



El corrimiento del derecho público

NICOLÁS DIANA (UNPAZ/UBA)
19 DE OCTUBRE DE 2017

*Los ojos ciegos bien abiertos, no [miren] por favor
y no [prendan] la luz, la imagen [se] desfiguró...*

“Jijiji”, Patricio Rey y sus redonditos de ricota

Mediante el Decreto N° 794/17 el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) creó la empresa *Corredores Viales S.A.* (“CVSA”) invocando –para ello– las facultades establecidas en el artículo 99, inciso 1) de la Constitución Nacional y del artículo 5° del Decreto-Ley N° 17520/67. CVSA funcionará en la órbita del Ministerio de Transporte como titular del

51% de su paquete accionario y el restante 49% estará bajo el control de la Dirección Nacional de Vialidad (DNV).

La DNV es un organismo descentralizado, en la órbita de ese mismo ministerio, cuya misión primaria, fijada por el Decreto N° 616/92, es la de administrar la Red Troncal Nacional realizando las tareas de mantenimiento, mejoramiento y construcción necesarias para brindar al usuario de las rutas seguridad en el tránsito, economía de transporte y confort (ver también el Decreto-Ley N° 505/58, entre otras normas). CVSA llamativamente tiene por objeto las mismas funciones que la DNV (construcción, mejora, reparación, conservación, promoción, ampliación, remodelación, mantenimiento, operación, financiación, administración, explotación y prestación de servicios en trazas, rutas, autopistas, accesos, corredores y cualquier otra red vial de jurisdicción nacional; y el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones resultantes de toda concesión que se le confiera u otra actividad vinculada).

Mucha ha sido la tinta y caracteres dedicados a dicha medida desde su publicación en distintos medios. Las críticas efectuadas encontraron fundamento en distintos aspectos: (i) el instrumento de creación (un “decreto autónomo” o “simple”, como se lo reconoce vulgarmente: artículo 99, inciso 1 de la Constitución Nacional); (ii) la caducidad o no de la delegación invocada como segundo argumento, y (iii) las restricciones legales que vedaban, en su caso, esa delegación. Intentaremos con el presente pasar una revista sumaria tales críticas.

¿Decreto autónomo, de necesidad y urgencia, o delegado?

El Decreto N° 794/17 replantea una antigua (pero todavía actual) discusión sobre si el PEN puede, por vía de un decreto autónomo (o delegado, según veremos más abajo) crear un ente autárquico o como, en este caso, un sujeto de derecho privado con participación estatal mayoritaria. En ambos supuestos, estamos haciendo referencia a entidades que poseen personalidad jurídica distinta al Estado (pueden estar en juicio y contratar en forma autónoma), recursos propios, facultades de administración y están alcanzados por una finalidad pública, comercial o industrial, respectivamente. Los entes autárquicos,

según su norma de creación, se encuentran regidos por el derecho público y bajo ese alcance pueden darse sus propias normas. Las sociedades con participación estatal se rigen por el derecho privado, con algunas particularidades en lo que respecta a la conformación de sus órganos de gobierno y control externo, según el tipo de sociedad que se trate.

No entraremos en la oportunidad, mérito o conveniencia, ni en los criterios de prudencia política que dan cuenta la decisión adoptada. Sí podemos señalar que esto marca un hito más del corrimiento hacia el derecho privado de la gestión estatal. Una sociedad anónima posee mayor dinamismo y menos obstáculos formales, en principio, que una entidad pública al momento de contratar obras y servicios. La decisión de utilizar una figura de derecho privado no es un fin en sí mismo, sino un vehículo, de los tantos que puede elegir el Estado, para lo que debería ser la mejor consecución de cometidos de interés general (industriales, comerciales, de servicios) debiendo propender con su creación, fuertemente y en cualquier caso, a la satisfacción del interés colectivo directo o indirecto.¹

Los vehículos adoptados por el Estado argentino para participar en la producción y prestación de bienes y servicios desde 1946 a la fecha, se caracterizaron por un grado creciente/decreciente de la aplicación de normas de derecho, dirección y control públicos, en una relajación que generalmente priorizó la dinámica privada. Podemos detallar a lo largo de la historia contemporánea la existencia de: (i) sociedades de economía mixta (Decreto-Ley N° 15349/46), (ii) empresas del Estado (Ley N° 13653), (iii) sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria (Sección VI, Capítulo II, Decreto-Ley N° 19550/72) y (iv) sociedades del Estado (Ley N° 20705). Estos tipos societarios se correspondieron con políticas de mayor o menor intervención del Estado en la economía (como actor, gestor o monitor) y en los mercados. Se verificaron, de este modo, ciclos en los cuales la regulación (mayor, menor o inexistente) se tradujo en la alternancia de políticas de Estado antagónicas entre distintos gobiernos nacionales con la consiguiente demonización y sacralización de lo público y lo privado. Siendo probablemente la reforma estructural del Estado durante los '90 el punto de inflexión en la materia.

