

Título: La transformación del Estado (Segundo artículo)

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY1990-E, 1078

Cita: TR LALEY AR/DOC/13039/2001

Sumario: SUMARIO: I. Recepción del principio de subsidiariedad por el ordenamiento.-- II. Las técnicas de reversión del estatismo.-- III. Reestructuración y racionalización administrativas.-- IV. La desregulación y la desmonopolización de actividades.-- V. La privatización de actividades públicas y privadas.-- VI. Reflexiones finales.

I. Recepción del principio de subsidiariedad por el ordenamiento

No obstante el cuño liberal de nuestra Constitución en los últimos cincuenta años se montó un sistema que consagró y privilegió la intervención del Estado, ya sea como titular de monopolios o dueño de empresas industriales o comerciales, o bien, como regulador activo del proceso económico. Lo increíble es que todo ello ocurrió bajo un sistema constitucional que lejos de proclamar la regla de la intervención estatal progresiva consagra protección de las libertades económicas y de los derechos de ejercer actividades industriales y comerciales a favor de los particulares y no del Estado (art. 14, Constitución Nacional).

Sin embargo, hay dos cláusulas de la Constitución que jugaron el papel de fundamentar la instauración del estatismo: a) la prescripción contenida en el art. 67, inc. 28 de la Constitución Nacional que reconoce los llamados poderes implícitos del Congreso (1) y b) la llamada cláusula de progreso o de bienestar general, que permite que el Congreso legisle proveyendo "... lo conducente a la prosperidad del país, el adelanto y bienestar de todas las provincias" y que mediante leyes protectoras promueva "... la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables... la introducción y establecimiento de nuevas industrias" y "la importación de capitales extranjeros..." (art. 67 inc. 16, Constitución Nacional).

Pero esa interpretación, opuesta a la inteligencia del sistema constitucional, resulta ahora contrarrestada a raíz del abandono de la gestión económica estatal y de la política de desregulación, instrumentada en las leyes 23.696 y 23.697 (Adla, XLIX-C, 2444; 2458), además de los diversos decretos reglamentarios que introducen una profunda transformación en los objetivos que persigue el Estado(2).

Se trata, en rigor, de la recepción del principio de subsidiariedad por el ordenamiento positivo el que se apoya en una triple fundamentación: a) el propósito de que el Estado no realice todo aquello que pueden llevar a cabo los particulares y comunidades menores enunciado claramente en el Mensaje del Poder Ejecutivo (3), b) la declaración de las empresas sujetas a privatización formulada en los anexos de la ley 23.696, de conformidad a su art. 9º, y c) la delegación en el Poder Ejecutivo para proceder a derogar cláusulas legales que obstan a la privatización, desmonopolización o desregulación (art. 10 ley citada).

II. Las técnicas de reversión del estatismo

La causa quizá más importante que ha detenido el desarrollo socio-económico de muchos pueblos radica en el excesivo estatismo impuesto por las diferentes concepciones políticas dominantes en aquellos países que lo han padecido. Desde luego que han existido variados niveles o grado de intervención del Estado en la economía y en las relaciones sociales pero ello no impide advertir una cierta unidad en las distintas medidas que ha adoptado la acción interventora estatal.

Esa unidad que caracteriza al proceso intervencionista se refleja fundamentalmente en los cuatro pilares del estatismo, a saber: a) la sobredimensión de las estructuras administrativas y el consiguiente aumento de la burocracia; b) las abundantes y excesivas regulaciones que limitan y afectan las libertades económicas y sociales fundamentales; c) la configuración de monopolios legales a favor del Estado y d) la participación estatal exclusiva o mayoritaria en el capital de empresas industriales o comerciales.

Paradójicamente, el desmontaje de ese sistema requiere la utilización también de técnicas de intervención que operan en sentido opuesto con el objeto de realizar la reconversión de las actividades y estructuras que servían al llamado "Estado benefactor". De ella, nos ocupamos a continuación, a la luz, principalmente, de las reformas emprendidas en América del Sur, que han acudido a las técnicas de reestructuración y racionalización administrativas, desregulación, desmonopolización y privatización de actividades(4).

Por razones obvias, no haremos en este lugar un análisis pormenorizado de los diferentes instrumentos normativos ni el detalle de las medidas utilizadas en los sectores donde ha calado la reforma salvo que ello sea útil a los fines de la ejemplificación de los principios y técnicas generales que guían el proceso de transformación del Estado.

