

JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL N° 5

■ EMERGENCIA PÚBLICA

Concesión aeroportuaria. Renegociación de contratos. Medida cautelar. Carácter de usuario de una compañía aérea

Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Estado Nacional Jefatura de Gabinete de Ministros Decretos Nros. 1.535/02, 168/98 s/ proceso de conocimiento, Expte. N° 9.971/03.

Buenos Aires, 22 de abril de 2003

Y VISTOS: CONSIDERANDO:

1) Que a fs. 3/34 se presenta Aerolíneas Argentinas S.A. (en adelante ARSA) promoviendo la acción declarativa de certeza de conformidad al Artículo

LA CONDICIÓN DE USUARIOS AEROPORTUARIOS DE LAS COMPAÑÍAS AÉREAS.

(Comentario al fallo "Aerolíneas Argentinas S. A. c/ Aeropuertos Argentina 2000 S. A.")

I. El caso.

En un proceso judicial destinado a despejar la incertidumbre acerca de la naturaleza de usuaria que invocaba la compañía aérea deman-

N. del A.: Cuando este trabajo ya se encontraba en prensa, y a raíz de la recusación sin causa y del recurso reposición interpuesto por el ORSNA contra la medida dispuesta, las actuaciones quedaron radicadas ante el juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4, cuyo titular, el Dr. Osvaldo Guglielmino, con fecha 15-05-03 revocó la medida cautelar decretada que se comenta. Sin embargo, cabe citar que la nueva decisión no desconoce la calidad de usuario de la infraestructura aeroportuaria de la compañía aérea actora. El fallo completo puede ser consultado en nuestro sitio en Internet www.revistarap.com.ar / Sección Novedades / General.

¹ Director de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -RAP-*; Profesor Titular de Derecho administrativo y Derecho administrativo profundizado (UCES); Profesor Protitular de Derecho administrativo (UCA) y ex vocal primero del Directorio del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos - ORSNA.

Por Eduardo Mertehikian¹

322 y concordantes del CPCyC, contra el Estado Nacional Jefatura de Gabinete de Ministros y Organismo de Regulación del Sistema Nacional de Aeropuertos (en adelante ORSNA) a fin de que se despeje la incertidumbre que pesa sobre ella en lo que atañe a su calidad de usuario del Sistema Nacional de Aeropuertos y como consecuencia de ello, solicita se ordene implementar un mecanismo de participación que garantice el resguardo de los derechos derivados de tal calidad en el marco del proceso de renegociación del contrato de concesión del sistema mencionado, dispuesto por el Decreto N° 1.535/02 (t.o. 2297/02). En igual sentido peticona se impida la continuidad del proceso de renegociación del contrato de concesión hasta tanto se resuelva la presente acción.

Luego de atacar el contrato de concesión del Sistema Nacional de Aeropuertos con abundantes argumentaciones a las cuales en honor a la brevedad me remito, se refiere en especial a la normativa que afecta la composición del contrato (Decretos Nros. 301/01, 163/98, 1.553/02 y 2297/02) y para lo que aquí interesa, realiza una reseña de la pretensión del ARSA respecto de su calidad de usuario para participar en la renegociación

dante, el 22 de abril de 2003, la titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5, luego de reconocerle la legitimación procesal invocada, basándose para ello sobre su condición de usuaria de la infraestructura aeroportuaria, dictó una medida cautelar que le ordenaba al Poder Ejecutivo Nacional suspender el proceso de renegociación del contrato de concesión de los aeropuertos sometidos a jurisdicción nacional hasta tanto se asegurase a la compañía aérea actora una real y efectiva participación en el mencionado proceso iniciado con fundamento en la autorización conferida al Poder Ejecutivo Nacional por la Ley N° 25.561.

Para así decidir, la magistrada interviniente consideró que el Artículo 42 de la Constitución Nacional le reconocía a la compañía aérea actora legitimación suficiente para reclamar una participación efectiva en el mencionado proceso, participación que no se encontraba asegurada por la circunstancia de que diferentes organizaciones de usuarios se encontraran integrando la Comisión de Renegociación del contrato, pues entendió que existen “[...] otros tipos de usuarios, con distintos intereses de los mencionados en primer término” (sic).

Como ya lo hemos señalado en un anterior trabajo sobre aspectos semejantes al tratado en este nuevo proceso judicial,² ante la ausencia de una regulación específica,

² “La necesaria participación de los usuarios de servicios públicos en defensa de sus derechos. El caso de los aeropuertos (breve comentario al fallo de la Sala IV de la CNACF “Asociación Civil de Defensa Paut y otro (incidente de medida cautelar) c/ ORSNA y otro””, publicado en RAP 291:67 y siguientes.

ilustrando la gravedad y trascendencia de los derechos que se encuentran en juego, citando en especial los Artículos 16, 17, 18, 19, 28, 33 y 42 de nuestra Carta Magna los que se verían violados de no permitirse su actuación como interesado en la tramitación de la renegociación.

