1361

30575

PROVINCIA: LA RIOJA

"REACTIVACION Y/O CREACION DE EMPRESAS DEL ESTADO"

I - POTESTAD DEL PODER EJECUTIVO PARA CREAR POR DECRETO EMPRESAS DEL ESTADO.

Autor: Dr. Daniel A. SABSAY

II - COMPETENCIA DE LA PROVINCIA EN MATERIA DE MINERIA.

Autor: Dra. Elida Beatriz PIETRA

AREA INSTITUCIONAL

- 1985 -

N.321
Z.48
H.2222
La Rioja

POTESTAD DEL PODER EJECUTIVO PARA CREAR POR DECRETO EMPRESAS DEL ESTADO

I. La Provincia solicita en primer término una opinión sobre la posibilidad de crear por decreto Empresas del Estado o Sociedades Mixtas. En realidad el requerimiento se ubica dentro de un marco mucho más amplio ya que se trata de determinar cuál es el medio más idóneo para la constitución de entes descentralizados.

Se toma como punto de partida al género ente descentralizado respecto del cual la empresa del Estado y la Sociedad mixta sólo constituyen dos especies, ya que el problema será analizado a la luz de la evolución que sufre la forma de creación de este tipo de entes, a medida que se acentúa a su grado de descentralización en función entre otros motivos del objeto para el cual es creado.

La creación por parte del Estado constituye para los principales juspublicistas, uno de los caracteres comunes a todos los entes descentralizados. Pero, como bien lo señala Gordillo "se discute si el medio más idóneo para la creación de los mismos es una ley formal o un Decreto del Poder Ejecutivo. De acuerdo a la ley de contabilidad, la regla es que deben ser creados por ley, excepto las empresas del Estado que pueden ser creadas por Decreto". (1)

El autor establecería una división entre los entes autárquicos de tipo tradicional y las empresas del Estado en lo que hace al instrumento apto para su creación.

Es de destacar que la doctrina no es unívoca sobre este tema, resulta ilustrativa al respecto la nota al pie de la citada página, donde Gordillo ubica en dos grupos a los autores, según sostengan una u otra de las mencionadas posiciones.

---

(1) Gordillo, Agustin A., "Empresas del Estado", Buenos Aires, 1966, p. 39.

./

2.

Bielsa afirmaba que "el ente autárquico sólo puede ser creado directamente por ley,..." (2) para agregar más adelante que "la creación o autorización del ente autárquico es directamente legal porque también la creación de un servicio debe ser materia de ley; esto es así, por diversos principios importantes..." (3). Es de destacar que entre esos principios este autor precisa, en primer lugar el carácter público del servicio a cargo del ente autárquico. Por lo tanto, su posición vale para aquellos entes públicos estatales que prestan servicios públicos, sin que necesariamente deba inferirse que la misma era su opinión respecto a otro tipo de entes cuyo objeto puede consistir por ejemplo en el ejercicio de actividades comerciales o industriales. Más aún si se tiene en cuenta que Bielsa reconocía como caracteres especiales de lo que el entiende por entes autárquicos, "a) personalidad de derecho público; b) atribución de ejercer funciones de una parte de la administración del Estado, de acuerdo con dos reglas: 1° ejercer esa administración nomine propio; 2° ejercerla dentro de los límites señalados por la ley" (4).

La evolución de las formas descentralizadas ocurrida con posterioridad a la obra de Bielsa acusa la aparición de entes que no se ajustan a tales caracteres, en particular las empresas del Estado y las sociedades mixtas.

Gordillo ubica justamente a las empresas del Estado entre las entidades públicas estatales comerciales o industriales, "entes estatales que realizan una actividad comercial o industrial bajo un régimen mixto de derecho público y privado, en el que el primero tiene una parte importante" (5).

La sociedad de economía mixta se encuentra para este mismo autor, entre las entidades públicas no estatales (esto en razón de que su ca-

---

(2) Bielsa, Rafael, "Tratado de Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1947 T.II, P.19
(3) Bielsa, Rafael, op. cit., T.II, p.20.
(4) Bielsa, Rafael, op. cit., T.II, p.21.
(5) Gordillo, Agustín A., op. cit., p.56

pital no pertenece íntegramente al Estado), siendo privada o pública según que siga "fines públicos (servicios públicos administrativos) o fines de promoción económica, actividades industriales o comerciales, etc." (6)

Otra corriente doctrinaria considera que el medio idóneo para la creación de todo ente descentralizado es el decreto del Poder Ejecutivo. Entre dichos autores se citarán a Marienhoff y a Bidart Campos, dos destacados estudiosos del derecho público argentino, el primero administrativista y el segundo constitucionalista.

