

De Peralta a consumidores argentinos, por fin la Corte puso las cosas en su lugar

Por

Marcelo A. López Alfonsín y Luis E. Vivacqua

Sumario: A. Introducción. B. El voto de la mayoría. C. Votos individuales. D. Conclusión.

A. Introducción

Mucha tinta ha corrido sobre la tan anhelada división de poderes en la República Argentina antes, durante y después de la reforma constitucional de 1994, temática que se reeditó al sancionarse la Ley 26.122 que reglamenta el trámite parlamentario de los decretos de naturaleza legislativa¹.

La búsqueda de una efectiva división de poderes es el eje central de nuestro trabajo en función del nuevo precedente del Máximo Tribunal Federal, que plasma los viejos y nuevos límites en el fallo "*Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto. 558/02 - SS - Ley 20.091 s/ amparo Ley 16.986*", del pasado 19 de mayo de 2010, sobre la utilización de los decretos de necesidad y urgencia conforme las normas constitucionales.

El objeto del fallo versa sobre la validez del decreto de necesidad y urgencia 558/2002 por el cual el Poder Ejecutivo introdujo varias modificaciones a la Ley 20.091, Ley de Entidades de Seguro y su Control.

¹ Temas ampliamente desarrollados con anterioridad a la sanción de la Ley 26.122, ver en: Midón, Mario, A.R., *Decretos de Necesidad y Urgencia. En la Constitución Nacional y los Ordenamientos Provinciales*, Buenos Aires, La Ley, 2001.

Con posterioridad a la sanción a la Ley 26.122 ver: Santiago (H), Alfonso y Veramendi, Enrique, Una norma decisiva en la configuración de nuestro sistema jurídico e institucional. Comentarios iniciales a la Ley 26.122. El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo, *JA* 2006-IV-1358; Badeni, Gregorio, Reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente, *LL*, 21/07/2006, 6; Gelli, María Angélica, De la delegación excepcional a la reglamentación delegativa. Acerca de la reforma de la Ley Administración Financiera, *Sup. Const.* 2006 (agosto), 18; Pérez Hualde, Alejandro, La postergación institucional, *Sup. Adm.* 2006 (octubre), pág. 1.

El mencionado decreto incorporó un último párrafo al art. 29 de esa ley, por el cual se faculta a la Superintendencia de Seguros de la Nación a eximir a las aseguradoras de la prohibición del inc. "g" de ese mismo precepto legal -que prohíbe a las aseguradoras a recurrir al crédito por cualquier causa- ante situaciones de iliquidez transitoria, permitiendo de este modo a los aseguradores poder realizar y constituir deuda subordinada a los privilegios generales y especiales derivados de los contratos de seguros (art. 1°). Además, sustituyó los textos de los artículos 31 y 86, inc. a, de la ley (artículos 2° y 3° del Decreto 558/02) y, por último, incorporó un último párrafo al art. 33 de la misma ley².

Para una mejor comprensión del trabajo separamos el mismo en votos de mayoría e individuales.

B. El voto de la mayoría

Desarticulamos el fallo en distintos temas que trataremos por separado.

a) La interpretación de la "intención de los Convencionales Constituyentes" por la Corte Suprema de la Nación

Es importante la interpretación auténtica³ que realiza el Máximo Tribunal en el fallo que comentamos al resaltar que el Constituyente de 1994 tuvo entre sus objetivos la atenuación del presidencialismo, la modernización y el fortalecimiento del Congreso Nacional, a fin de perfeccionar el equilibrio de poderes. Para ello la Corte entendió que la reforma incorporó ciertas facultades excepcionales de los poderes constituidos, con el fin de institucionalizar los mecanismos de control a los que se los sometería; y para fundar tales afirmaciones se remitió a los conceptos vertidos por los convencionales constituyentes García Lema, Paixao y Alfonsín.

