CONGRESO NACIONAL

CÁMARA DE SENADORES

SESIONES ORDINARIAS DE 2020

ANEXO AL ORDEN DEL DIA Nº 99

4 de agosto de 2020

SUMARIO

COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE DE TRÁMITE LEGISLATIVO – LEY 26122

Dictamen en la consideración del decreto 636/20 del Poder Ejecutivo. (S.-1697/20).

DICTAMEN DE COMISIÓN

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo prevista en los artículos 99, inciso 3°, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional y en la ley 26.122, ha considerado el Expediente CD-0077-JGM-2020 referido al decreto de necesidad y urgencia 636 del Poder Ejecutivo Nacional, del 31 de julio de 2020, mediante el cual se derogó el decreto 522, del 9 de junio de 2020.

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

PROYECTO DE RESOLUCIÓN

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación resuelven:

Artículo 1°: Declárase la validez del decreto de necesidad y urgencia 636, del 31 de julio de 2020.

Artículo 2°: Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes, el presente dictamen es remitido directamente al Orden del Día.

Sala de comisión, 3 de agosto de 2020.

Omar B. De Marchi – Gustavo Menna – Luis A. Petri – Pablo G. Tonelli – Silvia del Rosario Giacoppo – Néstor P. Braillard Poccard.

INFORME

1. Introducción

Por medio del Expediente CD-0077-JGM-2020 el jefe de Gabinete de Ministros ha remitido a consideración de la comisión, de conformidad con lo establecido en la Constitución Nacional y en la ley 26.122, el decreto 636 del Poder Ejecutivo Nacional, del 31 de julio de 2020, mediante el cual se derogó el decreto de necesidad y urgencia 522 del 9 de junio de 2020.

El Poder Ejecutivo Nacional entiende que desde el día en que tomó la decisión de intervenir la empresa, solo encontró una actividad obstruccionista de parte de los accionistas que fue permanentemente avalada por distintas decisiones judiciales.

Se argumenta que, frente al dictado del decreto 522/20, los representantes legales de la empresa se presentaron ante el juez a cargo del concurso preventivo solicitando que se dejara sin efecto la intervención dictada por el Poder Ejecutivo y que ese pedido tuvo acogida favorable.

Así fue que el juez del concurso dispuso, con carácter de medida autosatisfactiva, que los administradores de la sociedad concursada designados por asamblea ordinaria de accionistas continuaran ejerciendo tales funciones y que el interventor designado por el decreto 522/20 podía actuar exclusivamente en carácter de veedor controlador.

Es opinión del titular del Poder Ejecutivo Nacional que los accionistas de la compañía y sus representantes, cuyos reclamos relacionados con el decreto de necesidad y urgencia 522/20 han sido favorablemente acogiso por el juez del concurso, han actuado de manera dilatoria y que ello ha llevado a un estado de parálisis que, lejos de cumplir el fin de todo concurso de acreedores en

cuanto a la posibilidad de salvar a la empresa de la quiebra, solo ha profundizado la crisis en que se encuentra VICENTIN S.A. desde la cesación de pagos.

Expresan también los considerandos del decreto en consideración que los objetivos tenidos en mira para el dictado del decreto 522/20 no se pudieron alcanzar debido al contexto en el cual la acción obstruccionista de los accionistas tuvo acogida favorable en decisiones adoptadas en el juzgado interviniente, lo que impidió la actividad de los interventores designados.

En otro orden de ideas, se expresa que, en el marco de las dificultades descriptas, la acción del Gobierno Nacional demandaría un esfuerzo de recursos que lejos de ser percibida como una acción virtuosa de rescate de la compañía, fue interpretada con desconfianza por diferentes sectores tanto de productores como de trabajadores destinatarios de dichos aportes a la solución de la crisis de VICENTIN S.A.

Asimismo, el Poder Ejecutivo Nacional sostiene que en el tiempo que ha pasado desde el dictado del decreto 522/20 no solo no se ha podido hacer efectiva la intervención dispuesta por cuestiones ajenas a la decisión del gobierno, sino que esto impidió también el acceso a la información necesaria para continuar con las medidas tendientes a rescatar la empresa, cuya situación comercial se ha visto deteriorada.

Por último, el Poder Ejecutivo Nacional reconoce que ante la imposibilidad de seguir adelante con el propósito establecido al momento del dictado del decreto 522/20, se estima oportuno dejar sin efecto aquella decisión y concentrar la labor del Estado en la recuperación de los activos que están en riesgo y en colaborar con la justicia para esclarecer las eventuales responsabilidades civiles, comerciales y penales de quienes han llevado al grupo empresario a esta situación o han colaborado en ello.