Marienhoff entiende que "la entidad autárquica es siempre creada por el Estado, como lo expresara Ducrocq esta creación depende indefectiblemente de un acto de poder (Cours de droit administratif - Tomo 6, Pág. 94).

De qué acto de poder ha de tratarse ¿de una ley formal o de un decreto del Poder Ejecutivo?. En nuestro país, en especial en el orden nacional existen numerosas entidades autárquicas creadas por "ley" del Congreso, otras lo fueron por "decreto" del Poder Ejecutivo. El interrogante es ¿tienen base constitucional esos actos normativos que dan origen a las entidades autárquicas?" (7).

"En mi opinión salvo las "excepciones que mencionaré la creación de esas entidades mediante ley formal implica un acto inconstitucional, en cambio la creación de dichos entes autárquicos mediante decreto es perfectamente constitucional" (8).

Para concluir afirma más adelante este autor que "Salvo el supuesto excepcional de tratarse de una actividad administrativa "especialmen-

---

(6) Gordillo, Agustín A., op. cit., p.51.

(7) Marienhoff, Miguel S., Tratado de Deredho Administrativo, Buenos Aires, 1977, T.I., P. 399.

(8) Marienhoff, Miguel S., op. cit., p.400.

te" asignada al órgano legislativo (por ejemplo, bancos, universidades, etc.), la creación de entidades autárquicas institucionales no puede efectuarse por ley formal sino por decreto del Poder Ejecutivo. La creación de los entes autárquicos por ley implicaría un acto violatorio de la Constitución Nacional, porque traduciría por parte del Poder Legislativo un cercenamiento de potestades atribuídas al Poder Ejecutivo por el art. 86, inc. 1° de la C.N., a la vez que una intromisión del Legislativo en la zona constitucional "de reserva de la administración". En cambio la creación de una entidad autárquica por decreto del Poder Ejecutivo implica un acto constitucionalmente correcto pues sólo traduce una autolimitación válida de sus propias atribuciones por parte del Ejecutivo" (9)

La tesis de Marienhoff que sostiene que es inconstitucional la creación de entidades autárquicas por ley cuenta con la adhesión de Villegas Basavilbaso y de Félix Sarría. (Derecho Administrativo, P.439, Córdoba 1961).

Bidart Campos, igualmente expresa en varias de sus obras, su formal coincidencia con la posición de Marienhoff y afirma que "aunque el tema es más propio del Derecho Administrativo que del Derecho Constitucional del Poder conviene recordar que el Presidente de la República como jefe de la administración pública (que en el primer plano inmediato, se integra con los ministerios) puede ejercitar las siguientes relaciones: . . . . . .

c) Las derivadas de la descentralización y creación de entidades autárquicas". (10).

El autor se pregunta más adelante "quién puede descentralizar y erigir entidades autárquicas, a qué órgano pertenece esa competencia. En

---

(9) Marienhoff, Miguel S., ob. cit. p.413.

(10) Bidart Campos, Germán J., Derecho Constitucional del Poder - Tomo II, p.86, Bs.As., 1967.

./

nuestro Derecho Constitucional del Poder; una fuerte corriente la atribuye al Congreso. Nosotros hemos rechazado esa interpretación, acogiendo la postulada por Marienhoff, según la cual, la creación de órganos descentralizados o autárquicos por ley del Congreso es inconstitucional, ya que viola la reserva de la administración y la división de poderes; el Congreso no puede invadir el ámbito de la Administración Pública cuya jefatura detenta el Presidente de la República, único órgano competente para imputar funciones a otros órganoa administrativos dependientes de él. No obstante que el art. 136 del decreto 23354/56 de la ley de Contabilidad estipula que el Poder Ejecutivo no podrá disponer la descentralización de servicios de la Administración Nacional la facultad de hacerlo (y en forma exclusiva y excluyente) se deriva de la Constitución, no pudiéndole ser impedida por una ley, que en este caso, es inconstitucional" (11).