III. Reestructuración y racionalización administrativas

En la primera etapa de la reforma del Estado en Argentina la preocupación se centró en la reducción inmediata del gasto público (5) y un buen ejemplo de ello lo constituyen las distintas normas sancionadas por la ley 23.697, llamada de emergencia económica, y también en algunos preceptos de la ley 23.696. Así, se establecieron, entre otras medidas, un régimen presupuestario excepcional (6), la suspensión de los beneficios promocionales y de toda clase de subsidios (7) regímenes de compensación de las deudas de los particulares con el Estado (8) y de las deudas del sector público (9) la suspensión de la ejecución de las sentencias que condenan al Estado al pago de sumas de dinero (10) y un régimen penal tributario y previsional (11) que procura asegurar el cobro por el Fisco de impuestos y demás contribuciones.

Este enfoque estrictamente fiscalista que en sus comienzos provocó una abrupta caída de la hiperinflación que padecíamos reveló bien pronto su insuficiencia estructural pues no atacaba una de las causas fundamentales del fracaso del estatismo que radica en la excesiva burocratización de nuestra Administración Pública, incapaz de servir como instrumento de la reforma administrativa.

Su inadaptabilidad para convertirse en una pieza clave del proceso de transformación del Estado, el crecimiento desmedido de sus estructuras orgánicas y el consecuente sobredimensionamiento de personal, indican la presencia de una enfermedad endémica conocida como "anquilosis institucional" (12) cuyos efectos reflejan lentitud de procedimientos, proliferación de trámites y de intervenciones administrativas, ineficiencia de los servicios, etcétera.

No obstante lo que han sostenido autores de renombre pensamos que la inflación no es causa (13) sino efecto de la "anquilosis institucional" ya que es la propia Administración decadente (14) junto a los gobiernos de turno, los que han gestado el crecimiento del Estado, su intervención progresiva en la economía y el incesante aumento del gasto público, con apoyo en teorías económicas, de base keynesiana, cuya validez técnica ha sido tan severamente cuestionada que ha provocado el abandono de las políticas instrumentales del estatismo.

Varios son los factores que han contribuido a esa anquilosis los que, aun a riesgo de una excesiva simplificación trataremos de resumir. Por de pronto, cabe advertir, en los gobiernos de casi todos los países iberoamericanos, una ausencia de visión política de conjunto acerca de las misiones que cumple la administración (en sentido amplio). Esta desconexión entre Gobierno y administración constituye una de las razones de la carencia de políticas de revisión de las estructuras administrativas y de la consecuente inadaptabilidad de éstas para atender los requerimientos de la sociedad.

A este defecto, se añaden otros tales como la falta de liderazgo en las jerarquías administrativas, la inexistencia de una carrera administrativa, agravada por la práctica del enchufismo para satisfacer la clientela política del partido que sube al gobierno, las bajas remuneraciones, que resultan comparativamente bastante inferiores a las que perciben las personas ocupadas en otros ámbitos sectoriales y el llamado sistema de prebendas (automóvil oficial, adicionales, etc.) para dar una idea lo más aproximadamente posible del proceso de anquilosis institucional que padece la administración.

Como no podía ser de otro modo este fenómeno ha dado origen a una creación indiscriminada de entidades, órganos y funciones de intervención en las actividades privadas que, con una excesiva dotación de personal, terminan por configurar un estado paquidérmico, mucho más débil que el Estado abstencionista del siglo anterior, dominado y jaqueado por intereses corporativos y empresarios que aprovechan su debilidad intrínseca para extraer de las arcas fiscales toda clase de subsidios.

En Argentina, después de cierta indecisión inicial, el Gobierno impulsa ahora la reforma del Estado en dos sentidos. Una profunda reestructuración administrativa redujo sustancialmente las estructuras administrativas y eliminó las Secretarías de Estado ministeriales (15) existentes en cada ministerio (16), congelando las vacantes existentes (17). A su vez, la racionalización del personal ha comenzado también a imponerse como consecuencia del dictado del reciente decreto 1757/90 (Adla, L. C, 2524) que constituye uno de los intentos más firmes de los hechos hasta ahora para concretar, en la realidad, la revisión de las estructuras administrativas (18).