2. Competencia de la comisión

Aclarado lo anterior y de acuerdo con la naturaleza de la norma bajo análisis, cabe señalar que estamos en presencia de un decreto de necesidad y urgencia, dictado por el presidente de la Nación, en su condición de sujeto constitucionalmente habilitado para el ejercicio de las facultades previstas en el tercer párrafo del artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional.

La prerrogativa con que cuenta el titular del Poder Ejecutivo para la emisión de una disposición de carácter legislativo, exige que se verifique el control establecido por la Constitución Nacional y por la ley 26.122, con el propósito de que esta Comisión Bicameral Permanente se expida —a través de un dictamen— acerca de la validez o invalidez del decreto, para que posteriormente dicho dictamen sea elevado al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento.

Este criterio que el constituyente reformador de 1994 consagró y que luego el legislador perfeccionó, permite la emisión de decretos por parte del Poder Ejecutivo solamente cuando se verifiquen circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia que demanden una inmediata solución legislativa que no implique de forma alguna retardo o postergación −como pueden ser los plazos previstos por la Constitución para la formación y sanción de las leyes−.

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

3. Irregularidad de la convocatoria

En otro orden de ideas, no se puede soslayar la irregularidad que presenta el orden del día de la convocatoria, efectuada el 31 de julio del corriente. En este sentido se convoca a tratar el decreto de necesidad y urgencia 636/2020 que al momento de efectuar la convocatoria no ha sido aún enviado por el Poder Ejecutivo Nacional para la consideración de esta comisión.

Por otro lado, sabiendo que el decreto 636 del Poder Ejecutivo Nacional, del 31 de julio de 2020, deroga el decreto 522, del 9 de junio de 2020, es necesario destacar que este último ha ingresado a esta comisión el 11 de junio de 2020 y en clara violación de los plazos establecidos por la ley 26.122 no ha sido aún puesto a consideración. Situación que se ve agravada dado que al caso particular se suma la falta de tratamiento de distintos decretos de suma importancia, entre ellos, el decreto de necesidad y urgencia 542, del 17 de junio del 2020, que prorroga hasta el 31 de diciembre de 2020 la suspensión de la aplicación del artículo 32 de la ley 24.241, establecida en el artículo 55 de la ley 27.541, cuestión que ha sido expresada a esta comisión en la reunión pasada.

4. Adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales

Es necesario destacar que el Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia en el último párrafo de los considerandos del decreto que la medida se dictó en virtud de las atribuciones emergentes del artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional.

Así entonces, es menester verificar que se cumpla con los recaudos formales y sustanciales para habilitar su procedencia.

a) Requisitos formales

El artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional establece una serie de requisitos de índole formal y sustancial para que se justifique el dictado de un decreto de necesidad y urgencia por parte del presidente de la Nación.

El primero de esos recaudos formales es que el decreto en cuestión sea decidido en acuerdo general de ministros, quienes deben refrendarlo junto con el jefe de Gabinete de Ministros. Este último funcionario, además, debe remitirlo al Congreso dentro de los diez días posteriores a la emisión del decreto, lo que constituye un segundo recaudo formal.

Así entonces, el primer análisis de un decreto de necesidad y urgencia, a la hora de dictaminar acerca de su validez, debe ser el referido a los mencionados recaudos formales. Sólo luego de superado ese primer análisis o control, corresponde considerar la existencia, o no, de las circunstancias excepcionales igualmente previstas en la norma constitucional.

En el caso particular, se verifica que el decreto de necesidad y urgencia 636/20 ha sido decidido y refrendado en acuerdo general de ministros conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros, tal como surge del mensaje 66/2020.

Asimismo, está acreditado que el decreto 636/20 fue remitido en tiempo y forma al Congreso, toda vez que el jefe de Gabinete de Ministros lo elevó a la consideración de esta Comisión Bicameral de Trámite Legislativo el 03 de agosto de 2020. Tratándose de un plazo de días hábiles, cabe tener también por cumplido el envío del decreto en el plazo previsto en el artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional.

b) Requisitos sustanciales

Ahora bien, para que la atribución del Poder Ejecutivo de emitir disposiciones con contenido legislativo pueda ser legítimamente ejercida es necesario que existan *"circunstancias excepcionales"* que requieran pronto remedio y que sea *"imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes".*

De acuerdo con la previsión constitucional será por lo tanto necesario, en cada oportunidad en que el Congreso deba pronunciarse, determinar si han existido las circunstancias excepcionales y la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes que justificarían y darían sustento al decreto de necesidad y urgencia de que se trate.

