

A&C
Revista de Direito
Administrativo & Constitucional

Ano 2 – N. 8



EDITORA AFILIADA

Visite nosso *site* na Internet
www.jurua.com.br
e-mail:
editora@jurua.com.br

ISBN: 1516 – 3210



Matriz / Curitiba: Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê
CEP: 80.035-000 - Fone: (0--41) 352-1200 - Fax: 252-1311
Representação / Rio de Janeiro: Excelência Assessoria Editorial
Av. Rio Branco, 257 gr. 410/12 – CEP: 20040-009 - Fone: (0--21) 220-2096

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

R454 Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
Curitiba: Juruá, 2001.
266 p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342
CDU 342.951

00020

LA INFLUENCIA DE LAS PRIVATIZACIONES EN LA TEORÍA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, EN LA EXPERIENCIA ARGENTINA¹

José Luis Said²

“La cuestión a resolver (...) es si los procesos de privatización y liberalización que están afectando tan fuertemente a las economías europeas al final del milenio -agrego: y a las latinoamericanas-, exigen un cambio radical de óptica para que sean las empresas privadas las que cumplan las misiones de servicio público que requiere el interés general y son imprescindibles para la convivencia. O, por el contrario, si pese a todos estos cambios la tradición europea del servicio público como obligación del Estado, como actividad tutelada y dirigida por el Estado, se mantiene”.

Santiago Muñoz Machado³

1 AGRADECIMIENTO

Resulta para mi un alto honor haber sido invitado a participar de esta jornada en San José de Costa Rica, ciudad que en toda América se evoca cada vez que se encuentran en juego los derechos humanos. Agradezco profundamente a los organizadores, en la persona del Dr. **Claudio J. Donato M.**, la posibilidad de estar aquí.

¹ El artículo reproduce –con algunas variantes- las ideas centrales expuestas en mi intervención en la “**Jornada sobre Servicio Público y Privatizaciones**” llevadas a cabo en San José de Costa Rica el día 3 de octubre de 1998, invitado por el PNUD y la Autoridad Reguladora de de los Servicios Públicos de la República.

² Professor de Direito Administrativo e Filosofia do Direito em Buenos Aires.

³ *Servicio público y mercado – I – Los fundamentos. Civitas, 1998.*

Como veremos, el tema que me ha sido asignado - seguramente sugerido por el Dr. **Carlos M. Grecco** que por razones ajenas a su voluntad no puede estar presente - tiene una intensa vinculación con la atención de las necesidades y derechos individuales y sociales.

2 INTRODUCCIÓN

Estamos, según se afirma, inmersos en la *postmodernidad*. El relato de la cultura dominante afirma que en esta nueva etapa de la Historia de las sociedades se han quebrado los *mitos* con que el *Iluminismo* signó el desarrollo del siglo XIX y buena parte del corriente (las ideas del progreso, de la razón, de la solidaridad, del desarrollo constante de los pueblos etc.). En pocas palabras: se ha vencido la tentación de buscar la concreción de ciertos absolutos que, como la “tierra prometida”, iluminaban el destino de consoladoras filosofías de la historia⁴.

El Estado, concebido anteriormente como árbitro de conflictos, como herramienta racional de organización de fuerzas sociales bajo esquemas de legalidad, cuya misión consistía en permitir la coexistencia (más o menos pacífica, más o menos turbulenta) de una pluralidad de actores sociales con disímil potencial para incidir en las fuentes del poder (economía, gobierno, tradición, iglesias etc.), se encuentra ya (en el relato postmoderno) en el anaquel de las concepciones teóricas en desuso.

Se exige ahora un *nuevo Estado*, se le reclama que libere las barreras impuestas al potencial con que tales actores pueden reglamentar y solucionar sus controversias y contiendas.

Las causas que en las sociedades más desarrolladas dieron por respuesta la *actitud postmoderna* con su “fobia al Estado” (M.

⁴ Si bien la *postmodernidad* no ha sido caracterizada uniformemente, cabe citar -entre otros- los siguientes autores y textos: a) Jean-François Lyotard *La posmodernidad (explicada a los niños)*, Gedisa, Barcelona, 1990; b) idem, *La condición postmoderna*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993; Gianni Vattimo, *Ética de la interpretación*, Paidós, Buenos Aires, 1992; N. Berman, P. Anderson, J. Habermas y otros en *El debate modernidad posmodernidad*, compilación de Nicolás Casullo, El cielo por asalto, Buenos Aires, 1993; Horacio González compilador de *Los días de la Comuna - Filosofando a orillas del río*, Buenos Aires, 1987; Arthur Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Temis, Bogotá, 1992.

