

CAPÍTULO VIII

DESREGULACIÓN Y PRIVATIZACIÓN PORTUARIA

SUMARIO

1. El marco constitucional	749
2. El sistema portuario clásico	750
2.1. Código Civil: Puertos del dominio público	750
3. Ley de la navegación: Igual solución	751
3.1. La realidad de los puertos privados	751
3.2. Evolución e involución de los puertos públicos	752
3.3. La pérdida de competitividad de los puertos públicos.....	753
3.4. El “precario” portuario y la decadencia de los puertos.....	754
4. La ley de reforma del Estado y sus decretos	754
4.1. El vocablo “privatizar” y los puertos	754
4.2. Concesiones de obras y servicios	755
4.3. Las provincializaciones.....	755
4.4. La protección de los usuarios	756
4.5. Eficiencia y costos	756
4.6. Participación	756
5. La Ley de Puertos. Puertos privados. Desregulación.....	756
5.1. La admisión legal de los puertos privados	756
5.2. Destino de los puertos públicos y privados	757
5.3. Playa y camino de sirga. Espejo de agua	757
5.4. Habilitación	759
5.5. La desregulación laboral y la competitividad portuaria	760
5.6. Régimen tarifario	761
5.7. Disolución de la A.G.P. S.E.	762

Capítulo VIII
DESREGULACIÓN Y PRIVATIZACIÓN PORTUARIA¹

1. El marco constitucional

La concepción ideológica de libre comercio y navegación que inspiró a la Constitución liberal de 1853, se halla en plena concordancia en lo interno con los principios que en lo internacional proclama el Acta Única Europea. Ésta prevé para enero de 1993 “un espacio organizado sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada.”

Dentro de tales principios de libre circulación, comercio y navegación interior de nuestra Constitución encontramos: 1) La finalidad de promover el tráfico interprovincial por medio de la libre navegación de los ríos;² y 2) la jurisdicción de la Nación en materia de habilitación y reglamentación de puertos para garantizar la libre navegación.³

La Constitución prohibió también que en el ejercicio de esa jurisdicción se concedan privilegios o preferencia a un puerto sobre otro:⁴ A la libertad y concurrencia o competitividad están así explícitas en el texto y en el espíritu constitucional que, por lo demás, concuerda en lo interno con la nueva política internacional.

Debe así quedar en claro que la circunstancia rectora o arcóntica que lleva a la jurisdicción nacional en la Constitución en cuanto a la regulación y fiscalización de la actividad portuaria, es que la Nación como ente superior a las provincias

¹ Conferencia pronunciada en el seminario internacional sobre Las transformaciones del sector público, en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay, 16 al 18 de setiembre de 1992.

² Art. 26 de la Constitución nacional.

³ Art. 67, inc. 9, de la Constitución nacional. O como dice con más énfasis ZAVALIA, CLODOMIRO (*Derecho federal*, t. II, 3^a ed., Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, pp. 959 y 960), “la Nación no tiene jurisdicción en esas riberas sino al único y exclusivo objeto de asegurar la libre navegación y facilitar, por lo tanto, el comercio internacional e interprovincial.”

⁴ Art. 12. Este precepto está tomado de la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, que sin embargo no tiene la cláusula del art. 67, inc. 9, de la nuestra.

asegure el libre tránsito y demás principios enunciados, evitando que eventuales decisiones provinciales se dictaran en detrimento de ese libre comercio.⁵ Lo mismo ocurre con la prohibición de aduanas interiores.

No se halla en modo alguno dentro de estas pautas, ni en su texto ni en su contexto o espíritu y finalidad, ni menos corresponde, interpretarlos diversamente en la actualidad ante los citados principios internacionales vigentes de libre circulación, que los puertos deban *pertenecer al dominio público* ni que el Estado deba *explotarlos y prestar por sí los servicios portuarios*.

Éstas son cosas que con el tiempo vinieron siendo agregadas por el legislador o la doctrina, ante nuevas corrientes de opinión económica y política en el mundo y en nuestro país, pero que no están en el texto ni en la correcta tésis constitucional, tanto la original como la que hoy en día vuelve a ser la que corresponde aplicar conforme a la prevaleciente doctrina económica mundial.

Lo cual no empece, desde luego, a que el futuro traiga un nuevo retorno al pasado, magüer las predicciones de que en esta materia se ha arribado al fin de la historia, en las poéticas palabras de KANT, HEGEL, FUKUYAMA.⁶

De todas maneras, atento a que no hay bienes del dominio público *por su naturaleza* o por derecho natural,⁷ sino que ello depende de la calificación legal que se les dé en forma expresa, resulta oportuno destacar que la Constitución nada dice al respecto, quedando por ello la cuestión remitida al exclusivo juicio del legislador.