1 Procuración del Tesoro de la Nación. *Dictámenes*, 301:049. Recuperado de <https://ptn.gob.ar/images/dictamenes/abril2017/301-049.pdf>

A lo largo del tiempo el derecho público acompañó estas políticas, alternando teorías diversas sobre cuál era el órgano competente para la creación de entes autárquicos y descentralizados. A saber: *(i)* competencia excluyente del Poder Legislativo; *(ii)* competencia del Poder Ejecutivo, con excepción de las exclusiones constitucionales expresas (v.gr. Banco Central de la República Argentina), y *(iii)* competencia concurrente entre ambos poderes del Estado. La definición y alcance de esas teorías estuvo interferida por la interpretación del texto constitucional y, sobre todo, de principios tales como los de legalidad y de división de poderes.

La experiencia reciente en la creación de entes de carácter privado y descentralizados ha sido, en general, por vía de leyes y decretos de carácter mixto: autónomos y de necesidad y urgencia (incluso han existido casos de creación de Universidades Nacionales, no sin críticas, por este medio extraordinario).² La casuística es variada, pero marcaba una tendencia al respecto, al menos, hasta el dictado del decreto que anotamos.

¿Una delegación vigente?

Como adelantamos más arriba, el Decreto N° 794/17 quiebra un paradigma en materia de creación de entes privados con participación mayoritaria del Estado nacional.

La medida en cuestión funda la competencia del Poder Ejecutivo no sólo en el artículo 99 inciso 1) de la Constitución Nacional, sino también y principalmente, en el artículo 5° del Decreto-Ley N° 17520/67, en cuanto lo faculta para “crear sociedades anónimas mixtas con o sin mayoría estatal [...] o entes públicos u otro tipo de persona jurídica para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley, haciendo el aporte de capital que considerare necesario o creando los fondos especiales pertinentes. Los entes públicos que el Poder Ejecutivo disponga crear de acuerdo a esta ley tendrán personería jurídica y plena capacidad para adquirir derechos, contraer obligaciones y estar en juicio como actor y demandado, en cumplimiento de las finalidades que motivaron su

² Nos referimos, por caso, a las Universidades Nacionales de Chilecito y de Junín, creadas por decretos N° 2615/02 y 2617/02.

creación. Podrán asimismo proyectar su presupuesto anual, estatuto de su personal, reglamento y estructura internos”.

Cabe tener presente que el artículo 76 de la Constitución Nacional, con la reforma de 1994, introdujo el instituto de la delegación de facultades del Congreso al Poder Ejecutivo, estableciendo que “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

La facultad reconocida en el artículo 5° del Decreto-Ley N° 17520/67, con autonomía de la materia elegida por el legislador de facto, no cumpliría con el criterio de asignación temporal de la legislación delegada por el Congreso al Poder Ejecutivo según el estándar constitucional apuntado. Evidentemente, no parecería ser lo mismo la facultad delegada para crear normas con jerarquía de ley, que la delegación para crear entes o sujetos de derecho privado. No obstante esa diferencia, en ambas situaciones lo que está en juego es una competencia propia del Congreso que se manifiesta con la sanción de una ley, transferida al Poder Ejecutivo en forma transitoria y no sin plazo, como puede apreciarse del texto del artículo 5° mencionado.

¿Esa delegación legislativa está vigente?

La disposición transitoria octava de la Constitución Nacional (1994) dispuso que toda la legislación delegada preexistente a su vigencia y que no contuviera un plazo establecido para su ejercicio, caducaría a los cinco años “*excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley*”. Por las leyes N° 25148 (1998), 25645 (2002), 25918 (2004), 26135 (2006) y 26519 (2009) se prorrogaron los plazos de esa caducidad automática, siendo quizás el aspecto más relevante de dichas prórrogas, con sus matices, el referido a aquellas normas delegantes y delegadas vinculadas a cuestiones tributarias.³ La última de las leyes prorrogó el plazo de caducidad hasta el 24 de agosto

³ Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Fallos*, 337:388 (2014).

de 2010, y el Congreso no volvió a extender los plazos ni a ratificar expresamente las normas delegantes.