Innegablemente, que el Tribunal tiene en cuenta la coyuntura actual y las profundas críticas al funcionamiento de la división de poderes en nuestro país, al resaltar como idea central de la reforma constitucional de 1994 la atenuación del presidencialismo tal como también lo había hecho anteriormente en *Colegio Público de Abogados*⁴, al expresar que: "... (era) oportuno recordar cuáles fueron las directrices que gobernaron el trabajo de la Convención Constituyente que en 1994 introdujo en la Constitución Nacional las cláusulas relacionadas con la delegación legislativa, tal como ellas fueron expuestas por

² Las modificaciones realizadas por el Decreto 558/2002 a la Ley 20.091 se pueden ver en www.infoleg.gov.ar.

³ Ver Considerandos 5° y 8°.

⁴ Fallos 331:2406.

uno de los convencionales que tuvo a su cargo la presentación y explicación del proyecto:

“Los contenidos del Núcleo de Coincidencias Básicas responden, al igual que la habilitación de los temas que están incluidos en el artículo 3° de la ley declarativa, a ciertas ideas-fuerza, que constituyen los grandes objetivos de la presente reforma”.

“La primera es sin duda la necesidad de obtener una consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático. [...]”

“La segunda gran idea-fuerza es generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del Poder del Estado -el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial-; y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del Poder Judicial”.

“Una tercera, emparentada con la anterior, es conseguir mayor eficiencia en el funcionamiento de las instituciones del Estado, característica común a las reformas perseguidas respecto de los tres poderes clásicos”. (Obra de la Convención Constituyente, Tomo V, página 4883, exposición del convencional Alberto García Lema).

Más adelante y, refiriéndose al régimen constitucional de la delegación legislativa, el mismo convencional remarcó que la delegación constituía “una excepción al principio general sentado en la primera parte del nuevo inciso 23 del artículo 86 [actual artículo 99, inciso 3°]” que no es otro que la ya señalada prohibición al Presidente de dictar disposiciones de carácter legislativo (ob. cit., pág. 4.887). ...”.

En ambos precedentes la Corte considera oportuno traer a nuestra memoria la intención del Constituyente, que fue la de sentar el principio general por el cual el presidente tiene prohibido dictar normas de carácter legislativo (art. 99, inc. 3) a menos que se produzcan los presupuestos habilitantes de carácter “excepcional” para la emisión de decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3) o decretos delegados (art. 76).

Se desprende del fallo anotado que no se modificó el sistema de división de poderes con la reforma constitucional, y que cada órgano del Estado tiene su función -legislativa, reglamentaria y judicial- y que ellos funcionan bajo un sistema de control recíproco. Así se concluye que el Poder Ejecutivo no puede “sustituir” libremente la actividad del legislativo, ni eludir el control judicial⁵.

⁵ Considerando 7°.

Claramente estas afirmaciones tienen asidero en el uso abusivo de los decretos de necesidad y urgencia, que después de la reforma de 1994 contrariamente a la intención del Constituyente no se encauzó en términos constitucionales sino que se profundizó en su práctica; así como también plantea el Tribunal una fuerte crítica a los cambios de criterios, “según las conveniencias” respecto de las posiciones sobre estos remedios de excepción.

b) Los decretos de necesidad y urgencia como normas de excepción

Sobre la excepcionalidad del dictado de los decretos de necesidad y urgencia, expresa el fallo que anotamos luego de transcribir los artículos 99 inciso 3 y 100, inciso 13 de la CN, que el texto de los mismos es elocuente, pues de la redacción surge sin lugar a dudas que la admisión 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 país⁶. En este aspecto, no es nueva la posición sino que reafirma el criterio de Verrocchi⁷ que es acompañado por la doctrina⁸, aquí encontramos otra preocupación del Máximo Tribunal sobre la praxis.

En definitiva, el Tribunal Címero reafirma su propio criterio⁹ con composiciones anteriores, como presupuesto fáctico que justifica la adopción de estas medidas excepcionales, deben descartarse “de plano” 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; es por ello, que concluye el voto de la mayoría, que la Constitución Nacional no habilita a elegir (al gobernante) discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por un decreto¹⁰.

c) El control judicial sobre los decretos de necesidad y urgencia

Por otro lado, el fallo reafirma el control judicial sobre estos decretos¹¹ al expresar la plena vigencia del funcionamiento del estatuto del poder asentado

⁶ Considerando 10°.