Con todo, el proceso de transformación del Estado parece aún influido, en este aspecto, más por consideraciones fiscales, sin ahondar en el meollo del problema administrativo, que sigue siendo la ineficiencia de la Administración para servir como instrumento de los intereses públicos. Mientras esto no se consiga con la ejecución de una política que promueva la jefatura de los mejores, --ese liderazgo de que antes hablábamos-- la jerarquización de las tareas con remuneraciones acordes al oficio que desempeñan los funcionarios y mientras no se consolide una carrera administrativa que garantice una Administración idónea que actúe con neutralidad política y eficacia indiferente (19), no habremos atacado el grave mal que la afecta.

IV. La desregulación y la desmonopolización de actividades

a) Quid de la desregulación y de la desmonopolización

Como técnicas de reversión del estatismo la desregulación y la desmonopolización de actividades y de servicios ocupan un lugar predominante, junto a la privatización. Sin embargo, la importancia de la corriente que tiende a desregular y desmonopolizar, no debe inducir a confusión acerca del papel que cumple el Estado como realizador del bien común y principal organización jurídica que reglamenta los derechos e intereses privados, con el propósito de armonizar el ejercicio de éstos con el interés público.

El estudio de estas técnicas carecería de sentido si el Estado no hubiera asumido la plenitud del poder regulatorio o el establecimiento de monopolios, especialmente a favor de las empresas nacionalizadas o creadas por el propio estado.

Las causas que han provocado los abusos y desviaciones de la acción interventora del Estado son de variada laya. Desde el impulso irresistible de una burocracia, carente de directivas, que busca justificar su actuación --o aumentar su poder-- hasta las ideologías políticas que se apoyaron en las ideas de Keynes (20) el Estado de nuestro tiempo histórico ha padecido toda clase de males. Inclusive, ha ocurrido con frecuencia la utilización del mecanismo regulatorio para satisfacer fines privados provocando la disociación del interés público respecto del obrar administrativo, que aparece sustituido por los intereses personales de los funcionarios o de los políticos (21). Pero más graves aún son los efectos que ocasiona la utilización abusiva o creciente del poder regulatorio en la vida social y económica al cercenar las iniciativas particulares y la libre competencia que son condiciones indispensables para la fortaleza y el crecimiento de una determinada comunidad.

Según el principio de subsidiariedad toda economía cae, en primer término, en el ámbito de la autorresponsabilidad y de la libre actividad del individuo, siendo éste un principio ordenador que, junto al derecho de propiedad privada, configura el ordenamiento básico del mercado, o bien, para emplear palabras textuales de Messner, "de la economía social en su ámbito de tráfico o de competencia"(22).

Hay, pues, una conexión entre subsidiariedad y desregulación o desmonopolización porque lo que se persigue con estas técnicas no es el establecimiento de una situación nihilista en materia regulatoria sino remover los obstáculos que se oponen a la iniciativa privada y a la libre concurrencia al mercado. Este es, precisamente, el sentido que adquieren las técnicas de reversión del estatismo pero, al mismo tiempo, es el que justifica las regulaciones del "Estado subsidiario", con el objeto de instaurar la estructura legal indispensable para la realización de las libertades económicas y sociales, cosa que nunca ha desconocido la llamada Escuela Austríaca de Economía (23).

En el actual proceso de transformación el Estado debe desregular y desmonopolizar con el objeto de instituir un sistema de control eficaz de la actividad privada que emane de las propias fuerzas del mercado, para lo cual hay que eliminar las barreras que se oponen a la libre actividad industrial y comercial, suprimir subsidios y privilegios, al par que liberar el comercio exterior, con una reducción razonable de aranceles y la supresión de las trabas y prohibiciones a la importación(24).

En nuestro sistema constitucional tanto la desregulación como la desmonopolización constituyen una necesidad insoslayable habida cuenta que si la mayor parte de las regulaciones y monopolios han afectado o impedido sustancialmente el conjunto de libertades y demás derechos individuales reconocidos en el art. 14 de la Constitución Nacional, su subsistencia obsta a la garantía de razonabilidad prescrita en el art. 28 de la Constitución Nacional a tenor de la cual tales derechos no pueden "ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio".

b) Las técnicas utilizadas para la derogación de regulaciones y de monopolios

La derogación de las normas que estatuyen regulaciones o consagran monopolios se viene llevando a cabo mediante diferentes técnicas.