Como norma también aplicable en el marco de la citada disposición transitoria octava, debe recordarse que, desde hace unos años se encuentra el Digesto Jurídico Argentino, aprobado por Ley N° 26939 (B.O. 16-VI-14) cuyo art. 2° declaró vigentes las normas incorporadas a su anexo I “Leyes nacionales de carácter general vigentes” y que incluye –bajo el Número de Orden 21, con el código “ADM-0696”– a la “Ley 17520”.

Es decir que el Decreto-Ley N° 17520/72 fue declarado como una “ley” vigente. Sin embargo, al momento de la aprobación del Digesto, la delegación de su artículo 5° invocada por el Decreto N° 794/17 ya había caducado.

¿Existían otros impedimentos o restricciones legales o constitucionales para la vigencia de la facultad invocada?

Quedaría, a su vez, una aparente tercera barrera legal frente a la vigencia de la delegación apuntada, que es la incluida en el artículo 5°, inc. a) de la Ley N° 25152 (de Convertibilidad Fiscal). Dicha norma fue sancionada en 1999 y prevé que con la finalidad de avanzar en el proceso de reforma del Estado nacional y aumentar la eficiencia y calidad de la gestión pública, toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y fondo fiduciario integrado con bienes del Estado, “*requerirá del dictado de una ley*”.

En 2001, la Procuración del Tesoro de la Nación –el órgano máximo de asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo Nacional– tuvo oportunidad de expedirse sobre el alcance de la Ley N° 25152 al dictaminar sobre el decreto de creación de *Sistema Nacional de Medios Públicos S.E.*, donde se había invocado la delegación establecida en el artículo 9° de la Ley N° 20705 para transformar sociedades anónimas en sociedades del Estado. Dijo entonces el Máximo Asesor letrado del Estado Nacional que esa ley no había coartado la posibilidad de que la Administración acudiera a un tipo legal preexistente que

la faculta, a fin de cumplir con sus objetivos.⁴ Tipo legal preexistente que ahora estaría dado por el artículo 5° del Decreto-Ley N° 17520/67 citado.

A modo de cierre

En un ejercicio meramente conjetural podríamos preguntarnos: ¿No satisface actualmente la DNV los fines y objetivos para la cual ha sido creada? ¿Será CVSA el vehículo adecuado para esa finalidad insatisfecha?

El camino de la eficiencia del gasto y de la gestión en la contratación de obras y servicios no serían, para el imaginario colectivo, parámetros que puedan cotejarse como constante en el sector público. Algo similar sucede con otras figuras aplicadas en el mundo desde hace algunos años y ahora en la Argentina a partir de su recepción normativa: nos referimos a los contratos de participación público privada (Ley N° 27328).

La clave de bóveda del Decreto N° 794/17 estaría dada por la aparente eficiencia del sector privado, verdadero mito frente a la gestión en el sector público (con mayores riesgos, vicios y demandas). Podemos pasarnos la vida discutiendo sobre cuáles son los riesgos y vicios del sistema legal argentino que aumentan o provocan obstáculos para lograr a una mejora real y definitiva de la calidad de vida en todo el territorio nacional. En la discusión se nos pasa por alto que los gobiernos, cualquiera sea el color político que posean, tienen que dar respuestas a las demandas insatisfechas de la población y rendir sus cuentas (*accountability*) de sus acciones y omisiones.

En la rendición de cuentas de todos los gobiernos y gobernantes entran necesariamente los instrumentos elegidos para satisfacer el interés público. Detrás de criterios de prudencia política se esconden (algunas veces y otras no tanto) prejuicios, ilusiones y falacias donde lo que fallan no son tanto los vehículos a cargo de la gestión de los asuntos públicos, sino los controles, los circuitos, la transparencia con la que se administran esos intereses y, siempre y en todos los casos, las personas.

⁴ Procuración del Tesoro de la Nación. *Dictámenes*, 236:354. Recuperado de <https://www.ptn.gov.ar/images/dictámenes/febrero2001/236-354.pdf>

Como nota de color, la Unión Europea ha establecido a la eficiencia de la Administración pública entre las Prioridades para 2014-2020, la que incluye: (i) crear instituciones estables y predecibles, pero también lo suficientemente flexibles como para reaccionar ante los numerosos desafíos sociales, abiertos al diálogo con el público, capaces de introducir nuevas políticas y ofrecer mejores servicios; (ii) la inversión en estructuras, capital humano y sistemas y herramientas del sector público orientada hacia procesos organizativos más eficientes, gestión moderna, funcionarios públicos motivados y capacitados.⁵

Modernizar el Estado no es sinónimo de salida del derecho público. Correrse al derecho privado tampoco es la solución a los problemas recurrentes de la ineficiencia en la gestión estatal. El corrimiento sólo marca un camino, uno más, donde un nuevo (o viejo) paradigma se ha reinstalado.