⁷ Fallos 322:1726.

⁸ En sentido similar, Midón, Mario, A.R., ob. cit., p. 82; Loñ, Félix, Decretos de Necesidad y Urgencia, LL, 1/03/2020, p. 1; López Alfonsín, Marcelo Alberto, La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo según la Ley 26.122 y según de la elocuencia del proceso de desconstitucionalización de la práctica parlamentaria y en *law making process* y una propuesta para hacer más eficiente el control, EDCO, 10-12-2009, p. 18.

⁹ Fallos 322:1726, Considerando 9°, Segundo párrafo.

¹⁰ Considerando 11°. Ver también López Alfonsín, Marcelo Alberto, ob. cit.

¹¹ Considerando 7°, 8°, 11° y 12°.

en la división de poderes plasmado en nuestra Carta Magna, y entendiendo al control recíproco de los órganos del Estado, como un mecanismo indispensable para el mantenimiento del equilibrio en un estado de derecho.

Es así que en el ejercicio de su competencia los tribunales tienen la atribución de constatar en un caso concreto la existencia de un estado de necesidad y urgencia como presupuesto fáctico (el presupuesto habilitante) para el dictado de estas normas de excepción¹². Afirma la Corte que esta atribución de control también es ejercida ante el dictado por el Congreso Nacional de leyes de emergencia, en donde se controla la concurrencia de una genuina situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad (comprobar que la declaración del legislador encuentre debido sustento en la realidad) con mayor razón deberá ejercer idéntico control sobre normas que reglamenten situaciones de excepción previstas en normas legisferantes dictadas únicamente por el Poder Ejecutivo, máxime si tales competencias no le pertenecen.

A tal efecto, concluye el Tribunal Címero, que el Poder Judicial deberá evaluar para fallar sobre la legitimidad de la norma teniendo en cuenta si las circunstancias invocadas son excepcionales o si aparecen manifiestamente inexistentes o irrazonables.

En el primer supuesto, el decreto deberá responder a necesidades súbitas que no pueden esperar a al trámite ordinario del previsto para la sanción de las leyes, y el juzgador deberá declarar la validez de la norma de excepción. Para ello, el Tribunal vuelve a reafirmar los supuestos habilitantes que se plasmaron en Verrocchi¹³, en donde expresó que: *"... para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes"*.

¹² Ver el interesante comentario a este fallo, donde se resalta la controversia sobre el control judicial y el control político, sostenida por Carlos María Bidegain y Germán Bidart Campos, en: Ibarlucía, Emilio A., El control judicial de los presupuestos fácticos que habilitan el dictado de DNU, LL, 02/06/2010, 8.

¹³ Considerando 9º, Primer párrafo.

En tanto que en el segundo supuesto, las circunstancias invocadas aparezcan “manifiestamente inexistentes” o irrazonables, la justicia no podrá convalidar tal anomalía y deberá declarar la invalidez del decreto (como lo hace la Corte Suprema con el decreto 558/2002).

Otro aspecto que debemos destacar del voto de la mayoría¹⁴, en relación directa al control judicial sobre los decretos, es la reafirmación de la facultad que tiene el Poder Judicial dentro del sistema de división de poderes, siempre que respete las esferas de los otros poderes, de declarar la inconstitucionalidad de las normas y no aplicar aquellas leyes (y normas) que no respeten las previsiones de la Constitución Nacional, previo cotejo de la norma inferior y la Carta Magna en un caso concreto.

