

Doctrina

Casos “fáciles” y casos “difíciles” en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre DNU

A propósito del DNU 70/2023



Alberto B. Bianchi

Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo.

SUMARIO: I. Planteo.— II. Una aclaración preliminar.— III. La jurisprudencia de la Corte Suprema.— IV. La necesidad y urgencia: ¿cuestión política o cuestión justiciable?— V. El DNU 70/2023 en este contexto.— VI. Conclusiones.

I. Planteo

Como era de esperar, el dec. 70, de diciembre de 2023 (DNU 70/2023) (1) ha reavivado el avispero de los decretos de necesidad y urgencia (DNU). Se trata de una norma extensa, profunda y provocativa, que ya ha dado lugar a encendidos debates doctrinarios y a varios pronunciamientos judiciales en las instancias inferiores, que seguirán sumándose a medida que avancen las causas ya iniciadas y se planteen otras nuevas. Nada ha dicho, hasta el momento, la Corte Suprema e interesa, entonces, analizar cómo podrían o deberían ser aplicados los principios constitucionales ya establecidos por aquella, en una realidad tan compleja como la actual.

A tal fin, el primer objetivo de este trabajo es revisar la jurisprudencia existente hasta la fecha. Ciertamente no daría muchos frutos, a esta altura, hacerlo en forma puramente descriptiva. Es por ello que ello he dividido los casos que la conforman en dos grupos

diferentes: el de los casos fáciles y el de los difíciles. Reconozco que esta clasificación, que luego explicaré con más detalle, no es jurídica, ni muy científica, pero es práctica a los fines de poner de manifiesto la diferente actitud de la Corte frente a unos casos y otros. En los primeros, se comporta como una auténtica cátedra de Derecho Constitucional, con una ortodoxia tan prístina y perfecta que sorprendería al mismo Alberdi. En los segundos, sin renunciar formalmente a estos principios, encuentra salidas que evitan derrumbar un régimen jurídico en el cual el Poder Ejecutivo ha puesto mucho en juego.

Es una incógnita en cuál de estos grupos la Corte ubicará el DNU 70/2023. Si se le aplicaran los impecables principios establecidos en los casos fáciles, seguramente no pasaría el test de constitucionalidad. Por el contrario, si acudiera a algunas de las soluciones que resultan de los casos difíciles, el DNU tendría expectativas de sobrevivir.

En segundo lugar, me parece necesario precisar en qué momento la Corte, y los jueces en general, deben analizar la existencia de la “necesidad y urgencia” (2) y, más exactamente, si este examen puede hacerse antes de que el Congreso mismo determine si, efectivamente, habría podido o no, sancionar la ley que los DNU pretenden sustituir. Como parte de este análisis, es necesario determinar también, si la existencia de necesidad y urgencia puede o debe ser considerada una cuestión política o si, por el contrario, se trata de una cuestión justiciable.

II. Una aclaración preliminar

Antes de entrar en los dos temas propuestos, creo necesario repetir aquí, que la incorporación de los DNU en la Constitución por medio del art. 99(3), no ha resultado ser la más feliz de las reformas introducidas en 1994 (3). Ciertamente los convencionales enfrentaban en ese momento un dilema,

entendido este como una situación que no tiene respuestas o soluciones fáciles, pues ambas pueden ser positivas o negativas (4). Pues bien, el dilema planteado por DNU tenía dos soluciones negativas.

Conscientes de que en la Argentina la emergencia siempre está presente y de que el ordenamiento jurídico, en su conjunto, tiene que hacerse cargo de ella, a fin de intentar contener las distorsiones profundas que la misma produce en todas las relaciones jurídicas, los constituyentes de 1994, ante los DNU, debían optar entre (a) darles cabida constitucional o (b) no dársela. Si optaban por lo primero, generaban un enclave constitucional para una práctica que el Poder Ejecutivo venía ejerciendo intensamente con un fuerte impacto en la separación de poderes (5), pero, al menos, le imponían ciertos límites y controles. Si elegían lo segundo, dejaban sentado —al menos implícitamente— que los DNU no tienen cabida constitucional, pero con el riesgo de que el empleo de estos continuara, de hecho, sin freno alguno.

Optaron por lo primero, dándoles a los DNU “carta de ciudadanía constitucional”, tal como ha sostenido Cassagne, admitiendo que ello tiene ventajas, pero presenta también riesgos e inconvenientes (6). En lugar de guiarse por una postura principista, la reforma de 1994 prefirió resignar cierta ortodoxia en aras de que la Constitución impusiera a los DNU límites y controles. Nació así el art. 99(3), que habilita al Poder Ejecutivo a dictar DNU “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 de los partidos políticos”. Esta cláusula, como vemos, establece tres requisitos: (a) que haya “circunstancias excepcionales”; (b) que las mismas “hagan imposible” el proceso legislativo ordinario y (c) que la materia no sea penal, tributaria, electoral o de los partidos políticos. Así, la reunión de los dos primeros requisitos configura la “necesidad y urgencia” que habilita el DNU (7), siempre y cuando no se trate de una de las cuatro materias prohibidas (8).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) BO del 21/12/2023.

(2) Entendida como las “circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”, conforme la definición del art. 99(3).

(3) Ver: BIANCHI, Alberto B., “El megadecreto de Milei frente al espejo de la Constitución”, diario La Nación del 23/12/2023.

(4) Según el Diccionario de la Lengua Española un dilema es la “situación en la que es necesario elegir entre dos opciones igualmente buenas o malas”. <https://dle.rae.es/dilema?m=form>. Es famoso el dilema

que Protágoras planteó a su discípulo Evalto en la antigua Grecia. Hábil sofista, Protágoras había enseñado retórica a Evalto con el compromiso de que este le pagara cuando ganara su primer pleito. Pasado el tiempo Evalto no había tenido ningún caso, de modo tal que Protágoras lo intimó: o me pagas o te demandaré, le dijo. Si pierdes tendrás que pagarme y si ganas también, pues habrás ganado tu primer pleito. Evalto, que resultó ser un buen alumno, le respondió: si gano el juez dispondrá que no te pague, y si pierdo no tendré por qué pagarte. Vid. GARCÍA VENTURINI, Jorge L., “Historia General de la Filosofía”, Guadalupe, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 53.

(5) El caso más crítico antes de la reforma constitucional,

había sido el del dec. 36/1990, al cual la Corte le había dado un amplio respaldo en el caso Peralta c. Estado Nacional, Fallos 313-1513 (1990).

(6) CASSAGNE, Juan Carlos, “Curso de Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2021, 13ª ed., t. I, p. 202.

(7) Ambos requisitos deben darse simultáneamente, conforme explica Cassagne, Juan Carlos, “Curso de Derecho Administrativo”, ob. cit., p. 201.

(8) A estos requisitos de fondo se le agregan los de forma. El mismo art. 99(3) establece a continuación que: (a) los DNU “serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”; (b) “El jefe de

Jurisprudencia Agrupada

[La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de decretos de necesidad y urgencia](#)



Gisela Cosenza Salort

A diferencia de la Convención, el Congreso, al reglamentar el art. 99(3), no enfrentaba dilema alguno. Lejos de tener que optar entre dos soluciones negativas, su obligación ineludible era limitar los DNU todo lo posible, pues la habilitación constitucional para dictarlos es muy estrecha. Sin embargo, la ley 26.122 (9), hizo todo lo contrario. Allanó imprudentemente el camino para que el Poder Ejecutivo continuara a sus anchas con el festival de DNU.

En primer lugar, la ley no fija plazo alguno para que las Cámaras se expidan una vez elevado el dictamen de la Comisión Bicameral. Esta omisión es grave a mi juicio y, en parte, se debe a un defecto del 99(3). Esta norma establece dos plazos de 10 días. El primero para que el Jefe de Gabinete remita el DNU a la Comisión Bicameral Permanente y el segundo para que esta dictamine. Sin embargo, no se fija un plazo para que la Cámara se expida. Solo dice que deberán hacerlo “de inmediato”. Este mandato, muy impreciso (10), fue aprovechado por la ley 16.122, para no imponer plazo alguno al respecto, limitándose a repetir que las cámaras deben expedirse “de inmediato” (art. 21) y, de tal manera, permite dilatar discrecionalmente la decisión, mientras el DNU produce sus efectos, los que pueden mantenerse, incluso, luego de su rechazo pues, si bien este equivale a la derogación del DNU, el art. 24 establece que no pueden ser afectados los derechos adquiridos durante su vigencia.

En segundo lugar, se exige un rechazo expreso del DNU. Nuevamente aquí la ley reglamentaria ha facilitado la permanencia de los DNU, cuando lo correcto hubiera sido que se fijara un plazo para que las Cámaras se expidieran, cuyo vencimiento implicara, tácitamente, el rechazo del DNU, tal como dispone, por ejemplo, la Constitución italiana, que además exige que las relaciones jurídicas surgidas de los decretos rechazados sean reguladas por una ley (11).

A todo ello debe sumarse, en tercer lugar, que no basta con el rechazo de una Cámara, sino que ambas deben expedirse expresamente en tal sentido. Así lo establece el art. 24.

En síntesis, todas las opciones que tenía el Congreso para diseñar el control legislativo de los DNU fueron ejercidas en favor de la vigencia y mantenimiento de estos. Así (a) no se estableció plazo alguno para que las cámaras se expidieran; (b) en lugar de permi-

tir un rechazo tácito, se requiere un rechazo expreso y (c) para derogar el DNU se exige el rechazo de ambas cámaras, cuando debería haber sido suficiente el de una sola. Todo ello indica que la ley 26.122 adolece de fallas constitucionales inexcusables, tal como ha señalado la doctrina (12).

III. La jurisprudencia de la Corte Suprema

III.1. Casos “fáciles” y casos “difíciles”

Dije al comienzo que la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de DNU puede dividirse o clasificarse en dos grupos o vertientes (a) la de los casos “fáciles” y (b) la de los casos “difíciles”.

Precisando lo dicho anteriormente, los primeros son aquellos en los que el DNU posee alguna de estas características: (a) no se ha dictado con los recaudos formales establecidos en el art. 99(3); (b) invade alguna de las cuatro materias prohibidas; (c) ha sido ratificado por una ley posterior o por resoluciones de ambas cámaras; (d) es clara y evidente la ausencia de necesidad y urgencia; (e) tiene escasa importancia jurídica; (f) su declaración de inconstitucionalidad no tiene impacto político, económico o social y (g) su contenido, por el fondo, es manifiestamente inconstitucional. Los segundos son aquellos en los cuales no se da alguna de las características indicadas en (d), (e), (f) y (g).

III.2. Los casos “fáciles”

Cronológicamente, el primer caso “fácil” producido por un DNU, luego de la reforma de 1994, fue “Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía” (13), donde se planteó la inconstitucionalidad de los 2736/1991 (14) y 949/1992 (15), que habían extendido el impuesto a la cinematografía, creado por la ley 17.741, a los video clubs y a la exhibición de películas, cualquiera fuese su género, por los canales de televisión abierta o por cable. Si bien a la fecha de estos decretos no existía todavía el art. 99(3), el último considerando del dec. 2736/1992 decía que “el Poder Ejecutivo Nacional, además de las facultades que le confiere el art. 86 de la Constitución Nacional, puede ejercer atribuciones legislativas cuando la necesidad se hace presente y la urgencia lo justifica”, y la Corte los consideró incluidos en el art. 99(3) al decir que “la propia recurrente ha precisado que aquellos pertenecen a la categoría

de normas denominadas de ‘necesidad y urgencia’” (16).

Al decretar la inconstitucionalidad de los citados decretos, la Corte dijo: “[...] surge con claridad que el Poder Ejecutivo, mediante un decreto, ha extendido el hecho imponible creado por una ley a otro hecho imponible que es distinto y nuevo, aun cuando guarda relación con el primero, pues ambos se vinculan con la actividad cinematográfica, bien que de modo diverso (17) [...] se deriva directamente del principio de legalidad en materia impositiva [...] la limitación constitucional infranqueable que supone esa materia para los decretos referidos, aun cuando se reconozca su validez respecto de otras materias [...] esa conclusión, por otra parte, resulta ahora corroborada por la Constitución Nacional, toda vez que si bien su art. 99 expresamente contempla entre las atribuciones del Poder Ejecutivo la de dictar decretos de necesidad y urgencia, prohíbe el ejercicio de tal facultad extraordinaria —entre otras— en materia tributaria (inc. 3°)” (18). Agrega asimismo la sentencia que “[...] sin perjuicio de lo expuesto cabe advertir que los motivos que impulsaron el dictado de los decretos 2736/91 y 949/92 no se exhiben como respuesta a una situación de grave riesgo social que hiciera necesario el dictado de medidas súbitas como las que aquí se tratan. Es más, no se ha puesto en evidencia que las medidas impugnadas obedezcan a factores que comprometan el desarrollo económico del Estado” (19).

Como puede verse, “Video Club Dreams” era un caso sencillo de resolver, pues las normas impugnadas incurrieron en la prohibición expresa de dictar DNU sobre materias impositivas.

Tampoco resultó muy problemática para la Corte la solución del caso “Levy c. Estado Nacional y Superintendencia de Seguros de la Nación” (20), donde se discutió la constitucionalidad del dec. 2192/1986 (21), que había derogado el “fondo de estímulo” creado por el art. 81 de la ley 20.091, que debían aportar las aseguradoras, el cual se destinaba —en parte— a la remuneración de los agentes de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Según sostuvo la Corte —siguiendo los lineamientos del dictamen de la Procuración General— (22) el fondo en cuestión, si bien era público, no era de naturaleza tributaria, sino presupuestaria, de modo tal que no estaba incluido en las

materias prohibidas por el art. 99(3) (23) y, en tanto las leyes de presupuesto subsiguientes no lo habían incluido, la sentencia concluye en que el fondo de estímulo había quedado derogado, lo que en definitiva implicaba una convalidación legislativa del dec. 2192/1986 (24).

Otro caso sin mayor trascendencia y sencillo de resolver (25), pues la ausencia de necesidad y urgencia era manifiesta, fue “Della Blanca c. Industrias Metalúrgicas Pescarmona S.A.” (26), referido al dec. 1477/1989 (27), que le asignó carácter no remunerativo a los “ticket canasta”, lo que impactaba en el monto de la indemnización por despido reclamada por el actor. El voto del juez Fayt, que menciono especialmente pues es el primero en una sentencia conformada por votos separados, sostiene la ausencia de necesidad y urgencia (28) y resalta, además, que la actividad posterior del Congreso pone de manifiesto el desacuerdo legislativo con el decreto impugnado (29).

Hasta ese momento la Corte no había desarrollado una “doctrina” específica sobre los DNU bajo el art. 99(3). Se manejaba, como hemos visto, con referencias bastante vagas a lo dicho en “Peralta c. Estado Nacional” (30), sobre el dec. 36/1990, que continuaba siendo el *leading case* en la materia (31). Todo indicaba, sin embargo, que algún cambio debía producirse pues, como todos recordamos, “Peralta” era muy permisivo para el Poder Ejecutivo y había dado lugar, precisamente, a la incorporación del art. 99(3), que pretendía ir en sentido opuesto.

Parecía necesario, entonces, gestar una nueva corriente jurisprudencial en torno a los DNU y la primera oportunidad para hacerlo tuvo lugar en “Verrocchi c. Poder Ejecutivo- Administración Nacional de Aduanas” (32), donde se impugnaba la constitucionalidad de los decs. 770/1996 (33) y 771/1996 (34), que regulaban el régimen de asignaciones familiares excluyendo del mismo a los trabajadores que percibieran una remuneración superior a los mil pesos (35).

Pese a la trascendencia doctrinaria de esta sentencia, se trataba de un caso simple de resolver, pues (a) si bien la ley 18.017, que creó el régimen de asignaciones familiares en 1968, facultaba al Poder Ejecutivo a establecer limitaciones en estas prestaciones (36), no lo autorizaba en modo alguno a derogarla (37) y (b) la ley 24.714 (38), que reemplazó a la

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”; (c) “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” y (d) “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”.

(9) B.O. 28-07-2006.

(10) Sagüés ha dicho que el art. 99(3) es una norma bien intencionada, pero peca de poca eficacia. SAGÜÉS, Néstor P., “Derecho Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 2017, t. 2, p. 403.

(11) Según el art. 77 de la Constitución italiana “No podrá el Gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de Ley ordinaria. Cuando en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de Ley, deberá presentarlas el día mismo para su convalidación a las Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán convocadas a tal y efecto y se reunirán dentro de los cinco días siguientes. Los decretos perderán todo efecto desde el principio si no fueren convertidos en Ley en el plazo de sesenta días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante Ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos”

(12) Ver: MANILI, Pablo Luis, “Inconstitucionalidades y vacíos del mecanismo de control de las atribuciones legislativas del Poder Ejecutivo (ley 26.122)”, LA LEY 14/02/2024, 1-5. También se ha dicho que la ley 26.122 “ha representado una oportunidad perdida para mejorar la calidad institucional de nuestro sistema de gobierno”. Santiago, Alfonso, Veramendi, Enrique y Castro Videla, Santiago, “El Control del Congreso sobre la Actividad Normativa del Poder Ejecutivo”, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 197.

(13) Fallos 318-1154 (1995).

(14) BO 07/01/1992.

(15) BO 29/06/1992.

(16) Considerando 8º, último párrafo.

(17) Considerando 11º.

(18) Considerando 14º.

(19) Considerando 15º, primer párrafo.

(20) Fallos 320-1426 (1997).

(21) BO 02/12/1986.

(22) Dictamen de fecha 24/02/1994.

(23) “[...] si bien es cierto que esta Corte ha declarado la inconstitucionalidad de normas de necesidad y urgencia que regulaban cuestiones de índole tributaria por entender que -con arreglo a lo dispuesto en la Constitución Nacional- tal materia está reservada al ámbito de la ley formal (causa V.103.XXV, “Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía s/ amparo”, sentencia del 6 de junio de 1995), ese criterio es inaplicable al sub iudice pues la cuestión en debate es de naturaleza estrictamente presupuestaria y no tributaria en la medida en que se refiere al destino y afectación de un recurso ya ingresado sin modificar ninguno de los elementos que integran la

relación jurídica existente entre el Fisco y el contribuyente”. Considerando 10º.

