

de cdno re luro p r l



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

**Expte. Nº:** 12.301-G-10-00020- "S/ urgente informe consecuencia de la Res. Nº685/10 del Honorable Senado de la Provincia".

**AL SEÑOR FISCAL DE ESTADO  
DE LA PROVINCIA DE MENDOZA  
DR. JOAQUIN DE ROSÁS**

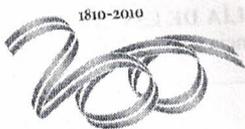
**S / D**

Vienen a esta Dirección de Asuntos Administrativos de esta Fiscalía de Estado las presentes actuaciones en las cuales el Ministerio Secretaría General de la Gobernación, ante la notificación de la Resolución del Honorable Senado de la Provincia de Mendoza Nº685/10 rechazó totalmente la aprobación del Proyecto de Ley en el cual, entre otros aspectos, se proponía la Ratificación de los Acuerdos Paritarios ratificados por Decretos Nros. 602/10<sup>1</sup>, 1132/10<sup>2</sup>, 1213/10<sup>3</sup>, 1279/10<sup>4</sup>, 1303/10<sup>5</sup> y 1640/10<sup>6</sup> (negociaciones colectivas celebradas con gremios y sindicatos) y Decretos

- (<sup>1</sup>) Homologa acuerdos celebrados "por los miembros de la Comisión Negociadora del Sector Judicial.  
(<sup>2</sup>) Homologación de acuerdos salariales celebrados por A.T.E., la Honorable Cámara de Diputados, la Honorable Cámara de Senadores, .P.E.L y U.P.C.N, por los que se acuerda "el incremento de \$ 270 a los básicos de las categorías escalafonadas desde la clase 001 a la 013, retroactivo al mes de marzo del 2010, este incremento no servirá de base de cálculo para la determinación del monto correspondiente a función o jerarquía, mayor dedicación" (el destacado es propio).  
(<sup>3</sup>) Homologación de acuerdos salariales celebrados por ATE, UPCN, el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos, y que se vinculan a "la Pauta Salarial de la Administración de Parques y Zoológicos, que tiene vigencia a partir del 1 de marzo del corriente año respecto a la pauta salarial".  
(<sup>4</sup>) Homologación de acuerdos salariales celebrados por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, el Gobierno de la Provincia, y el Gremio Judicial, "mediante la cual se arriba a un acuerdo en lo referente al incremento salarial para los trabajadores del ámbito del Poder Judicial".  
(<sup>5</sup>) Homologación de acuerdos salariales celebrados por la Comisión Negociadora del Sector Administración Central, por los que se pactan aumentos salariales en ese sector, así como modificaciones y aumentos en la estructura salarial de ISCAMEN, EPAS, entre otras.  
(<sup>6</sup>) Homologación de acuerdos salariales celebrados por ATE, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Hacienda el Ministerio de Desarrollo Humano, Familia y Comunidad, y el Ministerio de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos, en los que se acuerdan cuestiones vinculadas con el pase a planta en el sector salud (Ley 7759) y aumentos salariales mediante la incorporación de sumas al básico y la modificación de adicionales.



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

Nros. 719/10<sup>7</sup> y 720/10<sup>8</sup> (aumentos salariales para el personal penitenciario y policial provincial), requiere de este órgano de control que se manifieste sobre dos aspectos esenciales: 1. si es posible seguir abonando los rubros que surgen de los acuerdos precitados, atento a la situación fáctica y jurídica reseñada; y 2. facultad normativa que asiste al Poder Ejecutivo para emitir disposiciones legales que permitan hacer frente a la situación de extrema gravedad planteada (atento a la imposibilidad de remitir nuevo proyecto de ley en virtud de la previsión del art. 103 de la Constitución Provincial, y en tanto la situación quede subsumida en la mencionada norma<sup>9</sup>) siendo relevante en este sentido que la facultad de "Fijar anualmente el cálculo de gastos y recursos" corresponde a la H.,. Legislatura según el art. 99 inc. 3 de la C. Provincial.

Se ha agregado a estas actuaciones un detallado informe de la Subsecretaría de Financiamiento, en el cual se deja expresa constancia de la situación de "parálisis" de la administración pública en que se encuentra inmersa a partir del rechazo de la frustrada ratificación legislativa (ello en virtud de la no ratificación de los cambios de partida efectuados para atender diversos rubros, entre ellos los aumentos salariales producidos) y dictamen previo de la Asesoría de Gobierno de la Provincia de Mendoza,

(<sup>7</sup>) Aumento de salario para el personal penitenciario (Ley N° 7493).

(<sup>8</sup>) Aumento de salario para el personal policial (Leyes N° 5336 y 6722).

(<sup>9</sup>) A este respecto debe tenerse presente que determinar cuando un proyecto es el mismo tiene sus complejidades, aunque puede afirmarse que si se propone los mismos objetivos e instrumenta idénticos medios para lograr el cumplimiento de esos fines se trata del mismo proyecto (conf. Gelli, María A., en "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada", LL, Bs. As., 2005, pp. 778). En similar sentido se ha considerado que la identidad de proyectos está presente cuando hay identidad de objetivos y medios para tratar una materia determinada, aun cuando la redacción del articulado pueda ser diferente (si se emplean distintos medios para buscar el mismo objetivo no hay identidad de proyectos) - Torricelli, Maximiliano, "Organización Constitucional del Poder", Astrea, Bs. As., 2010, T I, pp. 536, comentando el art. 81 de la C.N. análogo al 103 de la C. Prov. En este aspecto. El Dr. Laurentino Olascoaga, en su obra "Instituciones Políticas de Mendoza" al justificar la inclusión del rechazo parcial de las leyes de impuestos o de presupuesto, ha expresado incluso que "el rechazo de parte de una ley implica el rechazo del todo..." (Ed. Escuela Tipográfica Salesiana, 1919, pp.200, comentando el art. 103 de la C. Provincial).



suscripto por el el Sr. Asesor de Gobierno, Dr. César Mosso Giannini (Nro. 809/2010) -, al cual remito en mérito a la brevedad y cuyas conclusiones pueden resumirse de la siguiente manera: en relación a la primera de las cuestiones considera el máximo órgano de asesoramiento del Poder Ejecutivo, que los importes que los agentes hayan recibido en el marco de los Acuerdos Paritarios ratificados por Decreto, ostentan calidad de derechos adquiridos y no se ven obstados por el actual rechazo de la Honorable Legislatura en relación a su necesaria ratificación; y 2. que a los efectos de conculcar la grave situación presupuestaria de la provincia, el Poder Ejecutivo podría, con fundamento en las disposiciones del art. 130 de la C. Prov. y doctrina y jurisprudencia existente en la materia, emitir un Decreto efectivizando las modificaciones necesarias con posterior remisión a conocimiento de la Honorable Legislatura provincial.

A los efectos de dar debido tratamiento a las cuestiones esenciales a analizar en el marco del presente, se tratarán los siguientes aspectos: I. Naturaleza de las facultades del Poder Ejecutivo para celebrar los Acuerdos Paritarios y efectos jurídicos de su rechazo por la Honorable Legislatura; II. Naturaleza de la norma jurídica que se propone emitir el Poder ejecutivo y facultades al efecto. En este segundo acápite, se dará expreso y puntual tratamiento a los siguientes aspectos: 1. Naturaleza jurídica de la norma a emitirse, facultades para su dictado y requisitos para su emisión; 2. Derecho Comparado; 3. Causales que habilitan el dictado de esta normativa y 4. Facultades del Poder Ejecutivo Provincial: derecho público provincial comparado, antecedentes normativos, doctrinarios y jurisprudenciales en la Provincia de Mendoza; y III. Conclusiones.



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

**I - Naturaleza de las facultades del Poder Ejecutivo para celebrar los Acuerdos Paritarios y efectos jurídicos de su rechazo por la Honorable Legislatura;** a los efectos de dar debida respuesta al solicitud efectuada en este punto, es necesario previamente y aunque sea en forma breve, analizar cual es la naturaleza jurídica de las normas (convencionales y legales) suscriptas y emitidas por el Poder Ejecutivo, al acordar paritariamente con los gremios y sindicatos respectivos y sus correspondientes ratificaciones, para poder luego avanzar en el análisis de los efectos que, en el marco jurídico aplicable que se predetermine, corresponde asignar la rechazo legislativo.

Así las cosas, en relación al primero de los temas señalados, esta Fiscalía de Estado considera que, conforme surge de las remisiones normativas efectuadas en los Decretos Ratificatorios, los acuerdos paritarios han sido celebrados por el Poder Ejecutivo (y ratificados por el mismo) en ejercicio de facultades habilitadas por el Poder Legislativo en el marco de las disposiciones contenidas en los arts. 24 de la Ley Nº6656 y 107 de la Ley Nº7183, Decreto Nº955/04 y arts. 61 y 62 de la Ley Nº8154, destacando que ha resultado habitual en la provincia de Mendoza la existencia de habilitaciones legislativas en diversas materias salariales<sup>10</sup>.

A este respecto, considero oportuno señalar que si bien es cierto que en el derecho público local no existe norma que habilite al Poder Legislativo a "delegar" facultades en el Organo Ejecutivo, al estilo del actual artículo 76 de la Constitución Nacional, sino que por el contrario, el art. 12 de la

(<sup>10</sup>) Vg. Aumentos de remuneraciones, reajustes de las escalas correspondientes, incorporación o supresión de bonificaciones o adicionales o asignaciones especiales y modificaciones de los importes que integran lo retribución del personal de la Administración Pública Provincial -Leyes 5973 y 6109, art. 19-.



Constitución Provincial parece prohibir expresamente la misma<sup>11</sup>, no obstante el principio prohibitivo mencionado, se han admitido este tipo de reglamentos, tanto por la doctrina<sup>12</sup> como por la jurisprudencia<sup>13</sup>.

En este sentido, es dable destacar que la Asesoría de Gobierno de la Provincia de Mendoza ha fijado determinados lineamientos en la materia entendiendo que no son delegables:

1. la potestad de hacer la ley -lo que es conteste con la doctrina y jurisprudencia nacional analizadas-<sup>14</sup>; .
2. la delegación de facultades que puedan establecer obligaciones para los administrados<sup>15</sup>, aunque ello no condice en principio con algunos antecedentes nacionales jurisprudenciales<sup>16</sup> (ver "Cocchia"); y
3. la delegación en materia tributaria y penal.

En cambio, ha considerado delegables:

1. las Potestades reglamentarias para producir efectos únicamente dentro de la administración<sup>17</sup>;

(<sup>11</sup>) Artículo 12 de la Constitución Provincial: "el gobierno de la provincia será dividido en tres poderes distintos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de estos podrá arrogarse, bajo pena de nulidad, facultades que no le está deferidas por esta Constitución ni delegar las que le correspondan".

(<sup>12</sup>) Ver SARMIENO GARCIA, Jorge en "*Ley de Procedimientos Administrativos de Mendoza: Comentada y Concordada*", Ed. Augustus, Mendoza, 1973, comentarios arts. 1 y 189 en donde haciendo expresa referencia al Artículo 189, opina que el Artículo 12 no es óbice para la procedencia de estos reglamentos, ya que lo que el si prohíbe es lo que se denomina la delegación propia, es decir la "trasferencia de un poder a otro poder".

(<sup>13</sup>) Ver fallos de la Suprema Corte Provincial en "Autos 44209, "Murcia Antonio y ots. c/Gob. de la Provincia de Mendoza s/acción de inconstitucionalidad", LS 220-166, Sala II, 01/04/91; 44213, "López Echave Armando c/PE de la Prov.. De Mendoza s/acción de inconstitucionalidad" LS 221-129, Sala I, 10/05/91; Autos N°55993, caratulados "Círculo Médico de Mendoza y ot. c/PE Prov. de Mendoza s/inconstitucionalidad", LS 275-167, Sala II 09/02/97.

(<sup>14</sup>) Entiende en este sentido que tenía este carácter el Artículo 106 de la Ley 7045 de presupuesto del año 2002, mediante la cual se facultó a la Comisión de Negociación Colectiva de la Administración en forma ilimitada, para establecer regímenes colectivos de trabajo, cuando esa facultad era eminentemente legislativa -ver Decreto N°1354/02-. Idénticas observaciones se efectuaron a las Leyes 6871 de presupuesto del año 2001 -Artículo 72- de igual contenido al 106 reseñado, aunque debió promulgarse debido ala insistencia de la H. Legislatura según el 102 de la Constitución Provincial.

(<sup>15</sup>) Ver dictamen de Asesoría de Gobierno N°483/98 en el cual se expresa que: "ello sería difícilmente conciliable con los arts. 14, 19 y 28 de la C.N."

(<sup>16</sup>) C.S.J.N., Fallos, 199:442. caso "Christensen", (1944) Admite esta posibilidad en relación a los Decretos Reglamentarios. Ver también caso "Cocchia" citado.



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

2. materia propia de administración del estado, cuya atención resulta más eficiente en manos del Poder Ejecutivo<sup>18</sup>;
3. cuestiones de naturaleza técnica compleja o cambiante; y
4. materias determinadas de administración (según Artículo 76 C.N.), o emergencia pública<sup>19</sup>, situaciones que deben distinguirse de aquella en que el legislador ha regulado la emergencia en ejercicio del poder de policía de emergencia sin delegar tal regulación al poder ejecutivo<sup>20</sup>.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia Provincial, ha emitido diferentes fallos dando expreso tratamiento a la "delegación legislativa"<sup>21</sup> admitiendo la validez de este instituto, en tanto se cumplieren determinadas condiciones<sup>22</sup>.

Respondido el primero de los interrogantes que me he planteado como previo y necesario, es posible avanzar en el análisis al segundo de los cuestionamientos que se vincula íntimamente con aquel, y que da respuesta

(<sup>17</sup>) Ejemplo: Artículo 18 de la Ley 1003 que faculta al Tribunal de Cuentas a determinar las formalidades que deben revestir las rendiciones de cuentas de los poderes públicos de la provincia.