2. El sistema portuario clásico

2.1. Código Civil: Puertos del dominio público

El art. 2340 del Código Civil, recogiendo la inspiración del derecho comparado un poco más antiguo, dispone en su inc. 2 que pertenecen al dominio público del Estado general o de los Estados particulares “los mares interiores, bahías, puertos, ensenadas y ancladeros.”

La primera lógica interpretación, en razón de que el inciso hace una enumeración de accidentes geográficos entre los cuales se hallan los puertos, es que esta

⁵ Arts. 9, 10, 11 y 12, primera parte.

⁶ Ver *supra*, cap. I, n° 4, y el cap. IV del t. 1 de nuestro *Tratado*.

⁷ En este sentido: MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1960, p. 43; *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 82 y 83; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. 4, Buenos Aires, 1955, p. 305; DE LAUBADÈRE, ANDRÉ, *Traité élémentaire de droit administratif*, París, L.G.D.J., 1953, pp. 722 a 730 y *Traité de droit administratif*, 8ª ed. por VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, IVES, t. 2, París, L.G.D.J., 1986, p. 130, n° 255.

inclusión se refiere únicamente a los puertos naturales,⁸ o sea, un sitio abrigado de la costa donde se puede fondear.⁹

La tradicional interpretación del artículo concluye en que quedaría igual comprendido por aplicación del inc. 7 del mismo artículo “[...] cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común.”¹⁰

Sin embargo, parece claro que una cosa es decir que tanto pertenecen al dominio público un puerto hecho por el hombre como un puerto natural, que afirmar que ambos tienen el mismo régimen jurídico.

Sobre esto volveremos más adelante. Baste por ahora precisar que esta doble calificación del puerto natural y artificial como integrantes del dominio público no es de origen constitucional sino legal, y que por ende resulta susceptible de modificación por vía legislativa.

3. *Ley de la navegación: Igual solución*

Éste es también el principio adoptado explícitamente por la llamada Ley de la Navegación, en cuanto dispone en el art. 8 que “los puertos y cualesquiera otras obras públicas construidas o consagradas a esa finalidad, son bienes públicos destinados a la navegación y sujetos a la jurisdicción nacional.”

Bueno es destacar que esta norma, al igual que la doctrina que interpreta la distinción del Código Civil entre “dominio” y “jurisdicción,” sólo establece la jurisdicción nacional, pero no el carácter de formar parte del dominio público nacional.

3.1. *La realidad de los puertos privados*

Dentro de la conocida situación argentina de un sistema paralelo de normas y comportamientos,¹¹ cabe mencionar la existencia, desde casi siempre, de puertos de naturaleza privada, no previstos en ninguna parte del ordenamiento, pero sin embargo perfectamente existentes y operantes, en número de alrededor de cuarenta, algunos de ellos muy importantes.

Su calificación de privados deviene no sólo de que fueron construidos por particulares, sino también de que no lo fueron para utilidad o comodidad común, sino para uso exclusivo de empresas que necesitaban poder fletar barcos desde

⁸ Así, VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo, IV*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952, p. 638.

⁹ En el derecho y la lengua francesa se distingue con mayor precisión entre havre, que constituye un lugar abrigado naturalmente, y port, que supone la intervención del hombre, como explica JURET, PIERRE MARIE, *Le domaine public maritime*, París, Dalloz, 1964, pp. 68 y 168.

¹⁰ VILLEGAS BASAVILBASO, *op. y lug. cit.*

¹¹ Ver nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Cívitas, 1982, y *L'amministrazione parallela. Il "parasistema" giuridico-amministrativo*, Introducción de FELICIANO BENVENUTO, Milán, Giuffrè, 1987, vol. 20 de la serie de la Università degli Studi di Bologna, Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione.

sus propias plantas fabriles para ahorrar costos y resultar competitivos en el mercado mundial.¹²

Desde luego, esta existencia fáctica sin un adecuado sustento normativo fue hecha fruto de la necesidad, y nunca ninguna autoridad pública pensó que se debiera hacer cesar tales actividades.

La cuestión que debatieron las autoridades nacionales, durante muchos años, era cómo encarar la cuestión, si por la modificación del concepto legal de puerto en cuanto integrante del dominio público, o por la modificación de la interpretación del alcance del vocablo, con o sin modificación legal.

También es interesante destacar que la doctrina, desde el comienzo, distinguió entre puertos militares y comerciales, entendiéndose asimismo que la habilitación se refería sólo a los segundos, quedando entonces los primeros en una categoría *ad hoc* de puertos no habilitados,¹³ en la que de hecho se incorporaron, en este interregno, los puertos privados.