Así, la Corte responde políticamente a algunas críticas coyunturales¹⁵ como la de que tendrían un inmenso poder y que tal situación no se encontraría avalada por la elección popular, citando al miembro informante de la Ley 27 el Senador Zapala, que este inmenso poder público (el control de constitucionalidad) que a primera vista parece muy alarmante y peligroso no lo es tanto desde que se debe tener en cuenta que los jueces federales se han de mover siempre dentro de su órbita en la que se encuentra encerrado el Poder Judicial. Claramente, la Corte, hace referencia a que los jueces federales actuarán cuando sean competentes y para los casos sometidos a su jurisdicción, o sea, en casos concretos.

d) Modificación de normas con carácter de permanentes

Otro aspecto, en este caso innovador, que se debe destacar del fallo anotado es que entiende el Tribunal que las modificaciones introducidas a la Ley 20.091 no responden a una situación coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector -seguros- sino que por el contrario revisten el carácter de normas permanentes modificadas modificatorias de leyes¹⁶.

C. Votos individuales

De los votos individuales de los Ministros Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Carmen M. Argibay se desprenden algunos aspectos interesantes

¹⁴ Considerando 12°.

¹⁵ Ante algunas críticas existen respuestas interesantes de la doctrina Ver: Gelli, María Angélica, Los exámenes de convalidación de los magistrados y la independencia judicial, *LL*, 1-04-2010, p. 1 y ss.

¹⁶ Sobre el peligro de apropiación de competencias legislativas por parte del Poder Ejecutivo ver: Vivacqua, Luis E., Decretos de Necesidad y Urgencia. Algunas críticas y propuestas en torno a la ley 26.122, *EDCO*, 4/06/10, p. 5.

como las consecuencias de la falta de ratificación legislativa de los decretos y la exigencia de que el Poder Ejecutivo acredite con elementos convincentes el presupuesto fáctico que habilita el dictado de los decretos de necesidad y urgencia.

a) La falta de ratificación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia

En relación a la falta de ratificación legislativa del decreto 558/2002 es interesante la postura del juez Maqueda al expresar que ante la falta de constancias en el expediente de la aprobación del decreto de necesidad y urgencia, y teniendo en cuenta que el titular de la competencia legisferante es el Congreso Nacional, solo pude equipararse a una ley desde el momento en que el este órgano ratifique el decreto, no pude el Tribunal ante la ausencia de tal voluntad legislativa -por la derogación o por la ratificación- convalidar la norma dictada en función del artículo 99 inc. 3 de la CN, por lo que resuelve declara su invalidez. Para así decidir entiende el Dr. Maqueda que no se han cumplido con las condiciones que resultan exigibles por la Constitución para admitir la legalidad de tales instrumentos de excepción¹⁷.

Sigue su argumentación citando al Convencional Constituyente Ortiz Pellegrini, que en la parte que nos interesa expresa: *"... En esta etapa legislativa el diseño constitucional nos coloca en el marco del Poder Legislativo que [con remisión expresa al artículo 82 de la Constitución Nacional] tiene obligación de expresarse. En todos los casos ha sido prohibida la sanción ficta o tácita. La primera es el silencio y, la otra, la expresión por otros medios. Esto reviste una enorme trascendencia para el derecho constitucional argentino. No podrá haber más decretos con el silencio del Congreso, que deberá hablar, decir y expresarse, según la Constitución, con lo cual derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso Peralta, que le dio valor positivo al silencio como expresión del Congreso. No hay más silencio del Congreso que pueda interpretarse como consentimiento al Poder Ejecutivo El caso Peralta ha fenecido, ha muerto. Y, en este sentido, no dudo de que prestamos un enorme servicio a la Argentina y al funcionamiento democrático de mi país. De modo que existe una etapa ejecutiva, en donde se decide el dictado del decreto de necesidad y urgencia y tiene ejecutoriedad. Existe una etapa legislativa porque el Congreso debe, necesariamente, aprobarlo o revocarlo. Si falta la segunda etapa que quede claro que el decreto será nulo de nulidad absoluta. Concluyo diciendo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación podrá ejercer el control jurisdiccional en los requisitos sustantivos que mencioné recién; en el procedimiento, valga la tautología, de la etapa procedimental para ver si se han cumplido todos los requisitos. Si falta alguno, la pena será la nulidad"* (Diario de Sesiones, ob. cit., T. II, pp. 2451/2453)..."