(<sup>18</sup>) Ejemplo: Aumentos de remuneraciones, reajustes de escalas de personal, incorporación o supresión de bonificaciones, adicionales (arts. 19 de la Ley 5973 y 6109).

(<sup>19</sup>) Ejemplo: Decretos N°1448/01 y 1765/01.

(<sup>20</sup>) Vg: Leyes 5416, 5440, 5508, 6652, 6757, 6975 y 7025.

(<sup>21</sup>) En "Círculo Médico", con antecedente en "Murcia" (éste último con sentencia dictada el 01/04/91), la Sala II admitió la validez constitucional del Artículo 21 de la Ley N°5099 (1987), de presupuesto, que facultaba al Poder Ejecutivo, ad referendum del Poder Legislativo, para disponer aumentos de remuneraciones y/o reajustes de las escalas correspondientes, modificación de importes que integran la retribución del personal de la administración, de acuerdo con las posibilidades presupuestarias existentes en cada oportunidad. El texto es idéntico a los existentes en los arts. 19 de las Leyes Nros. 5973 y 6109) la Sala II de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza convalidó la delegación legislativa efectuada por el art. 19 de la Ley N°5973, de presupuesto del año 1993, rechazando la acción de inconstitucionalidad en contra del Decreto N° 1047 /93, siguiendo la doctrina judicial de la C.S.J.N. anterior a la reforma de 1994, que admitía la delegación legislativa.

(<sup>22</sup>) El fallo se basó especialmente en los siguientes argumentos: El natural desplazamiento en los estados modernos de facultades legislativas hacia el PE, por ser un órgano unipersonal que da respuesta más rápida y eficaz a los problemas modernos. Exige las siguientes circunstancias: a) no debilitar el ejercicio de las funciones de control del delegante; b) la determinación de excepciones o exenciones, la tipificación de delitos, el poder impositivo o fiscal, el poder de limitar los derechos del art. 14 de la C.N., las cargas personales no pueden ser delegadas; c) el poder delegado al PE debe ser confiado con estándares y pautas expresadas en la ley de delegación, d) no es admisible la delegación para hacer la ley; e) no se puede subdelegar; f) el fundamento es pragmático, las transformaciones que obligan a dar respuesta inmediata a situaciones cambiantes, técnicas o científicas; g) en el presente supuesto además la norma (el decreto N° 1047/93) había sido ratificado por la Ley N°6258.



acabada al primer requerimiento del Ministerio Secretaría General de la Gobernación, esto es, si luego del rechazo legislativo de marras, se encuentran vigentes los Acuerdos Paritarios respectivos.

En referencia este tópico, habiendo aclarado que las normas en cuestión tienen el carácter de "delegadas", se adelanta la opinión que seguidamente se fundará, de que los mismos han perdido toda vigencia a partir del mencionado rechazo, a pesar de lo cual, conforme a doctrina sentada por la Asesoría de Gobierno y con fundamento jurisprudencial suficiente, deberían considerarse consolidados los efectos producidos durante la vigencia de los mismos (esto es entre la ratificación por los respectivos decretos y el rechazo expreso producido por la H. Legislatura Provincial) ya que no puede condicionarse la vigencia retroactiva de las normas emitidas en este marco, a su ratificación legislativa.

En efecto, un elemento destacable en el marco del tema en análisis (delegación legislativa) es que, en la provincia de Mendoza, siguiendo los fallos citados (Murcia, López Echave y Círculo Médico citados en la nota pertinente) todas las leyes relacionadas a la materia -delegación legislativa- (ej: art. 21 de la Ley N°5099, 19 de las leyes 5973 y 6109), como tantos otros casos similares (arts. 19 de la Ley N°5645, 18 de la Ley N°6454, 24 de la Ley N°5973, etc.) efectúan la misma "ad referéndum" o "sujeto a la aprobación" o a la "ratificación" del la H. Legislatura<sup>23</sup>, es decir que en

(<sup>23</sup>) Un caso especial de Decreto fue el N°1448/01 del 31/07/01 (BO 02/08/01) y su mod. conocido como de recorte salarial, que fuera remitido a la H. Legislatura para su conocimiento (art. 11). Nace como decreto delegado por lo dispuesto por los arts. 13 y 57 de la Ley 6871 (se autorizó al ejecutivo a adherir a regímenes nacionales de excepción financieros y en su caso a realizar modificaciones presupuestarias y canje de amortización de deuda pública que resulte conveniente a esos fines), art. 20 de la Ley 24.453 ((las provincias y la CABA podrán dictar medidas equivalentes a las previstas en el art. 34 de la Ley 24.156 ) y Decreto de adhesión N°1425/01 de la Provincia de Mendoza (ratificó el "compromiso por la independencia" del 15/07/01 en que las partes asumía la obligación de adoptar el presupuesto "déficit cero"). En opinión de la Asesoría de Gobierno, este Decreto compartía la característica de Decreto Delegado (por existir previa habilitación legal) y de DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA (al incluirse también en el mismo, circunstancias excepcionales, acuerdo de ministros y



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

realidad, incorporan un elemento adicional a la doctrina sentada en los antecedentes jurisprudenciales analizados en la etapa previa a la modificación constitucional de 1994, pero propio de la norma incorporada en el art. 76 y 100 inc. 12 con la modificación aludida<sup>24</sup>, pero sin que ello resulte, en principio (y este aspecto es el que interesa en este caso concreto), condicionante de su vigencia<sup>25</sup>.

Al respecto, la doctrina ha expresado que "no puede supeditarse la vigencia de la norma delegada a su aprobación legislativa. De lo contrario no tendría sentido la delegación, sería más práctico que el Poder Ejecutivo ejerciera la iniciativa legislativa mediante la remisión de un proyecto de ley (art. 100 in fine de la Constitución de Mendoza). No resulta de aplicación a la delegación legislativa el principio considerado por el art. 37 de la Ley Nº3909 de Procedimiento Administrativo. La aprobación Legislativa en el caso de los reglamentos delegados no sería "constitutiva" como aprobación regulada por el referido artículo de la ley procedimental administrativa, sino simplemente declarativa de la validez de la norma dictada y ejecutada por la Administración. En el caso "Círculo Médico" la ratificación del Decreto Nº1047/93 ocurrió un año después, mediante la sanción de la Ley Nº6258 (BO 16/12/88), no habiéndose puesto en duda su vigencia a partir de su dictado. Lo mismo ocurrió en el caso "Murcia", la ley ratificatoria Nº5369 (BO 16/12/88) fue sancionada el día 29/11/88 y ratificó el Decreto Nº3708 de fecha 28/11/86 por el cual se modificó el Decreto Nº3186/86 de fecha

---

remisión a la H. Legislatura a "conocimiento" en similar tenor a lo dispuesto por el art. 130 de la C. Prov. y 99 inc. 32 de la C.N.).

(<sup>24</sup>) Del análisis integrado de los arts. 76 y 100 inc. 12, se establece también un mecanismo de control por el Congreso, a través de la Comisión Bicameral creada por Ley Nº 26.122 (Julio del 2006).

(<sup>25</sup>) En opinión de la Asesoría de Gobierno las normas dictadas y remitidas a la Honorable Legislatura tienen eficacia y validez intertanto no sean derogadas por la H. Legislatura y su eventual rechazo producirá efectos solo para el futuro. No se puede supeditar la eficacia a su ratificación, ya que en ese supuesto no tendría sentido la delegación, sería más práctico seguir el trámite de iniciativa de las leyes por parte del PE (100 in fine de la C. Provincial).



28/10/86. Entonces, cuando en el fallo "Círculo Médico" repitiendo lo dicho en "Murcia", expresa que "El refrendo opera con efectos convalidantes de la medida adoptada y ha permitido el control requerido previamente", pensamos que es correcto, con la salvedad que también permite dicho control la sola posibilidad de su dictado, aunque no ocurra, ya que cuando se señala que el refrendo opera con "efectos convalidantes", consideramos que la palabra convalidar ha sido utilizada en su sentido vulgar y no estrictamente jurídico, ya que en aquel sentido puede afirmarse que si bien el acto tiene una validez precaria, sujeta a control parlamentario, su ratificación no significa que antes no haya sido válido... Finalmente, cabe destacar que tampoco la Constitución Nacional exige el refrendo del reglamento delegado mediante ley posterior. El constituyente se limita a prever el control legislativo a cargo de la Comisión Bicameral Permanente...<sup>26</sup>".

A lo expresado, puede agregarse además, que esta interpretación es la plasmada en el art. 24 de la Ley N° 26.122<sup>27</sup> que regula los alcances de la intervención del Congreso Nacional en la emisión y control de los Decretos de Necesidad y Urgencia y Delegados, por parte del Poder Ejecutivo Nacional (en el marco de los arts. 76, 99 inc. 3 y 100 inc. 12 de la C.N.), al establecer expresamente que el rechazo de estos instrumentos en su faz de control legislativo, no puede afectar derechos adquiridos nacidos a su amparo<sup>28</sup>.

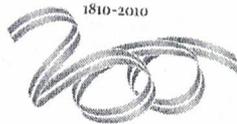
(<sup>26</sup>) MOSSO Giannini, César, en "Legislación Delegada y de Necesidad y Urgencia en la Provincia de Mendoza", obra colectiva, dir por Dr. Jorge Sarmiento García, "Estudios de Derecho Administrativo", T VIII, IEDA, Ed. Dike, Bs. As., 2003, pp. 300/303.

(<sup>27</sup>) Sanción 20/07/06 BO:27/07/06.

(<sup>28</sup>) ARTICULO 24 de la Ley N26.122: "El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia".



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

Ahora bien, este hecho tiene especial relevancia en el presente supuesto, toda vez que las normas de delegación no han impuesto al Poder Ejecutivo la obligación de "comunicación" a la Legislatura de los Acuerdos, lo que sólo se observa como recaudo "autoimpuesto" por el Poder ejecutivo, en el caso de que los Acuerdos Paritarios que se celebren estén inmersos en la previsión del art. 6, segundo párrafo, tercera y cuarta parte del Decreto N°955/04<sup>29</sup>.

Es decir que lo vertido en los párrafos precedentes en relación a la validez de los pagos efectivizados con anterioridad a la ratificación de los Acuerdos Paritarios, es aplicable en tanto el mismo no haya quedado inmerso en la previsión del Decreto N°955/04 aludida ut. supra (segundo párrafo, partes tercera y cuarta), ya que en ese supuesto, los efectos nulificatorios serán retroactivos ("ex tunc") al no haberse contado en su caso, con la ratificación legislativa expresamente requerida para su validez (art. 37, 63 inc. b), 75 y 104 segunda parte de la Ley 3909<sup>30</sup>).

En conclusión, conforme lo expresado en los párrafos precedentes y doctrina y jurisprudencia reseñadas, esta Fiscalía de Estado considera, con respecto al primer punto venido a Dictamen que:

a) Los acuerdos Paritarios celebrados por el Poder Ejecutivo y ratificados por el mismo en los Decretos Nros. 602/10, 1132/10, 1213/10, 1279/10, 1303/10 y 1640/10 (negociaciones colectivas celebradas con gremios y

<sup>(29)</sup> El art. 6, segundo párrafo, tercera y cuarta partes del Decreto N°955/04, expresa: "...El Acuerdo regirá formalmente a partir del día siguiente al de su publicación y se aplicará a todos los empleados, organismos y entes comprendidos, a excepción de aquellos convenios o cláusulas, que requieran ratificación legislativa por implicar modificación, aumento y/o transferencia de partidas presupuestarias, como también previsión de realizar en ejercicios presupuestarios futuros y posteriores al convenio colectivo celebrado. En estos supuestos, la entrada en vigencia de la Convención colectiva quedará sujeta a la disponibilidad presupuestaria y a las leyes regulatorias pertinentes, debiendo acompañarse la estimación de su importe fiscal en el presupuesto vigente a al época de su proposición y los cinco años siguientes".

<sup>(30)</sup> En este supuesto es incuestionablemente aplicable el art. 37 de la Ley N°3909 que ha sido excluido según opinión del Sr. Asesor de Gobierno, en el marco de la ratificación legislativa a realizarse sin que exista expresa norma que condicione su vigencia, como ocurre en el presente supuesto.



sindicatos) y Decretos Nros. 719/10 y 720/10 (aumentos salariales para el personal penitenciario y policial provincial), se han efectivizado en el marco de facultades delegadas en los términos citados precedentemente y por ello, y, en tanto no hayan quedado inmersos en el marco de las disposiciones previstas en el art. 6, segundo párrafo, parte tercera y cuarta (estos es, modificación, aumento y/o transferencia de partidas, lo que requería para su vigencia "ratificación legislativa" y cumplimiento de las condiciones allí previstas -disponibilidad presupuestaria y leyes regulatorias pertinentes-), han producido efectos jurídicos válidamente entre la mencionada ratificación y la fecha de expreso rechazo y notificación al Poder Ejecutivo por parte de la H. Legislatura (Resolución N°685/10 del Honorable Senado de la Provincia notificado al órgano administrador el 25/11/10).

b) En caso de que alguna de las previsiones incorporadas en los Acuerdos Colectivos hayan abarcado materia prevista en el art. 6, segundo párrafo, tercera y cuarta parte del Decreto N°955/04, los actos realizados en su consecuencia serían "nulos" y como tales los efectos de su declaración ostentaría efectos retroactivos (art. 37, 63 inc. b), 75 y 104 segunda parte de la Ley 3909).

c) En virtud de la situación jurídica planteada, a partir del expreso rechazo efectivizado del proyecto de Ley ratificatorio remitido por el Poder Ejecutivo en expediente N°60006, los mencionados acuerdos paritarios han perdido vigencia y virtualidad jurídica, "ex nunc" o "ex tunc" según lo consignado en los puntos precedentes 1 y 2, en concordancia con lo expresado en el punto anterior, por lo que a partir de este hecho no es posible cumplimentar, en lo sucesivo, las obligaciones allí asumidas (aumentos salariales de cualquier índole y toda otra cuestión pactada).



