
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 1-246, abr./jun. 2006

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzi
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luís Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2006

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Alessandra Rodrigues da Silva
CRB 2778/MG 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo Território Nacional

Régimen jurídico del ferrocarril

Carlos Labaure Aliseris

Profesor de Derecho Administrativo em Montevideo

Sumario: 1 Introducción - 2 Evolución - 3 Situación actual y prospectiva - 4 Normas internacionales

Palabras clave: Servicios ferroviarios. Ferrocarriles. Uruguay. Sociedad de economía mixta. Derecho privado. Transporte ferroviario. Normas internacionales.

1 Introducción

Los servicios ferroviarios fueron introducidos en nuestro país a partir de 1869, habiendo pasado por distintos regímenes, al igual que en el derecho comparado.

En una primer etapa, correspondiente a su introducción y desarrollo, estuvieron a cargo de empresas privadas luego concesionarias, del Estado y empresas concesionarias, y del Estado en forma exclusiva.

Desde hace unos años a esta parte, se ha buscado la apertura hacia la inversión privada en ferrocarriles, en una primer instancia habilitando concesiones tanto de obras como de servicios,¹ previendo autorizaciones para la utilización de las vías férreas por parte de empresas privadas,² y a través de la creación de una sociedad de economía mixta de derecho privado.³

El carácter de servio público de los ferrocarriles, depende de la ley, que puede determinar que una actividad quede sustraída del ámbito privado para asignarla al Estado, en tanto su creación depende de la ley nacional o acto legislativo departamental.⁴

El desarrollo de los transportes en el siglo XX, dio lugar a una mayor regulación estatal, a través de la noción de servicio público o con su caracterización como actividad privada de interés público.⁵

Cuando se da intervención a concesionarios, hay una doble concesión: de obra pública para la construcción de vías y estaciones, y de servicio público para la explotación en si. Ello plantea la cuestión de

¹ Ley 16.736 de 5/1/1996, Art. 752.

² Ley 17.243 de 29/6/2000, Art. 21.

³ Proyecto de Ley de Presupuesto del actual Gobierno, con media sanción legislativa.

⁴ Prat, Julio, "Servicios Públicos" Vol. II, F.C.U., Montevideo 1972, p. 1.

⁵ Prat. Julio, ob. cit., p. 2.

quien es el propietario de las vías, respecto a lo cual algunos consideran que son del concesionario y otros que solo tiene un derecho de uso, según se considere del dominio privado o público.⁶

En nuestro derecho se han considerado de propiedad pública, por lo que el Estado debía adquirirlas o expropiarlas, habiendo ocurrido lo primero aunque se aprobó por un acto legislativo.⁷

El grado de intervencionismo estatal, se ha revertido en muchos países, a raíz de los procesos de reforma del Estado a partir de la década del ochenta, sin perjuicio de que en muchos de ellos se mantiene la presencia estatal en el sector, AFE (Administración de Ferrocarriles del Estado, Uruguay), RENFE (Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles), etc.

La creación de una sociedad de economía mixta de derecho privado, como prevé el Proyecto de Ley de Presupuesto (2005-2009) del gobierno uruguayo, implica un avance en ese sentido, aunque admita una cierta regulación de derecho público.

En Europa, las directivas comunitarias se han orientado hacia la liberalización de los servicios ferroviarios a través de la directiva 91/440, y las complementarias sobre concesión de licencias a las empresa ferroviarias (95/18), y sobre la adjudicación de capacidades de la infraestructura ferroviaria y la fijación de los correspondientes cánones de utilización (95/19), pese a lo cual se mantiene en el ámbito normativo sin mayor concreción práctica.⁸

La directiva citada en primer término (91/440), alude a la separación entre el gerenciamiento de la infraestructura y las actividades de transporte, garantizando bajo ciertas condiciones el derecho de acceso y de tránsito en la infraestructura ferroviaria, lo que ha traído como consecuencia el fin del monopolio ferroviario.⁹

Se ha señalado que en virtud de la privatización y la necesidad de interoperabilidad ferroviaria, se hacen necesarias regulaciones uniformes y reciprocidad, en particular en Europa.¹⁰

En América Latina, en el ámbito de ALADI, se suscribieron un acuerdo de Alcance Parcial sobre Transporte Internacional Terrestre entre Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay; Perú y Uruguay de 1990, y

⁶ Ibidem, p. 3.