Considera que en su carácter de usuaria no sólo sería la gran ausente su empresa como así también las empresas usuarias de las instalaciones y los servicios de aeropuertos, cuando ARSA es el principal imparable frente a las decisiones que se adopten en el marco del trabajo de la Comisión de Renegociación.

Relata brevemente su pretensión desarrollada en sede administrativa, donde tomó conocimiento del dictamen de la Gerencia de Asuntos Legales y Administrativos del ORSNA, que acompañan, en el cual le deniegan su participación con sustento en la opinión vertida por la Asociación Civil Cruzada Cívica. Pone de relieve que la calidad de usuario de ARSA respecto del proceso de renegociación no es la misma que de la Asociación de Usuarios, puesto que sus intereses y derechos son distintos; operan con el concesionario pero de distinto lugar, de allí que a su

la autoridad administrativa llamada a decidir puede elegir cualquiera de los mecanismos que el ordenamiento jurídico le provee a fin de asegurar la necesaria participación de los usuarios, en la medida –claro está– en que el procedimiento escogido garantice una participación efectiva y relevante de aquellas personas cuyos intereses económicos se encuentren en juego.

Según relata el decisorio, la condición de usuaria de la empresa aérea había sido negada en sede administrativa, circunstancia que originó la promoción de la acción declarativa de certeza entablada, y, en ese orden de ideas, me anticipo a decir que no pueden caber dudas acerca de la condición de usuarias de la infraestructura aeroportuaria que ostentan las compañías aéreas bien que –como lo destaca el decisorio– desde el ámbito obligatorio del servicio público que ellas prestan, para cuyo cumplimiento la utilización de dicha infraestructura reviste naturaleza esencial y legalmente obligatoria (Artículos 4°, 5°, 6° y ccs. del Código Aeronáutico Argentino).

2. Algunas precisiones necesarias

Creo necesario realizar con carácter previo una serie de imprescindibles precisiones en orden a un correcto encuadramiento de la cuestión en examen, entendiendo que estarán exclusivamente dirigidas a realizar el análisis de la condición jurídica de usuarios de la infraestructura aeroportuaria que nuestro ordenamiento jurídico les asigna a las compañías aéreas y sin pretender agotar con ello la inmensa gama de aspectos que plantea una prestación tan multifacética como la que se vincula a los servicios aeroportuarios y la navegación aérea de carácter comercial.

criterio la participación de uno no garantice la defensa de los intereses del otro.

2) En primer lugar, entiendo necesario puntualizar que la legitimación que la actora invoca encuentra sustento en lo preceptuado por el Artículo 42 de la Constitución Nacional.

En lo que aquí atañe, de la lectura de dicho artículo emana que la misma cobija o protege a situaciones como la traía a mi conocimiento, ya que la garantía allí volcada se presenta en una doble proyección, por un lado la protección de los intereses personales y económicos como derecho tanto de los usuarios como de los consumidores y el deber del Estado correlativamente de asegurarlos, deber también que se es exigible a los proveedores de bienes y servicios (cfr. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, T.VI, pp. 308-309 y Sala IV del Fuero, Causa N° 22.766/97).

La circunstancia de que se encuentren representadas distintas asociaciones de usuarios en la comisión de la renegociación del contrato no es, a mi entender, suficiente para garantizar la defensa y participación de otro tipo de usuarios, con distintos

intereses que los mencionados en primer término. Por lo hasta aquí volcado entiendo que Aerolíneas Argentinas S. A. se encontraría afectada o agravada concretamente en un derecho o interés propio, al que como ya lo sostuviera jurisprudencialmente, el ordenamiento constitucional confiere una tutela jurisdiccional (cfr. Sala I Asociación Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires, del 09-05-95, entre otros).

Pongo de resalto que el Sistema Nacional de Aeropuertos creado por concesión que el Estado Nacional entrega a Aeropuertos Argentina 2000 S. A., normado por el Decreto N° 163/98 no obsta que la actora, como transporte aéreo de pasajeros, tenga un ámbito obligatorio de desarrollo de sus actividades en dicha infraestructura, sumado a que el carácter de usuaria, que se atribuye, encuentra fehaciente referencia en el Código Aduanero y en el mismo contrato de concesión, de allí que entiendo que –sin caer en un prejuizgamiento– deba ser oída en el proceso de renegociación de aquel contrato.

