

# El servicio público en el sector aerocomercial

## La eliminación parcial de las “tarifas mínimas”



*Nicolás Vergara*

### I. Introducción

Como señala la doctrina, hoy en día, el servicio público es una

actividad económica, con prestaciones técnicas, que es desempeñada por los particulares o que puede prestar el Estado, según lo disponga el legislador. Cuando la prestan los particulares está sujeta a un control que, en general, el legislador quiere que sea técnico y no político (Mairal, 2005: 232).

A su vez, Marienhoff (1982: 18) sostiene que servicio público es

toda actividad de la Administración Pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal.

En similar sentido, Balbín (2011: 611) señala que los servicios públicos son “aquellos servicios que el Estado debe garantizar pero puede abstenerse de prestar. De modo que no es necesario que el Estado preste tales servicios con carácter exclusivo o concurrente”.

Por su parte, Cormick (2012) sostiene que “existen ciertas actividades que, por su importancia para la sociedad en determinado momento, y por las características particulares de su prestación, no son susceptibles de ser prestadas en competencia sin distorsiones de mercado”.

Remarcamos que el servicio público lo puede prestar tanto el Estado como los particulares, debido a que esto no siempre fue así. En efecto, “originariamente, el servicio público solo se concebía como una actividad desarrollada por órganos estatales” (Marienhoff, 1982: 3). En tal sentido, en nuestro país, la Constitución nacional de 1949 establecía que los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación.

En la República Argentina, el proceso de privatización, iniciado con las sanciones de las leyes de Reforma del Estado y de Emergencia Administrativa y Económica, operó una serie de técnicas de “repliegue” o “retroceso” de la presencia estatal en la economía (Cassagne, 2002: 630-631), si se tiene en consideración la liquidación o enajenación del capital privado de las sociedades estatales (Carbajales, 2014: 44).

Con posterioridad, el Estado nacional, a partir del año 2002, realizó un giro reasumiendo una participación directa en las actividades comerciales con interés general y procedió a estatizar muchas de las empresas que habían sido privatizadas –Aerolíneas Argentinas S.A. y Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. son dos de los casos más paradigmáticos–.

Asimismo, creó diversas empresas estatales como Líneas Aéreas Federales S.A. (LAFSA), Correo Oficial de la República Argentina S.A. (CORASA), Energía Eléctrica S.A. (ENARSA), Agua y Saneamientos Argentinos (AySA), Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (SOFSE), Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado (ADIFSE), Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado (FASE), Corredores Viales Sociedad Anónima (CVSA), entre otras.

Esta transformación es lo que se ha denominado, por parte de la doctrina especializada, como el “regreso del estado empresario” (Mata, 2007).

En el presente trabajo analizaremos el giro operado en los últimos años en el sector aerocomercial, su regulación en materia de servicios públicos y su tarifa, así como una reciente medida a ella vinculada.

## II. El servicio público en el sector aerocomercial

En el sector aerocomercial, cabe recordar que en los últimos años se estatizó Aerolíneas Argentinas S.A. y las empresas de su grupo económico, y se crearon varias sociedades estatales, como Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado (EANA) e Intercargo Sociedad Anónima Comercial.

No obstante ello, en el período reciente —a partir del año 2016— este sector se ha caracterizado por su apertura. Es decir que, si bien no se ha procedido a ninguna privatización, se ha impulsado su crecimiento y concurrencia, por ejemplo, mediante la autorización de nuevas rutas aéreas a empresas privadas (ochenta y tres rutas aéreas domésticas y noventa y dos rutas aéreas internacionales) (Datos oficiales disponibles en <http://www.argentina.gob.ar/transporte>).

Este fenómeno ha sido recibido por un sector con mucho beneplácito, mientras que otro ha sido particularmente crítico. En efecto, muchas de las rutas aéreas autorizadas lo fueron a favor de las empresas conocidas como *low cost*, que son

servicios aéreos prestados por transportadores que elaborando estrategias comerciales de estricta reducción de gastos, y amplio aprovechamiento de sus recursos, compiten en el mercado aerocomercial cumpliendo servicios de bajo costo y ofreciendo prestaciones básicas a precios sensiblemente inferiores a los regulares de los transportadores tradicionales (Balián, 2010).

