Ref. Expte. N°00938093GDEMZA-SSP.

AL SEÑOR
FISCAL DE ESTADO DE LA
PROVINCIA DE MENDOZA
DR. FERNANDO SIMON
S / D

Vienen a esta Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado las presentes actuaciones en las cuales se solicita dictamen respecto del proyecto de modificación del Decreto N°162/08 (reglamentario de la Ley N°6082, actualmente modificada en sus arts. 1, 2, 5 inc. 5, 7, 9, 10, 12, 15, 25, 29, 48, 67, 72, 78 y 80 por la Ley N°9051).

I. Se remiten en este marco, como actuaciones relevantes, en orden 5, dictamen favorable de la Asesoría Legal de la Secretaría de Servicios Públicos y Proyecto de Decreto (modificando los arts. 12, 13, 15, 17, 25, 40, 65 y 80 del Decreto N° 162/08) y en orden 14 dictamen también favorable de la Asesoría de Gobierno (N°221/18).

II. En relación al tipo reglamentario propuesto cabe solo remarcar que se trata de un Reglamento de Ejecución[1] (o decreto reglamentario), cuya

[1] La Ley Nº 9033 entiende por "Reglamento" a "toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa". Este reglamento tiene un régimen jurídico propio distinto del de los actos administrativos, aunque puede aplicársele suplementariamente en cuanto sea compatible con su naturaleza (art. 104 2da. Parte Ley Nº 9003). Se ha entendido por Reglamento de Integración a *"…aquellos que emite el órgano Ejecutivo en virtud de una habilitación legal que le confiere expresamente el órgano legislativo. Es una ampliación de las facultades reglamentarias del ejecutivo mediante autorización del legislativo. No se trata de reglamentos delegados, pues en este supuesto el órgano Legislativo no delega facultades propias al órgano Ejecutivo, sino tan solo permite que este último dicte ciertas y determinadas dentro del marco legal prefijado por el legislador…"* (conf. Dromi, Roberto, "Derecho Administrativo", 11 Ed. 2006, Cdad. Argentina, Bs. As. pp. 447), en éstos *"…se abren las facultades discrecionales del Poder Ejecutivo en la determinación normativa para la aplicación concreta de la ley, en tanto en la delegación legislativa el Poder Ejecutivo dicta la ley…"* (ob. cit. P. 454). Este tipo de reglamento *"…no emana de la facultad reglamentaria normal del Poder Ejecutivo, sino*

emisión corresponde constitucionalmente al Poder Ejecutivo (art. 128 inc. 2 de la C. Provincial), habiendo expresado en reiteradas oportunidades esta Dirección que su emisión se encuentra condicionada a la materialización de los recaudos de necesariedad, posterioridad y adecuación (los que en términos generales se verifican en el presente supuesto)[2].

Así las cosas, el reglamento a emitirse posee la naturaleza de "subordinado" o de "ejecución" (normalmente conocidos como "decretos reglamentarios"), previstos en nuestro texto constitucional provincial en el art. 128 inc. 2 (análogo al 99 inc. 2) de la Constitución Nacional[3]), resultando ser aquellos que dicta el Poder Ejecutivo al fijar los detalles o pormenores de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo[4].

Su rango normativo, en la nación y provincia, es "sublegal" (infra legem) subordinado a la ley que pretende reglamentar (secundum legem) y no puede alterar el espíritu de la misma[5].

En efecto, la norma dictada con naturaleza de Reglamento de Ejecución deberá ajustarse, en esencia, a los términos del art. 128 inc. 2 de la Constitución Provincial, el cual prohíbe expresamente al Poder Ejecutivo que altere con esta normativa el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias, sin perjuicio de resaltar que estas normas completan la ley y son tan obligatorias como ellas.

III. En relación al PROYECTO DE DECRETO obrante en orden 5, en términos generales considero que su redacción da cumplimiento a la materialización de los elementos esenciales previstos en los arts. 28 a 45 de la Ley Nº 9.003 (en relación al objeto, voluntad, competencia y forma) y 104 a 106 (aplicables en atención a su naturaleza reglamentaria).

---

de una expresa habilitación legislativa, como la que poseen dependencias nacionales, que por vía de resoluciones, ordenanzas y circulares de alcance normativo, ponen en ejecución la policía financiera, tributaria, aduanera, entre otras…" (Dromi, Roberto, ob. cit. pp. 447).

[2] Ver Dictamen N°812/11, de fecha 01/07/11, entre otros. Puede consultarse en www.fiscalia.mendoza.gov.ar

[3] La reforma de 1994, incluyó en el texto constitucional nacional algunas cuestiones novedosas, tales como la necesidad de que el Decreto Reglamentario respecto a la forma de emisión y materias que puede abarcar este tipo de reglamento, ya que exige la firma del Jefe de Gabinete (art. 100 inc. 8 de la CN) además del Ministro correspondiente, y existe expresa prohibición de ejercer esta facultad reglamentaria constitucional en relación a la Ley Convenio de Coparticipación Federal (art. 75 inc. 2 párr. 4 CN).

[4] BALBÍN, Carlos, *"Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia",* (Bs. As. La Ley, 2004,) pp. 20.

