

La emergencia y la superposición normativa en los servicios públicos de transporte

Resulta de interés analizar el instituto de la emergencia y su vinculación con el servicio público –en este caso los vinculados al transporte– a los efectos de comprobar las distintas implicancias que puede tener la intervención estatal en la economía en general y en los contratos del sector público en particular. Sería redundante analizar las características del servicio público, el cual ya fue objeto del más variado tratamiento por parte de la doctrina mundial, pero sí conviene, a los efectos de una mejor comprensión, sintetizar las pautas generales sobre las que se asienta el instituto de la emergencia, toda vez que en nuestro país adquiere ribetes particulares. Para ello debemos remitirnos a ciertos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los que, a su vez, recogen doctrinas de precedentes del mismo tribunal, no sin antes aclarar que la «emergencia» o «policía de la emergencia» importa una derivación del instituto general poder de policía, entendiéndose por éste la facultad que tiene el órgano legislativo de reglamentar el ejercicio de derechos¹ de acuerdo a lo que establece la propia Constitución Nacional². Teniendo como base la antedicho, nuestra Corte al definir el instituto ob-

¹ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 514.

² Artículos 14, 19 y 28.

jeto de estudio sostuvo: «Que el tribunal ha sostenido –tras recordar que la Constitución Nacional no reconoce derechos absolutos– que en momentos de perturbación social y económica y en otras situaciones semejantes de emergencia y ante la urgencia en atender a la solución de los problemas que crean, es posible el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad»³. Como dijo el propio tribunal, ante situaciones extraordinarias se deben dar remedios extraordinarios.

Ahora bien, cuáles fueron las condiciones que fijó dicho tribunal para sostener la validez de una norma que declara la emergencia; ellas son: a) debe hacer una verdadera situación de emergencia económica, lo que pone en funcionamiento el denominado poder de policía de la emergencia; b) la declaración de emergencia debe perseguir un fin público; c) la declaración de emergencia debe ser por ley del Congreso de la Nación; d) las restricciones excepcionales de derechos deben ser transitorias; e) los medios elegidos por el legislador para superar la emergencia deben estar relacionados con el fin perseguido (razonabilidad); f) las restricciones no pueden afectar a personas individuales o a grupos determinados de ellas, o sea, deben ser generales; y g) las garantías constitucionales no pueden quedar suspendidas en su totalidad, sino sólo en lo que hace a su ejercicio. En lo que aquí interesa, cabe agregar que, dado que la emergencia en modo alguno puede conferir poderes superiores o ajenos a la Constitución⁴, debe estarse al respeto irrestricto del derecho de propiedad, el que no podrá ser desnaturalizado. A ello debemos agregar que los derechos que emanan de las concesiones están protegidos por el art. 17 de la Constitución Nacional⁵ y éste será un límite infranqueable para valorar la emergencia con relación a la prestación de los servicios públicos.

En lo que atañe a lo estrictamente normativo diremos que, a partir de la reforma de la Carta Magna en 1994, el instituto de la emergencia tiene expresa recepción al incluirse en el texto constitucional la figura de la delegación legislativa. En efecto, el art. 76 dispone que si bien en principio la delegación de facultades del Legislativo en el Ejecutivo está prohibida, ello puede realizarse en forma excepcional en materias determinadas de administración o de emergencia pública, determinándose de esta manera una verdadera ligazón entre los institutos de la delegación y la emergencia. Veremos que, luego de la vigencia de la

³ «Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía BCRA) s/ amparo», fallo del 27/12/90.

⁴ Ver David A. HALPERÍN, «La emergencia y los contratos públicos», en AA.VV., *Revista de Derecho Público, La emergencia económica*, Segunda Parte, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 579.

⁵ Fallos 145:307.

precitada norma constitucional, el Congreso sancionó leyes por las cuales delegaba funciones en el órgano ejecutivo, y varias de ellas con relación directa con los contratos del sector público mas debe tenerse en cuenta también que fue la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación la que puso límites para el ejercicio de las facultades de delegación con expresa indicación al instituto de la emergencia.

