciones, Vaca Muerta es la que reviste una mayor importancia, con casi 308 billones de pies cúbicos de gas (38 % del total) y 16,22 mil millones de barriles de petróleo no convencional (un 60 %), lo que la coloca entre las de mayor importancia a nivel global.

Sobre este aspecto, resulta necesario señalar que a través del decreto 76/22, se ha avanzado con la concesión del gasoducto "Presidente Néstor Kirchner", la obra de infraestructura de mayor relevancia en materia de transporte de las últimas décadas que de manera estratégica permitirá promover el desarrollo, el crecimiento de la producción y el abastecimiento de gas natural, contribuyendo así a asegurar el suministro de energía y a garantizar el abastecimiento. En este sentido, el incremento de la producción que se propicia a través del decreto bajo análisis será clave para la utilización de esta nueva capacidad instalada.

En definitiva, la imperiosa necesidad de contar con herramientas tendientes a lograr el autoabastecimiento de hidrocarburos, a garantizar el desarrollo económico con equidad social y a fortalecer el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y las regiones constituye una circunstancia excepcional que evidencia la necesidad de otorgar una solución normativa inmediata y urgente ante la imposibilidad de obtener una solución oportuna mediante el cumplimiento de los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de la leyes. En consecuencia, resulta válido el ejercicio excepcional de facultades

legislativas por parte del Poder Ejecutivo, toda vez que se ha verificado la existencia del supuesto fáctico habilitante para el dictado de decretos de necesidad y urgencia, de conformidad con los lineamientos establecidos por el inciso 3 del artículo 99 de la Constitución Nacional y con las interpretaciones realizadas por el máximo tribunal anteriormente reseñadas.

IV. *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 277/22, siendo que la naturaleza excepcional de la situación planteada hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por

la Constitución Nacional para la sanción de las leyes y todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 26.122, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la validez del decreto del Poder Ejecutivo nacional 277/22 de fecha 27 de mayo de 2022.

Decreto 277/22

Ana C. Gaillard.

ANTECEDENTE

El expediente 8-J.G.M.-2022 podrá consultarse en la página web de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, en el [Trámite Parlamentario N° 66/22](#).