La presencia de este tipo de empresas,

si bien implica un gran desarrollo del mercado y permite su acceso a personas que antes no tenían la capacidad de acceder en virtud de los precios más competitivos que suelen ofrecer, suele recibir críticas, entre otras cosas, por las condiciones de trabajo de sus trabajadores y por la falta de transparencia en los precios (Balián, 2010).

A su vez, en el mismo sentido, mediante la reciente Resolución N° 735 del 24 de septiembre de 2018 de la Administración Nacional de Aviación Civil se resolvió permitir que las empresas de transporte aéreo interno puedan autoprestarse y prestar los servicios de asistencia en tierra a empresas de su mismo grupo empresarial.

Con relación al servicio público de navegación aérea, la Ley N° 27161, sancionada el 15 de julio de 2015, establece en su artículo primero que la prestación de los servicios de navegación aérea en y desde el territorio de la República Argentina constituye un servicio público esencial, en los términos del artículo 24 de la Ley N° 25877. En tal sentido, esta última norma considera esencial el control del tráfico aéreo.

La mencionada Ley N° 27161 indica que el servicio público de navegación aérea comprende: a. La Gestión del Tránsito Aéreo (ATM), incluyendo los Servicios de Tránsito Aéreo (ATS); b. La Gestión de Afluencia del Tránsito Aéreo (ATFM) y la Gestión del Espacio Aéreo (ASM); c. Los Servicios de Información Aeronáutica (AIS); d. El Servicio de Comunicaciones Aeronáuticas (COM); e. El Sistema

de Comunicaciones, Navegación y Vigilancia (CNS); f. El Servicio de Búsqueda y Salvamento (SAR); y g. El Servicio Meteorológico para la Navegación Aérea (MET).

Consecuente con el carácter asignado de servicio público, en su artículo 4, el mencionado cuerpo normativo precisa que la actividad desplegada en el marco del Servicio Público de Navegación Aérea debe garantizar la seguridad, regularidad y eficiencia de la navegación aérea, respetando los parámetros de seguridad operacional establecidos o a establecerse por el Sistema Nacional de la Gestión de Seguridad Operacional de la Aviación Civil del Estado Argentino.

Asimismo, en el mismo precepto legal se prevé que se debe promover la innovación tecnológica, capacitar y facilitar la capacitación y profesionalización del personal conforme a estándares internacionales, asegurar el compromiso ambiental, garantizar la representación de la comunidad aeronáutica, gestionar con eficacia y eficiencia, establecer un sistema de gestión de la seguridad operacional conforme lo establecido o a establecerse por el Sistema Nacional de Gestión de la Seguridad Operacional de la Aviación Civil del Estado Argentino, crear y dar cumplimiento a un plan de negocios que equilibre la seguridad operacional y el respeto de los derechos de los trabajadores, alcanzar un liderazgo en la región, lograr el autofinanciamiento y reinvertir en dicha actividad las ganancias que se obtengan.

A su vez, la Ley N° 19030, del 7 de mayo del año 1971 refiere expresamente al transporte aerocomercial como servicio público en su artículo 5.

Por otra parte, cabe destacar que la citada Ley N° 27161 creó la Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado (EANA S.E.) antes mencionada, en la órbita –hoy en día– del Ministerio de Transporte, con sujeción al régimen establecido por la Ley N° 20705, disposiciones pertinentes de la Ley General de Sociedades N° 19550 (t.o. 1984) y sus modificatorias que le fueren aplicables y a las normas de su estatuto, la que tiene por objeto la prestación del servicio público de navegación aérea. A su vez, por el artículo 16 se transfirieron a dicha sociedad las funciones de control operativo de la prestación del servicio público de navegación aérea y la coordinación y supervisión del accionar del control aéreo, con sus respectivas competencias, cargos, personal y créditos presupuestarios, así como la administración de los bienes patrimoniales afectados a su uso.