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

## II. Naturaleza de la norma jurídica que se propone emitir el Poder Ejecutivo y facultades al efecto:

**1. Naturaleza jurídica de la norma a emitirse, facultades para su dictado y requisitos para su emisión:** Obra agregado en autos, Dictamen Jurídico emitido por la Asesoría de Gobierno de la Provincia de Mendoza, en el cual hace referencia a que la norma idónea a emitirse, podría encuadrarse en las previsiones del art. 130 de la C. Provincial, y se trataría en consecuencia, de un Reglamento de Necesidad y Urgencia, que excede la facultad reglamentaria ordinaria del Poder Ejecutivo, lo que necesariamente me conduce a efectuar diversas y precisas consideraciones en virtud de ser este tema uno de los más controvertidos en el derecho público en la actualidad, en especial cuando su emisión proviene de una autoridad ejecutiva provincial.

En la República Argentina, la conjunción de diversos presupuestos, con especial énfasis en la producción de cíclicas crisis económico-financieras de notable trascendencia incluso política, institucional y social, han llevado casi como una consecuencia lógica e inevitable, a la aparición de este tipo de instrumentos, constitucionalizándose formalmente en 1994 en la Constitución Nacional (art. 99 inc. 3).

La doctrina ha discutido largamente sobre la constitucionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia<sup>31</sup>, especialmente en la etapa anterior a

<sup>(31)</sup> Así las cosas, en forma previa a la modificación constitucional de 1994, al no estar tratados expresamente en la Carta Fundamental, parte de la doctrina admitía su existencia y constitucionalidad, justificándolo por desempeñar el Presidente facultades colegislativas (Villegas Basavilbaso). Otros autores lo admitieron por entender que el Poder Ejecutivo poseía facultades implícitas para emitirlos (Quintero), y otros, finalmente, los consideraban válidos para conjurar situaciones de necesidad, ante lo inevitable de ciertas medidas y la imposibilidad de convocar normalmente al Congreso (Cassagne, Marienhoff, Joaquín V. González, María Diez, Vanossi). Incluso se justificó la existencia de este tipo de



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

su inclusión formal en nuestra Carta Magna, resultando, a mi criterio, estéril la discusión en la actualidad, atento al hecho de su inclusión formal y temprano reconocimiento doctrinario y jurisprudencial y su utilización de hecho (especialmente a nivel nacional<sup>32</sup>).

instrumentos como un medio de "salvación pública", considerando que al sistema de la Constitución no le repugna la concepción del Poder Ejecutivo Colegislador, ni que en caso de salvación pública éste pueda dictar norma de competencia del Congreso con la expresa subordinación de su validez a la aprobación del Congreso. Néstor Sagüés los consideraba inconstitucionales en principio, en virtud de lo que denomina el principio de "corrección funcional", dado que la constitución no encomendaba al Poder Ejecutivo las funciones que dejaba en manos del Congreso. Sin embargo concluye legitimando al Ejecutivo para dictar este tipo de decretos en virtud del derecho de necesidad cuando se dan las siguientes circunstancias: a) un hecho donde entre en juego la supervivencia del sistema político o de la sociedad argentina; b) inevitabilidad de adopción de una medida destinada a enfrentar idóneamente el caso de necesidad y c) aparición, en resumen, de un supuesto de imposibilidad material o de imposibilidad racional del cumplimiento de la Constitución. Comadira, llevando más lejos estas posturas que se afincaban en la legitimidad de este tipo de decretos, sostuvo, antes de la reforma, que las jefaturas de la Administración y del Estado imponían al Poder Ejecutivo el deber de dictar Decretos de Necesidad y Urgencia para preservar la subsistencia del estado. Este deber derivaba, en su concepto, implícitamente del entonces art. 86 inc. 1 -hoy 99 inc. 1-, de la Constitución Nacional. En cambio otro grupo de autores (Bidart Campos, Ekmekdjian, González Calderón, Linares Quintana) los juzgaron siempre como opuestos a la constitución y violatorios del principio de división de poderes. Se ha destacado en este sentido que el teorema de la división de poderes, adoptado por nuestra Constitución Nacional, sigue siendo uno de los pilares básicos del sistema republicano y -con su mecanismo de frenos y contrapesos- la forma más eficaz de controlar la expansión de poder, que siempre tiende a ocupar el espacio de la libertad con base en los arts. 1, 29, 67, 86, 95 y 100 de la Carta Magna, entre otros. Bidegain cita como "paradójica" la inclusión de los Decretos de Necesidad y Urgencia en la reforma de 1994, teniendo en cuenta la redacción del segundo párrafo del artículo 99 inc. 3 de la Constitución nacional, en la cual dispone que "el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo", para seguir con la determinación expresa de la habilitación excepcional para el dictado de este tipo de normas.

<sup>(32)</sup> Ya en 1857 existen antecedentes en Buenos Aires, cuando se trató una ley que tenía dos aspectos esenciales en su texto: el enjuiciamiento de Juan Manuel de Rosas y la confiscación de sus bienes que se había producido por un Decreto del 16/02/1852 y cuya ratificación se perseguía en el órgano legislativo. Casos más recientes y que van determinando el contenido y parámetros que van a regir la emisión de los Decretos de Necesidad y Urgencia en nuestro país son el referido al otorgamiento de una amnistía por decisión del Poder Ejecutivo (1868) y el traslado de la capital a Belgrano por parte de Nicolás Avellaneda. En 1892, el Presidente Pellegrini, suspendió la obligación de registrar la numeración de billetes destruidos, contemporáneo con el que creó los títulos de la deuda externa<sup>32</sup>. Al mismo momento existían leyes que aprobaban decretos, como la del 23/06/1891 que aprobó feriados y suspensión de plazos legales y la Ley Nº 2782 que ratificó un decreto de Pellegrini del 07/04/1891 por el cual se suspendía el pago de depósitos bancarios. Esta conducta del Congreso de ratificar mediante leyes, decretos que parecen tener naturaleza de Decretos de Necesidad y Urgencia, tenía un antecedente en la Ley Nº1734 que ratificó el Decreto de Roca del 09/11/1885 sobre curso legal de billetes. En 1933, el Decreto Nº 31.864 alteró el régimen de la moneda y el cambio y fue calificado como un ejemplo de Decreto de Necesidad y Urgencia sobre materias legislativas del anterior 67 inc. 10 de la C.N. (actual 75 inc. 11). Posteriormente, mediante Decreto Nº 10.843/43 el Presidente Castillo modificó la ley orgánica de la Municipalidad de Buenos Aires. Llegamos así al Decreto Nº 1096/85 y los consecuentes que implementaron el conocido "Plan Austral" que implicó incluso el cambio de signo monetario, si bien es de destacar que la medida fue ratificada por el Congreso por el art. 55º de la Ley Nº23.410 de 1986. Ejemplos mucho más cercanos lo representan la declaración del estado de



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

Los Decretos de Necesidad y Urgencia encuentran así, su germen en fallos pronunciados por la C.S.J.N. en 1860 (caso "Crisólogo Andrade por Rebelión"<sup>33</sup>) y en 1881 (en la causa El caso "Don Mariano Varela contra Don Avelino Anzó S/ D Y P"<sup>34</sup>), con franca expansión de esta modalidad hasta el leading case "Peralta A. y otros", con marcadas limitaciones en los casos "Smith" y "Pcia. De San Luis" y retomando la doctrina de la emergencia en "Bustos", "Cabrera" y "Massa" y en fallos posteriores donde se reitera básicamente esta doctrina (- "Kujarchuk"<sup>35</sup>, "Rial", "Marta", "Pochat"<sup>36</sup>, "Córcoba"<sup>37</sup> y "Viegas"<sup>38</sup> -).

El espectro jurídico político referido a la emisión de los Decretos de Necesidad y Urgencia, termina de adquirir rasgos de elevada complejidad, al dispararse diversos conflictos derivados de la emisión de reglamentos referidos a cuestiones eminentemente política financiera internacional<sup>39</sup>, lejos de los criterios básicos que la jurisprudencia había sentado en torno a la "emergencia" y que se ven patentizados en los casos "Pinedo c/ Estado

---

Emergencia Previsional efectuado por el Decreto N° 2196/86 y la emergencia eléctrica dispuesta por Decreto N°5/89. La práctica institucional, llevó a los sucesivos gobiernos, a partir de la década de 1980, a aumentar regularmente la cantidad de Decretos de Necesidad y Urgencia que se dictaban, eliminando cualquier vestigio de autocontrol en las administraciones por la utilización de este cuestionable instrumento jurídico. Durante la primera gestión del Dr. Carlos S. Menem (1989-95) el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia cobró inusitada importancia, al extremo de que su proliferación le valió a la gestión menemista el calificativo de "Gobierno por Decreto". Lo acertado de la denominación fluye tan pronto se advierte que un inventario de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por diversos gobiernos entre 1853 y 1983 llega a la cantidad de alrededor de 20, en tanto esa cifra llegó al orden de los 15 durante la gestión del Dr. Raúl Alfonsín (1983-89) para contabilizar el alarmante número de 308 al cabo de los primeros cuatro años del gobierno de la administración de Carlos Menem comprendidos entre 1989 y 1993<sup>32</sup>.

<sup>(33)</sup> C.S.J.N., Fallos: 11:405.

<sup>(34)</sup> C.S.J.N., Fallos, 23:257.

<sup>(35)</sup> "KUJARCHUK, Pablo Felipe, C/ P.E.N. LEY 25.561 DTOS. 1570/01 Y 214/02 S/ AMPARO LEY 16.986". La Corte se pronunció en los presentes autos, aplicando el criterio sustentado en el fallo "Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional- Dto 1570/01 y otro s/ Amparo Ley 16.986", sentencia del 27 de diciembre de 2006.

<sup>(36)</sup> Casos "Marta Luis A. y ot. c/ PEN s/ amparo", "Pochat, Hernán G. y ot. s/ PEN" y "Rial, María J. y ot. c/ PEN B.C.R.A. y Banco Boston s/ Amp", fallados por la C.S.J.N. en 28/12/2008.

<sup>(37)</sup> C.S.J.N., C. 3517. XLVII, "Córcoba, Mónica L. c/ PEN s/ amparo", en el cual resolvió 78 casos similares respecto del corralito resolviendo en igual sentido que en el caso "Massa".

<sup>(38)</sup> C.S.J.N., V.4.XLI, "Viegas Horacio c/ PEN s/ amparo".

<sup>(39)</sup> Me refiero específicamente a los Decretos N° 2010/09, 18/10, 186/10, 296/10, 297/10 y 298/10.



Nacional p/ Med. Cautelar –amparo Ley Nº 16.986-<sup>40</sup>”; “Morales Gerardo c/ Estado Nacional s/ Med. Cautelar -amparo Ley Nº 16.986<sup>41</sup>”, “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional p/ Amparo<sup>42</sup>”, “Camaño c/ Estado Nacional p/ Med. Cautelar<sup>43</sup>”, “Pérez Redrado c/ Estado Nacional p/ Amparo<sup>44</sup>” y “Pichetto M. A. c/ Estado Nacional p/ Med. Cautelar Aut.<sup>45</sup>”; todos ellos en curso y/o con recientes resoluciones judiciales<sup>46</sup>.

En relación a su denominación, los Decretos de Necesidad y Urgencia han recibido, en doctrina, distintas denominaciones. Para algunos autores (Bielsa, Ekmekdjian, etc.) la denominación a utilizar es la de “Decretos Leyes”, para otros, “providencias de necesidad y urgencia” (Juan Fernando Segovia), “Decretos de Necesidad y Urgencia (A. Pérez Hualde) y para otros, finalmente, “Reglamentos de Necesidad y Urgencia” (Villegas

(<sup>40</sup>) Causa impetrada el 08/01/2010 ante el Juzgado Federal Contencioso Administrativo Nº 11 a cargo de la Dra. Sarmiento, causa Nº 142/2010, “Pinedo Federico y otros c/ Estado Nacional – Inc. Med. Dto. 2010/09 s/ proceso de conocimiento”. La medida cautelar fue admitida el mismo día 08/01/2010 y ratificada el 22/01/2010 por la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo Federal Sala Nº 4, a cargo de las Dras. Clara María Do Pico y Marta Herrera.

(<sup>41</sup>) Radicado en igual día y ante el mismo tribunal que el proceso “Pinedo”, con igual sentencia de Cámara emitida el 22/01/2010. El mencionado proceso no es tratado en forma extensa en este trabajo por su similitud y analogía con el caso “Camagno G. y otros c/ Estado Nacional” que se analiza oportunamente, recayendo sentencia definitiva en relación a la medida cautelar con fecha 30/03/10 – Causa 6511- de la Sala 4 de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo Federal.

(<sup>42</sup>) C.S.J.N., 02/02/2010, “San Luis Provincia de c/ Estado Nacional s/ amparo” (S.942.XLV).

(<sup>43</sup>) Radicado ante el Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº. 11, caratulado “Camaño, Graciela y otros c/ E.N. - dto. 2010/09 18/10 en el cual luego de admitir la medida cautelar solicitada por los actores en contra del Decreto Nº 2010/09, con fecha 13/01/2010, amplía la misma con fecha 03/03/2010 contra el Decreto Nº 298/10 a pesar de estar aquel instrumento derogado por el Decreto Nº 296/10 de fecha 01/03/2010, siendo relevante en este sentido que el mismo día la C.S.J.N., en el caso “Pinedo” emitió fallo declarando la causa relativa al Decreto Nº 2010/09 como “abstracta”.

(<sup>44</sup>) La medida cautelar fue otorgada el mismo día de la presentación (08/01/2010) por la Jueza de Primera Instancia (Dra. Sarmiento) quien habilitó la feria judicial, e hizo lugar a la medida “hasta tanto se resolviera la cuestión de fondo planteada en el presente amparo”.

(<sup>45</sup>) Causa Nº 5.604/2010, caratulada “Pichetto, Miguel Angel c/ EN-PLN-Senado de la Nación DPP/60/09 s/ medida cautelar”, quedando radicado definitivamente (conforme fallo de Cámara de Apelaciones Federal Contencioso Administrativo -Sala 3 de fecha 17/03/2010- en el Juzgado Nº 6). En este proceso se ventila la validez de los dictámenes emitidos por la mencionada Comisión, atento a la inexistencia de las mayorías que prevé la Ley Nº 26.122.