⁷ Ibidem, p. 3.

⁸ "Infraestructura ferroviaria y las directivas comunitarias de 26 de febrero de 2001", disponible en Internet: http://premium.vlex.com/doctrina/Revista_Derecho_Telecomuni.../2100-117235,01.htm.

⁹ Mutz, Gerfried, "Railway transport, international regulation" en "Enciclopedia of public international law" T. IV, Amsterdam 2000, p. 17.

¹⁰ Mutz, Gerfried, ob. cit. p. 17.

un Acuerdo de Transporte Multimodal Internacional entre los Estados parte del MERCOSUR de 1994, el último de los cuales en nuestro país ha tenido problemas de implementación, a lo que nos referiremos más adelante.

El primer Acuerdo, prevé una serie de disposiciones relativas al transporte ferroviario, entre las cuales una carta de porte internacional directa (TIF) para recorridos que cubran más de un Estado (art. 37), la responsabilidad de los subsiguientes ferrocarriles por la mera entrega del conocimiento o carta de porte (art. 51), la creación de una Cámara de Compensación de Fletes para la compensación de cuentas entre las empresas (art. 52).

El segundo Acuerdo, fue suscrito previamente como parte de los Tratados de Ouro Preto, y luego fue incluido como Acuerdo de Alcance Parcial en el Marco de ALADI.

2 Evolución

A grandes rasgos ya hemos hecho referencia al evolución del ferrocarril en nuestro derecho.

Por ley de 1884, se aprobó el trazado de líneas férreas, estableciéndose 6 líneas. De acuerdo a dicha norma el Estado, a los 25 años de explotación podía expropiarlas. Para incentivar su desarrollo, se otorgaba una garantía de utilidad del 7%, sobre una estimación de costo por kilómetro, lo que llevó a un desmedro de la calidad, así como a elevar el kilometraje, con exceso en el número de curvas, al no practicarse desmontes, que se aplicaron cuando la construcción estuvo a cargo del Estado. Ello redundó en una mayor lentitud de los trenes y necesidad de mayor fuerza automotriz, con el consiguiente aumento del gasto de combustible y desgaste del material.¹¹

Los ferrocarriles se explotaban por concesionarios y el Estado a partir de 1912, que adquirió algunas compañías.¹²

En 1914 las compañías inglesas, el F.C. Central tenía a su cargo 1.583 Km y el Midland 514, de un total de 2.514 Km.¹³

En 1948, el Estado compró todas las líneas férreas y bienes de las empresas concesionarias, creándose A.F.E. por la Ley 11.859 de

¹¹ "Ferrocarriles del Uruguay", disponible en Internet: <http://members.tripod.com/~lful/index-6.html>, p. 3.

¹² Prat, Julio, ob. cit. p. 4.

¹³ Aguirre, Rosario y Veiga, Danilo, "Las inversiones extranjeras en el Uruguay" en Cuadernos de Ciencias Sociales, Vol. 2, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo 1972, p. 58.

19/9/1952. La Constitución de 1952, modificó la norma que prohibía que los ferrocarriles fueran organizados como entes autónomos, creándose como tal.¹⁴

De acuerdo al art. 3º de la Ley Orgánica, las líneas férreas se construyen o suprimen por ley. El capital originario del Ente, se constituye con los patrimonios de la Administración y Ferrocarriles y Tranvías del Estado, y los que se adquirieron por compra a las Compañías Británicas de Ferrocarriles y otros (art. 4º).

Se preveía a su vez la renovación y ampliación de los ferrocarriles del Estado, mediante la emisión de deuda pública, así como deuda pública hasta el monto autorizado.

A su vez se establecía el reparto de utilidades en distintos porcentajes como fondo de reserva, reparto entre los empleados, inversión en instalaciones y materiales, y construcción de viviendas para trabajadores ferroviarios.

En 1959, en oportunidad de las inundaciones que afectaron al territorio uruguayo, el ferrocarril tuvo probada utilidad para el mantenimiento de las comunicaciones.¹⁵

Con el tiempo la situación fue cambiando, pasando la gestión a ser deficitaria, en virtud de lo cual se encargan diversos estudios de factibilidad.