Foucault)⁵ y la necesidad de repensarlo desde otra perspectiva no se habían presentado en la orilla sur del continente. Pero es sabido que ya la realidad poco importa. Vivimos, como lo explica **Paul Virilio**⁶, en un “paisaje de acontecimientos” generado por los massmedia que han lanzado la realidad fuera de la Historia (**Jean Baudrillard**)⁷. Fueron, pues, los acontecimientos (situados en coordenadas temporo espaciales virtuales) los que incidieron en la sociedad argentina y en sus factores formales de poder para repensar el Estado y las técnicas con las cuales debe intervenir, o más precisamente *dejar de intervenir* en la sociedad civil.

Obviamente, la actitud postmoderna, viente en el que se gestó el proceso de privatizaciones, conmovió la “teoría del servicio público”, al punto que se han levantado voces que pregonan que la desestatización de las área económicas regladas como “servicios públicos” resultará lo más conveniente para la adecuada satisfacción de los intereses del mercado, y por ende, los de la sociedad. Desde este sector doctrinario se postula la sustitución de la teoría europea del servicio público por la pragmática de las “public utilities” y de las industrias reguladas del derecho norteamericano que reconocen la titularidad del mercado de la actividad económica a la que se refieren⁸.

Cómo puede verse, la idea que heredamos de los servicios públicos ha sido sometida a los vientos cruzados de la desventura en la década iniciada en 1989 con la asunción del Presidente Dr. **Carlos S. Menem**.

Yo no soy postmoderno. Sostengo todavía la batalla constante y fatigosa que permita abrir la senda a la utopía. Me siento, en muchos puntos, encadenado al proyecto de la Aufklerung y desli-

⁵ Para la fundamentación de esta cuestión, M. Foucault, *La vida de los hombres infames*, editorial Altamira, Montevideo, 1992, especialmente el capítulo 14.

⁶ “Un paisaje de acontecimientos”, Paidós, 1997.

⁷ “La ilusión del fin – La huelga de los acontecimientos”, Anagrama, 1993.

⁸ Hector Mairal, “La ideología del servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo*, Año 5, N. 14, Depalma. La posición de este autor fue considerada por mí en un artículo publicado en la revista “Actualidad en el Derecho Público”, N. 5 (Septiembre-Diciembre 1996) denominado “Aportes metodológicos y epistemológicos al debate sobre la técnica de los servicios públicos”.

gado del paraíso virtual que me ofrece **Bill Gates** por Internet. Asumo, con **Habermas**⁹, que “*la modernidad es un proyecto inconcluso*”.

Desde esta incómoda posición voy a abordar lo que, entiendo, ha quedado en pie en la teoría del servicio público pese al ataque frontal de los epígonos del mercado, y a señalar las facetas que deben incorporarse a la teoría a la luz de las nuevas empiricidades, algunas correctamente señaladas por la crítica a la concepción tradicional.

3 LA PERSISTENCIA DE CIERTAS IDEAS

En su magnífica exposición efectuada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo realizadas en la ciudad de Mendoza en el mes de Octubre de 1997, el profesor **Carlos Grecco** puntualizó tres o cuatro ideas centrales que debían mantenerse en la elaboración de la teoría de los servicios públicos¹⁰.

- 1) La primera de ellas recuerda que **debe partirse de la distinción entre Estado y Sociedad ya que toda la teoría del servicio público supone esa distinción**, e intenta dotar al Estado de un título de intervención sobre la actividad de los particulares. Sin esta distinción inicial no resulta comprensible la teoría. Señala Grecco que las leyes que instrumentaron el proceso de reforma del Estado y privatización del sector público en la Argentina (n. 23.696 y n. 23.697) presuponen que el Estado y la Sociedad son esferas independientes, autoreguladas en forma diferente, que no deben confundirse. Agrego, por mi parte que en la concepción del legislador se asume que el derecho y el mercado no se llevan bien y deben mantenerse tan separados como sea posible.

Agrega el profesor Grecco que esta distinción asumida en las leyes referidas **tuvo por finalidad solucionar problemas económicos y financieros del Estado**. Queda bajo signo de pre-

⁹ J. Habermas y otros en **El debate modernidad posmodernidad**, ... citado en nota 2.