Al enviar el proyecto de ley para su tratamiento parlamentario, el Poder Ejecutivo nacional, en sus fundamentos, indica que con la creación de la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) se centralizaron las funciones inherentes a la aviación y su control. Ahora bien, teniendo presentes las recomendaciones de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), se dictó el Decreto N° 1840/11, que modificó la asignación de competencias en la materia para mejor cumplimiento de las finalidades del organismo, logrando así que la ANAC no tenga a cargo la prestación de los servicios de navegación aérea, cuya actividad regula y le compete fiscalizar.

En virtud de dicha norma, se transfirieron las funciones de control operativo de la prestación de los servicios de navegación aérea, de coordinación y de supervisión del accionar del control aéreo –a cargo de la Administración Nacional de Aviación Civil– a la Fuerza Aérea Argentina y luego, con la Ley N° 27161, a la Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado.

No obstante, el artículo 24 de la ley aclara que la ANAC continúa ejerciendo la regulación, supervisión y fiscalización de las prestaciones transferidas a EANA S.E., de conformidad con las normas nacionales y las internacionales emitidas por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) (Ciminelli, 2015).

Por lo tanto, actualmente, mientras EANA S.E. es el prestador del servicio público de navegación aérea, la ANAC ejerce la regulación, supervisión y fiscalización de las prestaciones asumidas por aquella.

### III. Tarifas de servicios públicos

En términos generales, la tarifa es el precio que debe pagar el usuario por el servicio prestado.

Al respecto, se ha señalado que para el establecimiento de las tarifas es necesario encontrar un equilibrio que dé solución a las siguientes cuestiones:

- 1) Para la sociedad es fundamental que los capitales privados sean canalizados hacia inversiones en la prestación de servicios públicos. Con tal motivo, se le asegura al empresario que obtendrá una retribución justa y razonable y en correspondencia con las sumas invertidas;
- 2) Los servicios públicos generalmente son prestados en condiciones monopólicas o, al menos, en condiciones de supremacía de hecho sobre los usuarios, las cuales limitan la libertad de negociación de estos últimos, tanto atento a las peculiaridades físicas del suministro como por la satisfacción de necesidades básicas antes las cuales el usuario se ve impedido de ejercer su discusión de las condiciones contractuales. Por ello, la Administración goza de la potestad de establecer las tarifas de los servicios públicos, en defensa de los usuarios y al solo objeto de proveerlos de una tutela especial que los proteja de los abusos que puedan cometer las empresas prestatarias en su perjuicio;
- 3) Es necesario asegurar la continua expansión de los servicios a los efectos de satisfacer las necesidades de la creciente población y el buen estado de la infraestructura de la prestación. Para ello es imprescindible que las tarifas otorguen al empresario de servicios públicos un retorno del capital suficiente a tal fin (Kaufman, 1988).

A los efectos del presente trabajo, cabe destacar que, en el marco del servicio público prestado en condiciones de monopolio, el poder de regulación estatal es mucho mayor porque el campo de restricción de derechos es mayor. En efecto, de no existir una regulación y un contralor adecuado, el prestador del servicio podría establecer los precios a su sola discreción, con el riesgo que ello implica tanto para los usuarios del servicio como para el sector concesionado en su conjunto.

En tal sentido, el Estado debe reemplazar y recomponer el contenido de los derechos alterados, regulando más y más sobre este terreno con el propósito de garantizar derechos instrumentales que equilibren las alteraciones. En efecto, el Estado debe extender el campo regulado y profundizar su poder imponiendo deberes, obligaciones o cargas respecto del prestatario del servicio en condiciones de monopolio y a favor de derechos de los otros.

Cuando el Estado concede monopolios, entonces altera los derechos, entre otros, el de ejercer libremente el comercio y el intercambio de servicios en condiciones de igualdad. El Estado debe recomponer esas alteraciones, básicamente por medio de precios justos y razonables de los servicios prestados por sí o por terceros en términos de calidad, entre otros instrumentos (Balbín, 2011: 638-639).