A partir de la diferenciación que ya vimos entre propiedad provincial de las aguas y playas, y jurisdicción nacional sobre ellas y los puertos, se puede llegar a la actual triple distinción que puede construirse, a nuestro modo de ver, a partir de la ley de puertos: propiedad, jurisdicción, *uso*.

Ahora corresponde distinguir entonces entre la propiedad del espejo de agua o la playa (provincial), la regulación o jurisdicción (federal) y el uso del espejo de agua por el titular del puerto. (Restricción al dominio público provincial, en el caso del puerto privado.)

3.2. *Evolución e involución de los puertos públicos*

En materia de puertos privados venimos de decir que estaban, antes de la reforma, sin texto legal específico que se pudiera invocar en su sustento. Ello no impidió su eficaz funcionamiento.

En cuanto a los puertos naturales o artificiales pertenecientes inequívocamente al dominio público y sujetos a las reglamentaciones que para su habilitación y

¹² Esta categoría, desde luego, no era admitida por la doctrina, que alguna vez llegó incluso a afirmar que hasta la gestión o explotación debía ser siempre fiscal, como recuerda BIELSA, *op. cit.*, p. 356, nota, recordando a LÓPEZ, LUCIO V., *Derecho administrativo argentino*, p. 411.

¹³ VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, pp. 634 y 635. Esto importaba una primera institución paralela de puertos que no era necesario habilitar a pesar del texto constitucional, pues “la facultad de habilitar puertos sólo importa el permiso de cargar y descargar mercaderías, embarcar y desembarcar pasajeros,” según el razonamiento jurisprudencial que el autor recuerda: Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 111: 179, 1909, citado en nota 10 de la p. 635. Basta, pues, que el legislador defina de otro modo el concepto de puerto, como lo ha hecho la ley 24.093, para que quepa entonces la doble calificación de puertos públicos y privados, así como desde el comienzo se pudo hablar de puertos que necesitaban habilitación y puertos que no la necesitaban, y esto sólo por interpretación doctrinal, ni siquiera legal.

funcionamiento dicta el Congreso de la Nación,¹⁴ siempre se admitió la participación del capital privado en la construcción, operación y explotación de tales puertos públicos, generalmente mediante la figura de la concesión de obra.

Así, algunos puertos fueron construidos por empresas privadas a cambio de la contraprestación de explotarlos durante un tiempo determinado para recuperar con la tasa de retorno la inversión realizada. Tal es el caso del puerto de Rosario, construido por capitales franceses y explotado privadamente hasta la década de los años 30. Esta política de concesiones predominó durante el siglo pasado y primeros años del actual,¹⁵ que luego se complementarían con las de más nacionalizaciones de diversa índole, sobre todo a partir de la década de los años 40.

3.3. *La pérdida de competitividad de los puertos públicos*

Con el correr del tiempo fue posiblemente inevitable la progresiva burocratización y creciente reglamentarismo con que la administración nacional encaró el tema portuario, en forma a su vez crecientemente centralizada en todas las manifestaciones del poder conforme se fue configurando el Estado argentino para esa época.¹⁶

Es así como los puertos argentinos, y principalmente el de Buenos Aires, llegaron finalmente a caracterizarse y destacarse comparativamente en el mundo en forma negativa, por la frondosa e irreal reglamentación de su movimiento, aumentando por múltiples vías y exigencias su costo para los buques que allí anclaban.

Este encarecimiento derivaba, por ejemplo, de normas y procedimientos que producían lentitud en el proceso de carga y descarga, mayor costo de los depósitos, largas filas de camiones para poder entrar su carga al puerto, normas laborales que complicaban y demoraban las operaciones, etc., todo lo cual determinó su calificación interna y externa como “puerto sucio,”¹⁷ es decir, caro y, por ende, económicamente no competitivo.

Ahí se consuma finalmente la vuelta de 180 grados respecto a la intención constitucional, y aparece en la nueva política mundial, que regresa a la prevista en la Constitución, inevitablemente desfasada fáctica y jurídicamente.

Estos mayores costos son un mayor precio de los productos que se importan y uno menor de los que se exportan, disminuyendo en general la competitividad

¹⁴ Arts. 12, 26 y 67, inc. 9, de la Constitución nacional.

¹⁵ ALEMANN, ROBERTO T., *Curso de política económica argentina*, Buenos Aires, ed. Alemana S.R.L., 1981, t. I, p. 270.