En primer lugar, por el principio del paralelismo de las formas, si la regulación o el monopolio han sido instituidos por ley formal y material, su extinción, en principio, corresponde a una norma de idéntica naturaleza. Esta es la fórmula tradicional y ortodoxa (25). Sin embargo, las leyes de reforma del Estado y de emergencia económica 23.696 y 23.697, han articulado distintos mecanismos de delegación para proceder a la derogación de normas que afectan la iniciativa privada y el principio de la libre concurrencia. Lo han hecho no sólo por seguir una tendencia que se acentúa en el derecho comparado (26), hacia la transferencia de ciertas funciones normativas al Poder Ejecutivo, sino, fundamentalmente, porque en el momento del diseño de las políticas de transformación del Estado, los legisladores ni el Poder Ejecutivo disponían de tiempo para analizar las regulaciones, privilegios y monopolios existentes en los distintos sectores de la economía, cuya subsistencia resultaba incompatible con los principios del "Estado subsidiario".

En efecto, sin perjuicio de la llamada derogación institucional, que se opera cuando la legislación sobre una determinada materia es sustituida, en bloque, por otra posterior, sin derogar expresamente las normas anteriores

(27), las leyes citadas utilizan tanto la técnica de la remisión normativa como la de la deslegalización (28). Un ejemplo de remisión legal lo proporciona el art. 24 de la ley 23.697, que faculta al Poder Ejecutivo a introducir ampliaciones del presupuesto para atender erogaciones resultantes de la aplicación de la política salarial y previsional. A su vez, el art. 10 de la ley 23.696 consagra una clara deslegalización en cuanto habilita al Poder Ejecutivo a "disponer, cuando fuere necesario, la exclusión de todos los privilegios y/o cláusulas monopólicas y/o prohibiciones discriminatorias, aun cuando derivaren de normas legales, cuyo mantenimiento obste a los objetivos de la privatización o que impida la desmonopolización o desregulación del respectivo servicio" (29).

En ejercicio de la delegación prescripta en el art. 10 de la ley 23.696 se han eliminado regulaciones, privilegios y monopolios en diversos sectores tales como el de las comunicaciones(30) petróleo (31) y transporte aéreo (32) avanzándose actualmente hacia otros (vgr. energía eléctrica). Paralelamente, en el ámbito laboral se ha dictado la reglamentación del precepto de la ley 23.697 (33) que encomienda al Poder Ejecutivo la revisión de las cláusulas de los convenios colectivos de trabajo del sector público susceptibles de afectar la productividad y la eficiencia, habiéndose dispuesto en uso de esta habilitación la derogación de una serie importante de cláusulas, tales como las relativas a la exigencia de mantener dotaciones mínimas de personal y al régimen de estabilidad propio (34).

V. La privatización de actividades públicas y privadas

a) Crisis de la empresa pública

La recepción, a nivel legislativo, del principio de subsidiariedad, ha dado origen, en Argentina (35), a un profundo proceso de privatizaciones, tanto de actividades consideradas públicas o de interés público, como las que revisten carácter meramente industrial o mercantil (36), tradicionalmente regidas por el derecho privado. Un proceso similar aconteció anteriormente en Chile, al privatizarse las empresas públicas integrantes de CORFO (37).

Hay quienes prefieren hablar de "reprivatizaciones" (38) lo que, en nuestro país es parcialmente cierto habida cuenta el hecho de que muchas empresas públicas nacieron a raíz de un acto de creación estatal, sin que preexistieran como entidades privadas.

Lo indudable es que el fracaso de la empresa pública en Latinoamérica constituye un fenómeno generalizado cuyas fallas se resumen tanto en la ineficiencia de los servicios o actividades que llevan a cabo como en la generación de abultados déficits económicos y financieros siendo, este último, uno de los factores que más ha contribuido a la inflación que padecemos.