(24) “[...] la ausencia de toda observación en oportunidad del tratamiento y aprobación de las sucesivas leyes de presupuesto que no incluían la atención del “fondo de estímulo” creado por la ley 20.091, importó una manifestación inequívoca de la voluntad del legislador de aceptar y hacer suya la derogación del beneficio”. Considerando 11º, último párrafo.

(25) Podría llegar a disputarse esta afirmación, pues la sentencia no solo no es unánime (votaron en disidencia los jueces Moliné O’ Connor y López) sino que quienes forman la mayoría (los jueces Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert) votan separadamente, cada cual por su lado.

(26) Fallos 321:3123 (1998).

(27) BO 20/12/1989.

(28) “[...] es evidente que la sola referencia a “la acuciante situación alimentaria” que los considerandos del decreto predicaban para justificar su contenido, es inhábil para justificar una situación excepcional que imposibilitara al Congreso legislar sobre el punto en su zona de reserva de actuación, máxime si se considera que este había sido convocado a sesiones extraordinarias. La naturaleza “no remunerativa” que el decreto imprimió a los vales alimentarios en cuestión, solo puede ser formalmente establecida mediante una decisión política y rango propios de una ley del Congreso, la que, a su vez, en su caso, deberá ser confrontada con la Constitución Nacional, que garantiza al trabajador una remuneración justa y lo protege contra el despido arbitrario (art. 14 bis de la Ley Fundamental)”. Considerando 5º primer párrafo.

(29) “[...] el Senado aprobó un dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social que aconsejaba rechazar un proyecto de ley del Poder Ejecutivo que propiciaba ratificar la norma impugnada; la Cámara de Diputados, por su parte, sancionó un proyecto de ley derogando los decs. 1477/89 y 1478/89 (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 12 de septiembre de 1990, págs. 3267/3269; Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 22 de mayo de 1991, págs. 313/315), circunstancias que, de suyo, son demostrativas de la inexistencia de una voluntad ratificatoria por parte del legislador”. Considerando 5º, segundo párrafo.

(30) Fallos 313-1513 (1990).

(31) Mencionaré este caso con más detalle al referirme a los “casos difíciles”.

(32) Fallos 322-1726 (1999).

(33) BO 16/07/1996.

(34) BO 16/07/1996.

(35) Por irrisoria que hoy parezca esta suma, en aquel entonces -por virtud de la Ley de Convertibilidad 23.928- equivalía a mil dólares.

(36) El art. 21 de la ley 18.017, establecía “El Poder Ejecutivo queda facultado para establecer y modificar los requisitos necesarios para el goce de las asignaciones previstas en esta ley. Podrá asimismo modificar el aporte y el tope fijados, y el monto de las prestaciones que se acuerdan”.

(37) El art. 11 del dec. 770/1996 establecía “Se deja sin efecto la ley 18.017, sus decretos reglamentarios y toda otra norma que se oponga al presente régimen”.

(38) BO 18/10/1996.

ley 18.017 y estableció un nuevo régimen de asignaciones familiares, ya había derogado los citados decretos, poniendo de manifiesto el desacuerdo del Congreso con estos. Si bien estas circunstancias eran suficientes para hacer lugar a la demanda, y confirmar las sentencias de las instancias anteriores, la Corte —por mayoría— (39) sentó una doctrina en dos sentidos.

En primer lugar, estableció el carácter excepcional de los DNU diciendo:

“[...] los constituyentes de 1994 no han eliminado el sistema de separación de las funciones del gobierno, que constituye uno de los contenidos esenciales de la forma republicana prevista en el art. 1° de la Constitución Nacional. En este sentido, los arts. 23, 76 y 99 revelan la preocupación del poder constituyente por mantener intangible como principio un esquema que, si bien completado con la doctrina de los controles recíprocos que los diversos órganos se ejercen, constituye uno de los pilares de la organización de la Nación, por cuanto previene los abusos gestados por la concentración del poder (40).

“[...] la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo 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, especialmente desde 1989 (41).

“[...] esa norma [el art. 99(3)] ha definido el estado de necesidad que justifica la excepción a la regla general y la admisión del dictado de estos decretos, y que ese estado se presenta únicamente ‘cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes’ (art. 99, inc. 3, citado). Por tanto, 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 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” (42).

Hasta aquí, como puede verse, la Corte hace una mera descripción del régimen de los DNU establecido en el art. 99(3), señalando el carácter excepcional de estos.

(39) Votaron en disidencia los jueces Moliné O’Connor y López. A su vez, en voto separado, el juez Petracchi sostuvo su conocida teoría, luego repetida en fallos subsiguientes, según la cual el Poder Ejecutivo estaba inhabilitado para dictar DNU hasta tanto se dictara la “ley especial” que prevé el art. 99(3), para regular la Comisión Bicameral Permanente y el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

(40) Considerando 7°.

(41) Considerando 8°.

(42) Considerando 9°, primer párrafo.

(43) Considerando 9°, segundo párrafo.

(44) Fallos 320:2851 (1997).

(45) Fallos 323:1934 (2000).

(46) BO 21/03/1997.

(47) En disidencia votó tan solo el juez Moliné O’Connor. Hicieron votos separados los jueces Beluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert.

(48) “[...] uno de los requisitos indispensables para que pueda reconocerse la validez de un decreto como el cuestionado en el sub lite es que este tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no

En segundo lugar, quedó establecido que les corresponde a los jueces controlar los presupuestos fácticos que justifican el dictado de los DNU. Conforme dice la sentencia:

“[...] 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 (conf., con anterioridad a la vigencia de la reforma constitucional de 1994, Fallos: 318:1154, considerando 9°) y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto” (43).

Curiosamente este principio queda sentido sin mencionarse, en absoluto, el caso “Rodríguez, Jorge - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación” (44), al que me referiré luego en el Capítulo IV, donde se había establecido una doctrina diferente a la de “Verrocchi”.

No fue muy difícil de resolver, asimismo, el caso “Risolia de Ocampo c. Rojas” (45) donde se planteó la inconstitucionalidad del dec. 260/1997 (46), que había declarado en emergencia, por el plazo de 36 meses a la actividad aseguradora del autotransporte público de pasajeros, estableciendo, en consecuencia, que las condenas a pagar daños y perjuicios se pagarían en 60 cuotas mensuales, iguales y consecutivas, con un plazo inicial de gracia de 6 meses, contados a partir de la fecha en que quedara firme la liquidación, con más la tasa de interés establecida en la sentencia.

Dada la notoria inconstitucionalidad del DNU en cuestión, la Corte —por mayoría— (47) hizo lugar al planteo de la actora, señalando que aquel no estaba destinado a satisfacer los intereses generales de la sociedad, sino tan solo de un grupo de personas (48). Agregó, además, que el DNU intentaba paliar la emergencia de un sector trasladando el costo a las víctimas de los accidentes (49). Tal vez lo más llamativo de este caso, además de lo decidido en sí, es que, en lugar de citar “Verrocchi”, el voto mayoritario de los jueces Fayt y Vázquez, se funda en “Peralta”. Por el contrario, los votos de los jueces Belluscio, Petracchi y Bossert, aluden a “Verrocchi”. Lo decidido en “Risolia de Ocampo” fue reiterado luego en “Luna c. El Libertador SA” (50).

Aunque los casos producidos por el “corralito bancario” (dec. 1570/2001) y la “pesificación” (dec. 214/2002), que analizaré en el

de determinados individuos [...] el extremo apuntado [...] no se cumple en el caso, pues no se advierte de qué forma la crisis económica que atraviesan las empresas prestadoras del servicio público de pasajeros y las compañías aseguradoras de dichas entidades por el servicio mencionado afecta a ‘los intereses generales de la sociedad’ o al ‘interés público’ que los decretos de necesidad y urgencia deben proteger. En otras palabras, y como con acierto lo sostuvo el a quo, no se aprecia impedimento alguno para conjurar esa situación a través de los resortes y recursos usuales de que dispone el Estado frente a crisis económicas de exclusivo carácter sectorial, sin llegar a un remedio solo autorizado para situaciones que ponen en peligro la subsistencia misma de la organización social”. Considerandos 8° y 9°

(49) Ver considerando 10°.

(50) Fallos 325:1454 (2002).

(51) Fallos 328:690 (2005).

(52) Dictamen de fecha 16/02/2005, Fallos 328:700.

(53) BO 13/02/2002.

(54) BO 24/09/2002.

(55) Eran las siguientes: a) Las consolidadas por las

punto siguiente, eran indudablemente casos difíciles, hay un especial grupo de ellos, encabezado por “Galli c. Poder Ejecutivo Nacional” (51), que fueron fáciles de resolver, pues los decretos que los suscitaron fueron ratificados después por sucesivas leyes de presupuesto, por lo tanto, la aprobación posterior el Congreso, sin perjuicio de las extensas consideraciones que llevó a cabo la Procuración General (52), a cuyo dictamen se remite la mayoría de la Corte, facilitó enormemente la solución de estos casos.

Estaban en juego aquí los decs. 471/2002 (53) y 1873/2002 (54). Por medio del primero se dispuso que las obligaciones del Sector Público (Nacional, Provincial y Municipal) vigentes al 3 de febrero de 2002, denominadas en dólares u otra moneda extranjera —cuya ley aplicable sea solamente la ley argentina— se convertirán a \$ 1,40 por cada dólar su equivalente en otra moneda extranjera y se ajustarán por el Coeficiente de Estabilización de Referencia (art. 1°). El segundo extendió igual solución a las deudas aún no canceladas, es decir, aquellas en las cuales no fueron todavía entregados los bonos (55), cuyo acreedor hubiera optado —antes de la vigencia de la Ley de Presupuesto 2002— por recibir bonos de consolidación en dólares o bonos de consolidación de deudas previsionales en igual divisa (art. 1°).

Si bien pesificar una deuda ya consolidada repugna constitucionalmente, la Procuración General y la Corte, por remisión a ella, hicieron pie en que el Congreso había ratificado estos decretos por leyes de presupuesto posteriores, entre ellas, la ley 25.725 del ejercicio 2003 (56). La doctrina de “Galli” fue repetida luego en numerosos casos (57).

Un caso sencillo, pero con varios condimentos, fue “Zofracor S.A. Estado Nacional” (58), donde había sido impugnado el dec. 285/1999 (59), que otorgaba beneficios impositivos a la zona franca de General Pico, La Pampa, en perjuicio de la zona franca de Córdoba que es aledaña y estaba dada en concesión a la actora. El DNU en cuestión era claramente inconstitucional pues tenía materia impositiva, pero había sido ratificado por la Ley de Presupuesto del ejercicio 2003 (60). Ello motivó que la demandada se amparara en esta ley y que la actora alegara que una ratificación por ley posterior no es el mecanismo adecuado para dar por aprobado el DNU. Sostuvo también que disposiciones de este tipo no deben ser introducidas en las leyes de presupuesto pues ello está prohibido por el art. 20 de la Ley de Administración Financiera (61). La Corte, repitiendo que el dictado de un DNU “se hace en condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales” (62) sostuvo, en síntesis, que (a) según jurisprudencia reiterada, las leyes de presupuesto pueden tener contenidos no

presupuestarios y (b) la ratificación del DNU por el Congreso no tenía efectos retroactivos. Como resultado de esto último, fue declarada la nulidad del DNU, pero aclarando que sus disposiciones tenían fuerza de ley a partir de su ratificación.

Otro caso que puede sumarse a esta categoría fue “Cooperativa de Trabajo Fast Limitada c. Estado Nacional” (63), suscitado con motivo del planteo de inconstitucionalidad del art. 7°, punto 2, ap. a, del dec. 1002/1999 (64), que regulaba la actividad de las personas físicas o jurídicas que prestan servicios privados de seguridad, investigaciones, vigilancia donde Corte sostuvo que “[...] no se advierte en qué consiste la alegada ‘urgencia para resolver sobre el particular’, o de qué modo ‘la seguridad de la comunidad’ podría verse afectada si no se instituyera un régimen que, entre otros requisitos, excluye a las cooperativas como personas jurídicas idóneas para la prestación de tales actividades” (65).

A la inversa del caso anterior, en “Leguizamón c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados” (66), la Corte reconoció que en el INSSJP existía una crisis (67), pero entendió que esta no era una de esas situaciones “de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico”, que exigen el empleo de los DNU. Se cuestionaba aquí el dec. 925/96 (68), y las resoluciones que lo reglamentaron— por medio del cual se dispuso el relevamiento y control de las deudas y créditos del INSSJP. El fallo hace, en primer lugar, una declaración general sobre las condiciones de empleo de los DNU (69) y luego, con cita de “Peralta”, sostiene que la crisis del INSSJP “[...] no alcanza para poner en evidencia que concurrieron al momento del dictado del decreto impugnado las excepcionales circunstancias que la mayoría de esta Corte tuvo en mira al decidir en el caso registrado en Fallos: 313:1513, como por ejemplo, el descalabro económico generalizado y el aseguramiento de la continuidad y supervivencia de la unión nacional. La referencia a la situación de crisis que atraviesa dicho instituto resulta insuficiente para justificar una situación de grave riesgo social que el Congreso no pueda remediar por los cauces ordinarios que la Constitución prevé, máxime cuando la medida se adoptó durante el período de sesiones ordinarias” (70).

Si bien no discrepo esencialmente de la solución del caso, creo que este pone de manifiesto las consecuencias del empleo innecesario de los DNU. En efecto, si el INSSJP estaba intervenido, nada impedía que el Poder Ejecutivo, por medio de un mero reglamento autónomo, fundado en el art. 99(1), regulara el relevamiento y control de las deudas y créditos del INSSJP, sin que ello pudiera dar lugar a un cuestionamiento sobre su competencia para hacerlo (71). No es necesaria una ley para ello. Sin embargo,

(67) De hecho, por aquella época el INSSJP estaba intervenido y el interventor era Alejandro Bramer Markovic, sucedido luego por Víctor Alderete.

(68) BO 12/08/1996.

(69) “Únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico, que deben ser conjuradas sin dilaciones puede el Poder Ejecutivo Nacional dictar normas que de suyo integran las atribuciones del Congreso, siempre y cuando sea imposible a este dar respuesta a las circunstancias de excepción. En consecuencia, el ejercicio de la prerrogativa en examen está sujeto a reglas específicas que exigen un estado de excepción y el impedimento de recurrir al sistema normal de formación y sanción de las leyes y contemplan, además, una intervención posterior del Poder Legislativo”. Considerando 5°.

(70) Considerando 6°.

(71) Barra ha sostenido también que muchos DNU podrían haber sido reglamentos ejecutivos o autónomos. BARRA, Rodolfo C., “Tratado de Derecho Administrativo”, Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. 1, p. 460.

leyes 23.982, 25.344 y 25.565. b) Las obligaciones cuya cancelación se hace efectiva mediante la entrega de los títulos creados en las leyes mencionadas en el punto anterior. c) Las deudas derivadas del régimen opcional establecido por el dec. 1318/98. d) Las alcanzadas por lo dispuesto en la ley 24.130 e) Las alcanzadas por lo dispuesto en la ley 24.411.

(56) BO 10/01/2003.

(57) Rosa c. Estado Nacional – Ministerio de Economía, Fallos 336-415 (2013); Gaitán c. Estado Nacional, Fallos 334-1110 (2012); Assisa c. Provincia de Misiones, Fallos 334-596 (2011); Argañaraz c. Poder Ejecutivo [A. 277. XL] 30/10/2007; entre otros.

(58) Fallos 325:2394 (2002).

(59) BO 30/03/1999.

(60) Ley 25.237; BO 10/01/2000.

(61) Ley 24.156; BO 29/10/1992.

(62) Considerando 4°.

(63) Fallos 326:3180 (2003).

(64) BO 17/09/1999.

(65) Considerando 7°.

(66) Fallos 327:5559 (2004).

en lugar de emplear esta vía, mucho más sencilla, se dictó un DNU que dio lugar a su anulación 8 años después.

Otro caso sencillo de resolver fue “González c. Polimat” (72), donde fueron declarados inconstitucionales los decs. 1273/02 (73), 2641/02 (74) y 905/03 (75), en cuanto calificaron como asignaciones no remunerativas de carácter alimentario a las prestaciones dinerarias que establecían en favor de los trabajadores, cuestión que ya estaba resuelta en favor de los trabajadores en “Pérez c. Disco SA” (76).

Llegamos así al paradigma de un “caso fáctico” en el cual la Corte, además, aprovecha la ocasión para hacer un nuevo análisis, profundo y detallado, sobre su posición ante los DNU. Ya lo había hecho en “Verrochi” y fue ampliado ahora en “Consumidores Argentinos c. Estado Nacional” (77), primer caso en el cual se llevó a cabo este análisis luego de la sanción de la ley 26.122. Se cuestionaba aquí el dec. 558/2002 (78), que modificó la ley 20.091 (79) de entidades de seguros en dos aspectos: (a) incorporó —en el art. 29 de la ley— la posibilidad de que las aseguradoras, ante una situación de iliquidez transitoria, puedan recurrir al crédito bancario por cualquier causa y constituir deuda subordinada a los privilegios generales y especiales derivados de los contratos de seguros; y (b) modificó lo relativo a la aprobación del Plan de Regularización y Saneamiento establecido en el art. 31.

No descarto la importancia que el tema pueda tener en la actividad aseguradora, pero ciertamente no es de los que suscitan la emisión de un DNU a tenor de la jurisprudencia existente hasta ese momento, que podía ser repetida sin necesidad de formular mayores consideraciones adicionales para resolver este caso en concreto. A la sencillez del caso, se agrega que los requisitos de constitucionalidad de los DNU establecidos en la sentencia, si bien son inobjetables, nada sustancial agregan a lo que se había dicho más de una década atrás en “Verrochi”.

Luego de los considerandos introductorios de rigor, el fallo recuerda el pensamiento de algunos de los convencionales constituyentes de 1994 que analizaron el problema de los DNU (80). Hechas estas citas, señala solemnemente que “la interpretación de la Constitución Nacional, en cuanto regula los decretos de necesidad y urgencia, debe ajustarse a los principios del estado constitucional” (81), y agrega que “el principio que organiza el funcionamiento del estatuto del poder es la división de funciones y el control recíproco, esquema que no ha sido modificado por la reforma constitucional de 1994. Así, el Congreso Nacional tiene la función legislativa, el Poder Ejecutivo dispone del reglamento y el Poder Judicial dicta sentencias, con la eminente atribución de ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas” (82).