¹⁶ Explicamos esta evolución en nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires y México, ed. Macchi y Alianza para el Progreso, 1973, p. 90 y ss.; en igual sentido, AGULLA, JUAN CARLOS, *Federalismo y centralismo*, Buenos Aires, ed. Líbera, 1967, p. 151 y ss., y las demás contribuciones al mismo libro.

¹⁷ ALEMANN, *op. cit.*, p. 321.

de los productores nacionales en el mercado mundial y afectando, por ende, la balanza de pagos.

3.4. *El “precario” portuario y la decadencia de los puertos*

Hay causas de la decadencia portuaria que provienen del siglo pasado y nunca han tenido principio de solución. Tal vez un efecto futuro de la privatización y desregulación portuaria, de afirmarse como nuevo contexto jurídico y económico más próximo al derecho administrativo moderno que al clásico derecho administrativo, pueda producir como resultado un cambio de orientación en la materia, dándoles la estabilidad y seguridad jurídicas que debieran ser básicas en el derecho argentino.¹⁸

La ley de reforma del Estado sólo incluyó parcialmente la cuestión portuaria mediante una tibia modificación de la A.G.P., y tampoco se incluyó el tema portuario dentro de la desregulación general establecida por el decreto 2284/91.¹⁹ La desregulación portuaria fue dictada en 1992.

4. *La ley de reforma del Estado y sus decretos*

4.1. *El vocablo “privatizar” y los puertos*

El anexo I de la ley se refiere a la Administración General de Puertos estableciendo su descentralización o Provincialización y la concesión total o parcial de puertos o instalaciones portuarias principales y accesorias.

Aquí, como en todo su texto, la ley y el anexo se permiten emplear una significación no tradicional del vocablo “privatizar.” Si “nacionalizar” era trasferir la *propiedad* de una empresa privada a manos del Estado, pareciera que “privatizar” debiera utilizarse con el sentido inverso de transmitir propiedad estatal a manos privadas.

No así en la ley de reforma del Estado, que prevé como formas de “privatización” de la Administración General de Puertos el otorgamiento en concesiones de obras o servicios aun de carácter periférico.

Sin embargo, en la medida en que posteriormente la ley de puertos autoriza finalmente el funcionamiento de los puertos privados, se puede decir que hay al menos una legalización de la privatización o propiedad privada de puertos preexistente en el país. Esa “privatización,” con todo, la hace la ley de puertos de 1992, y no la ley de reforma del Estado de 1989.

¹⁸ Ampliar sobre la cuestión de la precariedad en los contratos administrativos en GRECCO, CARLOS M. y MUÑOZ, GUILLERMO A., *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1992.

¹⁹ Ver nuestro artículo “La validez constitucional del decreto 2284/01,” en el *Periódico Económico Tributario*, Buenos Aires, LL., n° I, noviembre de 1991.

El anexo I de la ley de reforma del Estado referida a la Administración General de Puertos, previendo concesiones pero no su estricta privatización, es derogada por el art. 24 de la nueva Ley de Puertos, pero con anterioridad fueron dictados, en ejecución de ella, los decretos 906/91 y 817/92 previendo la descentralización, provincialización o concesión.

4.2. *Concesiones de obras y servicios*

En ejecución del anexo I de la Ley de Reforma del Estado, el decreto 2074/90 estableció los lineamientos para ejecutar la decisión legislativa de “descentralizar y provincializar” los servicios que prestaba la Administración General de Puertos.

Dispuso así el citado decreto que los puertos nacionales más importantes de la Administración General de Puertos se mantengan en jurisdicción nacional, pero que las obras y servicios portuarios sean explotados por medio de concesionarios, conforme al énfasis ahora dado a estas figuras antaño desfavorecidas.²⁰ Posteriormente, según veremos en el punto final, se pasó a la lisa y llana disolución de la Administración General de Puertos.

4.3. *Las provincializaciones*

El decreto 906/91 determinó la transferencia, a las provincias que los aceptaran, de los demás puertos nacionales, y especificó las pautas de tales convenios;²¹ se previó la formalización de situaciones preexistentes de permisos en transferencia de dominio.

En todos los casos se mantuvo la jurisdicción nacional, pero con cierta libertad en la fijación de tarifas.²²

El decreto contempla, pero no instrumenta, la transferencia del dominio a las provincias en estos casos de provincialización, aunque pareciera obvio que la transferencia de dominio debiera ser parte inseparable de la llamada provincialización.

Ello se completa con el art. 11 de la ley 24.093, que ahora sí establece que “el Poder Ejecutivo les transferirá a *título gratuito*, el dominio y/o administración portuaria.” Sigue reservándose el Estado nacional, como se advierte, la jurisdicción nacional.