Vale recordar, que en el célebre caso "Verrocchi" la Corte Suprema de Justicia, sostuvo que *"para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere la solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes"* (Fallos, 322-1726, 19/8/1999, considerando 9°; doctrina confirmada por CSJ, "Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ nulidad de acto administrativo", Fallos 338-1048, 2015).

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

De esta forma todo análisis razonable que pretenda validar un decreto de necesidad y urgencia debe efectuarse a la luz del texto constitucional y bajo las premisas interpretativas emanadas del tribunal cimero.

Es harto sabido que la procedencia de los decretos de necesidad y urgencia debe justificarse a la luz de parámetros objetivos que permitan dilucidar si la medida adoptada obedece a una situación de excepcionalidad y urgencia o, por el contrario, se traduce en un acto de mera conveniencia. Lo primero está permitido a quien

resulta ser el responsable político de la administración del país, lo segundo, no.

Conforme se desprende de los objetivos que tuvo en miras el decreto de necesidad y urgencia 636/20, resulta evidente la situación de gravedad y excepcionalidad que justificó su emisión, pues si el presidente no ordenaba la medida que motivó la intervención de esta comisión, se corría el riesgo de generar efectos perjudiciales para los diferentes sectores involucrados.

En razón de lo expuesto se certifica que las circunstancias referenciadas que sustentaron la emisión del decreto 636/20 estuvieron ajustadas bajo estricto cumplimento de las pautas que exigen y surgen tanto de la jurisprudencia antes relevada, como de las normas en juego que reglamentan su procedencia. La medida ejecutiva dispuesta por el presidente de la Nación es un remedio razonable y eficaz para ello, pues esperar por los tiempos parlamentarios hubiese significado, a contrario sensu, un detrimento para los segmentos involucrados.

5. Análisis del decreto 522/2020

El gobierno nacional pretendió expropiar la empresa Vicentin SA. Es una posibilidad contemplada en el artículo 17 de la Constitución que requiere una ley que declare la utilidad pública del activo sujeto a expropiación y la indemnización previa del propietario al que se le priva de su bien.

Seguramente quienes nos legaron la Constitución no tuvieron en miras a la expropiación para salvar empresas privadas con fondos públicos. Cuando aludieron a "utilidad pública", los constituyentes imaginaban la adquisición por el Estado de inmuebles y tierras para llevar adelante obras públicas: caminos, vías férreas, puertos e incluso aperturas de avenidas y activar lo que se llamó "cláusula del progreso", que dio lugar al impresionante desarrollo que tuvo la Argentina en la última parte del siglo XIX y primera del siglo XX.

Las expropiaciones de empresas han tenido siempre resultados ruinosos. Tanto en términos de rescate como en erogaciones indemnizatorias. S obre este punto el recuerdo de la expropiación del 51% de YPF está todavía fresco. Se pagaron u$s 10.000 millones por el 51% de una empresa que hoy tiene una cotización bursátil total de u$s 1.500 millones. Expropiación absurda, además, porque si el argumento era que no cumplía con los planes de inversión, hubiese bastado con caducarle las concesiones petroleras, recuperar el recuso (que es del Estado) y dar una nueva concesión o formar otra empresa estatal.

En este caso valen argumentos similares. Con motivo de la pandemia miles de empresas enfrentarán dificultades severas y promoverán concursos preventivos. ¿Acaso se piensa aplicar el mismo remedio a todas ellas?

No obstante, lo más grave de esa decisión está dado por el decreto de necesidad y urgencia 522/2020 que interviene la sociedad. Se trata de una medida confiscatoria que afecta el derecho de propiedad y el de libre asociación, dos pilares de nuestra organización constitucional, y que además se adopta violando el principio de división de poderes y asumiendo el Poder Ejecutivo facultades propias de los jueces, cuestión esta expresamente prohibida por el artículo 109 de la Constitución, que dispone que "en ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas".

Las personas gozan en este país del derecho de asociarse con "fines útiles" dice el artículo 14 de la Constitución. Lo pueden hacer para constituir un club deportivo, una biblioteca, una asociación de ayuda social, para promover la protección del ambiente. Y también para aunar esfuerzos para llevar adelante una empresa comercial, industrial o de servicios. El único límite es que la actividad sea lícita.