A manera de introducción, podemos decir que en los últimos quince años se dictaron distintas leyes de emergencia, todas ellas de distinto contenido, fundamentos y propósitos, pero que tienen como común denominador afectar también de manera distinta a la prestación de los servicios públicos. Así, destacamos que en el año 1989 se sanciona la Ley 23696 –denominada de reforma del Estado–, por la cual se inicia un camino de transformación en el país presidido por el concepto de reversión del estatismo⁶. En materia de contratos públicos se dispone la posibilidad de rescisión invocándose causales de fuerza mayor y bajo el principio del sacrificio compartido, pero lo que más importancia tiene –con relación al tema que nos ocupa– es que esta Ley ha sido calificada como un verdadero estatuto de las privatizaciones mediante la cual se transfirió al sector privado la prestación de servicios públicos y la concreción de obras públicas, utilizándose en ambos casos la figura de la concesión. En realidad, la Ley aludida debe entenderse en un contexto normativo más amplio, y de allí que nuestro más Alto Tribunal haya sostenido que se estaba en presencia de un verdadero «programa de gobierno»⁷. Otro puntal de este programa de gobierno fue el régimen monetario de la convertibilidad. A esta emergencia la podríamos, por ende, calificar como la de la transformación, lo cual también se vio reflejado en materia de transportes al privatizarse los servicios ferroviarios de cargas y de pasajeros y la línea aérea estatal, además de iniciarse en el sector un profundo proceso de desregulación.

En el año 2000 se sanciona la Ley 25344, por la cual se declara la emergencia de la situación económica-financiera del Estado nacional, la prestación de los servicios y la ejecución de los contratos a cargo del sector público nacional, la cual en lo que a nosotros interesa faculta al Poder Ejecutivo a decidir la rescisión de distintos contratos celebrados por la Administración invocando razones de fuerza mayor⁸. En realidad, debe destacarse que esta declaración de emergencia fue innecesaria, o, a lo sumo, la misma debía limitarse a una cuestión de «caja» o de

⁶ Juan Carlos CASSAGNE, *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 109 y ss.

⁷ CSJN, «López, Antonio Manuel c/ Explotación pesquera de la Patagonia S.A.», del 10/VI/92.

⁸ David A. HALPERÍN, Armando N. CANOSA y Beatriz R. MARTORELLO, *Emergencia económica, Ley 25344*, Errepar, Buenos Aires, 2001, pp. 25 y ss.

déficit de las cuentas públicas; esta innecesariedad condujo a que sea una Ley que en la realidad no tuvo aplicación práctica destacable. Pero sí tuvo incidencia en materia de contratos administrativos, en tanto y en cuanto, a nuestro criterio, fue la que inició un camino de nuevas intervenciones estatales en la materia, hiriendo aquel «programa de gobierno» al que se aludió en el párrafo anterior. Esta emergencia puede ser calificada como la del retorno al intervencionismo estatal⁹. Debe destacarse que, tomando también como base a la emergencia y por aplicación de la Ley 25414, se crea por Decreto del Poder Ejecutivo la denominada Tasa al Gas Oil y de allí se obtienen fondos para crear subsidios al transporte ferroviario de cargas y de pasajeros, como asimismo al transporte automotor de pasajeros, cuyos operadores prestan servicios mediante la suscripción de contratos de concesión de servicios públicos con la Administración¹⁰.

En enero de 2002 se sanciona la Ley 25561, por la cual se declara la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, produciendo también diversas delegaciones en el Poder Ejecutivo a los fines de cumplir con las disposiciones y principios de la mencionada Ley. En primer lugar, debemos destacar que se abandona el régimen de convertibilidad, volviéndose al sistema nominalista, con lo que definitivamente se decide destruir todo el programa al amparo del cual se habían efectuado las privatizaciones, tratando de dar certeza a los operadores respecto de las inversiones a realizar. En lo que a nosotros atañe, por el art. 8.º de la mencionada norma legal quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio, quedando establecidos los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas en pesos a la relación de cambio un peso igual a un dólar. En el artículo siguiente se autoriza al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos de obras y servicios públicos, y con relación a los segundos se deben tomar en consideración los siguientes criterios: a) impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; b) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuvieren previstos contractualmente; c) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los

⁹ Armando N. CANOSA, en AA.VV., *El derecho administrativo de la emergencia III*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, p. 168.

¹⁰ Debemos destacar que, de acuerdo a reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la existencia de esta tasa, creada utilizando una extrema delegación que efectuó el Legislativo al Ejecutivo, será corta si no se sanciona una ley ratificatoria. El Alto Tribunal sostuvo: «... por lo demás, no pueden haber dudas en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo».

servicios; d) la seguridad de los sistemas comprendidos; y e) la rentabilidad de las empresas. A nuestro criterio, la renegociación dispuesta por la norma arriba mencionada tiene por finalidad adecuar los contratos de obras y servicios públicos a las modificaciones del sistema monetario y cambiario y la eliminación de cláusulas de ajuste o indexatorias, y éste sería el único fin buscado por la delegación que efectuó el Legislativo en el Ejecutivo con motivo de la emergencia¹¹.