²⁰ Ver nuestro artículo “La concesión de obras públicas y la privatización de empresas públicas por la concesión. Aspectos comunes,” en el libro *Iniciativa privada e serviços públicos*, separata de la *Revista de Direito Público*, ed. Revista dos Tribunais, vol. 98, San Pablo, abril-junio de 1991, pp. 9-17.

²¹ Arts. 1 a 14.

²² El art. 7 establece la base del régimen tarifario a aplicar, en virtud del principio de la uniformidad de rubros en el orden nacional, pero con libertad en la fijación concreta de las tarifas, con el deber de únicamente informar a la autoridad portuaria nacional, en la forma que ésta determine, las tarifas aplicadas y el movimiento comercial de cada puerto.

4.4. *La protección de los usuarios*

Diversas normas mientan la protección del usuario, pero no instrumentan los mecanismos necesarios para efectivizarla.²³

4.5. *Eficiencia y costos*

Hay también criterios orientadores de carácter general, en el sentido de que unos y otros puertos deberán procurar “la mayor eficiencia y calidad,” “el mayor beneficio posible al comercio exterior e interior del país”²⁴ y el “abaratamiento efectivo de las tarifas a cargo del usuario.”²⁵

4.6. *Participación*

Respecto de los puertos “principales,” el decreto prevé pero tampoco instrumenta la participación en su manejo “de las autoridades nacionales, provinciales y municipales, así como de los usuarios y de los gremios portuarios.”²⁶

En cambio, la coetánea ley de puertos dicta normas sobre participación en los puertos principales a municipalizar o provincializar, como condición del traspaso.²⁷

5. *La Ley de Puertos. Puertos privados. Desregulación*

5.1. *La admisión legal de los puertos privados*

La Ley de Puertos modifica sustancialmente el Código Civil y la situación preexistente de puertos solamente del dominio público nacional, y pasa a admitir en forma expresa la categoría jurídica no sólo de los puertos nacionales, provinciales y municipales (no aclara, en estos tres casos, si se trata siempre del dominio público o si pueden serlo del dominio privado), sino también de los particulares, según la “titularidad.”

²³ El art. 8 establece que los puertos se regularán “contemplando los intereses de los usuarios;” el art. 3, que el convenio de traspaso deberá incluir pautas para el “dictado de normas para la protección del usuario” (ap. I); El art. 25 que los estatutos de los entes encargados de la administración de los puertos descentralizados deberán prever mecanismos de solución de los reclamos de los usuarios “en forma ágil y económica.”

²⁴ Art. 18.

²⁵ Art. 19.

²⁶ Art. 15.

²⁷ Art. 12: “En el caso especial de los puertos de Buenos Aires, Rosario, Bahía Blanca, Quequén y Santa Fe, la transferencia prevista en el artículo anterior se efectuará a condición de que, previamente se hayan constituido sociedades de derecho privado o entes públicos no estatales que tendrán a su cargo la administración de cada uno de esos puertos. Estos entes se organizarán asegurando la participación de los sectores particulares interesados en el quehacer portuario, comprendiendo a los operadores, prestadores de servicios, productores usuarios, trabajadores y demás vinculados a la actividad.”

Cabe concluir que con ello se modifica la definición del Código Civil en cuanto al dominio público como única forma aparente, en el viejo código civil, de propiedad de los puertos. Esta ley introduce así un cambio sustantivo y profundo en la legislación de fondo.

5.2. *Destino de los puertos públicos y privados*

Más aún, la ley clasifica los puertos no solamente según su titularidad, como quedó dicho, sino también según su destino,²⁸ lo cual da pie para aplicar luego diferentes regímenes jurídicos, como es obvio.

Los puertos estatales que no están destinados obligatoriamente²⁹ al uso público no integrarán el dominio público y podrán operar bajo el régimen del derecho privado.

Esta sustancial modificación de los conceptos y categorías del Código Civil importa que las autoridades de aplicación han de considerar la existencia tanto de puertos privados de particulares, como de puertos del dominio privado del Estado.