La carencia de un dueño individualizado que controle los gastos y las inversiones, cuyo verdadero titular es, en el fondo, un ente tan abstracto e ideal como es la comunidad, proyecta su influencia sobre quienes administran la empresa pública, que en vez de considerarla como un objeto de administración (en el sentido de servir a otro u otros, en este caso al público) la conciben como una suerte de res nullius, en el mejor de los supuestos. Al hacerse cada vez más difícil hoy día el hallazgo de buenos administradores de la cosa pública, imbuidos de la idea de servicio, la privatización de las empresas públicas, aparece como una solución que no se puede postergar más tiempo, máxime en aquellos sistemas que han llenado sus cuadros dirigentes con una clientela política, carente de idoneidad y de un mínimo de ética indispensables para dirigir con ejemplaridad y controlar la conducta del personal.

De otra parte, la velocidad de los cambios tecnológicos que se van produciendo, incluido el automatismo derivado de las nuevas técnicas (39), requieren de una respuesta rápida que las estructuras burocráticas no están capacitadas para brindar, algunas veces por la falta de las herramientas propias de la moderna tecnología industrial o porque se requieren inversiones de riesgo que el Estado, por su naturaleza, no debe afrontar.

Sería prácticamente interminable analizar en profundidad todas las causas que han conducido al apartamiento de la empresa pública de unos mínimos patrones de eficiencia y de productividad, entre los que cuentan la inestabilidad de sus directivos, la atadura con las finanzas públicas, los mecanismos de trueque o compensación, la ineficacia de los controles, particularmente de los controles inherentes a la gestión empresarial y sobre todo, el extraordinario poder montado por los sindicatos dentro de cada empresa.

Frente a esta realidad no puede negarse que la sustitución de gran parte de las actividades públicas o privadas que realiza el Estado, por empresas a cargo de particulares, resulte una necesidad imperiosa y una oportunidad única en la Argentina, que se encuentra favorecida por el apoyo que brinda hoy la comunidad a este proceso de transformación del Estado (40).

b) Concepto de privatización

El art. 10 de la ley 23.696 ha optado por acoger una fórmula amplia para proceder a la privatización al prescribir que ésta "puede referirse a cualesquiera de las formas de privatización, sea total o parcial, pudiendo

comprender tanto a una empresa como a un establecimiento, bien o actividad determinada". Con esta fórmula legal se superan los sistemas anteriores cuyo alcance se centraba, fundamentalmente, en la enajenación de activos o en la venta de acciones (41).

Sobre este punto, en la doctrina uruguaya se ha sustentado la tesis amplia concibiendo a la privatización como el pasaje de cosas o de actividades del sector público al sector privado(42) criterio que compartimos con la salvedad de que si bien en sentido lato las figuras concesionales pueden ser consideradas como una forma de privatización, la ley argentina las distingue (43), no siendo necesaria, sin embargo, la declaración de "sujeta a privatización"(44) respecto de los entes a los que la ley reserva el sistema de concesión(45). En el caso de esta última figura el Estado conserva la titularidad pública del respectivo servicio o actividad que ejerce, a través del poder jurídico de aprobar las tarifas o los precios y el control sobre el concesionario.

En otros supuestos, como en el caso de la privatización del servicio telefónico, ha habido una derogación de la "publicatio" y si bien el Estado se reserva determinados poderes de contralor y la fijación de las tarifas, la titularidad del servicio pertenece a la empresa privada, al haberse utilizado expresamente la técnica de la licencia y no la de la concesión (46).

c) Principios fundamentales que rigen en las operaciones de privatización

La ley de reforma del Estado argentina contiene un conjunto importante de principios esenciales que presiden todo proceso privatizador, seguidos también en la mayor parte de los países de América Latina que han llevado o están llevando a cabo el proceso de transformación del Estado. Su transgresión, por afectar el orden público administrativo, es susceptible de originar la nulidad absoluta de la respectiva operación, con los inconvenientes jurídicos que derivan de la imposibilidad de que se opere el saneamiento de actos de esta naturaleza (47) ya sea por configurarse el vicio de violación de la ley o por conculcar de las formas esenciales (48).

Hay dos principios básicos que recoge la ley 23.696: el de transferencia y el de publicidad. El primero tiende a evitar los actos ocultos o encubiertos, es decir, las desviaciones de poder en que pueden incurrir los gobernantes o funcionarios de turno. Sus aplicaciones más notorias son los preceptos relativos a la necesidad de tasación previa como base de la licitación o concurso (49) y el establecimiento de criterios objetivos para la adjudicación(50).