¹⁰ Existe una versión fonomagnética de tales Jornadas. De ella he rescatado las ideas que Grecco expuso al auditorio.

guntas si ha solucionado -o vaya hacerlo en el futuro- los de la Sociedad.

- 2) La segunda noción relevante para articular la teoría es la “**publicatio**”, que -según Grecco- proviene del derecho romano donde se utilizaba para designar determinados bienes que sin incorporarse por su naturaleza a la cosa pública eran, en virtud de un acto especial, dedicados al público. Sobre una base elaborada por el derecho intermedio que tuvo en cuenta dos técnicas del derecho romano (la “*publicatio bonorum*” que explicaba ciertos supuesto especiales de expropiación o confiscación y la “*publicatio agrorum*” que establecía ciertas regalías otorgando un título especial a favor del príncipe) fue elaborándose este concepto que permite colocar paralelamente *las cosas públicas y las actividades públicas*. Y así como ciertas cosas no son susceptibles de apropiación privada, precisamente porque son públicas, determinado tipo de actividades, porque son declaradas “públicas” forman una excepción al principio que recogerá el constitucionalismo moderno de libertad de industria y comercio.

Debe, pues, insistirse en el concepto de “*publicatio*” con relación a los servicios públicos pues **es lo que permite explicar que determinadas actividades estén sometidas a una titularidad intransferible del estado**¹¹.

¹¹ Por mi parte he sostenido, en el artículo citado en la nota 7, que la racionalidad del Estado surgido a partir de la Edad Moderna fue estructurada teniendo en cuenta dos herramientas teóricas: *la Razón de Estado y la Teoría de la Policía*. Con la primera se pretendió legitimar el incremento del poder estatal hacia adentro (por oposición a la *Teoría de la Soberanía* que fundamentaba el poder del Estado en sus relaciones con otros Estados), es decir en relación con la comunidad, toda vez que el crecimiento de su poder era lo que permitiría garantizar el progreso en las condiciones sociales de vida. La Teoría de la Policía le permitió definir cuales son los objetivos dentro de las actividades de la sociedad que el Estado debe vigilar para intentar concretar esas mejores condiciones. Con lo que se produce un ensamble entre una razón de Estado y una teoría de policía (*títulos de intervención* en la terminología moderna) que daban la legitimidad al accionar del Estado en el ámbito de la sociedad civil. La *técnica del servicio público* como forma instrumental de la teoría de la policía (actualmente del *poder de policía*) para concretar un determinado ejercicio de

¿Que actividades forman parte de esa titularidad intransferible y que actividades son exoneradas de ese principio? Es una cuestión de circunstancias históricas que varían en la vida de las naciones. Es el dato contingente en el cual se articula lo que **Juan Ramón Capella**¹² denomina “*el poder político privado*” entendiendo por tal la real capacidad de influencia de las personas (físicas y jurídicas) en las decisiones públicas, superando entonces el vallado con que el sistema democrático formal pretende garantizar la igualdad de los “ciudadanos” en la formación de la voluntad estatal: la igualdad en el voto.

Dato contingente que refleja las relaciones de poder y puede observarse en la evolución de la relación entre empresas y servicios públicos. Desde las primitivas concesiones, licencias o habilitaciones, hasta el auge nacionalizador del primer gobierno peronista inmerso en la economía del Estado Benefactor, que en el devenir de su lógica, necesitado de inversiones, con una crisis gerencial y de objetivos estratégicos, ante la desjerarquización de la solidaridad como valor fundamental de la cultura social se ve ante un abismo y decide retroceder totalmente, aferrándose apenas a ciertos fundamentos que le permitan tan sólo dirigir tibiamente el juego económico que ya no lo respeta.

Surge con claridad de la legislación argentina que el Estado optó por el total retroceso. Pero esto, que responde a las concretas circunstancias históricas del Estado Argentino que arribó a la finalización de los 80 casi sin moneda, jaqueado por las corporaciones (empresarias, militares, clericales, de trabajadores), derrotado

poder en la comunidad, se encuentra sometida a la crítica en sus aspectos centrales, de los cuales el que más afecta a la relación Estado-Sociedad – por las consecuencias que de él se extraen – es el de su *titularidad*. Sin embargo cabe advertir que cuestionar la técnica, que es el fenómeno visible, y no hacerse cargo de debatir el Poder de Policía del Estado que le da fundamento, convierte el debate en un problema solo aparente, toda vez que si no se cuestiona la legitimidad y legalidad del Poder de Policía y se admite que resulta razonable que el Estado intente incrementar su poder para el mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos, el debate de los servicios públicos terminará finalmente en una disputa semántica. Ello es así pues no se desmantelan los soportes sobre los cuales se asienta la noción de servicios públicos.