Según su destino, e independientemente de la titularidad del dominio del inmueble y de su uso, los puertos son clasificados en: Comerciales,³⁰ industriales³¹ y recreativos³² en general. El destino puede, con todo, ser modificado.³³

5.3. *Playa y camino de sirga. Espejo de agua*

En tanto los puertos eran del dominio público, carecía de interés práctico preguntarse qué ocurría dentro de su ámbito físico sobre la parte de la costa que cubren y descubren las más altas y bajas mareas, que pertenecen al dominio

²⁸ Art. 7: “Los puertos se clasifican en: 1) Según la titularidad del inmueble: nacionales, provinciales, municipales, de los particulares; 2) según su uso: Uso público, uso privado. Son considerados puertos de uso público: Aquellos que, por su ubicación y características de la operatoria deban prestar obligatoriamente el servicio a todo usuario que lo requiera. Son considerados puertos de uso privado: Aquellos que ofrezcan y presten servicios a buques armadores, cargadores y recibidores de mercaderías, en forma restringida a las propias necesidades de sus titulares o las de terceros vinculados contractualmente con ellos. Dicha actividad se desarrollará dentro del sistema de libre competencia, tardo en materia de precios como de admisión de usuarios.”

²⁹ Son aquellos que según “su ubicación y características de la operatoria deban prestar obligatoriamente el servicio a todo usuario que lo requiera.” (Art. 7 citado.)

³⁰ Según la ley, se considera puertos comerciales aquellos cuyo destino es la prestación de servicios a buques y cargas, cobrando un precio por tales servicios.

³¹ Conforme al criterio legal, se considera puertos industriales aquellos en los cuales se opere exclusivamente con las cargas específicas de un proceso industrial, extractivo o de captura, cuando existe una integración operativa entre la actividad principal de la industria y el puerto.

³² Son considerados puertos recreativos en general, los deportivos, científicos o turísticos locales.

³³ Art. 8: “El destino de los puertos podrá ser modificado con autorización previa y expresa de la autoridad de aplicación. No se considerará cambio de destino la modificación de las instalaciones que resulte de los avances tecnológicos en el proceso industrial, de las exigencias del mercado y de las materias primas o productos elaborados que se embarquen o desembarquen en dichos puertos.”

público del Estado, o sobre el camino de treinta y cinco metros que el propietario de un fundo ribereño debe dejar libre de construcciones.³⁴

Del mismo modo, carecía de interés práctico preguntarse sobre la utilización del espejo de agua por parte de las instalaciones portuarias.

En el nuevo sistema legal, pareciera que no cabe ya hablar de playa, ni de camino de sirga: Ni una ni el otro existen o tienen razón de ser en un puerto.³⁵

Dado que el puerto supone por su naturaleza la explotación y manejo del modo de acceso de una embarcación a tierra, y viceversa, parécenos obvio que tanto el embarco como desembarco no se realizan en una “playa” ni sobre un supuesto “camino de ribera” destinado a la navegación “a la sirga.”

Si se trata de un puerto privado de carácter deportivo, que pueda de hecho tener playa, ésta ha de considerarse afectada a un uso público indirecto, o sufriendo el Estado una restricción al dominio, equivalente a la que el propietario del fundo ribereño sufre de permitir su uso.

En este caso es el Estado que sufre la mera restricción al dominio, al permitir necesariamente al dueño del puerto privado utilizar la playa en forma directa e inmediata; y entendemos exclusiva, como parte de sus instalaciones. Mantiene la propiedad de la playa como parte del dominio público, pero su uso se halla limitado del modo expuesto.

Algo parecido ocurre, a nuestro entender, con el espejo de agua que circunda al puerto. No tendría absolutamente ningún sentido afirmar que pertenece inalterado como parte del dominio público librado al uso común de los habitantes, pues es claro que sólo se puede racionalmente permitir la navegación conforme a las normas de acceso y utilización del puerto correspondiente.

A lo sumo cabría decir que sirve al uso indirecto de los habitantes, si se desea mantener la terminología tradicional en la materia.

Otra variante, tal vez más realista, es afirmar que se trata de una mera restricción que no cambia la naturaleza del dominio pero sí su utilización, del mismo modo que los particulares sufren meras restricciones en su propiedad en favor del Estado o de la comunidad.

Ese espejo de agua, en consecuencia, si bien seguirá siendo parte del dominio público del Estado, tendrá una mera restricción a su uso, en favor del titular del puerto y conforme al tipo de destino y uso que éste realice para sí o para terceros en los términos del art. 7 de la ley.

³⁴ Arts. 2639 y 2040 del Código Civil.

³⁵ Comparar: ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 963, quien se pregunta: “¿Puede considerarse afectada, a los objetos de la navegación una calle ribereña, no habiendo muelle o embarcadero y no usándose ya el sistema de la sirga? Es indudable que ZAVALÍA apunta así a la falta de sustento fáctico de la institución del camino de sirga, por no existir la navegación a la sirga.

5.4. *Habilitación*

La ley, como los anteriores proyectos, resuelve de la única manera razonable posible el tema de la habilitación de puertos, que supuestamente sería una facultad del Congreso nacional.