Con el segundo principio, el de la publicidad, se pretende estimular la máxima concurrencia de interesados en las diferentes operaciones de privatización; mediante la difusión pública se procura la utilización de procedimientos que permitan la máxima participación privada y una adecuada tutela de los derechos de los particulares.

Pero el gran principio que en cierto modo aglutina a los dos anteriores es el de la igualdad, tanto en el acceso o concurrencia de los oferentes al proceso privatizador como durante su tramitación y adjudicación. Su vigencia, implícita en el sistema de la ley, deriva de un principio general del derecho, el de igualdad jurídica cuyo alcance --si bien está concebido por nuestra Constitución como igualdad ante la ley y las cargas públicas (art. 16), Constitución Nacional)-- comprende también la igualdad ante la administración(51).

La influencia de este principio se refleja, a su vez, en los principales procedimientos de selección adoptados por la ley de reforma del Estado (licitación pública, concurso, remate público y venta de acciones en Bolsas y Mercados de Valores) (52) en la limitación de la contratación directa a supuestos excepcionales(53) y sólo cede, relativamente, en aquellos supuestos en que, con el objeto de estimular la generación de iniciativas privadas, se otorga a éstas un derecho de preferencia en caso de igualdad, o bien, para participar en una nueva puja, en el caso que hubiera otra oferta mejor a la de quien presentó la iniciativa (54).

VI. Reflexiones finales

Lo expuesto configura tan solo un panorama de la profunda transformación que está ocurriendo en Argentina, a la luz principalmente de los principios jurídicos y políticos que conducen este proceso que persigue el abandono del estatismo y la adopción del modelo que hemos calificado como "Estado subsidiario". Restan aún algunas cosas importantes todavía por hacer y especialmente en el campo de la racionalización administrativa, la disminución efectiva del poder sindical y la protección de consumidores y usuarios. Y sobre todo, se precisa el diseño y la puesta en práctica de una política que morigere los efectos de la desocupación que inevitablemente ocurrirá durante el período de transición hasta que el personal despedido pueda reubicarse en el sector privado.

Desde luego que para cumplir con los objetivos que orientan la acción del gobierno será necesario contar con dos ingredientes no desdeñables en todo proceso de cambio socio-económico: el consenso de los gobernados y la firmeza en la ejecución de las políticas articuladas.

El presupuesto para que esto último acontezca y se genere el clima de confianza que requiere un proceso de esta naturaleza radica tanto en la idoneidad de la solución técnica que se escoja para resolver cada problema o situación como en el imperio de la moral pública. De lo contrario, habrá inseguridad jurídica y, sobre todo, un desaliento espiritual que se traslada (por sus vasos comunicantes) al seno de la sociedad, desaliento que, a la postre, se convierte en un instrumento destructor de los impulsos particulares que colaboran en la concreción de las iniciativas transformadoras del Estado.

En las actuales circunstancias es difícil predecir si ello ocurrirá o no, pero de lo que sí estamos seguros es de que este desafío implica una de las pocas oportunidades que en los últimos cincuenta años se nos brinda para insertarnos de nuevo en el mundo civilizado y poder construir el camino hacia el desarrollo de nuestras instituciones y el crecimiento económico sostenido, apelando a principios vigentes cuando Argentina ocupaba los primeros lugares en el comercio internacional. En la historia, lo moderno, a veces, consiste en aprovechar la experiencia del pasado.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(A) el primer artículo publicado en este tomo p. 899.

(1) interpretación constitucional de esta cláusula, a diferencia de lo ocurrido en Estados Unidos, ha sido objeto de interpretaciones erróneas, admitiéndose una gran latitud en los poderes que ha ejercido el Congreso; una correcta interpretación sobre los poderes implícitos del Congreso, entendiendo por tales los que se derivan por implicancia o extensión de los poderes expresos prescriptos en los diferentes incisos del art. 67 de la Constitución Nacional es la que ha efectuado AJA ESPIL, Jorge A. ("Constitución y poder. Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes", ps. 140 y sigts., Buenos Aires 1987).