¹² “Los ciudadanos siervos”, **Trotta**, 1993.

en una guerra con Inglaterra, imposibilitado de controlar la presión militar por el enjuiciamiento de los crímenes cometidos por el terrorismo de Estado, con un alto endeudamiento externo que desplazó la conducción económica del ministerio del área a los centros internacionales (FMI, Banco Mundial), imposibilitado de adoptar decisiones relativas a la inversión pública etc., repito la decisión contingente ante circunstancias históricas determinadas no puede juzgarse con visos de definitividad.

Defender la “publicatio” no significa que el Estado tenga que asumir esas actividades -de su titularidad intransferible- con su propia estructura administrativa y de organizaciones, en suma, con el aparato estatal. La titularidad estatal de los servicios públicos hace referencia a un núcleo de potestades a las cuales el Estado no puede renunciar aunque la ejecución material del servicio se desplace a sujetos externos al aparato administrativo.

Entre esas potestades irrenunciables se encuentra la de fijar la tarifa de los servicios (“potestad tarifaria”)¹³. La atención de las necesidades mediante la prestación de los bienes o actividades por sujetos privados no admite ser considerada bajo los esquemas de libre comercio; resulta inadmisibles a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos que los Estados admitan el tráfico de las necesidades humanas existenciales en un mercado en el que unos exhiben sus padecimientos y otros le ponen un precio inalcanzable a los remedios para tales males. Cuando la satisfacción de las necesidades de muchos se encuentra concentrada en manos de muy pocos el Estado, como titular de la actividad económica gestionada por los particulares, cuenta con la potestad de fijar el precio de tales provisiones o servicios.

No se me escapa que en esta cuestión la intervención estatal en la fijación del precio puede afectar la tasa de ganancia de los prestadores, y que deberá indemnizarla para mantener “la ecuación económica financiera del contrato”. Sin embargo cabe tener presente que la fluctuación de la tasa de utilidad no puede ser ponderada en forma inmediata ante la decisión estatal de fijar un precio menor que el esperado por los prestadores, pues la referida garantía

¹³ Sobre el tema puede consultarse el artículo de Carlos M. Grecco, publicado en la **Revista de Derecho Administrativo**, Año 2, N. 5, Depalma.

de intangibilidad opera -en principio- a la finalización del contrato, cuando es posible analizar la evolución de los períodos de ganancias con los de pérdidas y verificar las compensaciones que entre ellos se han producido. De tal suerte, podrá el Estado hacer uso de esa potestad cuando situaciones sociales así lo exijan sin ser llevado de inmediato ante los estrados a satisfacer una anticipada estimación de pérdidas efectuada por su co-contratante.

Por eso es que los procesos de privatización deberían, a mi juicio, guiarse por esta idea: *la mayor intervención de los particulares en el núcleo de actividades que atienden los servicios públicos, debe a) estar precedida de una intensa regulación que demarque los límites de los derechos que podrá conferir el contrato de concesión y resguarde adecuadamente las potestades públicas, y b) someterse a un constante control concomitante y posterior efectuado por órganos independientes y funcionarios éticamente insospechables y científicamente irreprochables*. Por ello, la conjunción de políticas de privatización y de desregulación resulta inadmisibles. Que la regulación debe ser redefinida, no caben dudas, pero que debe ser aún más intensa -donde es precisa- tampoco admite refutaciones serias. Dejo aquí la cuestión pues será objeto de tratamiento por los otros expositores.

- 3) Otra noción relevante que debe rescatarse proviene del andamiaje teórico del Estado Benefactor: la **“procura existencial”**.

Las necesidades individuales y sociales que dieron lugar a la intervención del Estado en la economía no han desaparecido con la extinción (por muerte violenta) del Estado de bienestar.