Con el Dec-ley 14.396 de 10/7/1975, se aprueba la Ley Orgánica vigente, la que lo caracteriza como un servicio comercial descentralizado, sin aludir a su carácter de servicio público, el que sin embargo deriva del contexto.

El 16/12/1987, el Poder Ejecutivo aprobó la discontinuidad de los servicios de trenes de pasajeros, con la finalidad de concentrarse en los de carga.

Desde entonces, se cumplieron en forma intermitente servicios de trenes de pasajeros en algunas líneas, incluso por contrato con una empresa privada Ferrotransporte para líneas suburbanas (1993-1997).¹⁶

Por el art. 150 de la Ley de la Ley 17.556 de 18/9/2002, se transfirieron de A.F.E. al Ministerio de Transporte y Obras Públicas, los cometidos, facultades y bienes relativos a la infraestructura ferroviaria, así

¹⁴ Prat, Julio, ob. cit. p. 4.

¹⁵ "Ferrocarriles del Uruguay", ob. cit. p. 5.

¹⁶ Ibidem, p. 9-10.

como los peajes de los servicios autorizados a empresas privadas previstos por la Ley 17.243 de 29/6/2000.

3 Situación actual y prospectiva

La situación actual se configura por una empresa pública A.F.E. que cumple el servicio de trenes de carga, y algunos servicios muy acotados de trenes de pasajeros.

Sucesivas normas han ido previendo la participación de privados, ya sea a través de la concesión de obras o servicios ferroviarios, la autorización para la utilización de las vías férreas por empresas privadas, y el proyecto de constitución de una sociedad de economía mixta para dicha explotación.

La norma que previó la autorización por el Poder Ejecutivo a privados para la utilización de las vías férreas previo el pago de peaje a A.F.E., nos llevó a sostener que el servicio de ferrocarriles había dejado de ser un servicio público.

Ello por entender que el régimen autorizatorio lo apartaba del de concesión típico del servicio público, a la vez que preveía la autorización por el Poder Ejecutivo, órgano ajeno al prestador del servicio (A.F.E.), y el pago de un peaje a ésta a cargo de las empresas autorizadas, el que establecerá la reglamentación pero no el Ente.¹⁷

En la propia discusión legislativa del proyecto que luego se convirtió en ley, se señalaba que se pretendía “tratar el camino de hierro -como dicen los franceses-igual que al de cemento”, y “cualquiera que esté dispuesto a pagar por la utilización de las vías, como de la carretera, que lo haga”.¹⁸

Sin embargo las inversiones hasta ahora no se han concretado.

En el proyecto de ley de presupuesto para el período 2005-2009, que cuenta con media sanción al haber sido aprobado por la Cámara de Diputados, se prevé la autorización a A.F.E. para participar en una sociedad anónima a ser constituida por la Corporación Nacional para el Desarrollo, para el transporte de cargas por el modo ferroviario, de acuerdo a los incisos tercero y cuarto del art. 188 de la Constitución.

La norma constitucional citada, es la que prevé que el Estado pueda asociarse para participar en actividades industriales, agropecuarias

¹⁷ Labaure Aliseris, Carlos, “Estudios sobre la reforma del Estado”, Amalio M. Fernández, Montevideo 2002, p. 84.

¹⁸ Labaure Aliseris, Carlos, ob. cit. p. 87.

o comerciales, con empresas formadas por aportes obreros cooperativos o capitales privados, bajo las condiciones que convengan previamente las partes.

Para ello se requiere la autorización legal previa en cada caso de esa participación, debiendo asegurar la intervención del Estado en la dirección de la empresa y rigiéndose los representantes del Estado por las normas de los Directores de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

La norma proyectada cumple con los requisitos exigidos por la citada normativa constitucional, en cuanto la previa autorización en cada caso, y no en forma genérica como en algún momento se entendió.

El negocio que se autoriza es de futuro, y no está previamente acordado, lo que podría inferirse del texto, cuyas condiciones se establecerán en la reglamentación a que se remite el propio texto.