Al respecto dispone que solamente “requieren habilitación del Estado nacional todos los puertos comerciales o industriales *que involucren al comercio internacional o interprovincial*” (art. 4), la cuales, a su vez conferida por el Poder Ejecutivo, “comunicando dicha decisión al Congreso dentro del plazo de diez días hábiles, contados a partir de la fecha del decreto respectivo.” (Art. 5.)

Cumplida esta condición, el acto administrativo goza de estabilidad en sede administrativa, no pudiendo dejárselo sin efecto sin acudir a la vía judicial.³⁶

Surge del art. 5 que los puertos privados que no involucren al comercio internacional o interprovincial, como por ejemplo algunos de los puertos industriales y casi por definición todos los deportivos, no requieren habilitación estatal para funcionar como tales, salvo las norman municipales de carácter edilicio o urbanístico.

En cuanto a los puertos privados que sirvan al comercio internacional o interprovincial, se prevé el saneamiento de su habilitación precaria preexistente.³⁷

De más está decir que este régimen de delegación al Poder Ejecutivo en materia de habilitaciones también constituye una reforma sustancial, que a muchos provoca dudas en cuanto a su constitucionalidad, pero que constituye, a nuestro juicio, la única solución acorde con los tiempos y que no introduce ninguna alteración sustancial en el sistema de división de poderes, en tanto que devuelve u otorga vitalidad al sistema portuario.

La habilitación de un puerto por acto legislativo era una rémora del pasado, como lo fue durante algún tiempo la habilitación legislativa para demandar al Estado: Era una idea a la cual se había agotado su tiempo, superada por una realidad no sólo diferente sino también con sólido sustento en el contexto económico nacional e internacional.

³⁶ Por una parte se trata del régimen general de estabilidad de los actos administrativos, regido por la ley 19.549 y los principios constitucionales aplicables en la materia, que explicamos en nuestro *Tratado de derecho administrativo; op. cit.*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. VI. Por otra parte, la misma ley de puerto se refiere, un poco superfluamente tal vez, a que la validez del acto está condicionada a la subsistencia de las condiciones de hecho que le dieron nacimiento. Como expresa el art. 10: “La habilitación de todos los puertos mantendrá su vigencia mientras continúe la actividad de los mismos y el mantenimiento de las condiciones técnicas y operativas exigidas por la presente ley y su reglamentación y que dieron lugar a la habilitación respectiva.”

³⁷ Art. 9: “Los puertos y terminales particulares que a la fecha de promulgación de esta ley se encuentren en funcionamiento con autorización precaria otorgada por autoridad competente y conforme a las normas que regulaban la materia, serán definitivamente habilitados por el Poder Ejecutivo nacional, quien deberá comunicar esta decisión al Congreso nacional, dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir de la fecha de la resolución.”

Así como se admite la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo en ciertas materias de sustancia legislativa material, con mayor razón se puede admitir la delegación cuando el acto en esencia es de tipo administrativo.

Es lo mismo que ocurre con las concesiones, que la Constitución en principio atribuye al Congreso, pero que éste atribuye a su vez al Poder Ejecutivo por ser la única forma que tiene razón de ser contemporáneamente.

La única salvedad que se puede hacer a este tipo de trasferencia de potestad legislativa al Ejecutivo es que debe ir acompañada de un reforzamiento de los instrumentos de control de la administración pública, muy debilitados entre nosotros y a los cuales ya hemos hecho más que reiterada referencia en todos los tiempos.

5.5. *La desregulación laboral y la competitividad portuaria*

El decreto 817/92, con fundamento en el principio legal desregulador establecido en la ley 23.696 y la delegación que allí le efectúa el Poder Legislativo, priva de efectos a “toda cláusula convencional, actas, acuerdos, o todo acto normativo que establezca condiciones laborales distorsivas de la productividad o que impida o dificulte el normal ejercicio de dirección y administración empresarial conforme a lo dispuesto por los arts. 64 y 65 de Ley de Contrato de Trabajo.”³⁸

El art. 37 “suspende”³⁹ la vigencia de los convenios colectivos de trabajo que se incluyen en el anexo III.⁴⁰

Sobre la validez de esta suspensión los considerandos mencionan jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia,⁴¹ sosteniendo que en situaciones de emergencia social o económica la facultad de reglar derechos personales puede ser más enérgica que en los períodos de sosiego y normalidad.

Pensamos más bien que el fundamento es de índole legal y se halla en la desregulación de las actividades económicas dispuesta por el art. 10 de la ley 23.696, y de la delegación que allí se hizo al Poder Ejecutivo para identificar las normas derogadas por la ley.