Cuando dos o más personas, humanas o jurídicas, se asocian para llevar adelante una empresa aportan dinero o bienes de su propiedad, se dan su estatuto de funcionamiento y eligen a los administradores de esa sociedad comercial, el que según el tipo societario será un directorio o una gerencia.

Es una decisión trascendental ya que se trata de confiarle a un grupo de personas, socios o no, nada menos que el cuidado, la inversión, el manejo, de los recursos que cada uno de ellos aportó para formar el capital de esa sociedad y con ello afectarlo al desarrollo de esa actividad.

Es por ello que se trata de una decisión que solo los socios pueden adoptar, y tal libertad está reconocida y asegurada en diversas normas, la más relevante la ley de sociedades comerciales.

El decreto de necesidad y urgencia 522/20 atacó todas esas libertades. El presidente decidió autocráticamente y sin competencia para ello, remover a los administradores elegidos por los socios de una empresa privada y poner a un burócrata a cargo de la empresa. Es decir, una empresa formada sobre la base de aportes de los socios pasa a estar gobernada por un tercero que les impone el gobierno por decreto.

¿Puede una sociedad comercial intervenirse y reemplazarse sus administradores por un tercero impuesto por el Estado?

La ley de sociedades lo admite en ciertos casos. Por ejemplo, cuando los administradores realizan actos irregulares que ponen en peligro o perjudiquen a esa sociedad comercial.

Pero esa intervención, que solo puede ser pedida por los propios socios, el síndico o eventualmente el órgano de fiscalización externo, solo puede ser resuelta por un juez.

Así lo establecen los artículos 113 y siguientes de la ley de sociedades comerciales, la que además establece que la intervención debe ser juzgada con "criterio restrictivo", lo cual es lógico porque es una derivación del mandato del artículo 17 de la Constitución que dice que "la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley".

En el caso de Vicentin SA la afectación es todavía más notoria, ya que pidió su propio concurso preventivo –lo que de por sí supone continuidad de la empresa por tratarse de una instancia que procura ordenar la situación con los acreedores cuando se afronta una cesación de pagos-, y en consecuencia está interviniendo un juez y la administración de la sociedad se encuentra bajo vigilancia del síndico designado por el magistrado en el marco del proceso concursal.

Todo ello demuestra que en realidad lo que se pretendió es tomar por asalto una empresa privada. Si fue mal administrada o cometió algún hecho irregular para llegar a esa situación se trata de una situación que debe ser juzgada con todas las garantías por un juez y no por el Poder Ejecutivo.

Los alcances del decreto de necesidad y urgencia 522/20 son inimaginables. Todas las empresas quedan a tiro de un decreto. Con el argumento de que una empresa hace algo "estratégico", o que tiene una situación adversa y muchos empleados (el 90% de las empresas pasa por esa situación), el presidente de la Nación podría remover a los administradores elegidos libremente por sus socios y poner a cargo a un funcionario estatal.

Tengamos siempre presente y antes que sea tarde, la advertencia del artículo 29 de la Constitución, cuando dispone que no se puede otorgar ni mucho menos arrogarse el Poder Ejecutivo atribuciones por las que "la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna".

Como se expresó en el punto 1 del presente dictamen, en los considerandos del decreto 636/2020 se hace referencia al criterio adoptado por el juzgado interviniente en el concurso preventivo de la empresa VICENTIN SA, cuestión sobre la cual se hacen las siguientes observaciones.

El 19 de junio el Juez Civil y Comercial de 2a Nominación de Reconquista, provincia de Santa Fe, hizo valer su autoridad y competencia, y repuso en sus cargos a los miembros del directorio de Vicentin, dejando sin efecto la ilegal intervención de la sociedad dispuesta mediante el decreto 522/20 del Poder Ejecutivo Nacional.

Luego se pretendió reeditar la intervención, enmascarada en una solicitud de la IGPJ de la provincia de Santa Fe. El juez volvió a ejercer su rol como único director del proceso judicial del concurso preventivo, y rechazó la interferencia política al formar un incidente por separado para no afectar el desarrollo de la causa.

La elección de los administradores de una sociedad es un derecho exclusivo de los socios. Ninguna autoridad política puede involucrarse en esa decisión. Mucho menos producir su desplazamiento y menos aún colocar allí a un funcionario designado por el gobierno.