El derecho positivo dispone sobre este tema que: "El Poder Ejecutivo queda facultado para constituir Empresas del Estado en los servicios actualmente a su cargo y que, por su naturaleza están comprendidos dentro de la presente ley". (art. 7, Ley 13.653 de Empresas del Estado, modificada por la Ley 14.380 y la 15.023).

Otra cuestión íntimamente ligada al tema en debate consiste en determinar a qué poder le compete la asignación de los fondos necesarios para la constitución y desenvolvimiento del ente descentralizado o para la participación en una sociedad ya constituída.

Sobre el particular Juan Carlos Luqui, analiza el problema desde la óptica del Derecho Financiero afirmando que "sólo la ley puede establecer el régimen financiero y económico de las entidades autárquicas como de la administración general. La atribución de crear recursos

---

(11) Bidart Campos, G.J., opc. cit. p.87 y en el mismo sentido en "Derecho Constitucional" Tomo I, Bs.As., 1964, P.760.

corresponde al Congreso (arts. 4°, 17, 67, incs. 1°, 2°, 3°, 4° y 13), como la de "autorizar gastos" (art. 67, inc. 7°). El Poder Ejecutivo tiene la atribución de "hacer recaudar las rentas y decretar su inversión con arreglo a la ley de presupuestos de gastos nacionales" (art. 86, inc. 13). Es sabido que la atribución de "recaudar" no puede extenderse a la de "crear"; asimismo, la atribución de "administrar" no implica la de "autorizar gastos". Por último, la atribución de "decretar" la inversión de los recursos se encuentra limitada a las determinaciones del presupuesto, que anualmente fija el Congreso, razón por la cual los gastos necesarios para que la autarquía pueda financiar su presupuesto (de mantenimiento y de inversiones), no podría autorizarlos el Poder Ejecutivo. Puede pensarse, en este sentido, que si el régimen financiero económico de las autarquías, que constituye el eje de su existencia y de sus funciones, no puede establecerlo el Poder Ejecutivo, nos encontraríamos frente al absurdo jurídico de que éste pudiera crear por decreto esas entidades, pero sólo el Congreso votarle los "recursos" y autorizarle los "gastos", con lo cual se concluye que el Poder Ejecutivo habría creado una persona en el aire", (12).

Una vez realizado el análisis del derecho público nacional corresponde su cotejo con el derecho público riojano.

La Constitución Provincial contiene disposiciones prácticamente idénticas -salvo detalles de redacción que no hacen al fondo de la cuestión- a las comentadas de la Constitución Nacional.

El art. 82, inc. 1° de la C.P. establece que "El que ejerce el Poder Ejecutivo:
1°. Es el jefe de la administración general de la provincia,...".
Y, en lo relativo a recursos los arts. 4°, 15, 65, incs. 2°, 3°, 4°,

(12) Luqui, Juan Carlos "División de Poderes y Delegación de Facultades en el Sistema de la Constitución Argentina". La Ley, T. 107, p. 1046, Bs.As., 1962.

5° y 82, inc. 6° disponen las mismas soluciones que las contenidas en las normas correlativas de la C.N., (mencionadas por el Dr. Luqui en la cita que se transcribe más arriba). Por consiguiente en el ámbito provincial cabe hacer la misma interpretación que en el ámbito nacional respecto al tema objeto de análisis.

Por todo lo expuesto se considera:

1°) Que la doctrina de los autores no es unánime respecto a este tema.

2°) Que pese a ello una importante corriente doctrinaria sostiene la constitucionalidad de la creación de entidades autárquicas por decreto otorgándole dicha potestad al titular del Poder Ejecutivo.

3°) Que dentro de la corriente opuesta a la anterior encontramos algunos autores que explícita o implícitamente efectúan una distinción entre entes descentralizados cuya finalidad es la prestación de servicios públicos y entes descentralizados cuya finalidad es la realización de actividades industriales o económicas. En el primer caso la creación debe realizarse por ley, en el segundo podría hacerse por decreto.

4°) Que la ley nacional de Empresas del Estado faculta expresamente al Poder Ejecutivo para constituir este tipo de entidades.

5°) Que no existiendo ninguna disposición particular en su derecho público que se oponga a ello, el titular del Poder Ejecutivo de La Rioja, podría crear empresas del Estado o constituir Sociedades de Economía Mixta si lo estimare conveniente.