Confirma la solución a la que se viene arribando la posibilidad de que se avance sobre sus derechos y que finalmente los mis

En primer lugar, debe señalarse que el Decreto N° 375/97 estableció el Sistema Nacional de Aeropuertos y que, tal como su propia denominación designa, procedió a conformar una unidad de operación funcional y de jurisdicción que trasciende las características que podrían corresponderle, en cuanto a la regulación de sus usos, por la circunstancia de tratarse de instalaciones en las que se desarrolla una actividad sometida a la jurisdicción federal.³ Ello se traduce, entre otras consecuencias, en la previsión contenida en el Artículo 11 del mencionado Decreto N° 375/97 en cuanto le asigna fondos que provienen del canon de la concesión aeroportuaria otorgada por el Decreto N° 163/98 y están destinados al mejoramiento y reestructuración de los aeródromos que integran el Sistema, pero que no han sido incluidos en dicha concesión, como así también lo relativo a las previsiones presupuestarias que aseguren que la recaudación de las tasas por los servicios que presta la autoridad encargada del control del tránsito aéreo en la República Argentina – esto es la Fuerza Aérea Argentina – se destinen a dicha finalidad específica. Bien puede sostenerse en ese sentido que la mencionada norma reglamentaria, ascendida al rango de ley material por la posterior ratificación efectuada por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 842/97, ha instaurado un fondo con finalidad específica.

³ Para un tratamiento particularizado sobre el régimen jurídico de la regulación de los usos en ámbitos sometidos a la jurisdicción federal, me remito a mi trabajo “La jurisdicción federal sobre los caminos nacionales (análisis sobre los límites de las potestades locales)”, separata de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –RAP–* N° 238, p. 9.

De tal suerte y a poco que se examine, se puede apreciar que el señalado carácter sistémico se verifica en que el conjunto está integrado por 57 aeropuertos de distintas categorías relativas al nivel de servicio que brindan, medidos conforme parámetros internacionales con un disímil régimen de dominio y administración, aunque en todos los casos sometidos al uso público.

En efecto, del total de 57 *aeródromos públicos* integrantes del Sistema Nacional de Aeropuertos, 33 han sido incluidos en la concesión otorgada por el Estado Nacional a un único concesionario; uno continúa siendo del dominio privado y explotado por su propietario;⁴ otro ha sido también dado en concesión por una provincia⁵ y los restantes 22 quedaron bajo la administración y operación de personas públicas (nacionales, provinciales o municipales).

No debe perderse de vista que la condición de público de un aeródromo no viene dada por la condición del propietario del inmueble, sino por su destino al uso público (cfr. Artículo 25 del Código Aeronáutico) y, por otra parte, debe señalarse que un *aeródromo público* se eleva a la categoría de *aeropuerto* cuando la intensidad del tráfico aéreo y los servicios que brinda justifican tal denominación, y que de entre ellos corresponde distinguir –a su vez– los aeropuertos *nacionales* de los *internacionales*, siendo estos últimos los destinados a la operación de aeronaves provenientes

⁴ Es el caso del Aeropuerto Internacional de Don Torcuato, ubicado en la provincia de Buenos Aires.

⁵ Es el caso del Aeropuerto Internacional de Ushuaia, cuya concesión fue otorgada por la provincia de Tierra del Fuego.

mos puedan ser vulnerados en la renegociación afectando sustancialmente en algún momento sus intereses legítimos en su desarrollo de transportadora de pasajeros, de lo que deviene que tiene un interés concreto respecto a que se la reconozca como legitimada para obrar, lo que así se resuelve.

3) Sorteando el vallador formal, corresponde precisar que, respecto de las decisiones de la Administración Pública, la aplicación de medidas precautorias es de carácter excepcional, debido a la presunción de legitimidad de aquéllas y exige que su dictado se encuentre precedido de un análisis detallado y particularmente severo de los recaudos comunes a cualquier medida cautelar (aparición del derecho, peligro en la demora, contracautela), atendiendo especialmente a la mayor o menor verosimilitud del derecho.

Además resulta necesario que, cuando la medida cautelar se intente frente a la Administración Pública, se acredite *prima facie* y –sin que esto suponga un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo– la manifiesta arbitrariedad del acto recurrido, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supues-

del o con destino al extranjero, donde se presten servicios de sanidad, aduana, migraciones y otros (Artículo 26 del Código Aeronáutico).