Según el discurso dominante los actores sociales deben proveerse la satisfacción de tales necesidades en un mercado atendido por empresarios que recelan de la custodia estatal. Pero, como agudamente lo recordaba **Juan P. Feimann** en un artículo periodístico que cito de memoria (publicado en alguna contratapa del diario Página 12) el mercado y la sociedad no se superponen. Construir un mercado eficiente es algo diferente de constituir una sociedad integrada. En la Argentina, un 30% de su población -cuanto menos- se encuentra desocupada o subocupada según estadísticas oficiales. ¿Puede seriamente sostenerse que esos millones de seres humanos concurrirán al mercado a satisfacer sus necesidades existenciales?

Si se admite que existen necesidades insatisfechas por el mercado, debe sostenerse la construcción de **Forsthoff**¹⁴ que entendía a la Administración Pública como servidora de la “asistencia vital” (*daseinsvorsorge*) que el Estado debe prestar a las personas. Necesidades que los particulares no pueden cubrir por sí mismo y que aún deben tenerse presente.

Cuando el usuario se encuentra ante sujetos privados prestadores que lo vinculan con contratos de prestación con cláusulas predispuestas y condiciones de contratación a las que únicamente puede adherir o rechazar, resulta forzado hablar del “libre juego de las reglas del mercado” y profundamente cínico pregonar la abstención del leviathánico “intervencionismo estatal”.

La empresa pública cumplió una función asistencialista que no puede predicarse de las técnicas de habilitación del servicio público en cualquiera de sus manifestaciones.

4 LOS NUEVOS TEMAS

El vendaval privatizador así como conmovió el esquema conceptual de la teoría de los servicios públicos, llevando a revitalizar las ideas centrales, permitió también advertir que ciertos aspectos del problema no habían sido suficientemente abordados mientras la prestación de los servicios estuvo en manos del propio Estado.

Puntualizo, sin desarrollar pues serán los temas que abordarán mis estimados colegas, los siguientes:

- a) el problema de la regulación;
- b) el control;
- c) la protección del usuario.

Y agrego otros que, entiendo, deben ser considerados en la reformulación de una concepción dogmática jurídica de la teoría del servicio público:

- d) la articulación de la actividad prestacional con la tutela del ecosistema;
- e) la problemática del “aspirante a usuario” como lo denominara el maestro Miguel S. Marienhoff. Sobre esta

¹⁴ “Tratado de Derecho Administrativo”, **IEP**, Madrid, 1958.

cuestión sólo señalo que la doctrina y el derecho comunitario europeo hablan ya del "servicio universal" y de las formas en que deben soportarse los costos económicos que conlleva la extensión de los servicios a áreas deficitarias. En suma: se trata de encontrar la forma de paliar el costo económico de la promoción de todos los individuos a condiciones de vida dignas e igualitarias (**Santiago Muñoz Machado**¹⁵; **Sabino Cassese**¹⁶).

5 REFLEXIÓN FINAL

He tratado de aportar las ideas centrales que creo deben rescatarse al pensar la teoría de los servicios públicos en el contexto de la posible transferencia de su gestión a sujetos privados. Son reflexiones a la luz de la experiencia argentina, ante medidas tomadas en un contexto que ya les he narrado, que creo pudieron ser efectuadas - aún bajo las premisas ideológicas dominantes - en mejor forma (basta para ello consultar la experiencia que en los años 90 lleva adelante Italia).

Tal vez puedan tener razón quienes pregonan el paradigma norteamericano de las "public utilities" (no lo creo, pero lo concedo). Pero, sea como sea, tras tanta aporética debe tenerse presente que existen personas que no podrán concurrir al mercado a adquirir los bienes y servicios que precisan para tener condiciones de vida digna. Debe entonces preverse la forma en que se le proveerá la asistencia vital. Resulta pues oportuno analizar cuidadosamente las condiciones en que se habilitará la prestación por empresas privadas, reservándose el Estado potestades o imponiendo condiciones que le permitan garantizar a cada habitante lo que les resulta imprescindible. Se trata, ahora que es posible en Costa Rica -luego será tarde- de preservar aquellas herramientas que permitan atender a cada uno "según sus necesidades". En mi país eso no se hizo. Se puso el carro delante de los caballos (como dice un refrán) y hoy hay demasiado dolor y necesidad no resueltos por la "mano mágica del mercado".

Eso es todo. Muchas gracias por la atención que me han concedido y quedo a su disposición para contestar preguntas, aclaraciones o atender sus réplicas.

¹⁵ *Idem* nota 2.

¹⁶ "La transformación del servicio público en Italia", en **Revista Actualidad en Derecho Público**, N. 4 (Mayo-Agosto 1996).