Reiteradas estas verdades, comienzan las citas de “Verrochi” que se reproducen en los considerandos 8°, 10°, 13° y 14°. De estos considerandos y de algunos otros en los cuales se transcriben los arts. 99(3) y 100(13) (83), la Corte establece los siguientes principios:

(i) la Convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial (84);

(ii) el texto del art. 99(3) de la Constitución es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país (85);

(iii) en lo que respecta a la existencia de un estado de necesidad y urgencia, es atribución de la Corte Suprema evaluar, en el caso concreto, el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos (86);

(iv) la previsión en el texto constitucional de pautas susceptibles de ser determinadas y precisadas en cada caso concreto autoriza al Poder Judicial a verificar la compatibilidad entre los decretos dictados por el Poder Ejecutivo y la Constitución Nacional, sin que ello signifique efectuar una valoración que reemplace a aquella que corresponde al órgano que es el competente en la materia o invada facultades propias de otras autoridades de la Nación (87);

(v) una vez admitida la atribución de la Corte Suprema de evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales características, cabe descartar de plano, como inerte premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son (88).

Bajo el manto de estos principios, el considerando 14° se encarga del dec. 558/2002, que ciertamente no supera la prueba. “[...] [L]as modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo a la ley 20.091 —concluye este considerando— no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional. En estas condiciones, cabe concluir en la invalidez del decreto cuestionado en el *sub lite*, por cuanto no han existido las circunstancias fácticas que el art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional describe con rigor de vocabulario”.

Tengo la impresión de que no era necesario todo ese despliegue de energía doctrinaria, para dar por tierra con un DNU que estaba condenado a la inconstitucionalidad desde su nacimiento.

Siguiendo una línea cronológica, menciono ahora el caso “Bruera c. Esso SAPA” (89) que sigue la misma línea argumental de “Leguizamón” (90). Estaba cuestionado aquí el dec. 2733/93 (91) —que dispuso la prórroga del decreto 1772/91— (92) por el cual fue modificado sustancialmente el régimen legal de la marina mercante. Del mismo modo que en “Leguizamón” la Corte acude nuevamente a “Peralta” y su doctrina del “grave

riesgo social” para decir que “[...] en lo que se refiere a la necesidad y urgencia, esta Corte oportunamente manifestó que, en el ámbito de la llamada ‘legislación de emergencia’, la validez constitucional de un decreto de aquellas características se encontraba condicionada a la existencia de una situación de grave riesgo social frente a la cual haya existido la necesidad de adoptar medidas súbitas cuya eficacia no es concebible por el trámite ordinario previsto en la Constitución para la sanción de las leyes (conf. doctrina de Fallos: 313:1513) [...] desde esa perspectiva, más allá de la mera invocación de una situación de crisis en la marina mercante, de las constancias de la causa no surge que haya existido una situación de grave riesgo social que tornara necesario la adopción de medidas inmediatas como la cuestionada en el *sub lite*” (93).

Como puede advertirse, pese a la doctrina sentada en “Verrochi” y “Consumidores Argentinos”, “Peralta” nunca deja de estar presente en los casos que se lo necesita. Los 3 casos son citados en formal alternativa y, así, los dos primeros reaparecen en “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c. Estado Nacional” (94), donde se cuestionaban los decs. 1654/2002 (95) y 1012/2006 (96), que declararon el estado de emergencia del transporte aerocomercial y permitieron a las compañías aéreas a contratar seguros en el exterior, en contra de lo dispuesto por las leyes 12.998 y 23.091. Pese a que la Corte reconoce que estos decretos fueron dictados “en el contexto de acontecimientos políticos, sociales y económicos que dieron lugar a una de las crisis más agudas en la historia contemporánea de nuestro país, hecho público y notorio” (97), el fallo sostiene que “[...] el complejo contexto económico general en el que fue dictado el decreto 1654/2002 haya afectado al sector de transporte aerocomercial de forma tal que exigiera, a los efectos de salvaguardar los intereses generales de la sociedad, un reordenamiento y regularización que no pudiera ser implementado por los cauces ordinarios que la Constitución Nacional prevé” (98).

“Verrochi” está presente también en “Pino Seberino c. Estado Nacional” (99) donde se cuestionaba el dec. 679/1997 (100), que elevó al 11% el aporte del 8% que había establecido la ley 22.788 sobre el haber mensual de los retirados y pensionados de la Gendarmería Nacional. Según dice el fallo, “[...] los fundamentos dados por el Poder Ejecutivo Nacional no alcanzan para poner en evidencia que el dictado del decreto en cuestión haya obedecido a la necesidad de adoptar medidas inmediatas para paliar una situación de rigurosa excepcionalidad y urgencia que pusiera en riesgo el normal funcionamiento del sistema previsional de la Gendarmería Nacional sino que, por el contrario, traducen la decisión de modificarlo de manera permanente, sin recorrer el cauce ordinario que la Constitución prevé” (101).

También fue resuelto con invocación de “Verrochi” y “Consumidores Argentinos” el caso “Morales c. ANSES” (102), donde se discutía la constitucionalidad del dec. 157/2018 (103). El problema aquí era la aplicación de las sucesivas normas que han regulado la imposición de costas en los juicios previsionales. Originalmente, el art. 21 de la ley 24.463 dispuso que, en todos los casos,

las costas se imponían por su orden. Luego, el art. 36 de la ley 27.243 limitó esta norma, disponiendo que solamente los jubilados y pensionados tendrían el beneficio de las costas por su orden en caso de ser vencidos. Por último, el art. 3 del dec. 157/2018 derogó el art. 36 de la ley 27.243, volviendo las cosas al estado anterior al dictado de esta norma. En “Morales”, la ANSES resultó vencida en ambas instancias y ello dio a la siguiente controversia. Cuando se dictó la sentencia de primera instancia, regía todavía la ley 24.463, de modo que el juez impuso las costas por su orden. Al fallar la Cámara, en cambio, ya se había dictado la ley 27.243 y el dec. 157/2018. Si bien la actora no había recurrido la imposición de costas de primera instancia, la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia, revocó de oficio la imposición de costas por su orden, las que le fueron impuestas a la ANSES y declaró la inconstitucionalidad del art. 3 del dec. 157/2018.

Todo ello motivó que la ANSES interpusiera un recurso extraordinario alegando, entre otras cuestiones, que la Cámara había fallado *extra petita*. En su fallo la Corte se remitió íntegramente al dictamen de la Procuración General (104), donde se sostuvo lo siguiente: (a) en relación con la primera instancia debe aplicarse la norma vigente en ese momento, es decir, la ley 24.463; (b) en segunda instancia corresponde aplicar el art. 36 de la ley 27.743, en tanto su derogación por el art. 3° del dec. 157/2018 fue inconstitucional.

Al respecto, el dictamen sostiene que “[...] los constituyentes incluyeron el art. 99, inciso 3, a través del cual se admite en forma expresa la facultad del Poder Ejecutivo de ejercer facultades legislativas bajo la condición sustantiva de que concurren circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las normas [...] no se ha demostrado en el *sub lite* la existencia de una situación de tal gravedad o urgencia que impida seguir el trámite ordinario de sanción de leyes para debatir la reforma instrumentada mediante el art. 3 del decreto 157/2018. Es dable señalar que esa norma fue dictada como de necesidad y urgencia el día 27 de febrero de 2018, cuando había sido recientemente sancionada la ley 27.423 (30 de noviembre de 2017), luego de un amplio debate llevado a cabo en el Congreso de la Nación. Dicha ley, a su vez, había sido promulgada por el Poder Ejecutivo el 20 de diciembre de 2017, sin que en ese texto se efectuara observación alguna con respecto al art. 36 de la nueva ley de honorarios” (105).

III.3. Los casos “difíciles”

Aunque sea anterior a la reforma constitucional de 1994, es imposible no comenzar esta serie con el archicélebre caso “Peralta c. Estado Nacional” (106), pues fue, en su momento, la piedra fundacional de toda la construcción inicial sobre los DNU y el que dio pie a la inserción del art. 99(3) (107). Como todos recordamos, se había cuestionado aquí el dec. 36/1990 (108), que impactó profundamente en los derechos de los ahorristas, en tanto dispuso que los depósitos bancarios superiores a un millón de Australes (esto es, superiores a 100 pesos) (109), serían reintegrados a sus titulares en Bonos Externos 1989. Pese a la precariedad jurídica

(72) Fallos 333:699 (2009).

(73) BO 18/07/2002.

(74) BO 20/12/2002.

(75) BO 16/04/2003

(76) Fallos 332:2043 (2009).

(77) Fallos 333:633 (2010).

(78) BO 03/04/2002.

(79) BO 07/02/1973.

(80) Considerando 5°

(81) Considerando 6°.

(82) Considerando 7°.

(83) Considerando 9°.

(84) Considerando 8°.

(85) Considerando 10°.

(86) Considerando 11°.

(87) Considerando 12°.

(88) Considerando 13°.

(89) Fallos 333-1828 (2010)

(90) Citado en nota 65.

(91) BO 10/01/1994.

(92) BO 06/09/1991.

(93) Considerandos 7° y 8°.

(94) Fallos 338-1048 (2015).

(95) BO 06/09/2002.

(96) BO 08/08/2006.

(97) Considerando 9°, primer párrafo.

(98) Considerando 9°, segundo párrafo.

(99) Fallos 344:2690 (2021).

(100) BO 24/07/1997.

(101) Considerando 12°.

(102) Fallos 346:634 (2023)

(103) BO 27/02/2018.

(104) Dictamen de fecha 01/10/2019.

(105) Ver en particular el punto VI del dictamen.

(106) Fallos 313:1513 (1990).

(107) Por cierto “Peralta” se inscribe en una larguísima serie de sentencias sobre emergencia económica que omito citar. Un recuento de muchas de ellas figura en el voto de los jueces Oyhanarte y Aráoz de Lamadrid en Russo c. Delle Donne, Fallos 243-467 (1959), esp. p. 482.

(108) BO 05/01/1990.

(109) Recordemos que el dec. 2128/1991 (BO 17-10-1991) cambió el signo monetario de Australes a Pesos y fijó una paridad de 10.000 Australes = 1 Peso.

y económica del decreto (110), la Corte puso en marcha sus mejores esfuerzos para justificar la constitucionalidad de la norma (111).

Para no extenderme en el análisis de una sentencia que ha hecho correr mucha tinta, me limitaré a señalar sus puntos principales:

(i) el principio de la división de los poderes no es absoluto, no debe ser interpretado en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado (112);

(ii) debe efectuarse una interpretación dinámica de la Constitución ya que “la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu permanente de las instituciones de cada país o descubre nuevos aspectos no contemplados con anterioridad” (113), pues “la Constitución debe ser interpretada de manera de no hacer impotente e inoperante y sí preservar y hacer efectiva la voluntad soberana de la Nación” (114);

(iii) la situación de grave riesgo social experimentada no pudo ser conjurada sino por medio de medidas súbitas cuya eficacia no parece concebible por medios distintos de los arbitrados (115);

(iv) el Congreso ha ratificado, tácitamente disposiciones como la del dec. 36/90, al no haber derogado el mismo y haber dictado leyes como la 23.781, que expresamente alude a la conversión obligatoria de activos financieros dispuesta por el Poder Ejecutivo (art. 16) (116);

(v) el Congreso ha delegado en el Banco Central la regulación de buena parte de la actividad económica, por medio del dictado de la Carta Orgánica de este (ley 20.539) (117); que es misión del Estado, la preservación de la unión nacional, dentro del marco de la promoción del bienestar general (118);

(vi) no son inconstitucionales las normas que, por razones de necesidad, no privan a los particulares de los beneficios patri-

moniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad, sino que limitan temporalmente la percepción de tales beneficios o restringen el uso que puede hacerse de esa propiedad. Ello responde a una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis, debiéndose tener en cuenta que en el sistema constitucional argentino no hay derechos absolutos y todos están supeditados a las leyes que reglamentan su ejercicio (119);

(vii) el dec. 36/90 no viola el principio de razonabilidad atento que existe una adecuada proporción entre los fines y los medios por él empleados (120);

(viii) no se ha violado el principio de igualdad ante la ley pues la igualdad —conforme lo ha dicho reiteradamente la Corte— no es un principio absoluto, sino que se da solamente entre situaciones razonablemente iguales (121).

Luego de “Peralta”, uno de los primeros de los casos difíciles resueltos luego de la reforma de 1994, dignos de mención, es “Sallago c. Astra CAPSA” (122), donde se discutía la constitucionalidad del dec. 1772/1991 (123), que permitía a los buques mercantes de bandera nacional darse de baja de la matrícula y adoptar una bandera extranjera, lo que traía acarreada una profunda reforma en el régimen laboral de sus tripulantes (124). La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo entendió que el decreto en cuestión era constitucional y, con apoyo en lo decidido por la Corte en “Peralta” la Procuración General dictaminó en igual sentido (125). A su turno, en un muy breve fallo, la Corte se remitió a lo dicho por la Procuración General (126).

Un caso difícil por su impacto económico y social, en tanto comprendía toda la masa salarial de los agentes públicos, fue “Guida c. Poder Ejecutivo Nacional” (127), decidido al año siguiente de “Verrocchi”. No obstante, la Corte —por mayoría y varios votos separados— (128) lo resol-

vió con cierta sencillez, pues el DNU en cuestión fue ratificado luego por la Ley de Presupuesto para el año 1996 (129). La actora impugnaba el dec. 290/1995 (130) por medio del cual se impuso una reducción salarial (con exclusión de las asignaciones familiares) a todo el personal del llamado “sector público”, según lo define el art. 8 de la Ley de Administración Financiera (131), disminución que el DNU extendió también al personal de Poder legislativo y del Poder Judicial, excluyendo a los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores y a los “miembros del Ministerio Público”.

Es interesante ver cómo la Corte, en este caso, sortea en tan solo dos pasos los escollos de la inconstitucionalidad del DNU y vale la pena por ello comparar este derrotero argumental con lo dicho el año anterior en “Verrocchi”. Señala, en primer lugar, que el dec. 290/1995 fue ratificado por la citada Ley de Presupuesto, lo que indica su aprobación por ambas cámaras (132). Analiza luego la razonabilidad de las reducciones salariales impuestas y les da una amplia aprobación, haciendo referencia a su carácter temporal (pese a reconocer la ausencia de límites en el tiempo para la vigencia del DNU) y a la grave crisis internacional de orden financiero existente (133). Luego, en “Andresik, c. Poder Ejecutivo Nacional” (134) y “Basaldúa, c. Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos” (135) la Corte ratificó lo dicho en “Guida” (136).

Comparemos entonces lo decidido en “Verrocchi” y en “Guida”, con el objeto de sacar alguna conclusión, siquiera preliminar.

Como punto de partida, tengamos en cuenta que la crisis que dio lugar a los decs. 770/1996 y 771/1996 impugnados en “Verrocchi” y al dec. 290/1995 del caso “Guida”, era la misma. A estos fines la distancia de un año entre los dos primeros y el segundo no es relevante, es decir, no se trataba de dos crisis distintas. Frente a esta misma crisis, el Poder Ejecutivo, en el pri-

mer caso, limitó las asignaciones familiares a los trabajadores que percibieran un salario inferior a los mil pesos. En el segundo, la medida fue mucho más drástica, pues se redujeron los salarios (excluyendo las asignaciones familiares) de todos los agentes del sector público.

Sin embargo, pese a que los decretos impugnados en “Verrocchi” tenían un impacto económico menor que el producido por el decreto de “Guida”, en el primer caso fueron declarados inconstitucionales y en el segundo superaron el test de constitucionalidad. Ello significa que la Corte, para resolver uno y otro caso, no tuvo en cuenta esta circunstancia, que no es menor. Lo que importó, muy especialmente, fue que en “Verrocchi” los decretos habían sido rechazados por el Congreso, mientras que en “Guida” habían sido aprobados por este. Ello indica que la diferencia esencial entre un caso y el otro, a los fines del control constitucional sobre los presupuestos fácticos del DNU, residió en la aprobación o el rechazo del Congreso.

Ciertamente, este no es un dato menor, pues en esta cuestión la actitud del Congreso ante el DNU es relevante. Sin perjuicio de que ello me parece muy correcto, nos deja el interrogante de si la Corte en “Guida”, tomando en cuenta el énfasis puesto en “Verrocchi” sobre el control judicial de los presupuestos fácticos que justificarían el dictado de los DNU, en lugar de declararse satisfecha con el control efectuado por el Congreso, no debería haber ejercido este control ella misma también. Sin embargo, no lo hizo.

Todo ello me permite decir, como conclusión preliminar que, si bien en “Verrocchi” se puso el acento en el control judicial de los presupuestos fácticos, tanto en este caso, como en “Guida”, lo que primó, en definitiva, fue el control efectuado por el Congreso.

Con la crisis de 2001/2002, llegó una nueva oleada de DNU. El primero de ellos fue el

(110) Como agravante de la situación, recordemos también que los BONEX 89 no habían sido emitidos todavía al momento de dictarse el dec. 36/1990, de modo tal que se trataba en realidad de una promesa de pago en un título cuyo valor no estaba determinado todavía.

(111) Prácticamente todos los jueces del Tribunal votaron por la constitucionalidad del decreto, con excepción del juez Belluscio quien, en una breve disidencia, acudió a una solución procesal -habitual en el amparo- determinando que la vía del amparo elegida por el actor no era apta en tanto existían procesos ordinarios que aseguraban debidamente su derecho. Asimismo, en una disidencia de fundamentos, el juez Oyhanarte sostiene, simplemente, que el dec. 36/1990 es una ley. En el considerando 5º dice “[...] para facilitar el estudio del problema, en lo que sigue se dará por cierto que ese decreto es, en rigor, una ley”. Superado este problema, a juicio de Oyhanarte el decreto es perfectamente constitucional.

(112) Considerandos 17º, 18º y 19º.

(113) Considerando 20º.

(114) Considerando 21º.

(115) Considerandos 24º y 26º. Asimismo, en el considerando 27º se alude a que “Se produce así un cuadro donde la necesidad de un remedio es tan fuerte, como inoperante se haría él si fueran sus pormenores conocidos por los particulares, que usarían de inmediato tales noticias para perseguir su propio provecho individual”.

(116) Considerando 25º.

(117) Considerandos 30º y 31º.

(118) Considerandos 33º, 34º y 35º.