Pero, a pesar de esa disparidad acerca de la condición del propietario que en cada caso se verifica, por tratarse de instalaciones sujetas al uso público y sometidas a habilitación por la autoridad aeronáutica (Art. 27 del Código Aeronáutico), en todos los supuestos la prestación del servicio de protección al vuelo, tanto para los de carácter nacional como para los de carácter internacional, se encuentra en cabeza exclusiva del Estado Nacional (Artículo 13 del Código Aeronáutico) y se remunera a través de las tasas aeronáuticas que la Fuerza Aérea Argentina, como encargada de prestar el servicio, percibe de los operadores aéreos, habiendo sido incluidas éstas en el Cuadro Tarifario aprobado por el Decreto N° 163/98 y alcanzadas también por las prescripciones del Decreto N° 577/02 y del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.910/02.

Además, tratándose en todos los casos de instalaciones íntimamente asociadas al servicio público de transporte aéreo interjurisdiccional, corresponde que sea la autoridad federal la que regule los usos de dichas instalaciones, por lo que se encuentra –como principio– limitada la ingerencia de las autoridades locales en la regulación de los diferentes usos que los referidos aeródromos públicos poseen en cuanto tales. En efecto, debe atenderse a la circunstancia de que un aeródromo configura una unidad funcional de servicios y de actividades asociadas a los servicios de trabajo y transporte aéreos de pasajeros y carga, realidad que justifica la unidad de jurisdicción sobre los usos a los que se destina la infraestructura aeroportuaria.

tos que la tornan admisible. Y ello es así, porque sus actos no sólo gozan de la mentada presunción de legitimidad, sino por su fuerza ejecutoria, razón por la cual, en principio, no los recursos administrativos, ni las acciones judiciales mediante las cuales se discute su validez suspenden su ejecución (cfr. Artículo 12 de la Ley N° 19.549; CFC Adm., Sala IV, *in re*: Joyart, sentencia del 09-09-91, Sala V, *in re*: Performar S.A. c/ DGI, sentencia del 25-09-97 y Asociación Ecologista Nueva Tierra c/ Estado Nacional, sentencia del 29-09-97).

Cabe señalar, que de acuerdo a reiterada jurisprudencia de los Tribunales Federales, la procedencia de medidas de la índole de la requerida, queda subordinada a la verificación de dos extremos insoslayables, a saber, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de un daño irreparable en la demora, ambos previstos en el Artículo 230 del Código Procesal, a los que debe unirse un tercero, establecido de modo genérico, para toda clase de medidas cautelares en el Artículo 199 del código de forma (cfr. C. Fed. Cont. Adm., Sala II, *in re* Irurzun, sentencia del 23-02-82, entre muchas otras).

3. Los usuarios de los aeropuertos.

Con un criterio amplio, el concepto de usuario de la infraestructura aeroportuaria se encuentra definido en el Artículo 2° (Definiciones) del Pliego de Bases y Condiciones que rigió la licitación pública nacional e internacional para el otorgamiento de la concesión para la administración, explotación y funcionamiento del denominado Grupo “A” de los aeropuertos⁶ en los siguientes términos: “Usuarios: Todas aquellas *personas que hacen uso* de las instalaciones y servicios de los aeropuertos” (el destacado es nuestro).

Como es dable apreciar, dentro de tal definición no solamente pueden quedar comprendidos los usuarios que en su calidad de pasajeros aprovechan los servicios que les brinda la infraestructura aeroportuaria, sino también quienes –como la actora– despliegan actividades de prestación a favor de terceros (pasajeros).

No debe perderse de vista que, dada su condición, la actora es una compañía que brinda servicios regulares de transporte aéreo de pasajeros y carga y, en consecuencia, el título habilitante que posee para el desarrollo de esas actividades lo ostenta en virtud de la concesión de servicio público otorgada por el Poder Ejecutivo Nacional de conformidad con lo establecido por los Artículos 93 (en

⁶ El mencionado Pliego de Bases y Condiciones para la Licitación Nacional e Internacional fue aprobado por el Decreto N° 500/97 en función de lo dispuesto por su similar predecesor N° 375/97 y ambos fueron ratificados por el DNU N° 842/97 y el denominado Grupo “A” de aeropuertos está integrado por 33 aeródromos públicos objeto de la concesión onerosa aprobada por el Decreto N° 163/98 del Poder Ejecutivo Nacional.

A su vez, la jurisprudencia y la doctrina han agregado que los requisitos antes citados se encuentran de tal modo relacionados que a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro en la demora y –viceversa– cuando existe el riesgo de un daño extremo irreparable el rigor del *fumus* se puede atenuar (cfr. CFC Adm., Sala II, *in re*: Pesquera del Atlántico S. A. c/ BCRA, sentencia del 14-10-85; Sala III, *in re*: Gibaut Hnos., sentencia del 08-11-96, entre muchos otros).