[5] La CSJN ha resuelto en diversos casos que los reglamentos de ejecución forman parte de la ley misma (Fallos: 22:450; 114:353 y 190:301), de suerte que pasan a integrarla en la medida que respeten su espíritu (Fallos: 249:189; 262:468; 312:1484) y se ha dicho incluso que no viola el art. 19 segunda parte de la CN la obligación establecida en un reglamento de ejecución (Caso "Muro Bustero SA" -1945- Fallos: 202:193).

IV. Desde el punto de vista particular entiendo que deberían introducirse las siguientes modificaciones:

1. incorporarse un penúltimo considerando con expresa constancia del fundamento normativo de la emisión del presente reglamento ("Que el Poder Ejecutivo es competente para emitir el presente decreto en virtud de la previsión del art. 128 inc. 2 de la C. Provincial…");
2. en el último considerando debería dejarse constancia asimismo de la participación de esta Fiscalía de Estado;
3. en el art. 17, las previsiones respecto del procedimiento concursal deberían precisarse y completarse a los efectos de estatuir un procedimiento debidamente reglado (garantizando los principios generales establecidos en el art. 1. II. y cctes. de la Ley N°9003), fijando asimismo en forma clara, estándares de calificación y/o selección de los postulantes; y
4. ELIMINARSE la previsión de modificación del art. 65 del proyecto, o modificarse, remitiendo a la Ley N°9003 (en cuanto a los procedimientos impugnativos), toda vez que por una cuestión de jerarquía normativa (arts. 31 de la CN y 48 de la C. Provincial) la misma no podrá prevalecer sobre las disposiciones de aquel instrumento legal[6].

V. Por último corresponde dejar expresa constancia de que el control efectuado por este órgano al emitir el dictamen está circunscripto a la "legitimidad" del procedimiento, sin que su pronunciamiento importe manifestación alguna sobre cuestiones técnicas (ajenas a su incumbencia) o de mérito, oportunidad o conveniencia (asignadas a los órganos de la

[6] Téngase presente que el art. 176 regula el Recurso de Aclaratoria y el 184 otorga a los particulares la opción de interponer ALZADA frente a decisiones definitivas de los organismos de control de servicios públicos o abrir la instancia judicial, lo que no puede verse obstado por una norma reglamentaria, so pena de violar el principio antes citado de "adecuación".

administración activa), conforme doctrina sentada en reiteradas oportunidades por la Procuración del Tesoro de Nación[7], valorando además los aspectos tratados conforme los informes de los órganos consultivos competentes, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido[8].

VI. En virtud de lo expuesto, esta Fiscalía de Estado no tiene objeciones jurídicas que formular a la emisión del Proyecto de Decreto sometido a análisis, por parte del Poder Ejecutivo (art. 48 y 128 inc. 2 de la C. Provincial y arts. 38 a 45 y 104 a 106 de la Ley N°9003), **en tanto en forma previa se introduzcan las modificaciones solicitadas en el punto IV**.

Todo lo expresado salvo mejor criterio de la superioridad.

DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS, FISCALIA DE ESTADO.

Mendoza, 07/08/18.

Dict. N°0714/18. aa. lf. –EE-

---

[7] Ha dicho en relación al objeto de los Dictámenes, la Procuración del Tesoro de la Nación que: "… no entra a considerar los aspectos técnicos de las problemáticas planteadas, por ser ello ajeno a su competencia. Su función asesora se encuentra restringida al análisis de las cuestiones de derecho y su aplicación al caso concreto, quedando libradas las apreciaciones sobre cuestiones técnicas a la autoridad administrativa con competencia en la materia (PTN, Dictámenes; 259:233; 245:359, 381)"; "…El asesoramiento de la PTN se limita al estudio de las cuestiones estrictamente jurídicas, no trata aspectos técnicos, ni se refiere a las razones de oportunidad política por ser ajenos a la competencia que tiene asignada (PTN, Dictámenes, 259:233; 204:47, 159; 207: 578)". Ha agregado en este sentido que "El dictamen legal de la PTN no se pronuncia sobre aspectos técnicos, financieros o económicos, ni sobre la equidad o inequidad de las fórmulas contractuales o respecto de oportunidad, mérito o conveniencia, por ser ajenos a su competencia funcional… (PTN, Dictámenes, 251:781; 253:5)". Incluso el Poder Judicial se ve en principio sustraído de efectuar estas consideraciones, habiendo considerado la C.S.J.N. que el acierto, error, el mérito o la conveniencia de las soluciones adoptadas por los poderes políticos, no son puntos sobre los que el Poder Judicial pueda pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (conf. C.S.J.N., en "Paz Carlos Omar c/Estado Nacional, sentencia del 09/08/01).

[8] En este sentido, la P.T.N. ha entendido que: "…la ponderación de los temas debe efectuarse conforme a los informes de los especialistas en la materia de que se trate, es decir, que esos informes merecen plena fe mientras no aparezcan elementos de juicio suficientes para destruir su valor, siempre que sean fundados, precisos y adecuados al caso (PTN, Dictámenes; 200:116; 248:430; 259:233).