6°) Que la dotación de los recursos necesarios para la constitución y funcionamiento de la entidad debe surgir de una ley formal del Congreso de la Provincia.

COMPETENCIA DE LA PROVINCIA EN MATERIA DE MINERIA

II. En segundo término, la consulta efectuada para la provincia de La Rioja respecto de la competencia provincial en materia minera exige analizar dos cuestiones estrechamente vinculadas: una referida al dominio provincial sobre los recursos mineros y otra al ejercicio de tal derecho.

La Constitución Nacional consagra dos principios básicos; la forma federal de gobierno (art. 1°) y la integridad territorial (arts. 3 y 13); de éstos resulta el dominio provincial sobre los recursos naturales del suelo, entre ellos las minas.

El Código de Minería establece en su artículo 7° que "las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren".

Tal precepto es una consecuencia del régimen constitucional vigente, no una creación del Codificador; por el contrario, éste vio limitado su accionar por la ley 1875 que le marcó la pauta a seguir; dentro del marco de la Constitución Nacional.

El Código de Minería sancionado por el Congreso Nacional conforme el art. 67 inc. 11, tiende a unificar la legislación en determinadas cuestiones de fondo para dar igual tratamiento en todo el país a la "... adquisición, explotación y aprovechamiento" de las sustancias minerales. (art. 1°, Cód. Min.).

"El art. 67 inc. 11° C.N. al conferir al Congreso la facultad de dictar el Código de Minería atribuye a la Nación un poder exclusivo tendiente a lograr la unidad de legislación en la materia que comprende, pero de ningún modo delega la titularidad sobre la propiedad ni del suelo, ni del subsuelo, ni de la riqueza forestal o agrícola o de otra naturaleza existente en los territorios provinciales" (1)

---

(1) Mercado Luna, Ricardo. "Autonomías provinciales y derecho minero" J.A. Sec.Doct. 1973-66.

2.

Las provincias han reaccionado contra los avances del gobierno central en defensa de su patrimonio minero; claro ejemplo de esta es la oposición a la constitución de reservas mineras dispuestas por la nación en sus territorios, destacándose la actitud de La Rioja, lo que se rehusó a suscribir los convenios que la Secretaría de Minería intentó imponer a partir de 1970; las sucesivas declaraciones provinciales frente a la explotación de los hidrocarburos por el gobierno nacional, reclamando una mayor participación en la producción.

La reciente reforma del Código de Minería ha mantenido y reforzado el principio del artículo 7; el nuevo Capítulo XIX, De la minería a gran escala, determina que "...Las provincias podrán convenir con la Nación la aplicación del régimen que este título establece para áreas y yacimientos minerales de dominio originario de aquellas..." (art. 412, Cód. Min.).

Consecuentemente las provincias detentan el dominio de sus recursos naturales, entre ellos las minas, de las que no puede disponer el gobierno central sin su consentimiento.

Cabe ahora analizar las facultades propias de las provincias por su calidad de propietarios originarios de sus yacimientos.

El dominio minero -ya sea el estado nacional o provincial- no es el dominio en sentido patrimonial del Código Civil, sino un dominio "originario o radical".

Este derecho "... preexiste a la propiedad minera, coexiste con ella y subsiste a su caducidad...". (2)

El codificador define al dominio del estado como la "...alta potestad administrativa para disponer de las minas consultando el interés de la sociedad..." (Nota del art. 2°, Cód. Min.).

---

(2) Valls, Mario. Código de Minería. Anotado. Ed. Abeledo Perrot - 1981 - Pág. 41.

Tal derecho deviene del poder soberano del estado; y es ejercido en forma permanente sobre las minas que se encuentren en su territorio.

De los arts. 8 y 9 del Código de Minería surgen los límites del ejercicio del derecho de dominio sobre las minas por parte del Estado; el art. 9 establece que el mismo "... no puede explotar ni disponer de las minas sino en los casos expresados en la presente ley..."; y el art. 8 concede "...a los particulares la facultad de buscar minas, de aprovecharlas y disponer de ellas..."

No obstante ello se fueron sancionando distintas leyes que fueron modificando tales principios; en materia de hidrocarburos toda la legislación dictada a partir de 1935 posibilita la explotación por parte del estado -nacional o provincial según donde se encuentren ubicados los yacimientos (ley 12161).