(119) Considerandos 38º a 46º, donde se repite la jurisprudencia ya sentada en Avico c. De la Pesa, Fallos 172-21 (1934).

(120) Considerandos 48º a 50º.

(121) Considerando 57.

(122) Fallos 319:2297 (1996).

(123) BO 06/09/1991.

(124) Ante la crisis que afrontaba por entonces la marina mercante argentina, a raíz de su falta de competitividad derivada de los altos costos de explotación de los buques, el dec. 1772/1991 permitió que los buques argenti-

nos fueran dados de baja provisoriamente de la matrícula y pudieran incorporarse a cualquier registro extranjero. Como consecuencia de ello, el régimen legal aplicable a la relación laboral de sus tripulantes pasaba a ser el de la bandera que habían adoptado.

(125) Según dice el punto IV este dictamen de fecha 21-07-1995: “[...] la urgencia del decreto está dada -a mi entender- en sus propios considerandos glosados, en la medida en que se adujo que la situación de emergencia expresada no admitía dilación alguna (cf. doctrina del caso “Peralta, Luis c. Estado Nacional”, citado, consid. 29). Cabe advertir que el Congreso de la Nación, en conocimiento de la norma aquí cuestionada, la refrendó implícitamente, ya que no sancionó su derogación o reforma, no obstante la publicidad que el problema había alcanzado en virtud del tratamiento del decreto en gran cantidad de notas periodísticas (id. considerando 25 del caso “Peralta”). En cuanto al agravio de la recurrente de que el decreto, cuya legitimidad sostiene el fallo, implica una inadmisibles novación in peius del régimen laboral, que lo hace inconstitucional al violar un derecho adquirido por el actor, protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional, procede poner de relieve que configura una queja ya considerada en el caso “Peralta”, que trazó la doctrina de la Corte en este tema. En efecto, en él se recordó que, como desde antiguo se sostuvo, el principio de división de los poderes no es absoluto, ni debe ser interpretado en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado (considerando 20). Y también que no son inconstitucionales las normas que, por razones de necesidad y urgencia, no privan a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad, sino que limitan temporalmente te la percepción de tales beneficios o restringen el uso que puede hacerse de esa propiedad, a raíz de limitaciones impuestas por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis”.

(126) “[...] a juicio de esta Corte las cuestiones federales planteadas por el recurrente, en cuanto se vinculan con la validez constitucional de los decretos de necesidad y urgencia, se han tornado insustanciales frente a la

existencia de una clara jurisprudencia, indudablemente aplicable al caso -en que se cuestiona la constitucionalidad del decreto 1772/91- que impide una controversia sería respecto de su solución”.

(127) Fallos 323:1566 (2000).

(128) En disidencia votó el juez Petracchi y votaron separadamente los jueces Fayt, Belluscio, Boggiano, Bossert y Vázquez.

(129) Ley 24.624; BO 29/12/1995.

(130) BO 01/03/1995.

(131) Ley 24.156; BO 29/10/1992.

(132) “[...] liminarmente corresponde señalar 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 la situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo en 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 art. 99, inc. 3º, 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 6º.

(133) “[...] la decisión de reducir las remuneraciones en forma generalizada no resulta un ejercicio irrazonable de las facultades del Estado frente a una situación de grave crisis económica. La reiteración de esas situaciones de emergencia no enerva la necesidad de conjurarlas adoptando las medidas más aptas para evitar un mal mayor [...] la modificación de los márgenes de remuneración, en forma temporaria, motivada por los efectos de una grave crisis internacional de orden financiero, no implica per se una violación del art. 17 de la Constitución Nacional. Corresponde advertir, en este aspecto, que la ausencia de indemnización o compensación por la reducción salarial no constituye el elemento determinante para juzgar la constitucionalidad de la norma, como parece entenderlo

el a quo. Es que la relación de empleo público se rige por pautas de derecho público, en las que el Estado goza de prerrogativas que resultarían exorbitantes para el derecho privado, pero que componen el marco en que se desenvuelve su poder de gobierno [...] no media lesión a la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional, cuando como en el caso, por razones de interés público, los montos de las remuneraciones de los agentes estatales son disminuidos para el futuro sin ocasionar una alteración sustancial del contrato de empleo público en la medida en que la quita no resultó confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada”. Considerandos 8º, 9º y 11º.

(134) Fallos 324-2535 (2001).

(135) Fallos 325-1418 (2002).

(136) Vale la pena señalar que las reducciones de los salarios de los agentes públicos han tenido sus corsis e ritorsi en la jurisprudencia de la Corte, según la situación y el contexto de cada caso. Así, en Tobar c. Estado Nacional (M. de Defensa), Fallos 325-2059 (2002), donde se discutía la disminución dispuesta por el art. 10 de la ley 24.453, la Corte dijo que “[...] las razones y circunstancias tenidas en cuenta por esta Corte en [Guida] para sostener la constitucionalidad de las normas que habían dispuesto una reducción salarial, no se configuran respecto del plexo normativo puesto en tela de juicio en el sub lite. Es más, han variado dramáticamente. En efecto, la devaluación operada a partir del presente año, el acelerado envilecimiento de los sueldos, jubilaciones y pensiones explican y justifican el apartamiento que el Tribunal consagró en re “Guida”. Considerando 7º. Por su lado el voto del juez Petracchi resume adecuadamente la línea argumental del voto mayoritario “... al sujetar la retribución del agente -de modo absoluto y sin limitación alguna- a la existencia de recursos fiscales, crea tal y tan grande estado de incertidumbre que desnaturaliza la sustancia misma de la relación de empleo público. A la luz de dicha norma, el actor tiene una única certeza: que deberá seguir trabajando en iguales condiciones a las que regían antes. Lo que no sabe es si cobrará algo por su trabajo y, en ese caso, cuánto será. Todo dependerá de la eficacia recaudadora del Estado, de la cual el demandante no

dec. 1570/2001 (137), que impuso el llamado “corralito bancario”, mediante el cual se limitó el retiro de los depósitos bancarios en la suma de 250 dólares. Con este DNU se incrementó, a su vez, el empleo de los “multidecretos”, es decir, de aquellos que están fundados en los incisos 1º, 2º y 3º del art. 99, que es una forma bastante ingeniosa, aunque irregular (138), de “blindar” la norma ante posibles impugnaciones judiciales (139), dificultando, además, la tarea de los jueces al momento de resolver, conforme ha señalado Cassagne (140). Esta práctica también ha sido criticada por Barra (141).

Pero la crisis, lejos de moderarse se incrementó y, en su faz política, puso un tumultuoso fin al gobierno de Fernando de la Rúa, seguido de la caótica sucesión de 5 presidentes en poco más de 10 días (142). Instalado Eduardo Duhalde en el Poder Ejecutivo, el Congreso sancionó inmediatamente la ley 25.561 (143), que eliminó la convertibilidad del peso con el dólar y del cambio fijo de 1 peso = 1 dólar, dispuestos por la ley 23.928 (144). A todo ello se sumó, menos de un mes después, el dec. 214/2002 (145) —luego aclarado y modificado parcialmente por el dec. 320/2002 (146), entre otras muchas normas— (147) que transformó a pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero, cualquier fuera su causa u origen expresadas en dólares u otras monedas extranjeras. Si bien esta medida tenía un amplísimo espectro, impactaba especialmente en los depósitos bancarios que, automáticamente, quedaban devaluados, pues con la eliminación de la convertibilidad y del cambio fijo de 1 peso = 1 dólar, el dólar ya cotizaba a unos 3 pesos, de modo tal que los ahorristas, de lo poco que podían retirar, recibían apenas un 0,33%, aproximadamente, del valor depositado originalmente.

Esta combinación explosiva de “corralito bancario + eliminación del 1=1 + pesificación”, produjo —como todos recordamos— un aluvión de demandas judiciales. Mencionaré entonces los casos más importantes de toda esta larga serie.

En el primero de ellos, “Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Solicita se declare estado de emergencia económica” (148), más conocido como caso “Kiper”, pues uno de los

actores en la causa principal era el Dr. Claudio Marcelo Kiper, la Corte intervino —por salto de instancia— a pedido del Banco de la Ciudad de Buenos Aires para que se revocara una medida cautelar otorgada en primer instancia por medio de la cual se permitía a los actores retirar la totalidad de sus depósitos en la citada entidad, hecho que se había llevado a cabo efectivamente. La Corte revocó la medida cautelar y ordenó la devolución del dinero (149).

Este primer traspie para los ahorristas fue revertido en “Smith, c. Poder Ejecutivo Nacional” (150), en el cual la Corte le dio una mala noticia al gobierno. El actor impugnaba el dec. 1570/2001 y esta vez el Tribunal (151) —que también intervino por salto de instancia— no fue magnánimo con el Poder Ejecutivo, como lo había sido en “Peralta” (152). Comienza reconociendo la existencia de una grave crisis (153), pero, a diferencia de lo que había sostenido en “Peralta”, la norma impugnada no superó el test de razonabilidad, haciéndose especial hincapié para ello, en la ley 25.466 (154), que había garantizado la intangibilidad de los depósitos bancarios a plazo fijo y a la vista. Este parecería ser el principal motivo del cambio de “Peralta” a “Smith”, dado que la cita de “Verrocchi”, que era mucho más reciente, brilla por su ausencia (155).

Esta primavera constitucional no tuvo, sin embargo, la floración esperada. Los ahorristas —en masa— arremetían judicialmente contra las medidas bancarias y cambiarias y, entre ellos, estaba la provincia de San Luis, que tenía fondos depositados en el Banco de la Nación y reforzaba su demanda con una fuerte presión política. Todo ello suscitó el caso “Provincia de San Luis c. Estado Nacional” (156), donde se cuestionaba la constitucionalidad de los decs. 214/2002, 1570/2001 y 320/2002. El caso, por su trascendencia, se avizoró rápidamente como la nave insignia de una flota que amenazaba con hundir el andamiaje jurídico-económico de un gobierno que recién comenzaba y tenía que afianzarse en la crisis. Ello ponía a la Corte ante una situación particularmente difícil. Por un lado, no podía desandar, sin más, el elegante paso alberdiano que había dado en “Smith”. Pero, al mismo tiempo, era muy

consciente de las consecuencias económico-políticas que provocaría el derrumbe constitucional del régimen vigente.

Frente a este dilema, la Corte —por mayoría— (157) hizo un “gambito” que seguramente preocupó en ese momento al Poder Ejecutivo, pero que, en el largo aliento, le tendió un manto de cobertura temporal para resolución de los otros miles de casos que abarrotaban a los tribunales. En síntesis, a fin de no borrar desprolijamente la tinta todavía fresca de “Smith”, la Corte solo la aplicó al caso concreto, haciendo un uso extraordinariamente riguroso del principio de los efectos individuales de las sentencias, pese a que el país entero clamaba por una solución escrita con alcances generales. Esta limitación quedó advertida en la sentencia desde un principio “[...] todo lo que aquí se considere y decida quedará circunscripto exclusivamente a la situación planteada en este pleito, en el que se encuentra en juego la validez del art. 2º del decreto 214/02, sin que sus efectos puedan proyectarse, sin más, a los otros supuestos cuyas particularidades serán examinadas por este Tribunal en la medida en que arriben a sus estrados para resolver conforme corresponda en cada caso” (158).

Entrando ya en el análisis del dec. 214/2002, la Corte admite que este fue dictado en el marco de la emergencia declarada por la ley 25.61: “[...] más allá de la pertinencia de acudir a las facultades previstas en el art. 99 inc. 3º de la Constitución Nacional para dictar las medidas cuya constitucionalidad se examina, el Poder Ejecutivo no ha ejercido sus atribuciones fuera del ámbito de la emergencia declarada por el Congreso Nacional” (159), pero luego dice, sin mucha preocupación por la coherencia entre una afirmación y la otra, que “[...] en exceso de las facultades delegadas por el Congreso, el Poder Ejecutivo Nacional transformó, compulsiva y unilateralmente, la sustancia de los depósitos bancarios efectuados en moneda extranjera, al disponer su conversión a pesos, con apartamiento de lo dispuesto por la ley 25.561 y con una relación entre la moneda nacional y las divisas que no refleja el valor del capital originariamente depositado” (160).

esto sería una verdad a medias, pues los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y Fayt, que habían aprobado el dec. 36/1990 en “Peralta”, se pronunciaron en contra del dec. 1570/2001 en “Smith”.

(153) “[...] se encuentra fuera de discusión en el caso la existencia de una crisis económica por lo que no cabe cuestionar el acierto o conveniencia de la implementación de medidas paliativas por parte del Estado. Pero ello no implica que se admita, sin más, la razonabilidad de todos y cada uno de los medios instrumentales específicos que se establezcan para conjurar los efectos de la vicisitud. Máxime cuando ha existido, en un breve período, una profusión de normas sobre el tema que, en algunos casos, más que propender a la fijación de pautas claras sobre la disponibilidad de las sumas depositadas en instituciones bancarias y financieras por los particulares ha generado un inédito y prolongado estado de incertidumbre”.

(154) BO 25/09/2001.

(155) “[...] se aprecia que en el caso, el actor ha sido víctima de la vulneración de su patrimonio, toda vez que la constitución de sus depósitos había sido efectuada bajo la vigencia de un régimen que garantizaba su inalterabilidad Tal garantía, además, se había visto recientemente reforzada mediante las disposiciones de la ley 25.466 que, con carácter de orden público, consagró la intangibilidad de los depósitos definiendo tal intangibilidad como la imposibilidad por parte del Estado de alterar las condiciones pactadas entre los depositantes y la entidad financiera, así como la prohibición de canjearlos por diferentes activos del Estado Nacional, de prorrogar su pago, o de reestructurar su vencimiento (arts. 1º a 4º), circunstancias que exceden en mucho las que se presentaron por cierto en la causa “Peralta” que se registra en Fallos: 313:1513. Ante ese cuadro de situación, tanto las restricciones impuestas por el decreto 1570/01 y sus posteriores reglamentaciones, como por la ley 25.561 de Emergencia

Asimismo, como ratificación de “Smith”, se pone de manifiesto la importancia de la ley de intangibilidad de los depósitos bancarios (161) y por ello “[...] ha de concluirse que el poder administrador, al margen de las directivas establecidas por el Poder Legislativo (art. 6, ley 25.561), desconoció —*contra legem*—, la sustancia de los depósitos bancarios efectuados en moneda extranjera, al ordenar su eventual —y postergada— restitución a un valor arbitrariamente fijado por ese mismo poder estatal, como parte de un complejo programa de ‘pesificación asimétrica’ cuyo mérito y eficacia no compete a este Tribunal ponderar, pero que se proyecta, en el *sub lite*, como un grave agravio al derecho constitucional de propiedad” (162) una afirmación que se endurece más aun en los considerandos siguientes “[...] el sistema jurídico impugnado, fundado en la emergencia, ha arrasado lisa y llanamente con la garantía constitucional de la propiedad y destruido —como se apuntó— el presupuesto, también constitucionalmente establecido, de la seguridad jurídica con total olvido de que cuando se recurre a los poderes de emergencia se lo hace con el objeto de amparar y defender el orden preestablecido pues ella no suprime la legitimidad constitucional sino que la garantiza por vía de remedios extraordinarios” (163) y por ello “[...] las consideraciones precedentemente expuestas conducen a declarar la inconstitucionalidad del plexo normativo cuestionado” (164) (énfasis agregado).

No caben dudas de que toda la artillería pesada descargada por la Corte contra el dec. 214/2002 podía ser aplicada también a muchos —sino todos— los casos suscitados con motivo de aquel. Pero, insisto, el Tribunal prefirió en esta oportunidad no confrontar tan abiertamente con el Poder Ejecutivo y limitó los efectos de esta sentencia al caso en concreto. Es más, como salvataje final, en el punto III de la parte dispositiva, se dispuso que las partes acordaran la forma y el modo de la devolución del o los depósitos de la provincia de San Luis, sin alterar la sustancia de la sentencia (165).

Luego de “San Luis”, la comunidad de ahorristas tuvo que esperar más de un año y medio (desde marzo de 2003, hasta octubre de

podría, claro está, convertirse en garante” (considerando 4). El voto del juez Bossert, con variantes de expresión, adhiere a esta línea argumental. Pero al año siguiente, en Müller c. Poder Ejecutivo Nacional - Contaduría General- Ejército Argentino, Fallos 326-1138 (2003) la Corte volvió a convalidar otra reducción salarial, en este caso la dispuesta por el dec. 430/2000. Según el fallo “[...] la restricción salarial impuesta con sustento en el decreto 430/00 se extendió por un lapso de trece meses (desde junio de 2000 hasta julio del año siguiente), en el cual las remuneraciones de los agentes públicos no sufrieron el envilecimiento provocado por la devaluación de la moneda operada a partir del año 2002; circunstancia esta que -entre otras razones diferencia del caso de autos de la situación contemplada en el pronunciamiento dictado por esta Corte el 22 de agosto de 2002 en la causa T.348. XXXVIII ‘Tobar, Leónidas c. E.N. Mº de Defensa - Contaduría General del Ejército Ley 25.453 s/ amparo Ley 16.986’”. Considerando 2º.

(137) BO 03/12/2002

(138) Si bien es posible que en el articulado de un mismo decreto convivan cláusulas de estas tres naturalezas, por lo general no es así.

(139) Esta práctica ya se había utilizado en casos anteriores, por ejemplo, con el dec. 446/2000 (BO 06-06-2000), que había establecido el derecho de los beneficiarios del Sistema Nacional del Seguro de Salud, creado por las leyes 23.660 y 23.661, de elegir la obra social que les diera cobertura.

(140) Curso de Derecho Administrativo, citado en nota 6, T. I, 203.

(141) Tratado de Derecho Administrativo, citado en nota 70, T. I, p. 463.

(142) Fernando de la Rúa, renunció el 20 de diciembre de 2001 y lo sucedió Ramón Puerta como presidente provisional del Senado (recordemos que el vicepresidente Carlos Álvarez había renunciado en octubre de 2000).

Puerta renunció al día siguiente y la Asamblea legislativa eligió a Adolfo Rodríguez Saa, por entonces gobernador de San Luis, que renunció el 29 de diciembre. Vacante la presidencia, esta recayó en Eduardo Camaño, como presidente provisional del Senado (Puerta había renunciado al cargo) y, finalmente, el 1º de enero de 2002, una nueva Asamblea legislativa proclamó presidente a Eduardo Duhalde.