Debemos destacar que, a pesar del imperativo del Legislador, el Poder Ejecutivo no concretó la renegociación de ninguno de los contratos que figuran expresamente en el ya hoy derogado Decreto 293/02, dictado a esos efectos. Esta norma reglamentaria fue suplantada por su similar 311/03, dictado en ocasión de la asunción de las autoridades de una nueva Administración, en el cual figuran, en lo que a transporte se refiere, los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios de transporte ferroviario y automotor de pasajeros. No obstante lo referido, hasta la fecha tampoco se ha procedido a la aprobación de ninguna renegociación contractual en ninguno de los contratos aludidos, y tampoco con relación a algún otro que vincule a la Administración con los prestadores de servicios públicos.

Debemos tener en consideración que la emergencia declarada, que tenía vencimiento en diciembre de 2003, fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2002 mediante la sanción de la Ley 25280. Por lo demás se sancionó la Ley 25790, por la cual se extiende el plazo de renegociación de los contratos del sector público hasta la fecha mencionada en el párrafo anterior¹².

Sin embargo, y a pesar de que no se procedió a renegociar contrato alguno, el Poder Ejecutivo dispuso la declaración de emergencia de distintos segmentos de la actividad, involucrando contratos que ya estaban alcanzados por la declaración de emergencia de la Ley 25561, superponiendo la emergencia sobre la emergencia. Así, por Decreto 2075/02 se declara en emergencia la prestación de los servicios públicos objeto de los contratos de concesión correspondientes al transporte ferroviario de pasajeros de superficie y subterráneos del Área Metropolitana Buenos

¹¹ Ver Eduardo MERTEHIKIAN, «Renegociación de servicios públicos de jurisdicción nacional, emergencia y derechos de los usuarios», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n.º 282, Buenos Aires, 2002, p. 27.

¹² Con la sanción de la mencionada Ley surge la duda de si fueron extendidas las bases de la delegación a los efectos de que el Ejecutivo proceda a la renegociación de los contratos, ya que en la misma se dispone que dichas renegociaciones no se hallarán limitadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen en la prestación de los servicios públicos privatizados. Pareciera que estas renegociaciones no encontrarían los límites que pareciera haberles impuesto la Ley 25561. Ver Roberto DROMI, –Director–, Armando CANOSA y Eduardo MERTEHIKIAN, –Coordinadores–, *Renegociación de contratos públicos en emergencia*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003, p. 60.

Aires, a través de lo cual se dispone: a) suspender los aumentos tarifarios programados destinados a la realización de obras nuevas; b) proceder a la formulación de un plan de obras y trabajos de emergencia; c) suspender todas las obras y trabajos que no hayan tenido comienzo de ejecución; d) pagar los subsidios de explotación con el producido de una tasa resultante de un sobreprecio a la venta y exportación de gas oil; e) reformulación del régimen de penalidades contractuales de acuerdo a la emergencia. Este Decreto tiene carácter de reglamento de necesidad y urgencia y se dicta en paralelo con el proceso de renegociación aludido, con la particularidad de que se introducen sustanciales modificaciones en los contratos de concesión, aduciéndose en los considerandos del mencionado Decreto que los concesionarios prestan conformidad a las medidas que se implementan a través del mismo. Curiosa forma de modificar la voluntad contractual. A su vez, por Decreto 2407/02 se declara la emergencia de los servicios de transporte automotor de larga distancia, mediante el cual se dispone: a) la derogación de la disposición reglamentaria por la cual se prorrogaban automáticamente las concesiones oportunamente otorgadas; b) se modifican las frecuencias de los servicios también oportunamente aprobadas; c) se modifica el régimen tarifario; d) se alteran las condiciones técnico-operativas referentes a la prestación de los servicios; e) se altera el régimen de competencia para el sector al cerrarse el registro para operadores sujetos a habilitación mediante autorización; f) se subsidia a los prestadores en el pago de peajes en las rutas utilizadas; g) se estipula un régimen de excepción para el pago de multas de los prestadores con quitas del 80%. Del mismo modo, a través de un decreto de necesidad y urgencia se declara la emergencia en el transporte aerocomercial, aunque digno es de destacar que las concesiones de este segmento del transporte no estaban sujetas a la renegociación dispuesta por la ya citada Ley 25561.