En el campo tarifario, esto implica que a mayor monopolio corresponde una mayor regulación y, consecuentemente, a mayor concurrencia, menor regulación.

Es decir, las tarifas son fijadas por el Estado. Ahora bien, cabe preguntarse cuál es el límite. Sobre este tema, nuestro máximo tribunal se ha expedido en reiteradas ocasiones afirmando, por ejemplo, que

aún cuando las tarifas no constituyen un precio único e inmutable para regir durante todo el tiempo de la concesión, el concesionario tiene derecho a reclamar la indemnización correspondiente en el caso de que los nuevos precios alteren la ecuación económico-financiera de la concesión (*Fallos*, 321: 1786).

#### **IV. Las tarifas en el sector aerocomercial. La Resolución N° 656/2018 del Ministerio de Transporte. Eliminación de las “tarifas mínimas”**

En el sector aerocomercial, la Ley N° 19030 establece que para la fijación de las tarifas que regirán en la prestación de los servicios de transporte aéreo de carácter internacional que operen desde la República Argentina, la autoridad nacional competente tendrá en cuenta los intereses de la nación, de los usuarios y de los explotadores nacionales.

Por otra parte, el artículo 32, inciso e) del mismo plexo legal enuncia, entre los principios básicos para asegurar, en el orden interno, la vinculación aerocomercial entre puntos del país mediante servicios de transporte aéreo estatales, mixtos y privados, exclusivamente de bandera nacional, que las tarifas de los servicios sean económicamente retributivas.

A su vez, el artículo 42, aplicable al transporte aerocomercial interno, sostiene que las tarifas se establecerán consultando los intereses de la nación, de los usuarios y de los explotadores, con el concepto de tarifa económica retributiva correspondiente a cada ruta y tramo de ruta; mientras que el artículo 44 prevé que se podrán fijar tarifas especiales cuando sea de interés fomentar el desarrollo de determinadas zonas del país, el transporte por vía aérea de cierto tipo de mercancías y mejorar la explotación.

Con posterioridad, el Decreto N° 1654 del 4 de septiembre del año 2002 estableció una banda tarifaria determinando una tarifa de referencia y una tarifa máxima e instruyó a la ex Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de la Producción a establecer modalidades diferentes a las fijadas en el artículo 4 de dicho decreto en rutas de interés geopolítico, estratégico, turístico o atendiendo a la emergencia aerocomercial del sector.

Ello implicó que las aerolíneas no puedan fijar tarifas por debajo de la tarifa de referencia –a la que también se la llama usualmente “tarifa mínima”–, salvo las excepciones y con los límites allí previstos, ni superiores a la tarifa máxima.

Por su parte, el Decreto N° 294 del 2 de febrero del año 2016 suprimió las tarifas máximas para los servicios de transporte aéreo interno de pasajeros, instruyendo al Ministerio de Transporte para que dicte los actos administrativos necesarios para establecer las tarifas de referencia clase económica, de conformidad con las previsiones del artículo 42 de la Ley de Política Nacional de Transporte Aerocomercial N° 19030.

Sobre el particular, cabe destacar que esta regulación del sistema tarifario argentino a través de las tarifas de referencia es uno de los principales determinantes para que la República Argentina sea uno de los países más caros para volar en Latinoamérica, donde si bien la extensión geográfica es muy grande, se vuela de todas formas muy poco comparado con otras zonas del mundo; un tercio de lo que vuelan los europeos por habitante, y un cuarto de lo que lo hacen los norteamericanos; pero el potencial de crecimiento es enorme.

Ahora bien, mediante Resolución N° 656 del 30 de julio de 2018, el Ministerio de Transporte de la Nación resolvió autorizar a los explotadores de servicios regulares de transporte aéreo interno de pasajeros, a partir de las cero (0:00) horas del día siguiente a la publicación de dicha resolución en el Boletín Oficial de la República Argentina, a aplicar tarifas inferiores a las tarifas de referencia vigentes para las ventas de pasajes aéreos de ida y vuelta que se realicen con más de treinta (30) días de anticipación.