Las normas modificatorias de lo antes aludido mantuvieron en materia de hidrocarburos la posibilidad de intervención por parte del Estado (leyes 14773; Dto. ley 17319/67, vigente); igual actitud se adoptó con relación a otras instancias; Dto. Ley 22477/56, Régimen de minerales nucleares; L. 12709, Dirección de Fabricaciones Militares; L. 12987; Sociedad Mixta Siderurgia Argentina, SOMISA; L. 14771, Yacimientos Mineros Aguas de Dionisio, YMAD; Hierro Patagónico de Sierra Grande, S.A., CORMINE, Corporación Minera de Neuquén; Nuclear Mendoza.

Si bien la reforma de 1980 mantuvo el art. 9 en su redacción originaria, la introducción del Título XVIII, De la investigación geológica minera, con el art. 409 permite al estado -nacional o provincial- realizar investigaciones geológicas, exploración y explotación de sus propios yacimientos.

"... Se desprende de lo expuesto que el incumplimiento del art. 9 del Código de Minería - en la actualidad derogada en forma parcial por las leyes especiales ha sido constante y variada..." (3).

---

(3) Pigretti, Eduardo A., Código de Minería y legislación de hidrocarburos 2° Ed. Bs.As. 1969, pág. 3.

4.

Esta evolución legislativa se fue operando como una consecuencia de la importancia fundamental que los recursos mineros tienen en un proceso de desarrollo.

La actividad minera no constituye un simple hecho económico sino que aparece ligado a razones estratégicas (disponibilidad de insumos) y geopolíticas (desarrollos de regiones cuya riqueza reside en yacimientos minerales).

El rol de un estado moderno es intervenir en las actividades productivas, en una medida que está dada en la mayoría de los casos por el grado de desarrollo que cada sector y la importancia del mismo.

La minería es una de las actividades más rezagadas del país y por su trascendencia exige un grado de participación estatal mayor, a fin de ir logrando el desarrollo de nuestro potencial minero y alentar la participación del sector privado.

El CFI tuvo oportunidad de elaborar propuestas en materia minera, una de ellas presentada ante la Convención Minera Nacional (Jujuy-1974) contemplaba como acciones para lograr "...el desarrollo de las explotaciones de los recursos minerales que el país requiere para satisfacer sus necesidades actuales y potenciales", las siguientes: "4.3. Acciones. Para alcanzar los objetivos de este programa el Estado concurrirá de forma muy diversa y amplia. El propósito principal será llegar a la explotación de los yacimientos por las empresas mineras privadas de capital nacional y por organismos estatales..." (4)

En la reunión del Consejo Consultivo de Autoridades Mineras celebrada entre el 31 de agosto al 2 de setiembre de 1983, que el CFI convocara se aprobó un documento que enuncia pautas para una política minera, entre ellas, "13.15. Participación de la actividad privada en la ta-

(4) CFI Sector minero: Política Nacional, medidas provinciales y aspectos regionales. 1974 - N° 149.

rea de prospección minera y de los organismos del Estado... 13.11.1. La actividad privada debe jugar un rol preponderante en la producción minera para los entes estatales deben intervenir en el proceso productivo cuando los objetivos nacionales corran riesgo de no ser logrados o cuando medien razones de defensa nacional..." (5).

El actual Secretario de Estado de Minería de la Nación, Ing. Barrero, en diversas oportunidades ha remarcado la importancia de la participación estatal atento al estado actual del sector minero, así dicho "... la participación del Estado, aunque de un modo selectivo, es necesaria, y tendrá que incrementarse...". (6).

Conclusiones:

De lo antes expuesto se considera que:

1. la provincia detenta, sin lugar a dudas, el dominio originario sobre sus recursos mineros.

2. tal derecho de dominio importa la posibilidad de intervenir en la actividad minera, directamente o asociada a capital privado; esto surge claramente del análisis precedente ya que si bien se argumentará que los arts. 8 y 9 del C.M. se encuentran vigentes, puede decirse que leyes posteriores y circunstancias de hecho han ido recodificándolos en aras de lograr el pleno desarrollo de la minería, sector estratégico para La Rioja, provincia tradicionalmente minera.

---

(5) CFI Pautas para una política minera. Panorama Minero. Ed. Ext. 1984, Pág. 46/7.

(6) Barrera, Juan. Discurso pronunciado el 7 de mayo de 1984. Panorama Minero. Suplemento. 1984, Pág. 4.