¹⁷ Sobre la posibilidad del PEN de dictar decretos de necesidad y urgencia previó a la sanción de la Ley 26.122 y constitución de la Comisión Bicameral Permanente, ver en: Vivacqua, Luis E., ob. cit., 4.

Este voto parece convalidar la tesis del acto complejo¹⁸ al exigir la ratificación legislativa para considerar válido el decreto 558/2002. Similar posición plantea la Dra. Carmen Argibay¹⁹ al expresar que se requiere el pronunciamiento de ambas Cámaras del Congreso y, en conciencia con el voto del Dr. Petracchi²⁰, niegan la posibilidad de dictar decretos de necesidad y urgencia con anterioridad a la sanción de la Ley 26.122 que organizó el funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente previstas por el artículo 99 inc. 3 de la CN.

En tanto, que en relación a este tema, la Dra. Highton de Nolasco²¹ interpretó que ante la inexistencia del “*debido control legislativo*” por la ausencia de la creación de la Comisión Bicameral Permanente el Tribunal debe analizar el presupuesto fáctico que se requiere para la adopción de estas medidas de carácter excepcional.

b) Necesidad de acreditar con elementos convincentes los presupuestos fácticos del dictado de los decretos de necesidad y urgencia

Otro aspecto que destaca la Dra. Highton de Nolasco es la falta de elementos convincentes en las argumentaciones del decreto 558/2002 a fin de acreditar el presupuesto fáctico requerido por las normas constitucionales para el dictado de estas normas de excepción. Si bien es cierto, expresa la Ministra en su voto, que el decreto fuera dictado en el contexto de acontecimientos políticos, sociales y económicos que han dado lugar a una de las crisis más agudas de la historia contemporánea de nuestro país, hecho público y notorio -remite a los Fallos, 328:690, 330:885, 330: 5345 entre otros-, sin embargo el Estado Nacional no acreditó en el proceso judicial ningún elemento que permita al Tribunal llegar a la convicción de que el complejo contexto económico general en el que fue dictado el decreto haya afectado al sector asegurador de tal forma que exigiera, a los efectos de salvaguardar los intereses generales de la sociedad, un reordenamiento y regularización que no pudiera ser implementado legislativamente por los causes ordinarios previstos en la Carta Magna, y al no haberse acreditado la existencia del riesgo para el sector y la sociedad en general, no se configuran las circunstancias fácticas que requiere el artículo 99 inc. 3° de la CN.

¹⁸ Se entiende que existe un acto simple, cuando un solo órgano tiene la aptitud para emitir un acto válido por sí mismo, y un acto complejo, cuando para la validez de un determinado acto se precisa la participación de dos o más órganos del Estado. Este tema se desarrolló en: Vivacqua, Luis E., ob. cit., p. 5.; Santiago (H), Alfonso y Veramendi, Enrique, ob. cit.

¹⁹ Ver Considerando 12°.

²⁰ Considerando 3°.

²¹ Considerando 16°. En similares términos se expresa el Ministro Maqueda, ver Considerando 18°.

D. Conclusión

En un fallo con innegables ribetes políticos y jurídicos la Corte reafirma su criterio en Verrocchi, y nos muestra desde el prisma de los Convencionales Constituyentes cuáles serían las pautas constitucionales para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia.

Estamos ante un precedente con viejos límites porque ya lo había establecido en los precedentes citados, y con nuevos límites, al delinear el tratamiento a seguir ante modificaciones a normas con carácter permanente.

Por último, no podemos dejar de resaltar el mensaje eminentemente político del fallo, sobre la necesidad de que cada órgano debe ocuparse de su competencia sin inmiscuirse en la de los otros. Asimismo, reafirma la necesidad de preservar la seguridad jurídica como un valor fundamental en el Estado de Derecho, como una suerte de reaseguro de la sociedad de saber cuáles son las reglas a seguir.