De la lectura de dicho precepto normativo se advierte que para que se pueda fijar una tarifa inferior a la tarifa de referencia resulta necesario que operen, en forma simultánea, las siguientes circunstancias:

- 1) Se trate de vuelos internos o de cabotaje;
- 2) Se trate de la venta de pasajes de ida y vuelta;
- 3) Que la venta se realice con, por lo menos, treinta días de anticipación.

Esta medida se inscribe dentro del contexto actual de promover el aumento y la apertura del mercado del sector aerocomercial impulsado por el Estado argentino.

En tal sentido, en los considerandos de la resolución referida se explica:

El Estado Nacional debe procurar el fortalecimiento y desarrollo en el sector aeronáutico, permitiendo la incorporación de nuevas empresas en el mercado, la conservación y creación de fuentes de empleo directo e indirecto a consecuencia del desarrollo de la actividad en el marco de la política aerocomercial vigente.

### Agrega que

en virtud de la naturaleza de transporte público y a los fines del cumplimiento de los objetivos en materia aeronáutica es preciso fijar las pautas necesarias que alienten la accesibilidad de mayor cantidad de usuarios y nuevos transportistas[...] de esta manera se propicia fomentar la actividad aerocomercial a través de un modo más dinámico de fijación de las tarifas a percibir por el servicio de transporte aéreo que tienda a evitar dificultades en el desarrollo de la actividad aerocomercial [...] la política aerocomercial está orientada a permitir el acceso de más pasajeros a mayor cantidad de destinos, siendo fundamental la evolución de tal interconexión en el ámbito nacional, debiendo adoptarse las medidas tendientes a cumplir con ese objetivo.

En efecto, según las cifras oficiales, la cantidad de pasajeros que utilizan el mercado aerocomercial, en el mercado doméstico, ha aumentado un treinta y seis por ciento (36 %) desde el año 2015. Asimismo, se han habilitado ochenta y tres rutas aéreas domésticas y noventa y dos rutas aéreas internacionales (Datos oficiales disponibles en <http://www.argentina.gob.ar/transporte>).

De la lectura de la medida adoptada es posible advertir que con ella se busca también: 1) mantener un factor de ocupación promedio alto; 2) optimizar la venta de adicionales; 3) poder apalancarse en anticipación de venta como fuente de financiación.

La tarifa mínima o de referencia en la República Argentina va en detrimento de este modelo que requiere, por un lado, poder estimular demanda, principalmente incorporando nuevos voladores al sector, que son aquellos que hoy no pueden acceder a volar por precio, y por otro, generar más oferta y competencia conectando nuevos destinos y operando nuevas rutas que no son generalmente explotadas por el resto de las aerolíneas.

No obstante lo expuesto, es preciso señalar que, con la devaluación que viene sufriendo nuestra moneda en los últimos meses, las tarifas mínimas ya estaban casi totalmente licuadas, pues los costos de la aviación, incluyendo el combustible que se produce y carga son, en su mayoría, en dólares, como el ya mencionado combustible, las aeronaves, los seguros, los repuestos, etc.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que: 1) la circunstancia mencionada en el párrafo anterior va a perder sustento en la medida en que nuestra moneda se estabilice; y 2) algunas aerolíneas han logrado, en determinadas circunstancias, ofrecer precios más competitivos al consumidor para pasajes domésticos con más de treinta días de anticipación.

Esta tendencia a la desregulación, que es propia en la medida que existe mayor concurrencia en el mercado, es señalada por la doctrina especializada, que sostiene: “se tiende a una liberalización tanto en la entrada, en la medida en que se puede ir –por razones técnicas– posibilitando el acceso a otros prestadores, como en el precio; se tiende a una liberalización de los precios” (Mairal, 2005: 234).