De acuerdo a lo hasta aquí reseñado, cabe preguntarse acerca de esta verdadera superposición de «emergencias», sobre todo en lo que atañe al transporte automotor de pasajeros y ferroviario en general, surgiendo inmediatamente una verdadera contradicción de hecho, dado que el Poder Ejecutivo, en lugar de abocarse a la renegociación de los contratos dispuesta en la Ley que manda a ello, se dedica a invadir la esfera del Legislativo declarando emergencias sectoriales, por encima de lo que oportunamente dispuso el Congreso de la Nación. Reiteramos nuestra posición en el sentido de que el Congreso sentó las bases para la renegociación, las que tienen relación directa con los cambios que se introdujeron en la economía en general por disposiciones de la Ley 25561. Pero, más allá de estas cuestiones, cabe resaltar que los decretos de necesidad y urgencia que disponen las emergencias en los segmentos del sector transporte podrían ser declarados inconstitucionales, dado que la superposición normativa descrita resulta inaceptable a la

luz de las normas aplicables contenidas en nuestra Carta Magna. A este respecto debe tenerse en cuenta lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que «... conceptualmente resulta concebible tanto que el Congreso delegue sus facultades legislativas frente a la emergencia (art. 76 de la Constitución Nacional), como que el Poder Ejecutivo las ejerza por sí, en el marco reglado por el art. 99 inc. 3.º de la Ley Fundamental. Pero lo que no es procedente es que, frente a una delegación —como la efectuada por el Congreso en la ley 25.561—, el Poder Ejecutivo ejerza facultades excepcionales, concebidas para ser desempeñadas en defecto de la actuación del Poder Legislativo y no en forma concurrente con él. La delegación que la Constitución permite, exige que sea ejercida “dentro de las bases ... que el Congreso establezca” (art. 76). La sanción de la ley 25561 que declara la emergencia y delega facultades para lograr superarlo, es suficiente evidencia de que no concurre la hipótesis que habilita el mecanismo establecido en el art. 99 inc. 3.º de la Ley Fundamental, en tanto el Poder Ejecutivo no aludió a una diferente configuración fáctica que lo autorizase a ingresar en ese marco constitucional»¹³. Nosotros agregamos que, con respecto a la última parte del fallo citado, en el caso que nos ocupa el Poder Ejecutivo se basa expresamente en la emergencia de la Ley 25561 para declarar una nueva emergencia distinta a la dispuesta por la norma emanada del Legislativo, con lo cual se hace más patente la superposición normativa —aunque en normas de distinto rango—, haciéndose más palpable lo resuelto por nuestro más Alto Tribunal. Obviamente esta anómala situación no puede ser purgada con el consentimiento de los concesionarios, como se trató hacer respecto de los contratos de concesión de transporte ferroviario de pasajeros del AMBA, los cuales deben ser ajenos a toda declaración imperativa de emergencia, debiendo estar a las renegociaciones que se efectúen como consecuencia de la mencionada declaración.

Insistimos en que el Poder Ejecutivo debería haber procedido rápidamente a la renegociación de los contratos mencionados en la Ley 25561 (y sus prórrogas), de acuerdo al mandato del Legislador, que al sancionar la mencionada norma legal reivindica sus competencias en la materia. También debemos añadir que el Ejecutivo diseñó un procedimiento para efectuar las renegociaciones el cual es de carácter reglado y al cual debe someterse, no pudiéndose, por ende, válidamente sortearlo, utilizar la facultad excepcional para el dictado de decretos de necesidad y urgencia y proceder a introducir cambios en los contratos de concesión. Del mismo modo, debemos preguntarnos si la sanción de las Leyes 25790 y 25280 no provocó la derogación tácita de los decretos

¹³ «San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ amparo», del 5/3/03.

de necesidad y urgencia que dispusieron la emergencia en distintas concesiones que se vinculan con el transporte terrestre, al ratificar expresamente los postulados y contenidos de su similar 25561.

A manera de conclusión, podemos afirmar: a) desde 1989 hasta la fecha se recurrió al instituto excepcional de la emergencia para incidir en la prestación de servicios públicos, pero con diferentes fines y cometidos; b) en materia de contratos públicos vinculados al transporte terrestre se produjo una invasión del Poder Ejecutivo sobre las atribuciones del Congreso al disponer modificaciones contractuales –vía reglamento–, no atendiendo a la delegación que mandaba la renegociación de los acuerdos; c) la emergencia no habilita a la degradación de los derechos de los prestadores, y el límite de los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional no puede ser avasallado.