En efecto, a partir de la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos, es requisito fundamental para admitir la procedencia de medidas cautelares contra tales declaraciones la comprobación de su manifiesta ilegalidad o arbitrariedad (lo que no se advierte –adelanto– en el caso de autos), pues sólo concurriendo dicha circunstancia resulta susceptible de ser enervada la recordada presunción (CNC Adm., Sala I, *in re*: Incidente de apelación medida cautelar Mitjavila, Adrián c/ ANA s/ medida cautelar, del 05-05-92).

Ello así, por cuanto en los litigios contra la Administración Pública o sus entidades descentralizadas, además de los presu-

puestos de las medidas de no innovar en general establecidos en el ya citado Artículo 230 del código de forma se requiere, como requisito específico que la medida solicitada no afecte un interés público al que deba darse prevalencia (cfr. CFC Adm., Sala IV, *in re*: Banco Comercial del Norte S.A. y otros c/ BCRA s/ apelación Resolución N° 582/91, sentencia del 09-10-92).

4) Aclarado ello y respecto del requisito de verosimilitud del derecho entiendo que la misma se encuentra configurada puesto que la integración de la Comisión Negociadora que determina el Decreto N° 2.297/02 no es suficiente para garantizar el derecho de participación de la aquí accionante, en razón de que tal representante lo es respecto de los usuarios y/o pasajeros del servicio no así de los otros usuarios aeroportuarios directos entre los cuales se encuentra el caso del accionante.

La procedencia de la medida cautelar que se viene analizando no pone en tela de juicio la decisión del Estado Nacional de renegociar un contrato público, ni el carácter que, en dicho contrato, revisten como parte el Estado y el concesionario, claro está que ello me convence de la inconveniencia de adoptar

especial su segundo párrafo), 95 y 102 del Código Aeronáutico, de manera que al mismo tiempo que es deudora de servicios a favor de terceros (v. gr. pasajeros y contratantes de carga aérea) es, a la vez, usuaria de aquellos servicios que la infraestructura del aeropuerto

le brinda y por los cuales está obligada a abonar las tasas que lo retribuyen. Es que, como lo señala la sentencia, la circunstancia de que tenga un ámbito obligatorio de desarrollo de sus actividades no empece a esa doble condición de la que está investida.⁷

⁷ Es precisamente esa condición de usuarias que poseen las compañías aéreas la que otorga fundamento a la inclusión de la Junta de Representantes de Compañías Aéreas (JURCA) en el Consejo Asesor del Directorio del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos según expresamente lo dispone el Decreto N° 16/98.

decisiones dentro de este marco sin la participación de todos aquellos diferentes tipos de usuarios que puedan ver afectado sus derechos por aquellas decisiones.

Infiero que –sin adelantarme más allá de lo que se me permite en este estado larval– la presente renegociación, la cual es posible a partir del dictado de la Ley N° 25.561 y Decretos Nros. 293/02 y 1.535/02, ante la ausencia de una regulación específica como sería la posibilidad de una audiencia pública, que no se encuentra normativamente impuesta pone en la autoridad administrativa la elección de cualquier mecanismo que, como bien se ha sostenido doctrinariamente, debe ser efectivo y relevante, lo que a mi entender no se verifica en el presente caso, son la participación de una de las empresas de transporte de aeronavegación.

En lo que atañe al peligro en la demora se ve configurado en la situación actual en virtud del estado avanzado en que se encuentra sustanciándose la mencionada renegociación, pudiendo por ello arribarse a soluciones que podrían infringir una afectación definitiva de sus derechos de participación (Sala IV, Asociación Civil de Defensa Paut c/ ORSNA

Decreto N° 163/98 del 10 de octubre de 2002).

5) Respecto de la caución la misma será de carácter juratorio atento los precedentes aquí volcados y la decisión a la que se arriba (Artículo 199 del CPCyC).

Por lo hasta aquí expuesto,

Resuelvo:

- 1) Declarar que Aerolíneas Argentinas S. A. detenta la calidad de usuaria en la infraestructura concesionada a Aeropuertos Argentina 2000, debiendo participar en la renegociación ordenada por el Decreto N° 1.535/02.
- 2) Suspender el trámite del contrato de renegociación aprobado por Decreto N° 163/98, hasta tanto el PEN instrumente una participación pública apta en la participación de la usuaria del servicio de aerotransporte.
- 3) Prestada la caución por los representantes de Aerolíneas Argentinas S. A., oficiase al ORSNA y al Jefe de Gabinete de Ministros, con habilitación de días y horas inhábiles.

Regístrese y notifíquese.

Susana Córdoba