(<sup>46</sup>) Salvo el caso “Pinedo” en relación al cual la C.S.J.N. emitió con fecha 03/03/10 sentencia declarando abstracto el proceso ante la derogación del Decreto Nº 2010/09 por el Decreto Nº 296/10 y el caso “Prov. de San Luis, que con fecha 02/02/10 fue rechazado por considerar que la Provincia actora carecía de legitimación activa a los efectos de impetrar la acción.



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

Basavilbaso). Esta última denominación ha sido también adoptada por la C.S.J.N. en numerosos fallos al respecto, cuando trata esta normativa de excepción.

En otras legislaciones, se los ha denominado también "Decretos Leyes" (Constituciones Españolas de 1931 y 1978), Decretos con Valor de Ley (Constitución Italiana de 1948), Decretos de Urgencia (Constitución del Perú), Medidas Provisorias (Constitución Brasileña) y Medidas Exigidas por las Circunstancias" (Constitución Francesa) y "Decretos Legislativos", en la Constitución Política de Colombia de 1985 y 1991.

La Constitución Nacional utiliza el término "Decretos", aludiendo así a un concepto más genérico que el de reglamentos, ya que este último resulta ser una clase de aquellos, es decir, que existe entre ambos una relación "Género - Especie".

Se ha definido así a los "Decretos de Necesidad y Urgencia" como "decisión, disposición o mandamiento emanado de autoridad superior de un poder u órgano administrativo, en especial el Jefe de Estado<sup>47</sup>, considerando que se aplicará a los mismos el régimen de los "actos" administrativos cuando produzca efectos individuales y el régimen de los "reglamentos" cuando produzca efectos "generales".

Con el objeto de señalar las coincidencias en torno a su conceptualización básica, los Decretos de Necesidad y Urgencia han sido tradicionalmente definidos como:

1. "Acto<sup>48</sup> del poder Ejecutivo por el que se establecen normas de carácter general en materias sobre las cuales legisla el Congreso<sup>49</sup> siempre que

(<sup>47</sup>) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", (Bs. As., A. Perrot, 1990), pp. 314/15.

(<sup>48</sup>) Debe tenerse presente, que a nivel nacional, el término "acto" referido al campo administrativo (Ley N° 19.549), es comprensivo de los reglamentos, lo que lo diferencia del régimen administrativo provincial, en el cual los conceptos de ambos son distintos (ver Ley N° 3909 de Mendoza).



- existan circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia", por Rafael Bielsa.
2. "Decretos dictados por el Poder Ejecutivo sobre temas que la constitución reserva al Congreso (por eso se los llama también decretos leyes) sin previa autorización o delegación de éste y que se dictan invocando la excepcionalidad de la medida adoptada y su impostergabilidad"<sup>50</sup>, por Néstor Sagués.
  3. "Providencias, disposiciones o medidas dictadas por el Presidente con forma de Decreto, sobre materias propias del Congreso, frente a comprobadas circunstancias especiales de tal gravedad que no permiten esperar el tratamiento del caso por dicho órgano (por razones de necesidad y urgencia) con fuerza y valor provisorio de ley y sujetos a la condición resolutoria de la aprobación o no por el Congreso (ad referéndum de éste)"<sup>51</sup>, por Humberto Quiroga Lavié.
  4. Como "actos jurídicos con potencia igual a la de la ley. Son los actos que el Ejecutivo dicta sobre asuntos que competen al legislador cuando el parlamento está en receso, en caso de guerra, de grandes calamidades generales o de urgentes necesidades públicas. Es en concreto una manifestación de voluntad del Poder Ejecutivo que crea normas contrarias al orden jurídico positivo, fundándose en el estado de necesidad..."<sup>52</sup>, por Manuel María Diez.
  5. "Normas de alcance general que dicta el Ejecutivo sobre materia legislativa sin autorización previa del Congreso"<sup>53</sup>, por Carlos Balbín.

<sup>(49)</sup> BIELSA Rafael, "Derecho Constitucional", (Bs. As., Depalma, 1959), pp. 670.

<sup>(50)</sup> SAGÜES, Néstor P., "Elementos de Derecho Constitucional", (Bs. As., Depalma, 1993), pp. 469.

<sup>(51)</sup> QUIROGA LAVIE, Humberto, "Derecho Constitucional Argentino", (Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2001, T II) pp: 1122 y ss.

<sup>(52)</sup> DIEZ, Manuel María, "Tratado de Derecho Administrativo", (Bs. As., Omeba, T-I, 1963), pp. 446/47.

<sup>(53)</sup> BALBÍN, Carlos, "Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia", (Bs. As., LL, 2004) pp. 23.



6. "Reglamentos que tienen contenido legislativo, es decir, la materia sobre la cual versan es propia del legislador e integra la competencia de éste, dependiendo en definitiva su eficacia de la ratificación o aprobación del parlamento" <sup>54</sup>, por Miguel S. Marienhoff.
7. "Reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo en casos extremos, por razones graves y urgentes de necesidades públicas"<sup>55</sup>, por Jorge Sarmiento García.
8. Finalmente, como "reglamentos que dicta el órgano Ejecutivo por graves y urgentes necesidades públicas, regulando materia propia del órgano legislativo"<sup>56</sup>, por Roberto Dromi.

Si bien existen ciertas diferencias en las conceptualizaciones consignadas, en especial en relación a la naturaleza jurídica del instrumento que materializa la competencia excepcional (acto, reglamento, decreto) y en considerar o no como elemento constitutivo de la misma el procedimiento de control del Congreso; en general la doctrina y jurisprudencia consideraban viable su existencia siempre que se constatará la existencia y confluencia de los siguientes requisitos:

- a) necesidad y urgencia de la medida;
- b) receso del Poder Legislativo o imposibilidad material de reunirse o resolver con la premura que las circunstancias exigen; y
- c) intención manifiesta del Ejecutivo de someter el reglamento a la ratificación del aquel.

**2. Derecho comparado:** En el orden de los sistemas jurídicos de raigambre continental europea, son numerosas las constituciones que

<sup>(54)</sup> MARIENHOFF, Miguel S, "Tratado de ...", ob. cit., pp. 263.

<sup>(55)</sup> SARMIENTO GARCIA, Jorge, "Ley de Procedimientos Administrativos de Mendoza", Comentada y Concordada, (Mendoza, Ed. Augustus, 1979), pp. 122.

<sup>(56)</sup> DROMI, Roberto. "Derecho Administrativo", (Bs. As., Ed. Cdad. Argentina, 2001), pp. 337.



prevén la existencia de este tipo de instrumentos: la Constitución de Perú (art. 118 inc. 19 -cuando así lo requiere el interés nacional-); la Constitución de Brasil en su art. 62 (que autoriza medidas provisionales con fuerza de ley en casos de relevancia y urgencia), la Constitución de Colombia en sus arts. 212 y 213 (por razones de guerra exterior, conmoción interior y en estado de emergencia); la Constitución de Cuba de 1992, art. 90 inc. 3 (que no precisa las causas de hechos determinantes para el dictado pero autoriza al Consejo de Estado a dictar decretos leyes cuando está en receso la Asamblea Nacional del Poder Popular); la Constitución de Italia en su art. 77 (autoriza el dictado de medidas provisionales en casos de extraordinaria necesidad y urgencia).

En España ya los preveía la Constitución de 1931 (art. 80), y también en la de 1978, en su art. 86 inc. 1 (las disposiciones legislativas provisionales podrán dictarse en casos de extraordinaria y urgente necesidad...) y también los recepta la Ley Constitucional de Portugal de 1982 (arts. 165 y 172).

En Italia lo prevé el art. 77, 2º y 3º de la Constitución, que faculta al gobierno a dictar decretos sin previa delegación (regulada expresamente en el art. 76 de la Carta Magna) aunque está obligado a someterlo a una sucesiva ratificación parlamentaria, pudiendo emitirse cuando existen razones de necesidad y urgencia.

En Estados Unidos de América, según la Constitución de 1787, la facultad de dictar normas de carácter legislativo parece corresponder exclusivamente al Congreso. No obstante en la práctica, el Congreso hace delegaciones mediante leyes, sea a las Independent Regulatory Commissions -entes no previstos por la Constitución pero ampliamente instituidos con leyes del Congreso, dotadas de recursos, de modo que les



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

aseguran la gestión de importantes sectores de la economía nacional- o al Presidente. Junto a la hipótesis de poderes expresamente delegados por el Congreso se ha reconocido al Presidente, la facultad de utilizar poderes de naturaleza legislativa implícitos en su posición constitucional de jefe del Ejecutivo y de Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas. Así como poderes que figuran dentro de la exigencia de hacer operativas disposiciones del Congreso que consienten la intervención presidencial para aplicar su contenido preceptivo<sup>57</sup>.

**3. Causales que habilitan el dictado de esta normativa:** Desde el punto de vista fáctico, es oportuno analizar brevemente, cuáles son los elementos que deben materializarse para que el Poder Ejecutivo se encuentre habilitado a dictar esta normativa de emergencia. Estos serían los siguientes:

- a) existencia de una situación de necesidad y urgencia.
- b) imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de una ley.

Siguiendo este lineamiento, la Constitución Nacional presupone así, la inevitable existencia de dos requisitos FÁCTICOS para la procedencia del ejercicio de esta facultad por parte del Poder Ejecutivo, estos es: circunstancias excepcionales que hacen imposible el trámite legislativo y Necesidad y Urgencia de suplir dicho trámite mediante un decreto<sup>58</sup>.

Si bien, al decir de Quiroga Lavié, la determinación de la necesidad y urgencia implica ubicarnos en la naturaleza de esa circunstancia, particularmente en el hecho de que se trata de un típico término

(<sup>57</sup>) VERGOTTINI, Giuseppe de, "Derecho Constitucional Comparado", (Madrid, Espasa Calpe, 2ed. 1985) pp. 428.

(<sup>58</sup>) BIDART CAMPOS, GERMÁN; "Manual de Derecho Constitucional" (ob. cit., T - III), pp. 252.



indeterminado cuyo concepto debe ser precisado sólo con motivo de presentarse la circunstancia de hecho mentada en el concepto: la urgencia, la necesidad, la utilidad pública, por ejemplo,<sup>59</sup> no es menos cierto que deberá diagnosticarse con objetividad y buena fe cuando hay, en verdad, una circunstancia excepcional que torna "imposible" someter una norma al trámite ordinario de sanción de leyes para sustituirlo por el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, ya que el texto constitucional es claro y elocuente, a la mención de la excepcionalidad agrega palabras que no soportan tergiversaciones oportunistas: cuando dice que las circunstancias excepcionales hacen imposible el seguimiento del procedimiento legislativo, ha de entenderse que esta imposibilidad no alcanza a alojar una mera inconveniencia<sup>60</sup>, ni habilita a elegir discrecionalmente, por un puro criterio coyuntural y oportunista, entre la sanción de una ley y la emanación más rápida de un decreto, sumando además la existencia de la necesidad y urgencia<sup>61</sup>.

La C.S.J.N. sentó las bases del concepto emergencia al afirmar en el caso Peralta que: "...abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al Estado a restringir el

<sup>(59)</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto; "La Potestad Legislativa", (Bs. As., Zavalía, 1993), pp. 309.

<sup>(60)</sup> Descartando así la existencia de los Decretos de Necesidad y Urgencia "por conveniencia".

<sup>(61)</sup> BIDART CAMPOS, Germán; en "Manual de Derecho Constitucional" (ob. cit., T- III), pp. 252.



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución<sup>62</sup>.

Pero es claro también, que además del estado de necesidad, hace falta la existencia del elemento urgencia. Estos son vocablos que si bien tienen distinta significación, se conjugan en el presente caso en forma indisoluble. Si bien la simple existencia de una situación de emergencia no faculta al Ejecutivo a emitir Decretos de Necesidad y Urgencia, el elemento temporal cualificante (la "urgencia") aparece como factor decisivo en el ejercicio de tal atribución.

Por último, el otro requisito habilitante para la emisión de Decretos de Necesidad y Urgencia es la situación institucional comentada precedentemente, es decir, la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de la ley, teniendo en cuenta que la inactividad legislativa debe responder a motivos ajenos a la voluntad de quienes integran el órgano legislativo. La orientación de este concepto plasmó en el caso "Verrochi" en donde se consideró esta situación como sinónimo de "fuerza mayor".

En definitiva, para emitir este tipo de normas se requiere la existencia de los tres elementos enunciados:

a) Las "circunstancias excepcionales", concepto jurídico indeterminado que deberá ser analizado en cada caso concreto, puede entenderse en forma genérica como "supuesto extremo, límite, extraordinario, que se verifique en el mundo de los hechos en forma clara y suficiente, y que imperiosamente exija la adopción de alguna medida inmediata<sup>63</sup> pudiendo, responder a situaciones comprobadas en el campo social, económico,

(<sup>62</sup>) ED, 141-519, citado por MIDÓN, Mario, "Decretos de Necesidad y Urgencia" (Bs. As., LL, 2001) pp. 84.

(<sup>63</sup>) Criterio sostenido por QUIROGA LAVIÉ, Humberto, en "Derecho Constitucional Argentino" (ob. cit., T- II), pp. 1127/28.



institucional, etc. El estado de emergencia además, es de carácter excepcional y como tal, transitorio. Existe un estado excepcional cuando ello no es habitual, no ordinario, inusual, infrecuente, e imprevisible o de difícil previsión<sup>64</sup>. El acto es necesario cuando la crisis es de suma gravedad y constituye el único medio institucional idóneo para superar la situación de excepción.

b) A su vez el decreto resulta "urgente" cuando el Estado debe responder de modo súbito o rápido, es decir que éste debe adoptar de modo inaplazable medidas materialmente legislativas y que en caso contrario causaría un grave daño al interés público.

c) La "imposibilidad" de seguir los trámites "ordinarios" para la sanción legislativa, entendiéndose que esa situación de excepcionalidad imperante determine que el Congreso no puede adoptar una decisión en tiempo real por imposibilidad funcional para dictar una ley que haga frente a aquella, lo que de ninguna manera se puede referir a una "inconveniencia política por parte del Ejecutivo"<sup>65</sup>. En síntesis, la imposibilidad de cumplir con el trámite constitucional surge de circunstancias de hecho que impiden las reuniones materiales del Congreso o la urgencia temporal por las características propias de la situación de crisis, de manera tal que el Poder Legislativo no se expide porque ello resulta de imposible cumplimiento<sup>66</sup>.