(143) BO 07/01/2002.

(144) Para ser más preciso, la convertibilidad inicial fue de 1 dólar = 10.000 australes, luego transformada en 1 dólar = 1 peso por el dec. 2128/1991.

(145) BO 04/02/2002.

(146) BO 15/02/2002.

(147) Entre ellas, los decs. 260/2002; 410/2002; 471/2002; 494/2002; 704/2002; 762/2002; 905/2002; 992/2002 y 1836/2002. Este último decreto, junto con el 905/2002 permitía a los ahorristas retirar sus ahorros a una cotización de 1,40 pesos = 1 dólar, con más el llamado “Coeficiente de Estabilización de Referencia” (CER) y la tasa de interés establecidos en el art. 4 del dec. 214/2002.

(148) Fallos 324-4520 (2001).

(149) La Corte sostuvo que “[...] la medida cautelar otorgada en favor de los actores reviste los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a una demanda, y ejecutado la sentencia, cuando aquella demanda aún no se ha iniciado [...] ello constituye un claro exceso jurisdiccional, que importa, por lo demás, un menoscabo del derecho de defensa en juicio del Estado Nacional”. Considerandos 9º y 10º.

(150) Fallos 325:28 (2000).

(151) Suscriben la sentencia los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt (según su voto), Boggiano, López y Vázquez.

(152) Podría decirse que ello fue el resultado de los cambios producidos en la composición de la Corte, pero

Pública, en cuanto suspende la aplicación de la referida ley de intangibilidad (art. 15), han provocado una incuestionable modificación de las condiciones y presupuestos tenidos en mira por ahorristas e inversores al tiempo de efectuar sus operaciones bancarias lo que apareja un evidente desconocimiento de sus derechos adquiridos y, por consiguiente, una profunda e injustificada lesión a su derecho de propiedad”. Considerando 14º.

(156) Fallos 326-417 (2003).

(157) Votaron en disidencia los jueces Belluscio, Boggiano y Maqueda quienes, con fundamentos similares al voto del primero en “Peralta”, entendieron que la acción de amparo era formalmente improcedente. Este voto, a su manera, también auxiliaba al Poder Ejecutivo.

(158) Considerando 21º.

(159) Considerando 29º, tercer párrafo.

(160) Considerando 35º, primer párrafo.

(161) “[...] cabe poner de resalto que la llamada ‘intangibilidad de los depósitos’ sancionada por la ley 25.466 no constituye un concepto reiterativo o sobreabundante respecto de la protección constitucional al derecho de propiedad. Ello, porque la enérgica redacción de dichas normas revela innegablemente la existencia de una política económica dirigida a captar depósitos, suscitando para lograr ese objetivo un intenso grado de confianza que, en forma casi inmediata, el poder público defraudó con el dictado de las normas aquí cuestionadas”. Considerando 37º.

(162) Considerando 39º.

(163) Considerando 47º, primer párrafo.

(164) Considerando 51º.

(165) Allí se dispuso “Fijar el plazo de sesenta días corridos para que las partes convengan o determinen la forma y plazos de devolución que no alteren la sustancia de la decisión, bajo apercibimiento de establecerlo el Tribunal a pedido de cualquiera de los interesados al vencimiento del plazo fijado”

2004) para obtener una nueva decisión de la Corte. La misma vino con el caso “Bustos c. Estado Nacional” (166), que dejó algunos cabos sueltos, sin poner punto final al problema.

Antes de analizar el fallo, conviene recordar que, entre “San Luis” y “Bustos”, se produjeron cambios sustanciales en la integración de la Corte. Néstor Kirchner fue elegido presidente en las elecciones de abril de 2003 (167) y asumió en mayo de ese año. Una de sus primeras medidas fue promover el juicio político a los jueces designados por Carlos Menem. Como resultado de ello, Julio Nazareno renunció en junio de 2003 y Eugenio Raúl Zaffaroni fue designado en su reemplazo. En octubre de 2003 renunció Guillermo López y su sucesora fue Carmen M. Argibay, que asumió en julio de 2004. Antes de ello, en diciembre de 2003, fue destituido Eduardo Moliné O'Connor y reemplazado en junio de 2004 por Elena Highton de Nolasco. A la destitución de Moliné O'Connor siguió la renuncia de Adolfo Vázquez, en septiembre de 2004, impulsada también por el juicio político quien fue sucedido por Ricardo Lorenzetti que llegó al Tribunal en diciembre de 2004. Así, en lo que a la composición de la Corte se refiere, de los jueces que conformaron la mayoría en “San Luis”, es decir, Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez y Fayt, el único integrante que quedaba cuando fue decidido “Bustos”, era este último, que votó en disidencia, reiterando los principios ya expuestos en “Smith” y “San Luis”.

Veamos entonces qué dice el fallo y los votos que lo componen. La sentencia, como tal, está integrado por los votos de los jueces Belluscio y Maqueda que, conforme lo ya establecido en “San Luis”, entienden que la acción de amparo es formalmente improcedente. Podrían haber concluido allí su opinión, pues ello era suficiente para fundar el *holding* del fallo, pero hicieron también varias consideraciones sobre el fondo de la cuestión tendientes a convalidar el régimen cambiario establecido por el dec. 214/2002 y sus normas complementarias. En tal sentido, sostuvieron:

“[...] [P]arecería a primera vista que la conversión de los créditos a moneda argentina un tipo de cambio determinado por el Estado afectase el derecho de propiedad del acreedor, que tendría derecho de obtener el reintegro, por lo menos, de la cantidad exactamente equivalente a los nuevos tipos vigentes en el mercado; sería, por otra parte, el resultado de la ciega aplicación de los arts. 617 y 619 del Código Civil. Sin embargo —y esto no podría discutirlo ni siquiera los más ardientes defensores de la propiedad intangible de los dólares— en los contratos de depósito bancario que motivan litigios como el presente, el propósito del acreedor no era el de conseguir moneda extranjera específica que no pudiera ser sustituida por ningún objeto sino el de lograr la estabilidad de la prestación dineraria, es decir, asegurar un poder adquisitivo constante. Es obvio que si se depositaba en dólares era porque se dudaba del mantenimiento del poder adquisitivo de los pesos nacionales y se buscaba mantener el valor intrínseco del capital. Desde ese punto de vista, *puede afirmarse que la supuesta propiedad de los dólares no era más que una gran falacia. En la Argentina nadie ganaba en dólares norteamericanos, de manera que asentar los depósitos en esa moneda era, o bien utilizarla simplemente como una moneda de cuenta —nadie ignora que en gran medida se depositaban pesos y estos*

se convertían a igual cantidad de dólares, equivalencia cuya falsedad se hacía notoria si se pretendía la imposible tarea de cambiar pesos por dólares en el exterior (salvo en algunos países vecinos), y que hoy se ve claro que era ficticia— o bien se compraban dólares en el mercado de cambios a un precio vil, el de la paridad, con consecuencias perniciosas en la economía que a la corta o a la larga debían desembocar en el desastre económico resultante de que tuviese que afrontar el perjuicio el Estado, es decir, la comunidad toda, no los depositantes en dólares sino todos y cada uno de los habitantes del país. Por tanto, en los contratos concertados en el país y que debían ser ejecutados en él, el objeto de la obligación no era el dólar como moneda de los Estados Unidos sino el definido por la ley 23.928 como ‘convertible’ o canjeable por pesos argentinos de poder adquisitivo constante” (168) (énfasis agregado).

Agregaron asimismo que:

“En tal contexto, y en tanto no se trate de moneda extranjera que estuviese específicamente destinada al cumplimiento de obligaciones en el exterior, la “pesificación” se presenta como razonable mientras el importe que se devuelva tenga el mismo o mayor poder adquisitivo que tenía el depósito originario, ya que ello no causa perjuicio alguno al acreedor. Fue, por lo demás, una medida razonable frente a la situación de fuerza mayor trasuntada en la emergencia. Por el contrario, pretender la devolución inmediata en dólares o en su equivalente en moneda argentina en el mercado libre de cambios implica un desmesurado beneficio para el acreedor, que no puede determinarse en su medida aritmética como consecuencia de la ausencia de producción de prueba en este proceso pero que en algunos momentos alcanzó alrededor del doble del poder adquisitivo originario” (169).

Lo mismo puede decirse del voto del juez Boggiano quien, luego de sostener la improcedencia de la acción de amparo, señala:

“El decreto 1836/02 ofrece a los depositantes —entre otras alternativas— la posibilidad de obtener de la entidad financiera el reintegro de sus depósitos a razón de un peso con cuarenta centavos por dólar, incrementados por aplicación del sistema de ajuste denominado ‘Coeficiente de Estabilización de Referencia’ (establecido en el art. 4° del decreto 214/02) —más un interés—, y del Gobierno Nacional la diferencia que eventualmente exista entre ese valor y el valor del dólar estadounidense al momento del pago (conf. arts. 4°, inc. ‘b’, 7°, inc. ‘b’, y 9° del decreto 1836/02). Todo ello en los plazos y modalidades de cumplimiento, que incluyen amortizaciones anuales, pagos semestrales de intereses y posibilidad de negociación en bolsas y mercados de valores del país. Iguales consideraciones caben efectuar respecto del decreto 739/03 que avanza respecto de las normas que le precedieron en la progresiva liberación de los depósitos [...] en las condiciones expuestas, no resulta palmaria la violación constitucional que se invoca tal como se requiere demostrar en la presente acción de amparo. Por el contrario, la restitución al valor integral de la moneda original y la determinación de un plazo de diez años, más las variantes que ofrece el decreto 739/2003, de suyo, no acarrea aquella tacha de inconstitucionalidad que solo fue, en el mejor de los casos, ligeramente aludida sin la consideración profundizada que las circunstancias del caso imponían para dar fun-

damento bastante al fallo quizás más trascendente de los últimos tiempos. No es manifiesta su inconstitucionalidad en cuanto atañe a la intangibilidad del crédito, pues en las gravísimas y extraordinarias circunstancias que fueron afectando en grado creciente al sistema financiero, el lapso que irrogará el completo reintegro de los depósitos —evidentemente gravoso para sus titulares— tiene relación directa, no solo con la recuperación y desenvolvimiento de las entidades que operan en el ámbito financiero, sino, en particular, con la aptitud de estas para coadyuvar a la devolución ordenada e igualitaria de las inversiones o ahorros, en el marco de un plan económico sustentable” (170).

Por su lado, el voto de la jueza Highton de Nolasco contiene un análisis similar sobre la equidad del sistema implementado, al que agrega tonalidades de justicia social, diciendo:

“[...] [A] partir de lo expuesto debe considerarse que las normas imponen la necesidad de que todos soporten equitativamente las consecuencias de la emergencia de modo que nadie se beneficie con la crisis a expensas de otros. Imaginar que en una grave crisis es posible preservar inmutables las condiciones bajo las cuales se desenvuelve cada uno de los habitantes es no tener sentido de la realidad. Y de ese sentido no se puede carecer si realmente se procura administrar justicia. Dentro de un esquema constitucional donde priman los derechos humanos y ante la existencia de grandes sectores de la población con necesidades básicas insatisfechas y por debajo de la línea de indigencia, no se puede cohonestar una pretensión individualista por sobre el interés general” (171).

Con el voto del juez Zaffaroni, podría haberse cerrado el círculo de la pesificación. Sin embargo, no fue así, ya que Zaffaroni planteó una solución diferente a la de sus colegas para los ahorristas cuyos depósitos fueran inferiores a los 140.000 dólares. Antes de analizar el voto en sí, recordemos que por aquel entonces (octubre de 2004) la Corte todavía se integraba con 9 jueces y que sus fallos deben pronunciarse con una mayoría absoluta de los jueces que la integran (172), lo que exigía una mayoría de 5 jueces. En “Bustos” esta mayoría se obtuvo, pues 4 jueces (Belluscio, Maqueda Boggiano y Highton de Nolasco, entienden que la pesificación a 1,40 más CER más intereses es constitucional. Se suma a ello el voto de Zaffaroni para quien esta solución es correcta si se trata de depósitos superiores a 140.000 dólares y, en tanto el depósito del actor superaba esa cantidad, la mayoría, en este caso en particular, no estaba comprometida. Zaffaroni, sin embargo, disintió con los otros jueces en relación con los depósitos de monto menor, e hizo —en los considerandos 8° a 12°— una división del universo de depositantes en tres categorías: (a) los de montos hasta 70.000 dólares; (b) los de montos hasta 140.000 dólares y (c) los de montos superiores a 140.000 dólares. A los primeros se les debía restituir sus depósitos en dólares íntegramente; a los segundos se les debía restituir íntegramente en dólares también, pero hasta 70.000 dólares, en tanto que los restantes 70.000 se restituirán a \$ 1,40 más CER. Por último, los terceros recibirían \$ 1,40 más CER.

En síntesis, luego de “Bustos” todavía no existía en la Corte mayoría absoluta para resolver el problema de los ahorristas cuyos depósitos fueran inferiores a los 140.000 dólares.

Esta solución tardó 26 meses más en llegar, y fue alcanzada cuando se resolvió “Massa c. Poder Ejecutivo Nacional”, el 27 de diciembre de 2006 (173). Fue un momento —y un día— especialmente elegido por la Corte para resolver el caso, pues el valor del dólar y el de los pesos a 1,40, más el CER e intereses, coincidían matemáticamente, de modo tal que le quedó muy fácil a la Corte decir que, “en las circunstancias actuales” (un concepto que se repite varias veces) (174), devolver los depósitos en tales condiciones no producía agravio alguno para los ahorristas. Con ello, luego de casi 5 años, la Corte daba lo que ella misma denominó la “respuesta institucional” que decide “de modo definitivo las cuestiones tan largamente discutidas entre los depositantes y las entidades bancarias” (175).

El fallo es unánime y está suscripto por 5 jueces: Highton de Nolasco, Zaffaroni, Lorenzetti, Fayt y Argibay. Tal vez los más notables son los votos de los dos últimos. En el caso de Fayt porque en “Smith”, “San Luis” y “Bustos” había sostenido con énfasis la inconstitucionalidad del decreto 214/2002. En “Massa”, por el contrario, sostiene que “[...] la aplicación de la normativa de emergencia, que ha dado motivo a la promoción de este amparo y de muchos otros litigios, no ocasiona actualmente lesión al derecho de propiedad de la actora, en tanto ha sido preservada la sustancia del valor adquisitivo de su derecho creditorio, más allá de la moneda en que este ha quedado expresado” (176). Argibay, por su lado, admite que el dec. 214/2002 “[...] constituye una disposición legislativa contraria a la prohibición contenida en el art. 99.3, segundo párrafo de la Constitución Nacional, mediante la cual se ocasionó una manifiesta privación de la propiedad (art. 17 de la Constitución) en lo que se refiere a la alteración del capital depositado en las entidades financieras” (177). A pesar de ello, acompaña a la mayoría porque “[...] las razones de gravedad institucional relatadas por la mayoría y que, en líneas generales comparto, tornan prudente, en la medida que ello resulte posible, arribar a una solución que, más allá de las diferencias en los fundamentos, permita arribar a una sentencia que, en tanto unánime en el resultado económico, ponga fin a la gran cantidad de reclamos pendientes de solución”. Lo que guía la decisión de Argibay, entonces, no es la aplicación de lo que jurídicamente entiende es correcto, sino la necesidad institucional de dar una solución definitiva a un largo problema.

Pocos meses después de “Massa”, fue resuelto “Rinaldi c. Guzmán Toledo” (178), relativo a la pesificación de los mutuos hipotecarios. En este caso, con cita de “Massa”, la Corte recordó que la Argentina había atravesado por “una de las crisis más graves en la historia contemporánea de nuestro país” y confirmó la pesificación que los actores impugnaban.

Ya vimos en el punto anterior que, en general, los casos laborales resultaron fáciles y fueron resueltos en beneficio de los trabajadores (179). “Aceval Pollacchi c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles SA” (180), sin embargo, no era tan fácil, en mi opinión. Estaba en discusión aquí la constitucionalidad del dec. 883/2002 (181), luego prorrogado varias veces (182), que había prorrogado, a su vez, el plazo de vigencia del art. 16 de la ley 25.561, por medio del cual se suspendían los despidos sin causa justificada

(166) Fallos 327:4495 (2004).

(167) Si bien en la primera vuelta electoral la fórmula integrada por Carlos Menem y Juan Carlos Romero había triunfado sobre la de Kirchner y Daniel Scioli por un escaso margen, los ganadores no se presentaron a la segunda vuelta dado que los sondeos de opinión les daban resultados francamente negativos.

(168) Considerando 9°, párrafos cuarto y quinto.

(169) Considerando 13°, segundo párrafo.

(170) Considerandos 16° y 17°.

(171) Considerando 29°.

(172) De acuerdo con el art. 23 del dec. ley 1285/58 “[...] las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la inte-

gren, siempre que estos concordaren en la solución del caso; si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener la mayoría absoluta de opiniones”.

(173) Fallos 329:5913 (2006).

(174) Ver considerandos 14° y 21° del voto de la mayoría y considerando 14° del voto del juez Fayt.

(175) Ver los considerandos 10° y 8°.

(176) Considerando 20°.

(177) Considerando 10°.

(178) Fallos 330-855 (2007).

(179) Ver entre ellos “Levy”; Della Blanca” y González”

(180) Fallos 334-799 (2011).

(181) BO 29-05-2002.

(182) Decs. 662/2003; 256/2003; 1351/2003;

y se duplicaba el monto indemnizatorio en caso de que estos se produjeran. Con cita de “Consumidores Argentinos” (183), la Corte estima que se ha “[...] cumplido el recaudo relativo a la existencia del estado de necesidad y urgencia que justifica el dictado de la norma atacada” (184) pues esta “[...] no se refiere a una materia expresamente prohibida (penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos)” (185) y “[...] en lo relativo al recaudo de ‘razonabilidad’ [...] y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico-sociales propias de la situación a la que se aplicó [c]onviene recordar que (186) [...] el destrato laboral y las normas que regularon su indemnización agravada correspondieron a momentos de dramática crisis institucional y social para la vida de la República. Esta visión de conjunto exime de un mayor esfuerzo para concluir que la disuasión de los despidos constituía una herramienta tan razonable como urgente para conjurar una mayor profundización de la crisis desatada [...] (187). Ello confirmó una significación singular al mandato constitucional según el cual ‘el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes’ enalteciendo la tarea del dependiente, al imponerse al empleador un mayor sacrificio económico mediante el disciplinamiento del despido, tornándolo más gravoso” (188).