Por otra parte, el decreto efectúa una desregulación de las normas reglamentarias que afectaban la actividad marítima, estableciendo la liberación de tarifas y sujetando su fijación al libre mercado,⁴² la reestructuración de las relaciones

³⁸ Art. 35, primera parte; a continuación, en 12 incisos enumera ejemplos de normas “privadas de efectos,” y en el inciso II aclara que esta desregulación también comprende a “toda norma que atente contra la mejor eficiencia y productividad laboral.”

³⁹ En cualquier caso, es de antaño conocida la solución de la jurisprudencia nacional conforme a la cual una suspensión *sine die* equivale a la derogación de la norma.

⁴⁰ Convenios colectivos 75/75, 43/89, 44/89, 128/90 81/89, 82/89, 106/75, 333/75, 175/75, 100/75, 222/75, 328/75 327/75, 332/75, 356/75, 300/75 314/75, 429/75, 158/75, 14/88, 61/89, 7/88, que prácticamente abarcan toda la actividad portuaria.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, *in re Soengas, Héctor R., y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos*, del 7-VIII-1990.

⁴² Arts. 14, 24, segunda parte, 28, 29, 32.

laborales incluida la suspensión de los convenios colectivos,⁴³ la libertad de contratación,⁴⁴ supresión de la obligación de los capitanes argentinos “que efectúen de manera regular entradas y salidas a los puertos,” de contratar servicio de pilotaje y practicaje,⁴⁵ remolcadores,⁴⁶ etc.

Otro aspecto de la desregulación impuesta en este decreto lo constituye la expresa aclaración de un elemental principio de derecho que sin embargo tenía dificultosa aplicación. Dice en tal sentido el art. 18: “Los buques y las cargas que operen en los puertos de los particulares estarán exentos del pago al Estado de derechos y tasas por servicios portuarios que éste no preste efectivamente.”

No debiera ser una novedad jurídica, pero en la práctica de nuestra actividad portuaria, no por nada una de las más caras del mundo, constituye un cambio sustancial que suponemos tendrá, esta vez sí, vigencia práctica efectiva.

También es una importante desregulación la que establece el art. 24 de la Ley de Puertos, cuando deroga “las leyes 16.971, 16.972, 21.892, 22.080, el decreto 10.059/43, ratificado por ley 13.895, y toda otra norma legal o reglamentaria en cuanto se oponga a la presente.”⁴⁷

De todas maneras, en este como en otros temas, la desregulación portuaria no es, en la práctica, proporcional a la aparente contundencia de las normas.

5.6. Régimen tarifario

En el caso de los puertos principales,⁴⁸ la administración de cada uno de ellos establecerá sus propias tarifas.⁴⁹

El principio rector es entonces el mismo ya sentado por el decreto de desregulación 2284/91 y por el art. 8, inc. c, del decreto 817/92: *libre competencia de precios y condiciones entre las partes*.

⁴³ Cap. V, arts. 24 a 37.

⁴⁴ Arts. 11, 24, 28, 29 y 35.

⁴⁵ El mismo art. 23 establece la frecuencia mínima de operación para admitir esta dispensa, y a estos efectos estatuye la responsabilidad solidaria del capitán y armador por los daños y perjuicios que causaren en el ejercicio de esta función.

⁴⁶ En este caso la responsabilidad solidaria de armador y capitán estará sujeta a los términos del art. 13 del anexo I del decreto 2694/91, sin perjuicio de las sanciones penales y la dispensa se otorgará en función a las capacidades de la embarcación.

⁴⁷ También derogaba el anexo I de la ley 23.696 en cuanto dice: “Administración General de Puertos; descentralización y provincialización. Concesión total o parcial de puertos o instalaciones portuarias,” a fin de pasar a la lisa y llana disolución de la A.G.P ya comentada. Esa derogación fue vetada por el Poder Ejecutivo.

⁴⁸ Buenos Aires, Rosario, Bahía Blanca, Quequén y Santa Fe, conforme al art. 12 de la ley 24.093.

⁴⁹ Art. 12 de la ley 24.093.

5.7. *Disolución de la A.G.P. S.E.*

El art. 2 del decreto 817/92 dispone la disolución de la Administración General de Puertos Sociedad del Estado, “la que se efectivizará cuando hayan sido privatizados, transformados o transferidos los puertos que se encuentran bajo su jurisdicción.”

A ello lo faculta la ley 23.696, de reforma del Estado, por su art. 62.⁵⁰

⁵⁰ Conforme ya lo explicamos en nuestro citado artículo “La validez constitucional del decreto 2284/91,” en el *Periódico Económico Tributario*, Buenos Aires, La Ley, n° 1, noviembre de 1991.