**4. Facultades del Poder Ejecutivo Provincial: Derecho Público Provincial Comparado. Antecedentes normativos, doctrinarios y jurisprudenciales en la Provincia de Mendoza:** Ahora bien, efectuadas estas apreciaciones generales cabe destacar que si bien, este tipo de

(<sup>64</sup>) BALBÍN, en "Reglamentos Delegados y de..." (ob. cit.), pp. 335.

(<sup>65</sup>) QUIROGA LAVIÉ, Humberto; en "Derecho Constitucional Argentino" (ob. cit. en nota precedente), pp. 1128.

(<sup>66</sup>) BALBÍN, Carlos; "Reglamentos Delegados y de..." (ob. cit.), pp. 336.



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

normas han tenido amplia recepción en la doctrina y jurisprudencia nacional, antes y después de la modificación constitucional (aún cuando la C.S.J.N., ha seguido un camino tortuoso con importantes avances y notables retrocesos como se demuestra en los casos: "Peralta", "Video Club Dreams", "Rodríguez en J: Nievas", "Verrocchi", "Della Blanca", "Guida", "Risolia de Ocampo", "Berkley S.A. ART", "Smith", "Muller", "Tobar", "Prov. de San Luis", "Bustos", "Cabrera", "Massa" "San Luis c/ Estado Nacional p/ Amparo", etc., cabe preguntarse cual es la situación en el Derecho Público Provincial y en especial en la Provincia de Mendoza.

En el derecho constitucional provincial argentino existen numerosas constituciones que admiten la existencia de este tipo de facultades para el Ejecutivo, la Constitución de San Juan en su art. 157 (cuando circunstancias no hicieran posible aplicar alguno de los trámites ordinarios dispuestos por esta constitución); la Constitución de Chubut en su art. 156 (en casos de extraordinaria y grave necesidad que tornen urgente, impostergable e imprescindible la adopción de medidas legislativas para asegurar los fines de esta Constitución); la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su art. 103 (con una fórmula similar a la empleada en la Constitución Nacional, es decir solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos en esta Constitución para la sanción de las leyes); en la Constitución de Río Negro, art. 181 inc. 6 (cuando exista necesidad y urgencia o amenaza grave e inminente al funcionamiento regular de los poderes públicos), Constitución de Salta, art. 142 (cuando medie un estado de necesidad y urgencia o que esté amenazado de una manera grave e inminente el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales), Constitución de La Rioja -2002- (art. 123 inc. 12 , texto similar C.N pero



prevé que el no tratamiento en 30 días ratifica el DNU), la Constitución de Santiago el Estero de 1997 (art. 158) - En casos de necesidad y urgencia, o que esté amenazado de una manera grave e inminente el funcionamiento regular de los Poderes Públicos o constitucionales, el Poder Ejecutivo, en acuerdo general de Ministros y previo dictamen del Fiscal de Estado, puede dictar decretos sobre materias de competencia legislativa siempre que no se trate de normas que regulen materia tributaria, electoral y el régimen de los partidos políticos, debiendo remitirlo en cinco días de dictado al PL-,

La constitución de Corrientes de 1960 prevé también la posibilidad de que el Ejecutivo, durante el receso de la Legislatura, emita este tipo de normas en acuerdo de Ministros para disponer medidas en los supuestos de los incisos 17 y 19 del art. 125 y para supuesto de necesidad imperiosa e impostergable, con cargo de dar cuenta de aquellas en sus primeras sesiones (art. 127).

En similar sentido la Constitución de Chaco de 1994 (141 inc.18) prevé que en casos de extrema necesidad y en receso de la Legislatura, en acuerdo general de Ministros, podrá efectuar gastos impostergables o no previstos en la Ley General de Presupuesto y deberá en esos casos dar cuenta en forma inmediata a la Cámara.

Este tema ha sido muy debatido en la doctrina y jurisprudencia, aunque tiene escasa discusión legislativa, es decir, si las provincias tienen facultades para dictar Decretos de Necesidad y Urgencia, y si para ello requieren habilitación constitucional o le son aplicables los principios jurisprudenciales de la Corte Federal para este tipo de instrumentos jurídicos.



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

Siguiendo la doctrina sentada al respecto, puedo señalar que se han vertido cuatro posiciones en relación a este problema<sup>67</sup>:

- Doctrina Negatoria: en esta postura se niega no sólo la posibilidad de que un gobierno provincial dicte un Decreto de Necesidad y Urgencia cuando no existe norma constitucional provincial que lo autorice sino también considera que en caso de que la Carta Magna provincial lo habilite, ésta devendría en inconstitucional, por violar el sistema republicano, considerando asimismo que las emergencias sólo pueden ser declaradas por el Congreso Nacional (sin perder de vista que en numerosos casos las emergencias se inician por impulso del Poder Ejecutivo). La misma ha sido últimamente desarrollada en forma más terminante: a) las constituciones provinciales que antes de 1994, contemplaban estos decretos eran inconstitucionales, b) la reforma de 1994 no tiene ninguna incidencia para ellas y para las cartas provinciales posteriores que también las contemplaron, porque se viola el principio de la división de poderes y la emergencia es una institución reservada a la declaración del gobierno nacional, por lo que también son inconstitucionales las leyes provinciales de emergencia<sup>68</sup>. Esta teoría, aunque no ha tenido recepción jurisprudencial, sí ha sido parcialmente mencionada en la Provincia de Neuquén. "La situación de emergencia debe ser definida por la Legislatura provincial, siendo inadmisibles que tal estado de crisis sea dispuesto por el Gobernador. Tal premisa básica ha sido señalada por la más alta doctrina constitucional del país. Morello, comentando los recaudos que condicionan el uso de la policía de emergencia, sostiene que el primero de ellos justamente exige que la situación de emergencia esté definida por el Congreso (no mediante decreto) (conf. aut. cit., Emergencia Económica Social y Efectividad

(<sup>67</sup>) En el desarrollo de este tema seguiré las enunciaciones efectuadas por el Dr. Osvaldo Pritz en "Una óptica sobre los Decretos de Necesidad y Urgencia", (publicado en "Estudios de Derecho Administrativo", VIII, 2003, IEDA, Ed. Dike Foro de Cuyo), pp. 228/238.

(<sup>68</sup>) MIDÓN, Mario A. R.; "Decretos de...", pp. 196/99, citado por Pritz, Osvaldo (ob. cit.), pp. 228.



de las Garantías Constitucionales, JA 1989-IV p. 677 y ss.). En idéntico sentido se ha expedido César E. Romero quien sostiene que es doctrina que la declaración de emergencia sea facultad legislativa (esta opinión doctrinaria ha sido extractada de la obra de Alejandro Pérez Hualde, en "Decretos de Necesidad y Urgencia"). En esta misma obra se cita la posición de Pozo Gowland en igual dirección, en los siguientes términos: "tal declaración no puede significar una delegación de facultades, ya que la constitución no autoriza que ello ocurra, tratándose de restricciones como las que resultan para superar situaciones de emergencia. En todo caso queda claro y establecido que la declaración de la emergencia como ejercicio del poder de policía del estado, y por el cual se restringen momentáneamente derechos de los particulares, es una facultad exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación<sup>69</sup>". Claro está, se menciona la doctrina como fundamento de la sentencia, pero también se dice que la emergencia puede ser declarada por la Legislatura Provincial lo que no es aceptado por esta teoría negatoria de las atribuciones provinciales en general. Con estas aclaraciones se ha incluido el fallo en esta primera doctrina (la aceptación de esta tesis también ha sido seguida por la legislatura neuquina).

- Primera Doctrina Intermedia: en una primera doctrina intermedia se ha sostenido que los ordenamientos provinciales constitucionales pueden prever los Decretos de Necesidad y Urgencia, pero en caso de que esto no ocurra, no pueden emitirse los mismos en base a la aplicación analógica de la normativa nacional. En la Provincia de Corrientes, existe jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia en la cual parece inclinarse por la tesis intermedia, ya que aunque se manifiesta en contra de la aplicación de las normas de la constitución nacional, lo hace en los siguientes términos: "no es

<sup>(69)</sup> Caso "ATEN y otro c/Provincia de Neuquén s/Acción de Inconstitucionalidad" TSJ, 13/12/96.



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

aplicable a las provincias, las cuales tienen la facultad de darse sus propias instituciones<sup>70</sup>”.

- Segunda Doctrina intermedia: otra doctrina intermedia ha sido desarrollada en votos minoritarios de la C.S.J.N. Se trata de casos en que se analiza la constitucionalidad de leyes provinciales de emergencia, que disponen moratorias en los pagos del Estado local. Se sigue en estos casos la doctrina negatoria, en tanto no admite la emergencia dictada unilateralmente por la provincia, pero la admite en casos en que la misma sigue a la del orden nacional<sup>71</sup>.

El criterio, se limita a los casos en que se han dispuesto modificaciones en el sistema de pago de las obligaciones, y no habla específicamente de los Decretos de Necesidad y Urgencia, pero lo cierto es que destaca permanentemente que no puede arrogarse la Provincia la atribución de alterar la legislación de fondo en casos en que, ya sea por Ley o por Decretos de Necesidad y Urgencia, se intenta modificar regímenes de pago de obligaciones provinciales. Si el argumento se utiliza para las leyes locales, con mayor razón debe ser aplicado a los Decretos de Necesidad y Urgencia emitidos en ese ámbito. Esta doctrina aunque minoritaria, sigue vigente y se ve reproducida en fallos recientes<sup>72</sup>.

-Tesis afirmativa: la evolución jurisprudencial proveniente de las Provincias y de la Nación parece inclinarse decididamente por la postura afirmativa, es decir facultar a los Poderes Ejecutivos Provinciales a dictar este tipo de normas aun sin previsión constitucional.

(<sup>70</sup>) ST Corrientes, 21/09/98, “Lebedur Enrique L. C/ Instituto de Previsión Social y/u otro”, LL Repertorio 1998, p. 910.

(<sup>71</sup>) Causa “Cena Juan Manuel c/ Prov. de Santa Fe”, 18/11/99, (Fallos 322:2817, JA 17/01/01).

(<sup>72</sup>) “Quintín Flores c/Estado Provincial” 20/02/01, Fallos, 324:363, JA, 30/01/02 criterio minoritario del Dr. Petracchi.



El primer caso fallado por la C.S.J.N. referido a una norma que debiera ser calificada de Necesidad y Urgencia versa sobre un decreto dictado por el Interventor Federal de la Rioja que el tribunal calificó como "amnistía", indicando que era atribución legislativa ejercida por el Interventor <sup>73</sup>.

Teniendo en cuenta este antecedente, se da la siguiente curiosa situación: La Corte Suprema de Justicia de la Nación trató un Decreto de Necesidad y Urgencia provincial antes que los primeros antecedentes que se tratan y mencionan como nacionales (que dataría de 1880 -decreto del presidente Avellaneda designando al pueblo de Belgrano como residencia de las autoridades de la Nación-).

Ya en el siglo 20 encontramos el caso "Cía. Azucarera Tucumana", en que la C.S.J.N. analizó una ley tucumana calificada de emergencia, del año 1919, y fijó los límites de este tipo de legislación sin hacer distinciones con las leyes de emergencia nacionales<sup>74</sup>. Lo importante de este fallo es que la Corte no hizo ningún tipo de diferenciación entre las declaraciones de emergencia nacionales o provinciales.

La primera vez que la Corte admite la existencia de un Decreto de Necesidad y Urgencia Provincial, se produce en 1992, cuando reconoce la constitucionalidad del Decreto N° 81/88 de la provincia de Salta, mediante el cual se había dispuesto una prórroga unilateral para el pago de una deuda, reconociendo en base a los considerandos del decreto, que el Poder Ejecutivo había ejercido al dictarlo el poder de policía de emergencia (considerando del fallo "Laugle Daniel Carlos c/ Salta, Provincia de s/ cobro de australes"<sup>75</sup>).

(<sup>73</sup>) (16/04/1872) Fallos Segunda Serie 11-405/416 causa XXXIX "Criminal c/ Don Crisólogo Andrade por rebelión" en sentencia que remite en sus considerandos al dictamen del procurador de la C.S.J.N. (ver desarrollo del fallo en el presente trabajo).

(<sup>74</sup>) Fallos 150:150/160.

(<sup>75</sup>) Fallos, 315:2328/9.



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

El mismo día se falló otro caso, pero ampliado, ya que en éste se citó jurisprudencia anterior referida a leyes de emergencia y en el dictamen del Procurador se habla de una ley de emergencia anterior, distinción que no hace la Corte, que se refiere solamente a un decreto ( caso "Amul Azize Jorge César c/ Salta p/ Sumario<sup>76</sup>").

Ya en el período posterior a la reforma constitucional, el 17/02/98, con motivo de la causa en que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Jujuy desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora contra la resolución que declaró aplicable el Decreto de Necesidad y Urgencia local N° 317/96 que disponía una consolidación de deudas, se dijo: "Que para así decidir el a quo sostuvo que los citados decretos comportaban leyes en sentido material", añadiendo que las restricciones al ejercicio de los derechos de los acreedores del fisco que aquellos consagraban eran razonables habida cuenta de la situación de emergencia económica de la provincia. Teniendo en cuenta que la primera sentencia había quedado firme, se entendió que había cosa juzgada y se dejó sin efecto el fallo provincial ("Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pasquini Enrique Guillermo c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia de Jujuy<sup>77</sup>").