En síntesis, conforme este fallo, las exigentes condiciones de “Consumidores Argentinos” para el dictado de un DNU, permiten, en el marco de la crisis de 2002/2003, la prórroga de la suspensión de los despidos y la duplicación del monto indemnizatorio si estos, si estos se produjeran.

Ya he dicho al comentar otros casos (189) que, a pesar de “Verrocchi” y “Consumidores Argentinos”, “Peralta” vuelve siempre por sus fueros. La doctrina del “grave riesgo social” allí establecida, nunca deja de estar presente. Tanto lo está que vuelve a aparecer en “La Pampa c. Estado Nacional”, resuelto en diciembre de 2020 (190). Para simplificar los hechos del caso —que entiendo era importante para la industria de los hidrocarburos— diré que los arts. 32 y 33 la ley 23.697 (191), dispusieron que para la liquidación de las regalías petrolíferas el valor “boca de pozo”, debía calcularse según los precios internacionales. Posteriormente, el art. 110 del dec. 1757/1990 (192), dispuso que las regalías se calcularían sobre la base de los precios en el mercado local. Finalmente, para completar este cuadro normativo, la ley 23.897 (193), sancionada un mes después, no modificó lo establecido en el dec. 1757/1990 en relación con los precios del mercado local que debían tomarse en cuenta para el cálculo de las regalías.

Con estos antecedentes, la provincia de La Pampa demandó al Estado Nacional, solicitando que se le pagaran las diferencias existentes entre el monto de las regalías calculadas sobre los precios locales y el valor de estas que surgiría según los precios internacionales. Entre otros aspectos alegó que la ley 23.897 había derogado el dec. 1757/1990 y que este, además, era inconstitucional.

Nuevamente se le planteaba a la Corte la inconstitucionalidad de un DNU que modificaba expresamente lo dispuesto por una ley. Sin acudir ni a “Verrocchi”, ni a “Consumidores Argentinos”, que no aparecen citados en el fallo, la Corte echó mano, una vez más, de la doctrina del “grave riesgo social” establecida en “Peralta”, para declarar la constitucionalidad del dec. 1757/1990 y rechazar la demanda de La Pampa.

Su primer argumento es que “[...] el decreto 1757/90 fue puesto en conocimiento del Congreso, de acuerdo con su art. 121, y este cuerpo no adoptó ninguna política que pusiera en cuestión su vigencia o validez. Más aún, en el debate legislativo al que ya se ha hecho referencia más arriba que precedió a la sanción de la ley 23.897, tal posibilidad fue desestimada [...] el Congreso Nacional no solo se abstuvo de adoptar decisiones diferentes —en los términos sentados por esta Corte en Fallos: 313:1513— a las que, en materia de hidrocarburos, el Poder Ejecutivo había plasmado en el decreto 1757/90, sino que incluso tuvo un comportamiento claramente alineado con ellas” (194). En línea con lo anterior, dice más adelante que “[...] el peso de los antecedentes considerados muestra con total claridad que la aceptación del dec. 1757/90 por el Congreso de la Nación al debatirse la ley 23.897 no se trató de un episodio aislado que hechos posteriores hayan desmentido o puesto en duda. Por el contrario, en el desarrollo de la política sobre hidrocarburos adoptada por el gobierno nacional, el decreto 1757/90 sirvió al trazado de una política pública confirmada en instancias posteriores” (195). Puede verse aquí la importancia que la Corte le da a la intervención del Congreso en la materia.

Se apoya luego en la gravedad de la emergencia económica de fines de la década de 1980 y dice “[...] las sucesivas medidas adoptadas en la materia durante el período de inestabilidad económica y de hiperinflación que tuvo lugar a fines de los años 80, tales como la sanción de la ley 23.678, seguida de su modificación por los arts. 32 y 33 de la ley 23.697, la sanción de la ley 23.897 y el dictado del decreto *sub examine* 1757/90, así como el reducido espacio de tiempo en el que todas ellas fueron tomadas, son demostrativas de la fragilidad de la economía local y de la consiguiente necesidad que tuvo el gobierno nacional de responder continuamente a las alteraciones que se producían en el mercado de los hidrocarburos. Tales extremos, en un contexto de grave riesgo social que, de acuerdo con lo declarado por esta Corte, era público y notorio a principios de 1990 (Fallos: 313:1513, considerando 24), permiten afirmar que debe tenerse por configurada la situación de hecho exigible al tiempo de su dictado para reconocer validez constitucional al decreto 1757/90 en el punto aquí examinado” (196). Nuevamente en este considerando aparece la cita de “Peralta”.

A todo ello, agrega la corta duración que tuvo para la provincia actora la vigencia del dec. 1757/1990 y dice: “[...] se advierte que, contrariamente a lo argumentado por la actora, el régimen establecido en los arts. 110 a 113 del decreto 1757/90 no tuvo una duración irrazonable. En lo concerniente a los yacimientos objeto de la demanda, la suspensión dispuesta en el art. 113 no pudo extenderse más allá del momento en que se otorgaron las correspondientes concesiones (decs. 1769/90 y 2164/91), en virtud de las cuales las disposiciones de la ley 23.678 fueron definitivamente sustituidas por las correspondientes al régimen previsto en la ley 17.319” (197).

En síntesis, aun bajo la vigencia de “Verrocchi” y “Consumidores Argentinos” la Corte (a) sigue invocando “Peralta” y (b) considera que la intervención del Congreso posterior al DNU, es relevante. No puedo dejar de señalar tampoco que, si bien la crisis económica de finales de 1980 era general, el dec. 1757/1990 atendía un problema sectorial. Si se hubiera aplicado aquí

el principio de “Leguizamón” y “Bruera”, el resultado habría sido diferente, pero en este caso la Corte no hizo la distinción que surge de estos casos.

III.4. Síntesis y reflexiones

Si bien como dije al comienzo, la división de los casos relativos a los DNU entre “fáciles” y “difíciles” no es exactamente científica, resulta útil, sin embargo, para comprobar que, en los primeros, la Corte es muy exigente con aquellos DNU en los cuales, por lo general, el compromiso político era menor y su declaración de inconstitucionalidad no acarrea consecuencias económicas de trascendencia. Ejemplos típicos de estos casos son “Verrocchi” y “Consumidores Argentinos”, cuya ortodoxia constitucional es irreprochable.

Por el contrario, en los casos difíciles, la Corte ha sido mucho más tolerante. “Peralta” y todos los fallos relativos a la pesificación de las obligaciones dispuesta por el dec. 214/2002, ejemplifican este segundo grupo. Es más, en varios de estos casos, la Corte en lugar de citar “Verrocchi” y “Consumidores Argentinos”, acude a “Peralta”, donde la doctrina del “grave riesgo social” es de gran ayuda para el salvoconducto constitucional del DNU.

¿Podría decirse, entonces, que estamos ante un “doble estándar” en la jurisprudencia de la Corte para el juzgamiento de los DNU? Una primera respuesta, tal vez un poco lineal, es que efectivamente ese doble estándar existe. Pero si somos un poco más benévolo, podría sostenerse que, en realidad, lo que varía no es el estándar o vara de juzgamiento, lo que cambian son las circunstancias de hecho, que hacen al contexto, económico, político y social, en el cual cada DNU es dictado. Bajo esta segunda alternativa, no existe oposición ni contradicción doctrinaria —al menos manifiesta— entre lo decidido en unos y otros casos, lo que los diferencia es el “grave riesgo social” que es necesario conjurar.

Puesto a elegir entre estas dos opciones, me atrevo a decir, en primer lugar, que hubiera sido preferible que la Corte no empleara tanta energía doctrinaria en los casos sencillos, pues (a) ciertamente no la necesitaban y (b) ella luego podría tornarse inaplicable en los difíciles, tal como ha quedado demostrado.

Aun así, en segundo lugar, prefiero no trazar una línea divisoria drástica y sostener que existen dos bibliotecas diferentes. Es más prudente y razonable, a mi modo de ver, sostener que no hay doble estándar, sino un solo cuerpo de doctrina judicial, que no puede, ni debe, ser aplicado rígida y dogmáticamente, pues, insisto, si los principios de “Verrocchi” y “Consumidores Argentinos”, se aplicaran sin atenuantes, prácticamente ninguno de los DNU que dieron lugar a los casos difíciles, hubieran tenido chance alguna de sobrevivir.

IV. La necesidad y urgencia: ¿cuestión política o cuestión justificable?

Me propuse también reflexionar sobre la oportunidad en que la Corte, y los jueces en general, deben analizar la “necesidad y urgencia” invocada por el DNU y, como parte de ese análisis, llegar a alguna conclusión en torno al carácter político o justificable de la misma. Concretamente, mi pregunta es doble y consiste en (a) si los jueces pueden juzgar esta cuestión *antes* de que lo haga el

Congreso y (b) si, en definitiva, se trata de una cuestión susceptible de apreciación judicial.

Una vez más, nos encontramos aquí ante dos posiciones muy diferentes. Una es la del caso “Rodríguez, Jorge - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación” (198), que he omitido mencionar hasta ahora para poder analizarlo en este contexto y la otra es la de “Verrocchi” y “Consumidores Argentinos”.

Como todos recordamos, el caso “Rodríguez” se planteó con motivo de la inconstitucionalidad del dec. 842/1997 (199), por medio del cual el Poder Ejecutivo dispuso llevar adelante la privatización de los aeropuertos, pese a que esta decisión no contaba con apoyo legislativo y había dado lugar a medidas cautelares judiciales en su contra, planteadas por un grupo de diputados a los que había adherido el Defensor del Pueblo. Los antecedentes del caso están relatados en los puntos I-IV del dictamen de la Procuración General (200) en estos términos:

“[...] [U]n grupo de legisladores, a los que se adhirió el señor Defensor del Pueblo, plantearon una acción de amparo contra los decretos N° 375, del 24 de abril de 1997, y N° 500, del 2 de junio, mediante los cuales fue decidida la concesión de los aeropuertos nacionales e internacionales, ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10. Toda vez que dicha acción fue acogida en ambas instancias ordinarias judiciales, el Poder Ejecutivo Nacional planteó el respectivo recurso extraordinario, el que se encuentra sustanciándose en la actualidad. Empero, ‘dada la necesidad y urgencia que existe en la concreción del proceso de concesión inadmisiblemente demorado’, resolvió ratificar esos decretos, mediante el decreto de necesidad y urgencia 842/97, dictado con fundamento en el art. 99, inc. 3° de la Constitución Nacional y enviado a la consideración del Congreso de la Nación, tal como lo exige dicha norma, donde se encuentra en proceso de tratamiento legislativo”

“En ese estado de cosas, el mismo grupo de legisladores nacionales, promovió nueva instancia judicial contra el decreto 842/97, lo que dio lugar a la formación del expediente agregado ‘Nieva, Alejandro y otros c. PEN -Dto. 842/97- s/ medida cautelar (autónoma)’, donde, citado el señor Defensor del Pueblo por la señora Jueza a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5, compareció a fs. 40/47 en los términos del art. 90, inc. 2° del C.P.C.C.N., adhirió a la pretensión de los actores y fue tenido por parte en esos términos (fs. 48). A fs. 57/58, la magistrada hizo lugar a la medida peticionada y ordenó, al Poder Ejecutivo Nacional, la suspensión de los efectos del decreto de necesidad y urgencia 842/97, dictado sobre el marco regulatorio del servicio aeroportuario, como así también de cualquier otra reglamentación concordante”.

“Disconforme con la medida cautelar dictada, el Estado Nacional dedujo recurso de apelación y presentó el respectivo memorial de agravios a fs. 100/124 de las actuaciones primeramente citadas en el Capítulo II, recurso que aún no fue elevado a la Excma. Cámara del fuero. Sin perjuicio de ello, se presentó directamente en autos, ante V.E., el Ingeniero Jorge Rodríguez (fs. 38/124), como Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación y en la oportunidad indicada por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con el objeto de plantear: 1. En los tér-

369/2004 y 823/2004.

(183) Considerando 5°.

(184) Considerando 7°.

(185) Considerando 8°.

(186) Considerando 10°, primer párrafo.

(187) Considerando 10°, párrafo segundo.

(188) Considerando 10°, párrafo tercero.

(189) Me refiero, por ejemplo, a “Bruera”, agrupado entre los fáciles.

(190) Fallos 343:1944 (2020).

(191) BO 25/09/1989.

(192) BO 06/09/1990.

(193) BO 29-10-1990.

(194) Considerando 10°, primer y último párrafo.

(195) Considerando 22°.

(196) Considerando 11°.

(197) Considerando 19°, último párrafo.

(198) Fallos 320:2851 (1997).

(199) BO 28/08/1997.

(200) Dictamen de fecha 05/11/1997. Fallos 320:2861

minos del inciso 7° del art. 24 del decreto-ley 1285/58, la incompetencia y carencia de jurisdicción de la magistrada interviniente, como así también de la Excma. Cámara del Fuero, para entender en esta causa. 2. Subsidiariamente, recurso extraordinario directo ante la Corte Suprema contra la medida cautelar dispuesta en los autos agregados y que se reseñaron supra”.

Precisando el objeto de la presentación directa del Jefe de Gabinete ante la Corte a tenor del inciso 7° del art. 24 del decreto-ley 1285/58, la sentencia dice que este “[...] plantea la falta de atribuciones del Poder Judicial para entender en la cuestión toda vez que la función de control sobre los decretos de necesidad y urgencia estaría sometida a un procedimiento especial establecido por la Constitución, siendo el órgano competente el Congreso Nacional. Solicita por ello, en función de lo establecido por el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58, se declare la incompetencia del Poder Judicial de la Nación para entender en la materia” (201). Agrega asimismo que “[...] la pretensión sometida a la decisión jurisdiccional tuvo por objeto la declaración de nulidad del decreto de necesidad y urgencia 842/97, de fecha 27 de agosto de 1997 (B.O. 28-8-97), sobre el marco regulatorio y privatización del servicio aeroportuario, por haberse impedido mediante el dictado de esa norma el ejercicio de la facultad de legislar propia de los accionantes y contrariar aquella las disposiciones constitucionales que condicionan la validez de este tipo de actos emanados del Poder Ejecutivo” (202).

En síntesis, este proceso involucraba un conflicto entre los tres poderes del Estado. El Poder Ejecutivo quería privatizar los aeropuertos y, ante la falta de respuesta legislativa, decidió hacerlo por decreto. Por su lado, algunos diputados sostenían que el Poder Ejecutivo, con el dictado de los decretos de privatización de los aeropuertos, en particular el dec. 842/1997, había invadido sus atribuciones y les impedía ejercer sus funciones legislativas. A su turno, la justicia en lo contencioso administrativo federal, a instancias de esos diputados, había intervenido por vía de amparo, suspendiendo los decretos dictados por el Poder Ejecutivo. Frente a esta situación, el Jefe de Gabinete se presentó en forma directa ante la Corte Suprema planteando una cuestión de competencia en los términos del art. 24, inc. 7° del dec.-ley 1285/1958 (203), solicitando que se declarara que el control sobre los DNU es competencia del Congreso y no del Poder Judicial.

Al resolver esta cuestión en forma muy dividida (204), la Corte se declara competente para entender en el caso (205) y admite la operatividad del art. 99(3) en ausencia de la ley reglamentaria (206). Analiza luego las formalidades del dec. 842/1997 (207) y ello la conduce a la tesis del control legislativo exclusivo sobre los DNU. Al respecto sostiene que “[...] atendiendo al texto constitucional plasmado por la reforma del año 1994, la norma referida solo puede considerarse so-

metida al pertinente contralor del Poder Legislativo de la Nación, a quien corresponde pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos —de valoración política— que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del Poder Ejecutivo, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido” (208). Énfasis agregado.

Yendo más al fondo de la cuestión, el fallo sostiene que “[...] en las circunstancias descriptas, no existe justificación para la requerida intervención del Poder Judicial en una cuestión seguida por los poderes políticos y pendiente de tratamiento por parte de uno de ellos, el Congreso de la Nación. De otro modo se estarían desconociendo las potestades de este último, órgano a quien, como depositario de la voluntad popular, la Constitución atribuye una excluyente intervención en el contralor de los decretos de necesidad y urgencia, delicada función política propia del legislador que no puede ser interferida en el modo de su ejercicio por el Poder Judicial sin grave afectación del principio de división de poderes” (209). Énfasis agregado.

Y agrega “[...] en el caso se pretende que esta Corte intervenga en una contienda suscitada entre el Poder Ejecutivo y algunos miembros de la Cámara de Diputados antes de que 'el procedimiento político normal tenga la oportunidad de resolver el conflicto' [citas omitidas] lo que resulta inadmisibles ya que el Poder Judicial no debe involucrarse en controversias de esta índole, donde se lo pretende utilizar, al margen de las limitaciones previstas en el art. 116 de la Constitución Nacional, como árbitro —prematureo— de una contienda que se desarrolla en el seno de otro poder. Por el contrario, la cuestión propuesta, propia de la dinámica de la vida política, debe resolverse dentro del marco institucional que la Constitución fija: el Honorable Congreso Nacional. Decidir de otro modo, importaría interferir en el ejercicio de funciones del órgano que expresa, en su máximo grado, la representación popular en una de las materias más delicadas que le ha asignado la reforma constitucional de 1994” (210). Énfasis agregado.

Aclara finalmente la Corte que esta decisión no supone “[...] una convalidación del decreto 842/97 fuera de lo que ha sido objeto de examen, 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 en ese trámite— siempre que, ante un ‘caso’ concreto —inexistente en la especie— conforme las exigencias del art. 116 de la Constitución Nacional, se considere en pugna con los derechos y garantías consagrados en la Ley Fundamental” (211).

De todos los párrafos transcriptos quedan, en síntesis, dos afirmaciones concretas: (a) el control sobre la necesidad y urgencia invocado por un DNU, es decir, el determinar si existían “circunstancias excepcionales

hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”, es del resorte exclusivo del Congreso y se trata de una cuestión política, no susceptible de apreciación judicial (212) (b) los jueces pueden —y deben— ejercer el control de constitucionalidad sobre el fondo de lo decidido por un DNU.