Asimismo la norma en trámite establece que A.F.E. participará en la dirección de la empresa, cumpliendo con tal requisito constitucional.

De acuerdo a lo expuesto la sociedad de economía mixta prevista, constituye una sociedad de esas características, ya que como sostuvimos en otra ocasión, ésta se caracteriza porque la participación estatal es de carácter estatutario, lo que implica que no existe la posibilidad de que el Estado se desligue fácilmente de la sociedad, para cuyo caso deberán reformarse los Estatutos o disolver y liquidar la sociedad, sin perjuicio que la prestación del servicio está sujeta a la autorización concedida.¹⁹

El texto en trámite legislativo, establece que la sociedad anónima será constituida por la Corporación Nacional para el Desarrollo, que es una persona pública no estatal cuya dirección está a cargo de tres representantes del Estado y dos representantes de los accionistas privados.²⁰

La solución propuesta de encomendar la constitución de la sociedad a la Corporación Nacional para el Desarrollo, es igual a la fórmula empleada por el art. 20 de la Ley 17.243, para la sociedad encargada construir y explotar la terminal de contenedores del Puerto de Montevideo.

En esa situación la reglamentación previó que la sociedad se constituirá por acciones integradas por la Corporación Nacional para el Desarrollo y por Administración Nacional de Puertos., firmándose el respectivo contrato entre la nueva sociedad y la A.N.P., y luego se procede

¹⁹ Ibidem, p. 61.

²⁰ Art. 4º d e la Ley 15.785 de 04.12.1985, en la redacción dada por el art. 30 de la Ley 17.243 de 29.06.2000.

a subastar las acciones, previéndose que el adquirente debe constituir garantía de contratación del operador.²¹

De esta manera se busca sortear el inconveniente de que es muy difícil someter al Parlamento un negocio acordado, obteniendo la autorización para el mismo sin perjuicio de la integración posterior del nuevo socio.

De acuerdo a los anuncios formulados por el Gobierno, para la asociación de A.F.E. con privados, se abrió un plazo hasta el 15/12/2005, para que los interesados realicen sus consultas y presenten un proyecto de inversión para delinear el armado de un pliego de licitación.²²

Para las condiciones específicas del negocio el proyecto de ley se remite a la reglamentación que deberá determinarlas.

El proyecto establece que la sociedad podrá asimismo intervenir en la rehabilitación de la infraestructura ferroviaria y adquirir material rodante.

En relación al retiro y reposición de material ferroviario, la Ley 16.320 de 1º/11/1992 (art. 249), había establecido tal facultad para A.F.E., manteniendo siempre un trazado para los destinos previstos para la línea afectada, debiéndose adoptar la resolución por el Directorio con autorización del Poder Ejecutivo dando cuenta a la Asamblea General.

El proyecto de ley mencionado, contiene otra norma relevante, por la que se restituye a A.F.E. la infraestructura ferroviaria que había pasado al Ministerio de Transporte y Obras Públicas, por la Ley 17.556 de 18/9/2002 (art. 150).

La norma propuesta deroga la norma citada, reintegra a A.F.E. los cometidos, facultades, recursos humanos y materiales relativos a la infraestructura, el derecho al cobro de los peajes, y los rubros correspondientes al rubro "Infraestructura Ferroviaria" incrementado los subsidios y subvenciones a favor A.F.E.

La separación de la estructura ferroviaria de los servicios que se prestan ha sido el objetivo de directivas aprobadas en el ámbito de la Unión Europea, entre ellas en especial la 91/440, que busca convertir al ferrocarril en un modo de transporte competitivo y abrir los mercados ferroviarios

²¹ Lorenzo de Viega Jaime, Susana, "Los puertos en la Ley N° 17.243 y referencia a la Ley de Puertos" en "Aspectos administrativos en las leyes de 'urgencia' y de presupuesto. Homenaje a la memoria del Prof. Héctor Barbé Pérez", Grafinel, Montevideo 2002, p. 169-170.