El 24/10/00 la Corte decidió un caso originado en un decreto de la Provincia de Corrientes, pero la causa tiene la particularidad de tratarse de un Interventor Federal, razón por la cual se repite la confusión de los problemas que también se advierte en la jurisprudencia provincial, con respecto a decretos de dicho Interventor y si se ha dictado la autorización nacional sobre el tema ("Expte L 400 XXXI, "Líneas de Transmisión del Litoral SA -LITSA- c/ Corrientes s/ acción declarativa<sup>78</sup>"). El fallo que le

(<sup>76</sup>) Fallos, 315:2328/9.

(<sup>77</sup>) Fallos 321: 172.

(<sup>78</sup>) Fallos 323:3266.



sirve como fundamento nos dice que las provincias no pueden regular las relaciones entre acreedores y deudores. De las normas y fallos provinciales reseñados, salvo los casos aislados que he mencionado en Neuquén y Corrientes, no se advierten citas o menciones de alguna de las doctrinas precedentes o un estudio sobre el problema concreto, que reside en determinar si en ausencia de disposiciones constitucionales pueden las provincias dictar los Decretos de Necesidad y Urgencia. Por el contrario parece partirse del supuesto contrario sin mayores discusiones ni análisis. Algunas provincias han recurrido incluso a la incorporación constitucional indirecta de los Decreto de Necesidad y Urgencia, al prever el tratamiento urgente o muy urgente de los proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo, que se considerarán tácitamente aprobados en caso de no haber un pronunciamiento legislativo expresado, con lo que se logra el mismo resultado (Chaco, art. 117). Alejandro Pérez Hualde opina que no es posible ni siquiera por inclusión en sus textos constitucionales, la existencia del Decreto de Necesidad y Urgencia en los órdenes provinciales, porque existe la previsión constitucional de la intervención federal. Es más -continúa diciendo este autor-, el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia por un Ejecutivo provincial pone en evidencia la existencia de la intervención federal prevista por la C.N.<sup>79</sup>. En igual posición, Mario Midón expresa que "...Los institutos de emergencia previstos en la Constitución, desde la génesis misma de la organización nacional, han reposado en el Gobierno Federal por tratarse de poderes delegados a dichos órdenes de gobierno. Esa suerte corre el Estado de Sitio, la Intervención Federal, la Legislación Delegada por razones de Emergencia y los Decretos de Necesidad y Urgencia... Las provincias que facultan a sus gobernantes a emitir Decretos

(<sup>79</sup>) PÉREZ HUALDE, Alejandro, cita no textual, en "Decretos de..." (ob. cit.), pp. 289. En igual sentido, MIDÓN, Mario, "Decretos..." (ob. cit.), pp. 196.



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



de Necesidad y Urgencia están incursas en flagrante inconstitucionalidad...<sup>(80)</sup>. Ello porque alteran la homogeneidad de las formas institucionales que desea prevenir el art. 5, rompen la igualdad de las provincias al tiempo que reasumen facultades que en su momento fueron delegadas al gobierno federal<sup>(81)</sup>.

En mi criterio, la previsión del art. 5º de la Constitución Nacional en relación a la obligación impuesta a las provincias de dictar para sí una constitución bajo el sistema representativo y republicano, de acuerdo a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, no deja lugar a dudas sobre la posibilidad de que los gobiernos locales constitucionalicen los Decretos de Necesidad y Urgencia, así como la Constitución Nacional los ha previsto en forma expresa, sin que ello se considere violatorio de la previsión contenida en el artículo primero del mismo cuerpo legal que resulta de vital importancia en el esquema constitucional argentino.

Es que no puede considerarse que una provincia que regule expresamente los Decretos de Necesidad y Urgencia deba ser considerada incurso en alguna de las causales de Intervención Federal previstas en el artículo 6º, situaciones que no se compadecen necesariamente con las circunstancias de hecho que dan lugar a la emisión de este tipo de decretos.

La intervención denominada "protectora", que tiene por objeto garantizar la forma "republicana de gobierno", debería importar una conducta habitual que afecte seriamente alguno de los principios incluidos en el art. 5 de la Constitución Nacional<sup>(82)</sup>. No es entonces acertado entender que el ejercicio de una facultad regulada en la Constitución Provincial, con antecedentes

<sup>(80)</sup> MIDÓN, Mario, en "Decretos de..." (ob. cit.), pp. 196.

<sup>(81)</sup> MIDÓN, Mario, en "Decretos de..." (ob. cit.), pp. 213.

<sup>(82)</sup> EKMEKDJIAN, Miguel A. "Tratado de Derecho Constitucional", (Bs. As., Depalma, 1999), T- I), pp. 372.



jurisprudenciales y luego constitucionales, en la órbita nacional, importe la violación del sistema republicano de gobierno por parte del estado local.

Se ha sostenido así, en contra de aquella opinión que niega la posibilidad de que las constituciones provinciales recepten expresamente este instituto en forma válida, que la constitucionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia en el orden Provincial tienen la misma fundamentación que en el Federal. Se trata de una facultad constitucional implícita o inherente en cabeza de los Poderes Ejecutivos Provinciales, al igual que el Poder Ejecutivo Nacional, rechazando la tesis antes citada y explicando que no parece razonable tener que recurrir a tan extrema medida (se refiere a la Intervención Federal) cuando la crisis puede ser atendida por la propia provincia afectada.

Se destaca también, que resulta aplicable en este caso el principio de subsidiariedad en virtud del cual, en atención al subprincipio de autonomía, no es sano que la comunidad mayor intervenga en los problemas domésticos de la comunidad menor si ésta puede solucionarlos por sí misma.

Este principio de subsidiariedad, que tiene una doble vertiente, apunta, por un lado, a la distribución de las competencias entre los distintos niveles territoriales, y, de otro, a las relaciones de los poderes públicos con la sociedad, para erigirse en un límite a la intervención pública en la esfera privada del individuo. Ambas vertientes, la vertical y la horizontal tienen una raíz común, la idea de libertad del individuo y de los grupos en que se integra. Así se puso ya de relieve en la clásica formulación de la Encíclica "Quadragesimo Anno", al proclamar que el individuo y la unidad social más pequeña debían conservar su propia iniciativa mientras que puedan por sí mismos atender los fines existenciales que les corresponden. Como



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

consecuencia de lo cual estableció que la unidad superior sólo podría prestar su ayuda y apoyo cuando el individuo y el nivel inferior no sean capaces de alcanzar sus propios fines<sup>83</sup>.

En el caso, además, tampoco parece razonable que bajo pretexto del principio de sostener y mantener incólume la "División de Poderes" se declare la Intervención Federal de una provincia en situación de emergencia, si ello no es necesario, siendo que la misma Intervención Federal producirá, seguramente, una alteración del mismo principio, y de características, seguramente, mucho más graves. Por último podría ocurrir que el Congreso considerara que la situación de emergencia no justifique tal situación, dejando a la Provincia inerme, sin instrumentos para afrontar la crisis.

En definitiva, si la doctrina y jurisprudencia ha considerado que a nivel nacional, no se violaría el principio de División de Poderes (y por ende el Sistema Republicano) por la emisión de este tipo de decretos (aún cuando no existía norma constitucional que los reconociera expresamente), no se observa cuál sería el fundamento que justificaría negar a las provincias la posibilidad de constitucionalizar los mismos.

Además, debe considerarse a la disposición del art. 6º de carácter excepcional y sólo la gravedad de los hechos que motivan las causales pueden justificar la medida, pues ella suspende, al menos y aunque sea temporalmente, la autonomía provincial para elegir sus autoridades<sup>84</sup>, lo que resulta mucho menos "republicano" como solución que el reconocimiento de la facultad de dictar Decretos de Necesidad y Urgencia.

(<sup>83</sup>) ENTRENA CUESTA, Rafael; en "*Derecho Administrativo*", dirigido por CASSAGNE, Juan Carlos, (en "*Alcance del principio de subsidiariedad en la legislación española*", Abeledo Perrot, Bs. As. 1998), pp.224.

(<sup>84</sup>) GELLI, María Angélica; "*Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*" (LL, 2 Ed. 2003).



En la actualidad la doctrina en general se ha pronunciado por la admisión de los Decretos de Necesidad y Urgencia, en contra de la tesis negatoria. "En nuestra opinión, su incorporación puede tener la misma justificación que se utiliza para permitir la incorporación de estas facultades a la Constitución Nacional<sup>85</sup>".

Así las cosas, es dable destacar que si bien la Constitución Provincial no recepta en forma expresa los Decretos de Necesidad y Urgencia, sí prevé una clase de ellos<sup>86</sup> y la doctrina sentada por Asesoría de Gobierno, así como algunos fallos jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, parecen confirmar la posibilidad de su dictado en forma amplia, en tanto se cumplan los recaudos tradicionalmente establecidos por la doctrina y jurisprudencia al efecto.

En este orden de ideas, es importante señalar que el art. 130 de la C. Prov., prevé la posibilidad de "disponer erogaciones en acuerdo de ministros durante el receso de la legislatura", con cargo de dar cuenta a la misma en sus primeras sesiones, "en los casos de los incisos 16 y 18 del art. 128 de la Constitución "y en aquellos de necesidad imperiosa e impostergable".

En éste marco, expresa César Mosso Giannini<sup>87</sup> que: "...según la Constitución de Mendoza, serían procedentes los Decretos de Necesidad y Urgencia en los siguientes casos: a) con la finalidad de tomar medidas necesarias para conservar la paz y el orden público, por todos los medios que no estén expresamente prohibidos por la constitución y leyes vigentes (inc. 16

(<sup>85</sup>) EMILI, Eduardo; "Los Decretos de Necesidad y Urgencia a partir de la Reforma Constitucional" (en "La reforma constitucional interpretada", Bs. As., IEDA, Ed. Depalma, 1995), pp. 402, citando a Cordero Pinto.

(<sup>86</sup>) Por Ley Nº 6896, en el año 2001, se intentó reformar parcialmente la constitución, y en este aspecto se había previsto la inclusión expresa de los Decretos de Necesidad y Urgencia con una fórmula de prohibición general, acompañado del texto "...salvo para las situaciones de real emergencia declaradas por ley, o en su caso, la posterior ratificación legislativa". La votación conforme al art. 221 de la Constitución resultó por la negativa no convocándose a la Convención Constituyente.

(<sup>87</sup>) Asesor de Gobierno de la Provincia de Mendoza.



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

art. 128); b) a los efectos de movilización de la milicia de uno o varios departamentos de la Provincia, cuando un grave motivo de seguridad u orden lo requiera (inc. 18 art. 128); y c) en los demás casos de necesidad imperiosa e impostergable" (segunda parte del art. 130 de la Constitución Provincial), como por ejemplo: "epidemias, inundaciones y otros acontecimientos imprevistos que hagan indispensable la acción inmediata del gobierno (art. 8 inc. c) Ley N° 3799 de Contabilidad de la Provincia)<sup>88</sup>.

En los dictámenes emitidos<sup>89</sup> N° 354/92<sup>90</sup> y N° 87/96<sup>91</sup>, mantiene la Asesoría de Gobierno esta postura al expresar "...el Decreto N° 142/90 es un Decreto de Necesidad y de Urgencia, que fuera oportunamente comunicado a la Honorable Legislatura (art. 54) y sobre el cual el órgano legislativo no ha manifestado su oposición, doctrina mayoritaria que se consolidó a partir del fallo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictara en autos "Peralta Luis y ots. C/ Estado Nacional S/ Amparo" fallado el 27/12/90, el Decreto N° 142/90, es norma de naturaleza legal y por ende de aplicación obligatoria para la administración (primer considerando Dictamen N° 354/92)".

En igual sentido consignó en el Dictamen N° 87/96 que "...si bien nuestra constitución formal no los prevé (se refiere a los Decretos de Necesidad y Urgencia), tal como ocurría en el orden federal hasta la reforma de 1994, la práctica de sucesivas administraciones locales ha supuesto, sin contradicción jurisprudencial hasta el momento, la constitucionalidad de este tipo de decretos, cuando la necesidad de sancionarlos se hace presente y la urgencia de las medidas a adoptar no permite incurrir en las demoras normales del trámite legislativo (vg: Decretos N° 1406/91, 230/91 y 115/95).

(<sup>88</sup>) MOSSO GIANINI, César A.; en "Estudios de Derecho Administrativo", (T - VIII, Ed. IEDA, Ediciones DIKE Foro de Cuyo, 2003), pp. 306 y ss.

(<sup>89</sup>) El Dr. MOSSO GIANINI, César; es Asesor de Gobierno de la Provincia de Mendoza.

(<sup>90</sup>) Expte N° 4878-C-91-Coordinadora de Entidades Profesionales de la Salud s/ Audiencia.

(<sup>91</sup>) Análisis del Convenio de Transferencia del Sistema Previsional de la Provincia celebrado con la Nación el 26/01/96.



Si bien prestigiosas voces han sostenido, a falta de texto legal expreso que los recepte, la doctrina extrema de su inconstitucionalidad (vg. Bidart Campos, Ekmekdjian, etc.), tanto la práctica de sucesivos gobiernos federales, la gran mayoría de la doctrina e incluso la jurisprudencia de la Corte Federal terminaron por aceptar su procedencia (C.S.J.N. "Peralta Luis y ots. C/ Estado Nacional S/ Ministerio de Economía -B.C.R.A.- S/ Amparo" del 27/12/90)".

Finalmente, ha afirmado el autor citado que "...el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia en el Derecho Público Provincial, cuando se verifican los presupuestos de necesidad y urgencia que los justifican, **constituye una facultad constitucional implícita e inherente en cabeza de los poderes Ejecutivos Provinciales** (la negrita me pertenece), al igual que lo era en el Poder Ejecutivo Nacional antes de la regulación expresa de este instituto por la reforma de 1994 ...La afirmación anterior es también válida para la provincia de Mendoza. Cuando se verifican los presupuestos de necesidad y urgencia que los hacen procedentes, el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia por el Poder Ejecutivo no resulta incompatible con el derecho público mendocino ni con la Constitución Nacional...<sup>92</sup>" afirmando también que "... el supuesto previsto en el art. 130 de la Constitución de Mendoza no constituye una autorización taxativa y excluyente de otros decretos de necesidad y urgencia siempre que se den los presupuestos para su dictado..."<sup>93</sup>.