Al respecto, cabe traer a colación que en 1978, siendo Jimmy Carter presidente de EE.UU., dictó la *Airline Deregulation Act* que dejó en libertad la fijación de tarifas, frecuencias, acceso o abandono de mercados y el uso de rutas sin autorización previa, política llamada de “cielos abiertos”, que lentamente ganó lugar en los principales mercados aerocomerciales del mundo.

El Reino Unido dio el primer paso en Europa hacia la desregulación del mercado aerocomercial a mediados de la década de los ochenta, tiempo en el cual se llevó adelante el proceso de privatización de British Airway, pasando a manos privadas la actividad aerocomercial. Después de la privatización, las autoridades británicas habían perdido interés en proteger tarifas, rutas, o buscar acuerdos bilaterales cuando su empresa de bandera había pasado a ser propiedad de accionistas particulares.

El proceso de desregulación aeronáutica europeo tuvo tres etapas en los llamados “Paquetes de Medidas”, entre 1988 y 1993. Con el último se eliminaron todas las restricciones para la concesión de licencias, tarifas y reparto de capacidades, con la sola excepción de la posibilidad de regular el tráfico en caso de congestión aeroportuaria, ya que la capacidad operacional de cada estación es limitada. Un exceso operacional puede ser riesgoso para la seguridad del tráfico aéreo, provocar problemas a los pasajeros o perjudicar al medio ambiente por la sobresaturación del tráfico de aeronaves (Balián, 2010).

De lo hasta aquí expuesto cabe concluir que la medida comentada apunta a profundizar la apertura y concurrencia del mercado aerocomercial interno.

También implica un avance en la desregulación normativa, que es adonde parece ir actualmente el norte del Estado nacional.

Los resultados, provisorios, parecen auspiciosos. No obstante ello, resulta relevante que –si bien ello no sucedió– la desregulación no implique disminuir la función de contralor que debe cumplir el Estado en materia de servicios públicos, cuando no es éste el que asume la titularidad del servicio. Ello resultará fundamental a los efectos de evitar abusos por parte de los prestadores del servicio y de proteger el interés de los usuarios, que se erige como uno de los pilares del servicio público.

En efecto, en los supuestos en que el Estado no presta por sí el servicio, este posee una fuerte potestad de control y dirección, en los aspectos jurídicos, técnicos, comerciales y financieros (Comadira, 2005: 24).

## Referencias bibliográficas

- Balbín, C. F. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo: tomo II*. Buenos Aires: La Ley.
- Balián, E. N. (05/08/2010). Aspectos jurídicos del transporte aéreo “Low Cost”. *La Ley, Sup. Act.*, 1. Recuperado de AR/DOC/5317/2010
- Carbajales, J. J. (2014). *Sociedades anónimas bajo injerencia estatal (SABIE)*. Buenos Aires: RAP.
- Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo: tomo I*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ciminelli, D. (2015). Navegación aérea. Comentario a la ley nacional 27161. *Doctrina Judicial 2015*, 48. 85-86.

- Comadira, J. R. (2005). El Derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público. En *Servicio Público, Policía y Fomento, Jornadas Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*. Buenos Aires: RAP.
- Cormick, D. M. (2012). Servicios Públicos en la actualidad, hacia políticas de utilización eficiente de los subsidios. *Revista de Derecho Público*, 1(3).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (30/06/1998). “Maruba S.C.A. c/Secretaría de la Marina Mercante”. *Fallos*, 321: 1786.
- Kaufman, G. (1988). Tarifa de Servicios Públicos. *Diario El Derecho*.
- Mairal, H. (2005). El concepto de Servicio Público en el derecho argentino actual. En *Servicio Público, Policía y Fomento, Jornadas Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*. Buenos Aires: RAP.
- Marienhoff, M. S. (1982). *Tratado de Derecho Administrativo: tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Mata, I. (23/05/2007). La Reforma del Estado y el Regreso al Estado Empresario. *Jurisprudencia Argentina*, 2007-II, 1153.