²² Diario "El País" de 16.11.2005, p. 12.

nacionales al transporte internacional de mercaderías realizado por empresas ferroviarias establecidas en cualquier Estado.²³

Se ha dicho que se trata de una solución de compromiso entre quienes postulan la unidad del sistema ferroviario y el deseo de que los privados entren en la gestión ferroviaria, lo que da como resultado la separación entre la infraestructura a cargo del Estado y los trenes que harán correr los privados.²⁴

4 Normas internacionales

La necesidad de acuerdos internacionales, para la regulación del transporte internacional ferroviario ha sido objeto de preocupación desde tiempo atrás.

La Convención de Berna para el Transporte de Mercaderías por Ferrocarril (CIM) de 1975, se basa en los siguientes principios: se aplica a toda consignación de mercaderías con conocimiento de carga en el territorio de al menos dos Estados; los ferrocarriles tienen la obligación de transporte; se deben aplicar tarifas equivalentes para todos los usuarios en las mismas condiciones; los ferrocarriles participantes, forman una unidad respecto a la responsabilidad en la ejecución del transporte.²⁵

A su vez el CIM, contiene previsiones respecto al transporte por más de una modalidad, que dada sus diferentes características no hay posibilidad de conflicto con la Convención de Naciones Unidas para el Transporte Multimodal de Mercancías.²⁶

En nuestra región se suscribió en 1990 en el ámbito de ALADI, un Acuerdo de Alcance Parcial sobre Transporte Internacional Terrestre, entre Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay, con un capítulo referente al transporte internacional de mercancías por ferrocarril (TIF), que incluye los principios referidos.

A su vez se suscribió como parte de los Tratados de Ouro Preto el 15/12/1994 y protocolizó bajo el régimen de ALADI el 30/12/1994, un Acuerdo de Transporte Multimodal Internacional entre los Estados parte del MERCOSUR, el que fue aprobado en nuestro país por el Dec. 299/995.

Ello dio lugar a la impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso

²³ Ley 39/03, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (España), Exposición de motivos, p.1, disponible en Internet: http://www.carreteros.org/legislación/ferrocarriles/ley/t_c.htm.

²⁴ Montes González, José Ramón, "El liberalismo se sale de la Vía (La nueva Ley del Sector Ferroviario)", p. 7-8, disponible en Internet: <http://habitat.aq.upm.es/boletín/n28/ajmon.html>.

²⁵ Mutz, Gerfried, ob. cit. p. 15.

²⁶ Ibidem, p. 16.

Administrativo del referido decreto, por parte de compañías aseguradoras, por entender que el mismo modificaba normas legales sobre responsabilidad solidaria de los transportistas efectivos, y la responsabilidad conjunta y solidaria de todos los que intervienen en el transporte multimodal, modificando normas legales sobre limitación de responsabilidad y el derecho a la reparación integral del daño, así como normas sobre jurisdicción.

El demandado sostenía que los “Acuerdos de Alcance Parcial” en el marco de ALADI, se incorporan al orden jurídico interno sin necesidad de aprobación legislativa.

El Tribunal por Sentencia N° 1.016/98, entendió que el Dec-ley 15.071 que aprueba el Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI), no constituye una norma en blanco, susceptible de ser llenada con cualquier contenido sin intervención del Parlamento. Consideró que el Acuerdo invadía zonas de reserva de ley, y de esa forma, afectaba Tratados con ratificación parlamentaria y disposiciones legales- entrando en colisión con la preceptiva constitucional.

Se sostiene en la sentencia que “al variar el régimen de responsabilidad en materia de transporte multimodal (transportes sucesivos o acumulativos) y el régimen de responsabilidad en dicha materia por razón de cuantía, se ha invadido un ámbito competencial exclusivo del Poder Legislativo, lo que conforma la violación de la regla de derecho causante de la ilegitimidad del acto residenciado...”

A dicha sentencia se le dio efectos generales y absolutos, alcanzando a terceros que no hubieran litigado, de acuerdo al art. 311 de la Constitución.

La cuestión planteada con independencia de la solución del caso, replantea el tema de la supranacionalidad, debiéndose tener en cuenta que los acuerdos del MERCOSUR, tienen carácter intergubernamental, y por tanto están sujetos a su implementación en el ámbito interno de cada país.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LABAURE ALISERIS, Carlos. Régimen jurídico del ferrocarril. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 29-37, abr./jun. 2006.