En el marco de los lineamientos jurisprudenciales en la Provincia de Mendoza, puede señalarse que en virtud del acuerdo político originado en un levantamiento policial y vinculado con lo que se conoció públicamente como "reforma policial", la Suprema Corte de Justicia Provincial, se pronunció en

<sup>(92)</sup> MOSSO GIANNINI, César A.; Conclusiones de Tesina, Inédita, Mendoza, Abril del 2003.

<sup>(93)</sup> MOSSO GIANNINI, César A., "Legislación delegada y ...", ob. cit. pp. 308.



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

Sentencia de fecha 15/03/01<sup>94</sup> sobre la doctrina de la emergencia, la revisibilidad de los actos políticos, y finalmente sobre la naturaleza de la relación de empleo público provincial (tema que no será tratado por ser ajeno a este dictamen).

Lo importante y vinculado al tema en análisis es lo que se expresó cuando se dijo: "En el orden nacional se han dictado, incluso normas abiertamente inconstitucionales, como el Decreto N° 3435/90. La línea de avance de la emergencia ha sido respaldada por la C.S.J. Desde el punto de vista doctrinario, la aceptación de la emergencia nacional ha tenido posiciones diversas, sobre todo desde el punto de vista de la admisión de los Decretos de Necesidad y Urgencia... Desde el punto de vista doctrinario la cuestión resulta superada a partir de la reforma constitucional de 1994 que los admite en el art. 99 inc. 3. pero demuestra la existencia de una ardua polémica política y jurídica sobre el tema y que la reforma constitucional vino a poner fin, al darle valor a los Decretos de Necesidad y Urgencia, de conformidad con la norma citada<sup>95</sup>."

En el concepto del Dr. Osvaldo Pritz, (autor que he seguido en la exposición de parte de este acápite), esto indicaría con claridad que el actual criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, es la aceptación de la aplicación de la normativa constitucional nacional en el orden provincial, o por lo menos que, con la sanción de la reforma constitucional, el problema de la constitucionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia estaría superado<sup>96</sup>, ratificando esta posición en un fallo posterior pero paralelo, en que el más alto tribunal de la Provincia de Mendoza repitió el

(<sup>94</sup>) Expediente 66281 "Díaz Peralta J. C/ Gob. de la Prov. de Mendoza p/ acción de inconstitucionalidad". Existieron dos votos fundados: El del Dr. Nanclares -transcripto parcialmente- y el de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, en cuanto a la naturaleza de la relación de empleo público, pero en los fundamentos que se analizan, el voto fue unánime.

(<sup>95</sup>) L.S. 300 fs. 104-105.

(<sup>96</sup>) PRITZ, Osvaldo (ob. cit.), pp. 275.



fundamento transcrito referido a que la cuestión (se refiere a la validez de los Decretos de Necesidad y Urgencia resulta superada a partir de la reforma constitucional <sup>97</sup>).

Esa afirmación se ve reforzada por la postura seguida por el Máximo Tribunal Provincial en los procesos judiciales "Díaz Peralta" y "Suárez Miguel".

En efecto, la Suprema Corte de Justicia Provincial se ha manifestado en el Expediente Nº 66281 "Díaz Peralta j. c/ Gob. de la Prov. de Mendoza p/ acción de inconstitucionalidad" (15/03/01) -a través de dos votos fundados en los cuales, el Dr. Nanclares -transcrito parcialmente- y el de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, en cuanto a la naturaleza de la relación de empleo público, pero en los fundamentos que se analizan, el voto fue unánime- y se lee: "En el orden nacional se han dictado, incluso normas abiertamente inconstitucionales, como el Decreto Nº 3435/90. La línea de avance de la emergencia ha sido respaldada por la C.S.J.N. Desde el punto de vista doctrinario, la aceptación de la emergencia nacional ha tenido posiciones diversas, sobre todo desde el punto de vista de la admisión de los Decretos de Necesidad y Urgencia... Desde el punto de vista doctrinario la cuestión resulta superada a partir de la reforma constitucional de 1994 que los admite en el art. 99 inc. 3, pero demuestra la existencia de una ardua polémica política y jurídica sobre el tema y que la reforma constitucional vino a poner fin, al darle valor a los Decretos de Necesidad y Urgencia, de conformidad con la norma citada."

Igualmente se ha remitido expresamente a antecedentes en la materia en el expediente Nº 88159, "Suárez Miguel A. en j: 14.712 Suárez M.A. c/ Neumaticos del Sur s.a. p/ desp incaus. Casac" (18/09/07), en el cual se hace expresa referencia a los antecedentes de las causas "Peralta",

(<sup>97</sup>) Expte. Nº 66.165, "Caballero Zuquetti, Javier H. C/ Gobierno de la Prov. de Mza. S/ Acción de Inconstitucionalidad", 06/04/01 (Mendoza, Revista del Foro de Cuyo T- 48), pp. 86/126.



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

"Jorge Rodríguez", "Guida", "Muller, Miguel", para justificar la constitucionalidad del Decreto Nº 883/02, sumando a ello expresa referencia al cumplimiento de la disposición prevista en el art. 99 in. 3 de la C.N.

Sólo puedo referenciar, con relación a normas de emergencia provinciales, que el máximo tribunal local, ha circunscripto la necesidad de existencia de "ley formal" en un supuesto muy específico, como es el referido materia relativa a la disminución del salario de los empleados públicos (con expresa exclusión de los Decretos de Necesidad y Urgencia en este supuesto, a los efectos de declara la emergencia), en el voto del magistrado preopinante en los procesos judiciales "Cañas, Patricia y ots. c/ Gobierno de Mendoza S/ A.P.A." "Levy Rubén y otros c//Prov. de Mendoza S/A.P.A.", en los cuales se lee: "... En el precedente ya mencionado (LS 380-229) y la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de salarios de empleados públicos frente a decisiones del Poder Ejecutivo Nacional que las había disminuido por razones de emergencia, se requieren como exigencias ineludibles en cada caso la existencia de norma de rango legal formal ("Verrocchi", Fallos 322:1726; "Guida", Fallos 323:1566), resultando insuficiente el decreto de necesidad y urgencia, y la no alteración de la sustancia de la remuneración tanto desde el punto de vista de su monto, es decir, no confiscatoriedad, como de su naturaleza cierta ("Tobar", LL 2002-E, p. 428 y "Müller", LL 2003-C, p. 291)..."<sup>98</sup>.

Finalmente, resulta también importante señalar que existen diversos antecedentes provinciales en materia de dictado de normativa de esta índole, pudiendo citarse al respecto como los más relevantes los siguientes:

<sup>98</sup> Del voto del magistrado preopinante Dr. A. Pérez Hualde, en "Cañas, Patricia y ots. c/ Gobierno de Mendoza S/ A.P.A."; 25/08/09, LS 404-033, Causa 80.507; y "Levy Rubén y otros c//Prov. de Mendoza S/A.P.A.", 23/11/09, LS 407-197, LS: 407-197, Causa 89.545.



1. Decreto N° 1406/89<sup>99</sup>, en el cual se dispuso suspender todos los trámites de ejecución de sentencias en contra del estado provincial y con expresa mención de la necesidad de "ratificación " por parte de la Honorable Legislatura Provincial, -art. 7-; el cual sirve de fundamento a todos los Decretos de Necesidad y Urgencia que se sancionaron con posterioridad - con excepción del Decreto N° 1395/09 de fecha 01/07/09 declarando la emergencia sanitaria provincial ante el brote de gripe Influenza A H1 N1 y del 1737/10 y modificatorio de creación de AYSAM S.A. de fecha 30/07/2010-.
2. Decretos Nros. 142/90 (B.O. 03/10/90 -ratificado expresamente por Ley N°6268-), 230/91 (B.O. 28/02/91<sup>100</sup>), 115/95 (B.O. 24/02/90<sup>101</sup>); 294/97 (B.O. 14/03/97<sup>102</sup>), 688/97 (B.O. 08/08/97<sup>103</sup>) y 1003/97 (B.O. 08/08/97<sup>104</sup>).
3. Decreto N° 109/96, por el cual el Poder Ejecutivo transfiere a la Caja de Jubilaciones Provincial a la Nación -aunque su carácter de Decreto de Necesidad y Urgencia es luego desestimada por la Suprema Corte de Justicia, en autos N° 59.345, "Batiz, Sena y ots., c/ Pcia. de Mendoza", 27/11/97, habida cuenta de que existía expresa autorización legislativa al efecto en el art. 59 de la Ley N° 6372;
4. En 1997 y 1998 se emiten los Decretos N° 688/97, 1.321/97, 2.215/97, 133/98, 255/98 y 645/98 que modificaban y transferían partidas presupuestarias, tomaban partidas de fondos afectados, pero estos fueron

<sup>99</sup> Con constancia de remisión expresa a la H. Legislatura Provincial, Nota N°374/L del 29/06/89 y sin haberse detectado Ley de ratificación.

<sup>100</sup> Con constancia de remisión expresa a la H. Legislatura, Nota N°42 de fecha 12/02/91 y sin haberse detectado Ley de ratificación.

<sup>101</sup> Con constancia de remisión expresa a la H. Legislatura, Nota N°174/L del 21/05/95 y sin haberse detectado Ley de ratificación.

<sup>102</sup> Sin constancia de remisión a la H. Legislatura.

<sup>103</sup> Sin constancia de remisión a la H. Legislatura.

<sup>104</sup> Sin constancia de remisión a la H. Legislatura.



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

remitidos solo a "conocimiento" de la Honorable Legislatura; y Decretos Nº 55/98, 725/98 y 726/98 en los que frente a necesidades financieras del Estado provincial se dispuso a recurrir a fondos fiduciarios que por ley tenían un destino especial, siendo relevante que los mismos fueron expresamente rechazados por la Honorable Legislatura Provincial en la Ley Nº 6.615.

5. Decretos Nº 1.448/01 y 1.765/01, (a pesar de que normativamente se los encuadró expresamente en el art. 128 inc. 1 y ni siquiera se intentó su fundamentación en el inciso 2, como reglamentación de las leyes de emergencia que el mismo citaba) son los que dispusieron disminución de los haberes de los empleados públicos provinciales -el primero de ellos- y pago en cuotas a medida que existieran fondos -en el segundo y con el objeto de cumplir con medidas judiciales de no innovar (los Decretos fueron declarados inconstitucionales en diversos fallos, vg: "Vanini Mirta C. c/ Gobierno de Mendoza p/ Amp", del 9º Juzgado Civil, Comercial y Minas). En relación a esta normativa, es importante destacar que el Gobierno de la Provincia, haciendo una aplicación análogica de lo sucedido en el caso "Peralta" fallado por la C.S.J.N, justificó no sólo la emisión del Decreto de contenido legislativo en las razones de emergencia que a su criterio eran públicas y notorias, sino sosteniendo incluso la ratificación "tácita" de la Honorable Legislatura<sup>105</sup> en virtud de la sanción de la Ley de Emergencia

(<sup>105</sup>) Parte de los lineamientos defensivos del Poder Ejecutivo de la provincia de Mendoza, en la causa "González Rafael y otros c/gob. de la Provincia de Mendoza p/inconstitucionalidad", fallada por la Sala de conjueces el 17/12/02, se basaron expresamente en el hecho de que la Legislatura Provincial, con conocimiento del dictado del Decreto 1448/01, sanciona la ley 6918 (B.O. 10/08/01) de emergencia financiera del Estado Provincial, sin derogar el decreto en cuestión. El proyecto de ley de emergencia económico financiera había sido ya remitido por el Poder Ejecutivo a la H. Legislatura al tiempo del dictado del decreto en cuestión, evidenciándose con ello que el Decreto 1448/01 se encontraba comprendido por la sanción posterior de la ley 6918 vigente y consentido por el Poder Legislativo en el marco de un acuerdo político institucional al respecto. Afirma que analógicamente resultaba aplicable la doctrina del caso Caballero Zuquetti. La Legislatura no ha formulado reparos a la vigencia del Decreto 1448/01 y de los términos de la ley 6918 es posible interpretar una expresa ratificación del mismo. Por



Nº6918, que no derogó el mencionado Decreto Nº1448/01. Otro elemento a tener en cuenta respecto de este caso en particular, es que los conjuces sentenciantes, no cuestionaron en el fallo, las mencionadas y pretendidas facultades del Poder Ejecutivo Provincial para emitir los Decretos de Necesidad y Urgencia cuestionados, sino que por el contrario, fundamentaron su rechazo, entre otros aspectos, en que no estaba acreditada debidamente la situación de emergencia en la que se pretendió fundar su emisión, independientemente de la instauración por Decreto o Ley de Emergencia<sup>106</sup>.

---

otro lado la ley se refiere a "medidas similares" lo cual permite considerar con amplitud la facultad otorgada al Poder Ejecutivo Provincial en el sentido de facultarlo para la adopción de todas aquellas medidas necesarias para la atención de la emergencia.