En cuanto a los votos disidentes, con diferencias de expresión en el lenguaje, todos apuntan a lo mismo: la Corte es incompetente para intervenir en la petición formulada por el Jefe de Gabinete. El juez Fayt lo dice en estos términos: “[...] no se ha configurado conflicto alguno que deba ser resuelto por el Tribunal de acuerdo a lo dispuesto por el art. 24, inc. 7°, del decreto ley 1285/58 sino que, por el contrario, se ha planteado un caso en que se requiere que los jueces ejerzan la más primaria de sus funciones: velar por la supremacía de la Constitución Nacional” (213). Algo muy similar expresa el juez Petracchi: “[...] sea cual fuere la naturaleza del conflicto que denuncia el Poder Ejecutivo— no se está frente a uno de los supuestos que habilita la intervención de esta Corte, según el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58. En efecto, casi es innecesario decir que no existe un conflicto entre jueces. Pero debe subrayarse que tampoco es el caso de una contienda entre un tribunal judicial y un organismo administrativo con facultades jurisdiccionales, con motivo del ejercicio de estas. Ni el Poder Ejecutivo —al dictar el decreto 842/97— ni el Congreso de la Nación, en la hipótesis de una eventual consideración de aquel, han ejercitado (o lo harán en el futuro), atribuciones de tipo jurisdiccional, a cuya existencia está supeditada —como queda dicho— la intervención de la Corte por esta vía” (214). Apreciaciones de similar tenor aparecen en el voto de los jueces Belluscio y Bossert.

Comparemos ahora este precedente con lo dicho en “Verrocchi” y “Consumidores Argentinos”. En el primero de ellos la Corte, por mayoría (215), sostiene: “[...] 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 [...] y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto” (216).

Una nota de color en relación con esta sentencia es que la Corte no había cambiado de composición entre “Rodríguez” (diciembre de 1997) y “Verrocchi” (agosto de 1999). ¿Cómo se produjo entonces este cambio? Por el *swing vote* de Boggiano, que había votado en la mayoría en “Rodríguez” y en “Verrocchi”, sin opinar expresamente sobre el control político o judicial sobre los DNU,

votó separadamente adhiriendo, por el fondo, al criterio mayoritario.

Ya con una composición diferente, en “Consumidores Argentinos” la Corte (217) ratifica lo establecido en “Verrocchi” y dice: “[...] admitida la atribución de este Tribunal de evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales características, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. 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” (218).

Es evidente que el cambio producido de “Rodríguez” a “Verrocchi”, luego confirmado en “Consumidores Argentinos”, es sensible. En el primero, la Corte sostiene que los jueces no pueden controlar si, al momento de dictarse el DNU, existían “circunstancias excepcionales” que hicieron imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, pues ello es una cuestión política. En los segundos, por el contrario, reivindica esta facultad sosteniendo la competencia del Poder Judicial para ejercerla (219).

Si bien coincido con que los jueces pueden controlar si se dieron o no tales “circunstancias excepcionales”, lo que me pregunto es si este control puede ejercerse aun antes de que el Congreso se expida al respecto. En efecto, “Verrocchi” y “Consumidores Argentinos” sostienen que el Poder Judicial puede controlar esta cuestión, pero no dicen si lo puede hacer antes o después de que el Congreso lo haya decidido. Esta cuestión, a mi juicio, no es menor. ¿Qué sucedería, por ejemplo, si el Congreso entendiera que tales circunstancias excepcionales existieron? ¿Podrían luego los jueces sostener que no existieron? Viceversa, si el Congreso sostuviera que no existieron, ¿podría luego el Poder Judicial decir lo contrario? En ambos casos, ello implicaría, sin dudas, un doble control: el ejercido sobre el DNU y el ejercido sobre el propio Congreso.

Tengamos en cuenta al respecto que la Corte ha prestado especial atención a la conducta del Congreso posterior al dictado del DNU. Ello ha ocurrido en casos fáciles como “Levy”, “Della Blanca”, “Galli” y “Zofracor”, como en los difíciles como “Guida”. Es más, en el propio caso “Verrocchi”, los decs. 770/1996 y 771/1996 que lo motivaron, ya había sido derogados al momento del fallo.

Todo ello indica que la Corte siempre ha tenido muy en cuenta la conducta posterior del Congreso sobre el DNU, cualquiera sea el medio o la forma que esta adopte. Si bien “Verrocchi” y “Consumidores Argenti-

ción de otro, importa siempre, por sí misma, una cuestión institucional de suma gravedad que, independientemente de que trasunte un conflicto jurisdiccional o un conflicto de poderes en sentido estricto, debe ser resuelta por esta Corte, pues es claro que problemas de tal naturaleza no pueden quedar sin solución [...] en el caso concurren inusitadas circunstancias de gravedad institucional que sobrevienen al estar en tela de juicio si los jueces han ejercido su poder invadiendo las atribuciones que constitucionalmente tienen otros poderes del Estado, invasión que lesionaría el principio fundamental de división de poderes”. Considerandos 6º y 7º.

(206) “[...] la cláusula constitucional citada prevé un específico ámbito de contralor en sede parlamentaria para los decretos de necesidad y urgencia. Dicho contralor, por otra parte, no se encuentra subordinado en su operatividad a la sanción de la “ley especial” con-

templada en la última parte del precepto, ni a la creación de la “Comisión Bicameral Permanente”, ya que, de lo contrario, la mera omisión legislativa importaría privar sine die al titular del Poder Ejecutivo Nacional de una facultad conferida por el constituyente”. Considerando 13º.

(207) “[...] el decreto en cuestión no presenta defectos formales ni aparece emitido fuera del complejo normativo que regula su dictado, por el contrario, aquel se presenta regularmente inscripto en el ejercicio privativo de las funciones propias de uno de los poderes del Estado, sin exceder el marco en que constitucional y legalmente estas se insertan”. Considerando 15º.

(208) Considerando 15º.

(209) Considerando 17º.

(210) Considerando 18º.

(211) Considerando 23º.

(212) Esta afirmación ha sido muy criticada. Manili,

sostiene, por ejemplo, que destruye doscientos años de historia del control judicial de constitucionalidad. MANILLI, Pablo Luis, “Constitución de la Nación Argentina – Comentada, anotada y concordada”, Astrea, Buenos Aires, 2023, t. 2, p. 464.

(213) Considerando 12º.

(214) Considerando 7º.

(215) Votaron en la mayoría Fayt, Belluscio y Bossert, con votos separados de Boggiano y Petracchi. En disidencia votaron Nazareno, Moliné O’Connor, López y Vázquez.

(216) Considerando 9º, segundo párrafo.

(217) El Tribunal estaba integrado, en este caso, por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

(218) Considerando 13º, primer párrafo.

(219) Cassagne sostiene que este control puede llevarse a cabo en cualquier clase de acción o proceso judicial.

(201) Considerando 1º.

(202) Considerando 9º.

(203) Según esta norma: “La Corte Suprema de Justicia conocerá: [...] De las cuestiones de competencia y los conflictos que en juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos, salvo que dichas cuestiones o conflictos se planteen entre jueces nacionales de primera instancia, en cuyo caso serán resueltos por la cámara de que dependa el juez que primero hubiese conocido. Decidirá asimismo sobre el juez competente cuando su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia”.

(204) Votaron en la mayoría los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano, Vázquez y López. En disidencia votaron los jueces Petracchi, Fayt, Belluscio y Bossert.

(205) “[...] la invasión que un poder del Estado pudiera hacer respecto de la zona de reserva de actua-

nos” no la inhiben —al menos expresamente— de anticiparse al control legislativo de los DNU, creo que una razón de prudencia elemental exige que sea primero el Congreso quien determine si, debido a circunstancias excepcionales, se hallaba impedido de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes. Finalmente ¿quién puede ser mejor que el propio Congreso, para determinar esta cuestión que le atañe específicamente? (220). Dicho esto, en otros términos, si el Congreso sostiene que le era “imposible” sancionar la ley ¿podrían los jueces decir que ello era “posible”?

Veamos ahora si determinar que hubo o no hubo, circunstancias excepcionales que tornen imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, puede ser considerada una cuestión política. La Corte dice que no. Afirma que esta es una cuestión justificable. Coincido con esta posición desde el punto de vista teórico, pero tengo mis dudas sobre su utilidad en la práctica.

No hace falta recordar, en primer lugar, que toda la construcción sobre las cuestiones políticas descansa, más bien, en una sensación subjetiva, casi intuitiva, que en un análisis racional o científico del problema. Esto es así en la Argentina y en cualquier otro país. Consecuentemente, ciertas cuestiones que otrora eran políticas, la Corte, en algún momento, las tornó justificables. Me atrevería a decir que todo ello asienta, en gran medida, en la creencia —o en la certeza— de quien protege mejor los derechos de los ciudadanos y en el mayor grado de confianza o desconfianza que generan los legisladores y los jueces. En la Argentina hemos depositado una mayor confianza en los jueces y, por ende, tendemos a limitar todo lo posible las cuestiones políticas, pues creemos que con ello se asegura mejor el proceso democrático. Muy diferente es el caso de los Estados Unidos, donde la doctrina de las cuestiones políticas se mantiene firme, pues existe una gran credibilidad en los legisladores, fundada en que, al ser elegidos directamente por el pueblo, sus decisiones deben ser corregidas por los jueces, pero limitadamente, pese a que estos, en el orden local, también son elegidos por el voto popular. Se sigue de lo dicho que la calificación de una cuestión como “política” o “justificable”, no nace de la naturaleza propia de la misma, sino de un criterio, amplio o restringido, sobre la función judicial.

En segundo lugar, yendo a la naturaleza política o justificable del análisis de las mentadas “circunstancias excepcionales”, me pregunto si la Corte, una vez que el Congreso ha establecido que existieron o no, tales circunstancias, podría corregirlo. En otras palabras, si el Congreso dijera que le fue imposible sancionar la ley, ¿podría la Corte sostener que sí era posible? Bajo lo establecido en “Verrocchi” y “Consumidores Argentinos”, en teoría podría hacerlo, sin embargo, en la práctica no lo ha hecho. Ya mencioné que, tanto en los casos difíciles, como en los fáciles, la Corte ha prestado especial atención a la conducta del Congreso posterior al dictado del DNU. Y es razonable que lo haga, pues si el Congreso se ha expedido en un sentido en el otro, no me imagino, insisto, cómo la Corte diría lo contrario. Tengo para mí, entonces que el criterio que debe prevalecer sobre la existencia o no de las “circunstancias excepcionales” que hacen “imposible” la sanción

de una ley es el del Congreso, pues, insisto, se trata de una cuestión que hace, esencialmente, a la aptitud o posibilidad de este de ejercer sus propias funciones en un momento determinado. Desde este punto de vista, sostener que la revisión de las “circunstancias excepcionales” es una cuestión justificable, aunque sea correcto en la teoría, no parece tener mayor utilidad en la práctica.

Distinto es el caso si, al momento de la revisión judicial sobre el DNU, el Congreso no se ha expedido todavía sobre su validez en los términos del art. 99(3). Aquí es donde la ley 26.122 presenta una de sus tantas fallas constitucionales, pues, como dije al comienzo, al no establecer un plazo para ello y determinar —como lo hacen otros ordenamientos— que vencido dicho plazo el DNU queda derogado (221), esta ley permite que el DNU extienda sus efectos *sine die* y que el Congreso guarde silencio por espacios muy prolongados o, simplemente, no se expida en forma alguna, como ha ocurrido reiteradamente (222).

¿Cómo deberían resolver la Corte y los jueces en general, esta cuestión, que ni “Verrocchi” ni “Consumidores Argentinos” prevén? Este vacío legislativo, en mi opinión debería ser llenado por los propios jueces. En lugar de anticiparse a ejercer ellos mismos este control, a riesgo de que el Congreso diga luego lo contrario, debería establecerse, como regla que, si el Congreso no se ha expedido sobre el DNU en un plazo razonable, ello debe entenderse como rechazo del DNU. El fundamento constitucional para ello está en la naturaleza excepcional de los DNU y en el art. 99(3), que obliga al Congreso a expedirse “de inmediato” sobre el DNU una vez que la Comisión Bicameral Permanente le remite su dictamen. Nace también de la ley 26,122 que repite que las cámaras legislativas deben actuar de inmediato y en forma expresa (art. 21). Por ende, si el Congreso no se ha fijado a sí mismo un plazo, no veo inconveniente para que lo hagan los jueces a fin de hacer cumplir el mandato constitucional y legal. Por lo demás, el silencio del Congreso no podría interpretarse como convalidación del DNU, ya que, conforme el art. 82, las leyes pueden ser sancionadas en forma tácita o ficta y este mismo criterio debe ser aplicable, analógicamente, para la convalidación de un DNU. Ciertamente las constituciones extranjeras que, como la italiana, adoptan este criterio, dan sustento también a la solución propuesta.

V. El DNU 70/2023 en este contexto

Me preguntaba al comienzo cómo resolverá la Corte Suprema los planteos de inconstitucionalidad del DNU 70/2023, una pregunta por cierto que nos interpela a todos quienes seguimos de cerca este problema. La doctrina ya ha dado respuestas en uno y otro sentido y podría decirse que se han formado dos corrientes de opinión.

Juan Carlos Cassagne, luego de un meditado estudio sobre la separación de poderes y de la inserción de los DNU en ella, sostiene que “el DNU 70/2023 es constitucionalmente válido en la medida que establece una reforma legislativa integral imprescindible para la subsistencia del Estado que cumple con los requisitos materiales y formales a la luz del sistema que prescribe la Constitución en su art. 99, inc. 3°”. Sostiene Cassagne que “estamos ante una situación de ‘grave riesgo social’, como lo puntualiza la jurisprudencia

de la Corte Suprema. En parte alguna de la Constitución se prohíbe que los DNU contengan disposiciones permanentes y que no puedan derogar leyes de fondo ni tampoco se exige que su contenido vaya saliendo por etapas, caso por caso” (223).

Otros autores, en cambio, entienden que el DNU 70/2023 es nulo de nulidad absoluta. Tal es el caso de Pablo Manili, pues, en su opinión, no existe necesidad y urgencia que lo justifique, sumado a que no se dan otros requisitos tales como: la conveniencia y la transitoriedad. En opinión de este autor, conspira también contra la validez del DNU 70/2023 la multiplicidad de materias que aborda (224). Similar criterio ha expresado Germán González Campaña: “El mega DNU 70/2023 pone en jaque dos pilares de nuestro sistema de gobierno: el proceso democrático y el principio republicano de separación de poderes” (225).

Mi opinión, ya expresada en el artículo citado en nota 3, es coincidente con la de Cassagne. Si se juzga el DNU 70/2023 en el laboratorio, su condena es inevitable, pero si consideramos la situación de “grave riesgo social” que este pretende conjurar, la respuesta tiene que ser forzosamente muy diferente. Una vez más, mala administración, el exagerado gasto público, el desprecio por el valor de la moneda, la indisciplina fiscal, la intervención estatal desmedida, y el populismo más descarado, colocaron a nuestro país al borde del abismo. ¿Podemos esperar que el Congreso ponga fin a todo ello con la urgencia que se requiere? Las dudas sobre esta cuestión se tornan en certeza negativa si tenemos en cuenta que, a casi tres meses de haber sido dictado el DNU 70/2023, ni siquiera se ha expedido todavía la Comisión Bicameral Permanente (226).

¿Cómo juzgará la Corte Suprema al DNU 70/2023? Oliver W. Holmes decía en un célebre trabajo, muchas veces citado, que el derecho no era otra cosa que las profecías sobre lo que harán los tribunales (227). Tal vez ello sea cierto en un sistema donde la regla del precedente se respeta con encomiable obediencia. No es tan así, sin embargo, en nuestro caso, donde el precedente es una mera referencia del pasado jurisprudencial, que puede ser tomada o dejada de lado, sin que los jueces se sonrojen por ello.

Si la Corte Suprema mira sus precedentes en la materia —y por cierto lo hará— verá que ha tenido que resolver casos fáciles y casos difíciles. Tampoco tendrá que hacer mucha memoria para recordar cómo ha fallado en unos y otros. En síntesis, opciones no le faltan y el menú de alternativas es amplio. Puede orientarse por la línea “Verrocchi-Consumidores Argentinos” y de una estocada acabar con la vida del DNU 70/2023, o bien, puede ir por la senda del “grave riesgo social” que trazan “Peralta” y los fallos que siguen, haciéndose cargo del actual contexto económico social que puede considerarse “una de las crisis más graves en la historia contemporánea de nuestro país”, tal como fue definida la de 2001/2002 en el caso “Rinaldi”.

Es cierto que el DNU 70/2023, tiene una amplitud extraordinaria que no tenían los que dieron lugar a “Peralta”, “Guida” y, en general, todos los DNU de la serie de casos difíciles. Pero esta amplitud no es constitucionalmente objetable, tal como observa Cassagne, y es proporcional a la crisis actual, que no se reduce a lo puramente económico.

El DNU es una reforma integral de un Estado en crisis. Ciertamente, desde la pura teoría jurídica, es mucho más sencillo atacarlo que defenderlo, pues basta con oponerle “Verrocchi y Consumidores Argentinos”. Pero fallar de esta forma sería desconocer por completo el contexto en el que se produjo cada caso.

Por ello, mi modesta sugerencia, es que la Corte Suprema no resuelva la constitucionalidad del DNU 70/2023 en abstracto, sino que acuda a su serie de “casos difíciles”, que no le faltan, y encuentre en ellos los elementos necesarios para que este supere la prueba.

VI. Conclusiones

Se ha presentado al DNU 70/2023, como un ataque a las instituciones republicanas. No lo es, en mi opinión. En todo caso este decreto, que refleja un programa de gobierno votado por el 56% del electorado en diciembre de 2023, es la respuesta oportuna y proporcional a una crisis profunda, en los límites de lo terminal.

Esta es la verdadera amenaza a una República agobiada por las regulaciones, por el desorden económico, con un índice de inflación que supera casi todas las marcas mundiales y, consecuentemente, sin moneda, en la que el billete de más alta denominación apenas alcanza —cada vez menos— para realizar pagos muy menores. Es allí donde reside el mayor ataque a la República, pues, en tanto expresión de la soberanía, la Constitución —desde la reforma de 1994— le encomienda expresamente al Congreso la defensa del valor la moneda, en una norma, el art. 99(19), que la emisión descontrolada avasalla y corroe diariamente.