Está en juego el derecho de asociarse libremente. ¿Quién arriesgaría su capital para asociarse con otras personas y correr el riesgo de que en cualquier momento le designen un comisario político para administrar su propiedad?

Además, el decreto de intervención, sumado al proyecto expropiatorio, dieron cuerpo a una intención que en verdad es confiscatoria: ¿qué valor puede tener una empresa al cabo de un proceso de intervención política?

Solo los jueces pueden intervenir una sociedad. La ley de sociedades contempla esa hipótesis como excepcional, y además por pedido de un socio que invoque –y pruebe- que los administradores hubiesen realizado actos irregulares en perjuicio de la empresa.

En el caso de tramitarse un concurso preventivo, la ley de concursos y quiebras contempla que la administración de la sociedad queda bajo vigilancia del síndico. Además, si los administradores ejecutasen actos prohibidos por la ley (por ej. ocultamiento o disposición de bienes, pagos indebidos) o viajaran al exterior sin autorización del juez, pueden además ser removidos de la administración.

Esa decisión le compete pura y exclusivamente al juez del concurso.

Lo más grave: se quebrantó la prohibición contenida en el artículo 109 de la Constitución Nacional, que dispone que el presidente no puede ejercer funciones judiciales, ni arrogarse el conocimiento de causas pendientes.

Con el agravante de que en este caso se avanzó contra la competencia del Poder Judicial de otro Estado: el de la provincia de Santa Fe, vulnerando con ello la autonomía provincial. El federalismo implica que cada provincia se da sus propias instituciones, entre ellas un Poder Judicial con competencias propias, entre ellas la tramitación de concursos preventivos, sin que el gobierno nacional pueda entrometerse en ese rol.

El decreto de necesidad y urgencia 522/20 implicó un cuádruple avasallamiento institucional: al derecho de asociación, al derecho de propiedad, a la independencia del Poder Judicial y al federalismo.

Es por ello que fue muy importante la actitud republicana y federalista del juez de la causa, al rechazar una intromisión indebida en un proceso bajo su dirección.

Tenía que elegir entre aplicar un decreto ilegal o hacer valer la preeminencia de las normas que regulan una intervención societaria. Hizo lo que correspondía en derecho.

Y sostuvo esa posición cuando se pretendió reiterar la jugada por vía de la IGPJ, carente de toda legitimación para peticionar una intervención. En todo caso cabe preguntarse qué rol de fiscalización cumplió el ente cuando se generaba semejante pasivo. La presentación es en todo caso tardía y en carácter de mandadero del gobierno nacional.

El presidente comenzó su gestión hablando de reforma judicial para revertir un proceso de degradación de la justicia federal, afectada en buena medida por resoluciones apegadas a las presiones político-partidarias.

El oficialismo conoce bien la cuestión porque desde 1983 para acá ha designado a la enorme mayoría de los jueces federales y además ha tenido siempre mayoría en el Senado y con ello la posibilidad de dar o bloquear cualquier acuerdo para los nombramientos.

Un juez de provincia les dio una lección a todos. Al gobierno y también a muchos jueces federales que están más atentos a cómo soplan los vientos de la política para dictar sus fallos, que a cumplir con su deber constitucional de hacer justicia con independencia.

Con perfil bajo, con sobriedad, haciendo caso omiso de advertencias públicas provenientes nada menos que de la primera

magistratura nacional ("o aceptan la propuesta de Perotti o expropiamos", "parece que faltó a la clase de derecho administrativo y constitucional"), resolvió con mucha valentía y con apego a la Constitución y la ley.

Y defendió no solo la independencia de la justicia sino también la autonomía provincial, un valor fundamental en la provincia de Santa Fe, la misma que le dio al país un prócer del federalismo argentino como lo fue el brigadier Estanislao López, el caudillo que el 26 de agosto de 1819 y como respuesta a la Constitución unitaria gestada en Buenos Aires, aprobó el Estatuto Provincial que constituyó la primera constitución democrática, republicana y federal de América Latina.

6. Conclusión

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos los requisitos formales pero no los sustanciales, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la validez del decreto de necesidad y urgencia 636, del 31 de julio de 2020, del Poder Ejecutivo nacional.

Decreto 636/2020

Pablo G. Tonelli.

*VERSION PRELIMINAR SUSCEPTIBLE DE CORRECCIÓN UNA VEZ CONFRONTADO CON EL EXPEDIENTE ORIGINAL