(<sup>106</sup>) Es necesario destacar incluso que en el fallo aludido, la totalidad de los conjuces fundaron su voto, y coincidieron, en general, en cuestionar la falta de acreditación de las circunstancias de emergencia y la violación del derecho de propiedad de los empelados públicos, pero en ningún caso cuestionaron la facultad del Poder Ejecutivo provincial de emitir este tipo de normas, ni en el eventual reconocimiento de la ratificación tácita por Ley Nº6918 alegada por el estado provincial. Al resumir sus argumentos el Dr. Guevara se lee en los que resultan pertinentes al objeto de este dictamen: "... 3.- La argumentación por la Provincia de Mendoza de ser la emergencia económica y financiera hecho público y notorio de carácter general no la releva de su obligación de probar este hecho, pues la notoriedad, para eximir de prueba, debe ser un bien de conocimiento común, al alcance de una cultura general y no técnica, con difusión suficiente y esclarecedora. Quien asume la carga de afirmar un hecho, asume también la carga de probarlo. 4.- El estado de necesidad impeditivo, válido para la litis no se manifiesta en los considerandos que fundamentan el Dec. del P.E. Provincial Nº 1448/01,... 10.- La Provincia demandada no ha probado la emergencia presupuestaria, pudiendo oponérsele la propia prueba que ha ofrecido incorporándola al proceso, que manifiesta la existencia de un estado de ejecución del presupuesto de carácter regular hasta el mismo momento de la sanción del Decreto 1448/01...". En el punto IV del fallo en cuestión, voto del Dr. Funes, se lee en sentido similar: "...Esta fundamentación, en la que sostengo la inconstitucionalidad de las normas que recortaron los ingresos de los empleados públicos en la Provincia, se sustenta en la falta de emergencia como concepto admitido en la doctrina del caso Tobar antes reseñado, ya que la sola calificación legal de la emergencia es insuficiente, como bien lo señala el Dr. Guevara Anzorena en su voto.- Como en otros antecedentes, el Alto Tribunal ha dicho: "... que el fundamento de las normas de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto..." (Fallos 136-161; 317-1462 Tobar Leónidas c/Contaduría de Ejército; LL: 27-08.02). ...Concluyo, que el dictado de los decretos 1448, 1765 y las leyes de presupuesto y emergencia económica sancionadas en consecuencia, no cumplen con estos requisitos o estándares enumerados en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No fueron limitados en el tiempo, impusieron una carga personal que no se compadeció con otras restricciones o economías presupuestarias, lo que llevó a romper el equilibrio del contrato de empleo público, como relación jurídica de fondo".



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

6. Decreto Nº 392/03 (suspensión de la aplicación del art. 302 primer párrafo del C. Fiscal de la provincia de Mendoza) con expresa remisión al mencionado Decreto Nº 1406/89 y remisión a la H. Legislatura "a ratificación" y con una precisa descripción, en sus considerandos, de gran cantidad de antecedentes que lo sitúan incontrastablemente como Decreto de Necesidad y Urgencia<sup>107</sup>.

(<sup>107</sup>) Es importante dar lectura a los considerandos del Decreto citado, donde se hace un desarrollo prolijo de los antecedentes existentes en la materia y del apoyo que la doctrina más autorizada ha reconocido a los mismos, surgiendo además el incuestionable carácter de Decreto de Necesidad y Urgencia que ostentaba. En los párrafos más destacados expresa: "Que es obligación del Estado garantizar la consecución de sus fines esenciales, en los que se halla interesada la comunidad toda y también de quienes concretamente puedan encontrarse en el deber de justicia legal de subordinar el ejercicio de sus derechos a la realización del bien común temporal. Que la demora en la adopción de las medidas excepcionales requeridas por la gravedad de la situación procesal por la que atraviesa el sistema, y las que obligarían a las características propias del trámite parlamentario, compelen al Poder Ejecutivo a agotar los medios jurídicos que el ordenamiento vigente pone a su alcance para asegurar las condiciones mínimas configurativas del llamado bien común. Que, en sentido concordante, nuestra historia institucional reconoce antecedentes en que gobiernos constitucionales, de diversas orientaciones políticas enfrentados a situaciones análogas, recurrieron a remedios excepcionales como los que se adoptan por el presente decreto. Entre otros el Decreto Nº 5765, del 19 de noviembre de 1862, sobre la intervención de los cónsules extranjeros en las sucesiones intestadas de los súbditos de sus naciones (Registro Nacional, 1869, Tomo IV, pág. 518); decreto del 4 de junio de 1880 trasladando la capital de la República al pueblo de Belgrano y Decreto del 22 de junio de 1880 que declaró el estado de sitio (Registro Nacional 1880, pág. 192 y 208); Decreto del 25 de enero de 1908, dictado en Acuerdo General de Ministros prorrogando la vigencia del Presupuesto general de gastos de administración, sancionado para el año anterior (Registro Nacional 1908, 1er. trimestre, pág. 313); Decreto del 22 de mayo de 1915, nombrando una comisión de vecinos en sustitución del Honorable Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires (Boletín Oficial, marzo 26 de 1915); Decreto Nº 31.864/33 fijando los precios básicos del trigo, maíz y lino sobre vagón dársena (Boletín Oficial, diciembre 11 de 1933); Decreto Nº 807/75 (Boletín Oficial, abril 7 de 1975); Decreto Nº 1096/85 (Boletín Oficial junio 17 de 1985); Decreto Nº 714/89; Decreto Nº 1406/89 de suspensión de juicios contra el estado, Decreto Nº 479/95 del Poder Ejecutivo Provincial, por mencionar algunos. Además cabe mencionar que este tipo de decretos han recibido rango constitucional con la reforma de nuestra Carta Magna Nacional en su Artículo 99 inciso 3ro. Que nuestros más distinguidos juristas han admitido los principios doctrinarios y jurisprudenciales que dan sustento al presente decreto acuerdo: reglamentos de necesidad son fuente del Derecho Administrativo Argentino, su legitimidad está sujeta como ya se ha expuesto, a las siguientes condiciones: de necesidad y urgencia y ratificación ulterior por el Poder Legislativo (Villegas Basavilbaso Benjamín "Derecho Administrativo", Bs. As. 1949, Tomo I, pág. 292) "los dicta el Ejecutivo de "iure" y los ratifica el Congreso, sea al reanudar sus sesiones, si estuviese en funcionamiento, o en el próximo período legislativo, si al dictarse el reglamento de necesidad y urgencia estuviera en receso" (Marienhoff Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo" ... , "el principio de la separación de poderes no puede entenderse en un sentido excesivamente riguroso que traiga aparejado un daño al Estado mismo y que impida al Ejecutivo proveer útilmente para satisfacción de la suprema necesidad en la vida del Estado cuando la urgencia del procedimiento no permite esperar hasta obtener la aprobación del órgano legislativo" (Diez Manuel "Derecho Administrativo", Bs. As. 1963, Tomo I, pág. 447), "el deber de asegurar el bienestar general, la seguridad colectiva, la salud y la moral pública, todo lo que entra en el concepto de derecho de la conservación del todo social (salus populi suprema lex est) es deber esencial del Estado" (Bielsa Rafael,



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

7. Decreto N° 1395/09 de fecha 01/07/09, el cual tiene expresa referencia normativa a los arts. 128 incs. 16 y 30 de la C. Prov. y 8 de la Ley de Contabilidad, con mención de las circunstancias que justifican su dictado – sin remisión al tradicional Decreto N° 1.406/89-, temporaneidad de la medida, y con expresa previsión de remisión a Ratificación de la Honorable Legislatura Provincial (art. 8), habiendo sido expresamente ratificado por Ley N° 8082 (sanción del 11/09/09, B.O. 11/10/09).
8. Decreto N°1737/10 y su rectificatorio N°1767/10<sup>108</sup>, de creación de AYSAM S.A., en el cual se reconoce la calidad de Decreto de Necesidad y Urgencia a la norma en cuestión, habida cuenta de que debe alterarse el procedimiento estatuido en la Ley N°6044 –art. 50- para la conformación de la sociedad en cuestión (considerando 18), haciendo además alusión a las circunstancias excepcionales y graves que motivan su dictado (considerandos Nros. 20 a 22) con expresa cita de los preceptos constitucionales contenidos en los arts. 128 inc. 1 y 16 y 130 de la Constitución Provincial (considerando 23) y previsión de remisión “a

---

"Derecho Administrativo", Bs. As. 1964). En sentido concordante se expresa la más moderna doctrina administrativa (Cassagne, Juan Carlos; "Derecho Administrativo", (Tomo I 1963, Bs. As. pág. 14 y 143); Sarmiento García, Jorge H., "Temas de Introducción a las Instituciones de Derecho Público", Mza. 1970, pág. 195 y 196; Sarmiento García y Petra Recabarren; "Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza", Mza. 1973, com. Arts. 104/106, pág. 118 y 119; Dromi, José R.; "El acto administrativo", Madrid 1985, Gordillo Agustín; "Tratado de Derecho Administrativo"; (Bs. As. 1977, págs. V-48 y 49). Que no resulta novedoso en el Derecho Público Provincial vigente, la adopción de medidas suspensivas de la aplicación de leyes, cuando éstas han resultado lesivas al bien común o de difícil o imposible aplicación, como lo demuestran, entre otras, la Acordada N° 11.583 del 9 de febrero de 1989 y la Resolución de fecha 27 de noviembre de 1991, ambas de la Excm. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. Por ello, en virtud de lo dispuesto por los Artículos 128, incs. 1º, 16 y 130 de la Constitución Provincial ...".

<sup>(108)</sup> Es oportuno destacar, que en la tramitación del dictado del Decreto citado, se manifestó la Asesoría de Gobierno (considerando que el mismo poseía naturaleza de "reglamento de integración") y esta Fiscalía de Estado, sentando la doctrina precedente, en Dictamen N°1019/10 de fecha 03/07/10, en expediente N° N°: 3576-S-2010-30093 "R/ Constitución de Agua y Saneamiento de Mendoza Sociedad Anónima".



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

ratificación" de la Honorable Legislatura Provincial (art. 9), habiéndose obtenido la misma por Ley Nº8213 (22/09/2010, BO 24/09/10) <sup>109</sup>.

En definitiva, existen antecedentes normativos provinciales, doctrina y jurisprudencia provincial y nacional autorizada, que reconoce la potestad de los Poderes Ejecutivos Provinciales (con especial referencia a la situación de la Provincia de Mendoza) para que, verificado el acaecimiento de las circunstancias fácticas que la misma exige y que han sido reseñadas precedentemente, pueda ejercer esta facultad excepcional de carácter legislativo, y siempre ad referendum de ese órgano, titular indiscutido de la misma.

En conclusión respecto de este segundo punto sometido a consulta, esta Fiscalía considera que, en virtud de las consideraciones precedentemente efectuadas, y analizando cuestiones vinculadas estrictamente la legitimidad de la solución propuesta por la Asesoría de Gobierno (emisión de un Decreto con posterior remisión a la H. Legislatura para su ratificación) considero que:

- a) La Constitución provincial prevé en su art. 130 una clase especial de Decretos de Necesidad y Urgencia que en el caso concreto lo faculta al Poder Ejecutivo a decretar erogaciones, en tanto se verifique alguna de las circunstancias a las cuales el mismo remite (art. 128 inc. 16 y 18 o en casos de necesidad imperiosa o impostergable) debiendo el mismo cumplir con el recaudo formal de estar emitido en Acuerdo de Ministros y dar cuenta a la Honorable Legislatura en sus primeras sesiones.
- b) En forma complementaria, el art. 8 inc. c) de la Ley Nº3799 y mod. prevé también la posibilidad de que el Poder Ejecutivo autorice gastos con la obligación de dar cuenta a la H. Legislatura, entre otros supuestos, cuando acontecimientos imprevistos hagan indispensable la acción inmediata del

<sup>(109)</sup> Estos últimos antecedentes normativos parecen indicar un reconocimiento tácito de la institución.



gobierno, conforme la previsión del art. 130 de la Constitución provincial <sup>110</sup>, cuya eventual aplicación deberá ser razonable y prudentemente valorada por la autoridad administrativa.

- c) La pretensión de dotar de vigencia a las Actas Paritarias celebradas y ratificadas en el marco de los Decretos Nros. 602/10, 1132/10, 1213/10, 1279/10, 1303/10 y 1640/10 (negociaciones colectivas celebradas con gremios y sindicatos) y Decretos Nros. 719/10 y 720/10 (aumentos salariales para el personal penitenciario y policial provincial), podrán superar eventualmente el ámbito competencial establecido en el art. 130 de la C. Prov. (ya que su objeto no se trata de autorizar erogaciones extraordinarias exclusivamente, sino de restituir la vigencia de Decretos Delegados rechazados por la Honorable Legislatura Provincial), en tanto se verifique la existencia de Acuerdos Paritarios sujetos al texto del art. 6, segundo párrafo, tercera y cuarta parte del Decreto N°955/04, por lo que, en ese supuesto (y ante la ausencia de la norma legislativa ratificatoria), la emisión de la norma propuesta por la Asesoría de Gobierno ostentaría, en relación a este punto, naturaleza de un Decreto de Necesidad y Urgencia, con sustento en la doctrina y jurisprudencia nacional y provincial que en forma precisa y suficiente ha sido reseñada precedentemente y en los antecedentes normativos también consignados.

**III. Conclusiones:** En virtud de lo expresado en los párrafos que anteceden, atento a las circunstancias vertidas en los consideraciones, doctrina,

---

(<sup>110</sup>) El Artículo 8 de la Ley N°3799 y mod. expresa textualmente: " El Poder Ejecutivo podrá autorizar gastos con la obligación de dar cuenta en el mismo acto a la Legislatura: a) Para el cumplimiento de leyes electorales; b) Para el cumplimiento de sentencias judiciales firmes; c) En casos de epidemias, inundaciones y otros acontecimientos imprevistos que hagan indispensable la acción inmediata del gobierno, conforme a lo previsto por el Art. 130 de la Constitución. Los créditos abiertos de conformidad con las disposiciones del presente artículo deberán incorporarse al presupuesto general".



FISCALÍA DE ESTADO  
Provincia de Mendoza



MENDOZA  
BICENTENARIO  
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

jurisprudencia y antecedentes normativos existentes reseñados, y conforme conclusiones vertidas en los puntos I. (a), b) y c) y II. (a), b) y c) esta Fiscalía de Estado considera que los Acuerdos Paritarios y Modificaciones Presupuestarias efectuadas en la normativa incorporada en el Proyecto de Ley rechazado por la Honorable Legislatura, no se encuentran vigentes (con las consecuencias que se les han descripto precedentemente según el supuesto que se materialice), por las razones expuestas, siendo factible desde el punto de la legitimidad, emitir la norma propuesta por la Asesoría de Gobierno, y en tanto se cumplimenten los recaudos señalados oportunamente al efecto (en especial las condiciones fácticas para su emisión y la posterior remisión al Poder Legislativo par su ratificación) sin que ello importe manifestación de aquellas cuestiones de mérito, oportunidad o conveniencia privativas de la autoridad política emitente, que se encuentran reservadas a la autoridad competente (Poder Ejecutivo) y sin perjuicio del control posterior del Poder Legislativo y/o Judicial.

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

**Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado.**

**Dict. 1683/10**

**Mendoza, 10/12/10 aa.**