No se lo puede atacar por sus formas pues, al dictarlo, se han cumplido con las exigencias establecidas en el art. 99(3) de la Constitución y ninguno de sus contenidos, por amplio que sea, compromete ninguna de las materias prohibidas por esta norma. Si produce, o producirá, efectos jurídicos que luego sea irreversibles, ello no será reprochable al DNU 70/2023, sino a la ley reglamentaria del art. 99(3), en la que el Congreso, dominado por el oficialismo, que es ahora la oposición, renunció a su facultad de controlar debidamente los DNU.

Es a ese mismo Congreso, a quien le toca analizar en este momento, si el DNU 70/2023 fue dictado en circunstancias excepcionales que hacían imposible sancionar una ley. Y si —faltando a sus deberes constitucionales— no lo hiciera “de inmediato”, antes de que los casos planteados lleguen hasta la Corte Suprema, esta ejercerá el control de constitucionalidad dentro de un bagaje de precedentes elaborados por ella misma, cuya amplitud y diversidad le ofrece todo tipo de opciones. Allí están, en un extremo, “Peralta”, que renace con vigor, cada tanto, cuando lo exige un caso difícil y, en el otro, “Verrocchi” y “Consumidores Argentinos”, impecables para lucirse en los casos fáciles.

¿Podemos decir, entonces, que el DNU 70/2023 agravia o paraliza la República? Yo diría, en todo caso, que la pone a prueba. Es, sin duda alguna, una norma provocativa, que testea los resortes del control legislativo y judicial y aguarda su respuesta.

Cita on line: AR/DOC/546/2024

Curso de Derecho Administrativo, citado en nota 6, T. I, p. 202.

(220) Coincido en este punto con lo expresado por Santiago, Veramendi y Castro Videla, citados en nota 12, p. 187. Ylari dice que debe otorgarse mayor deferencia judicial a los DNU aprobados por el Congreso, pero que ello no inhibe el control judicial sobre la “necesidad y urgencia”. YLARRI, Juan Santiago, “La Emergencia

Económica”, Ábaco, Buenos Aires, 2019, p. 322.

(221) Tal es el caso de la Constitución italiana, citada en nota 11.

(222) Santiago, Veramendi y Castro Videla señalan que “del total de los decretos dictados desde la entrada en vigencia de la ley 26.122 en el año 2006 y que tuvieron tratamiento por parte de la Comisión Bicameral Permanente, el 82,3% de ellos no fue tratado por

ambas Cámaras del Congreso”, obra citada en nota 12, p. 265.

(223) CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre la constitucionalidad del DNU 70/2023”, LA LEY 10/01/2024, ps. 1-4, esp. p. 4.

(224) MANILI, Pablo Luis, “Nulidad absoluta e insana del DNU 70/2023”, LA LEY 22/01/2024, 1.

(225) GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán, “Inconstitucio-

nalidad del DNU 70/2023”, LA LEY 22/01/2024, ps. 11-14, esp. p. 14.

(226) Escribo estas líneas en la primera quincena de marzo de 2024.

(227) “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”. Holmes, Oliver Wendell: The Path of the Law, 10 Harvard Law Review 457, 461 (1897).

Jurisprudencia Agrupada

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de decretos de necesidad y urgencia



Gisela Cosenza Salort

Abogada (UBA). Editorialista. Analista de jurisprudencia en Thomson Reuters - La Ley.

SUMARIO: I. Introducción.— II. La doctrina en materia de DNU.— III. La doctrina de la Corte en DNU.— IV. Punto y aparte.— V. Casos de ratificación legislativa del DNU.— VI. A modo de conclusión.

I. Introducción

La Constitución del '94 abre un camino para que el Poder Ejecutivo pueda emitir un nuevo tipo de norma. Pero los llamados decretos de necesidad y urgencia no son un cheque en blanco. De hecho, el 99 inc. 3 establece pautas claras que rigen, pese a los gobiernos —todos y cada uno desde la Reforma constitucional— que utilizan una prohibición como un permiso.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado este tipo de normas, antes y después del 99 inc. 3, y antes y después de la ley 26.122, que reglamenta la actuación de la Comisión bicameral, órgano encargado del control de legitimidad de esta clase de decretos.

Veamos lo que el Máximo Tribunal Federal de la Nación dijo al respecto.

Pero primero, leamos la Norma Fundamental.

Constitución Nacional, art. 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*".

Nótese el "no podrá". Es la regla.

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.

He aquí la necesidad y la urgencia como excepciones a la prohibición. Y una nueva restricción: el DNU no puede tratar materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bi-

cameral 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.

La intervención de la Comisión Bicameral es la que da legitimidad a la norma. Ni la necesidad ni la urgencia puede, por sí misma, darle validez a los DNU. Tampoco lo hace el silencio del Congreso. La constitucionalidad de la ley 26.122, sancionada en 2006 no fue tratada por la Corte Suprema.

II. La doctrina en materia de DNU

II.1. Razonabilidad del DNU

El DNU 883/2002 —dictado con anterioridad a la sanción de la ley 26.122—, *al imponer al empleador un mayor sacrificio económico mediante el disciplinamiento del despido, tornándolo más gravoso y desalentando la libertad de poner fin al vínculo laboral sin causa justificada*, en beneficio de la dignidad personal del trabajador y de la armonía social, seriamente amenazada por la crisis económica, *es una carga razonable*, en virtud del principio según el cual el cumplimiento de las obligaciones patronales no se supedita al éxito de la empresa, éxito cuyo mantenimiento de ningún modo podía hacerse depender de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios.

CS, "Aceval Pollacchi, Julio César c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles SA s/ despido", 28/06/2011, Fallos: 334:799, TR LALEY AR/JUR/28395/2011

Clave: en el caso, había necesidad y urgencia. También existía Comisión Bicameral en funcionamiento al tiempo de la sentencia.

II.2. El DNU como norma de carácter permanente

Es inconstitucional el DNU 558/2002, en cuanto incorpora un último párrafo al art. 29 de la ley 20.091 —Ley de Entidades de Seguros y su Control—, por el cual se faculta a la Superintendencia de Seguros de la Nación a eximir a las aseguradoras de la prohibición del inciso g de ese mismo precepto legal ante situaciones de iliquidez transitoria —art. 1°—; sustituye los textos de los arts. 31 y 86, inciso a), de la ley —arts. 2° y 3°—; e incorpora un último párrafo al art. 33 de aquella —art. 4°—, pues *no han existido las circunstancias fácticas que el art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional describe con rigor de vocabu-*

lario, y las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo a la ley aludida no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional.

Cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son, pues, *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.*

CS, "Consumidores Argentinos c. EN - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091", 19/05/2010, Fallos: 333:633, TR LALEY AR/JUR/16020/2010

Clave: en el caso, no existía necesidad ni urgencia.

II.3. Servicios de la deuda pública

Corresponde rechazar la acción de amparo promovida por la Provincia de San Luis, a los fines que se declare la inconstitucionalidad del DNU 2010/2009, en cuanto por su intermedio *el Poder Ejecutivo pretende utilizar las reservas federales del Banco Central de la República Argentina para cancelar servicios de la deuda pública con vencimiento en el año en curso, sin cancelar las partidas previamente autorizadas por el Congreso con ese mismo objetivo y por un monto similar en la ley de presupuesto*, pues, *el estado local carece de legitimación para actuar en el caso*, en tanto varias de las razones en las que intenta sustentar su demanda, antes que demostrar los perjuicios concretos que se le acarrearían a la provincia, pretenden proteger una supuesta afectación de los intereses de los ciudadanos de la provincia, circunstancia que descarta la posibilidad de que se trate de un interés directo de la actora que la transforme en parte sustancial.

CS, "Provincia de San Luis c. Estado Nacional", 02/02/2010, Fallos: 333:9, TR LALEY AR/JUR/22/2010

Clave: el fundamento del DNU fue el art. 99.3 CN y también en la ley de emergencia 25.561, que delegaba facultades.

II.4. Emergencia económica. "Corralito"

El titular de una caja de ahorro en dólares tiene derecho a obtener del banco deman-

dado el reintegro de su depósito convertido en pesos a la relación de \$ 1,40 por cada dólar, ajustado por el CER hasta el momento de su pago, más los intereses calculados a la tasa del 4% anual no capitalizable, debiendo computarse como pagos a cuenta las sumas que dicha entidad hubiese abonado con relación al referido depósito durante el transcurso del pleito, así como las que hubiera entregado en cumplimiento de medidas cautelares.

En el caso se analizó el DNU 214/2002. Veamos lo que dijo la jueza Argibay en su voto concurrente.

Si bien el dec. 214/02 dictado por el Presidente constituye una disposición legislativa contraria a la prohibición contenida en el art. 99, inc. 3 segundo párrafo, de la Constitución Nacional, mediante la cual se ocasionó una manifiesta privación de la propiedad —art. 17, Constitución Nacional—, *razones de gravedad institucional tornan prudente arribar a una sentencia unánime en el resultado económico que ponga fin a la gran cantidad de reclamos pendientes de solución.*

CS, "Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional", 27/12/2006, Fallos: 329:5913, TR LALEY AR/JUR/7737/2006

II.5. Reducción de remuneraciones y haberes previsionales del sector público nacional

La sentencia que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1° del dec. 896/2001 y 10 de la ley 25.453, modificatorios de la ley 24.156 —reducción de retribuciones del sector público nacional cuando los recursos no fueren suficientes para atenderlas— y ordenó restituir las sumas descontadas al actor —en el caso, agente civil del Ejército argentino—, debe ser confirmada, pues se trata de normas contrarias a la Constitución Nacional porque difieren a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo la fijación de remuneraciones y haberes previsionales como una herramienta de política económica destinada a reducir el gasto público.

CS, "Tobar, Leónidas c. Contaduría General del Ejército", 22/08/2002, Fallos: 326:2059, TR LALEY AR/JUR/3488/2002

II.6. Restricción a la disponibilidad de los depósitos bancarios

Son inconstitucionales el art. 2° del DNU 1570/01, sus normas modificatorias y reglamentarias, en cuanto restringen la disponibilidad de los depósitos bancarios —en el caso, prohibición de retiros que superen los \$250 o USD 250 semanales, por titular de cuentas en cada entidad financiera—, pese a la existencia de una grave situación de emergencia económica, pues dicha limi-

tación, al desconocer derechos adquiridos y coartar la facultad de libre disposición de tales fondos, carece de razonabilidad y atenta contra el derecho de las personas a disponer libremente y en su totalidad de su patrimonio —arts. 17 y 18, CN—.

CS, “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita interv. urgente en: Smith, Carlos A. con P.E.N. s/ sumarísimo”, 01/02/2002, Fallos: 325:28, TR LALEY AR/JUR/3047/2002

II.7. Reducción de las remuneraciones en el empleo público

La decisión de reducir las remuneraciones de los empleados públicos en forma generalizada frente a la emergencia económica —en el caso, mediante el DNU 290/95— no resulta un ejercicio irrazonable de las facultades del Estado, aunque tales situaciones sean reiteradas, pues ello no enerva la necesidad de conjurarlas adoptando las medidas más aptas para evitar un mal mayor.

CS, “Guida, Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional”, 02/06/2000, Fallos: 323:1566, TR LALEY AR/JUR/4250/2000

Clave: existía una grave crisis económica. La materia era propia del Poder Ejecutivo, y la norma no tenía plazo determinado, pero si determinable, cuando acabara la emergencia.

III. La doctrina de la Corte en DNU

Los DNU 770/96 y su reglamentación en materia de asignaciones familiares son inconstitucionales por cuanto no ha existido ninguna de las circunstancias fácticas que la Constitución Nacional prevé en el art. 99, inc. 3°, toda vez que las afirmaciones vertidas en los considerandos de tal decreto resultan dogmáticas e insuficientes, no alcanzando a justificar la imposibilidad de ejercer la función legislativa del Congreso de la Nación, máxime cuando se trata de derechos sociales que pueden y deben ser reglamentados por las leyes formales, pero nunca aniquilados, ni aun en la emergencia.

CS, “Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nac. de Aduanas”, 19/08/1999, Fallos: 322:1726, TR LALEY AR/JUR/1261/1999

III.1. La crisis de la doctrina de la Corte en materia de DNU

III.1.a. Privatización de aeropuerto

Corresponde que la Corte Suprema deje sin efecto, ante la presentación directa efectuada a tal fin por el Jefe de Gabinete, la resolución del juez de primera instancia que ordenó la suspensión cautelar de los efectos

del dec. 842/97 de privatización de los aeropuertos, pues dicha resolución fue adoptada con exceso de competencia por parte del juez, alterando el equilibrio de las funciones inherentes a la forma republicana de gobierno. Efectivamente, si bien el magistrado solo concedió una medida cautelar, lo hizo fuera de un caso o causa, dada la falta de perjuicio concreto de quienes han pretendido la intervención judicial, en el caso, diputados de la Nación.

El Poder Judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema y a los tribunales nacionales por la Constitución Nacional se define como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere el art. 2° de la ley 27. Dichas causas son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas y, por ello, no se da una causa que permita el ejercicio del Poder Judicial cuando se procura, como ocurre con la pretensión de nulidad del dec. 842/97 de privatización de los aeropuertos articulada por diputados de la Nación, la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes.

CS, “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo Nacional”, 17/12/1997, Fallos: 320:2851, TR LALEY AR/JUR/789/1997

Clave: no debemos retornar a esta doctrina. El Poder Judicial eludió el control de constitucionalidad alegando la ausencia de caso o controversia. Los jueces Belluscio y Bossert, en disidencia sostuvieron que carecía de sustento afirmar que los DNU solo estén sujetos a control parlamentario. El juez Fayt sostuvo que el DNU no era válido ya que no existía una circunstancia que impida al Congreso legislar sobre el tema. También señala que no había ley de especial que rija el control del Poder Legislativo.

III.1.b. Modificación del hecho imponible del impuesto

No es compatible con nuestro régimen constitucional el dec. 2736/91, modificado por el dec. 949/92, en cuanto crea un hecho imponible distinto del previsto por la ley 17.741. Ni la circunstancia de su recíproca vinculación o parecido, ni el hecho de que el decreto sea de los llamados de necesidad y urgencia impiden llegar a tal conclusión, pues el principio de legalidad en materia tributaria impone una limitación constitucional infranqueable para los decretos mencionados.

CS, “Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía”, 06/06/1995, Fallos: 318:1154, TR LALEY AR/JUR/3301/1995

Clave: el DNU trataba sobre materia tributaria.

III.1.c. La primera autorización al PEN para emitir normas de carácter legislativo

Tiene validez constitucional el dec. 36/90, dictado por el Poder Ejecutivo nacional, condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; 2) porque —y esto es de público y notorio— ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a lo cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados.

CS, “Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía —BCRA—)”, 27/12/1990, Fallos: 313:1513, TR LALEY AR/JUR/1240/1990

Clave: no debemos retornar a esta doctrina. Recordemos que este decreto fue dictado en medio de una crisis económica y social tras una hiperinflación antes de la Reforma constitucional. El Silencio del Congreso no determina la validez del DNU.

IV. Punto y aparte

Otro tema fundamental cuando hablamos de decretos de necesidad y urgencia es la ley que reglamenta, a partir de 2006, la Comisión Bicameral que debe controlar la validez de esta clase de normas. La Corte Suprema aún no ha dado tratamiento a tema de la constitucionalidad de la ley 26.122.

IV.1. Constitucionalidad de la ley 26.122

El recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que rechazó la acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de la ley 26.122 que regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los DNU, debe ser desestimado. La asociación civil actora no acreditó que su reclamo tiene “suficiente concreción e inmediatez” y que no se trata de un mero pedido en el que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes. La ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994 no modificó la exigencia de que la “parte” debe demostrar que persigue en forma concreta la determinación del derecho debatido y que tiene un interés jurídico suficiente en la resolución de la controversia o que los agravios expresados la afecten de forma

“suficientemente directa” o “substancial” (de la doctrina de la Corte sentada en “Asociación por los Derechos Civiles c. Estado Nacional - ley 26.124 -dec. 495/06” —Fallos 333:1212, AR/JUR/36732/2010— a la cual remite)

CS, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c. Estado Nacional - Ley 26.122 s/ amparo Ley 19.986”, 03/08/2010, Fallos: 333:1217, TR LALEY AR/JUR/36764/2010

V. Casos de ratificación legislativa del DNU

V.1. DNU ratificado. Momento desde el cual rige

No obstante la nulidad insanable del decreto de necesidad y urgencia 285/99 (Adla, LIX-B, 1527), en cuanto otorga ciertas franquicias de carácter fiscal a una zona franca situada en la Provincia de La Pampa, por contrariar la prohibición expresada del art. 99 inc. 3° de la Constitución Nacional, su ratificación por ley 25.237 (Adla, LX-A, 92) hace que aquel rija válidamente a partir de la entrada en vigencia de esta última, pues resulta clara la intención del legislador de adoptar y conferir rango legal a las disposiciones del citado decreto.

CS, “Zofracor S.A. c. Estado Nacional”, 20/09/2002, Fallos: 325:2394, TR LALEY AR/JUR/626/2002

V.2. Un caso de ratificación legislativa en medio de la hiperinflación. Plan Austral

Los agravios relativos a la inconstitucionalidad del dec. 1096/85, en tanto vulnerarían los arts. 31 y 17 CN, hasta tanto el Poder Legislativo no ratifique el precepto, han devenido abstractos. La ratificación de la norma tuvo lugar en virtud de lo dispuesto por el art. 55 de la ley 23.410.

CS, “Porcelli, Luis A. c. Banco de la Nación Argentina”, 20/04/1989, Fallos: 312:555, TR LALEY AR/JUR/2393/1989

VI. A modo de conclusión

Dando una pequeña mirada a la doctrina de la Corte Suprema vemos que el Máximo Tribunal reivindica en cada paso la división de poderes, el famoso sistema de frenos y contrapesos que hace a una República. No importa el Gobierno que nos rija, somos una República y la Constitución es el límite. La sujeción a la ley no debería ser una opción para ningún habitante, pero menos aun para los que detentan el poder, cualquiera sea.

Cita on line: AR/DOC/544/2024

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores:

Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Érica Rodríguez
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreuterslaley



linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



TRLaLey



thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444