(2) dicho DROMI que "el intervencionismo generó un crecimiento desproporcionado del Estado, tanto cuantitativa como cualitativamente, cada vez más 'empresas públicas' y cada vez más 'cometidos públicos'" agregando que "el Estado usó y abusó de la descentralización bajo todos los modos y modelos jurídicos". Este fenómeno, que hemos denominado la regla de la intervención estatal creciente, distorsiona "la misión y el deber ser del Estado" impidiendo distinguir "lo principal de lo accesorio, lo indelegable de lo delegable, lo que debe ejecutar directamente de lo que puede ejecutar indirectamente" (conf. "La reforma del Estado. Privatizaciones y concesiones", ed. diario "Ambito Financiero", p. 12, Buenos Aires 1989).

(3) obstante que el Mensaje del Poder Ejecutivo no integra la ley constituye una fuente de interpretación de la ley de reforma del Estado por cuanto el proyecto presentado por aquél fue el que, con algunas modificaciones que no alteraron su esencia ni su finalidad, resultó en definitiva sancionado por el Congreso.

(4) diseño de la política y la adopción de las técnicas utilizadas en la Argentina se encuentra --como señalamos antes-- en las leyes 23.696 y 23.697 que constituyen un conjunto normativo de disposiciones que conforman una unidad orgánica e institucional; no obstante existe una tendencia a considerar como reforma del Estado solamente la instrumentada por la ley 23.696; en esta línea se encuentra el trabajo citado de Dromi y el libro de HUTCHINSON, GRECCO y BARRAGUIRRE ("La reforma del Estado", ps. 9 y sigts., Buenos Aires 1990).

(5) tendencia similar se advierte en Brasil (v. gr. Medidas provisionales núms. 160, 161 y 162 relativas a impuestos) y en Uruguay. En este último país DURAN MARTINES hace referencia a un proyecto que impone a los entes industriales y comerciales del Estado la formulación de planes quinquenales y decenales, el ajuste de sus presupuestos a esos planes y la prohibición de desempeñar actividades no previstas en los presupuestos (vid: "Procesos de privatización", exposición pronunciada en las "Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo", el 10/8/90 en el C. U. D. E. S., en prensa).

(6) 24 y sigts., ley 23.697.

(7) 2º, 4º y sigts., de la ley 23.697.

(8) 36, ley 23.697.

(9) 37, Ley 23.697.

(10) 50 y sigts., de la ley 23.696.

(11) 64 y sigts., de la ley 23.697.

(12) de ENTERRIA, Eduardo, "La administración española", ps. 102 y sigts., Ed. Alianza, 4ª ed. Madrid 1985.

(13) John K., "La sociedad opulenta" p. 254, trad. esp. Barcelona 1960, cit. por GARCIA de ENTERRIA Eduardo (op. cit. p. 159 - nota 42).

(14) de ENTERRIA, Eduardo, op. cit. p. 102 afirma que es "propio de las organizaciones humanas lo que podemos llamar su condición desfalleciente, su carácter claudicante. La historia de la sociedad de los hombres nos presenta por de pronto un vasto cementerio de organizaciones, un constante proceso de lanzamiento, de madurez y de muerte, de fórmula institucionales que gozan del fulgor del éxito durante unos momentos y que concluyen finalmente por desaparecer. Sólo aquellas organizaciones que saben transformarse, que saben adaptarse al cambio del medio social en el que están y del cual se nutren, pueden aspirar a una relativa permanencia. La innovación organizativa, la revisión constante de estructuras, lejos de ser entonces la expresión

de una discontinuidad histórica, es, por el contrario, la única garantía de una cierta y relativa continuidad, el único medio de vencer lo que desde ahora podemos dar por establecido, que es el primero y el más grave de los fenómenos patológicos de las organizaciones humanas, la anquilosis institucional".

(15) art. 22 del decreto 535/90 (Adla, L-A, 168). En este aspecto, la reforma no se extendió al ámbito de la Presidencia de la Nación, donde aún hay una excesiva cantidad de secretarías.

(16) norma prescribe la adecuación de las respectivas estructuras ministeriales de modo que cuenten con un máximo de hasta treinta y dos subsecretarías para el conjunto de todos los ministerios (art. 22, in fine, decreto 435/90).

(17) 27 del decreto 435/90.

(18) decreto citado en el texto crea un Comité Ejecutivo para el contralor de la reforma administrativa que funciona en el Ministerio de Economía y que tiene por finalidad esencial la reestructuración y racionalización administrativas (arts. 29 y sigtes., decreto 1757/90). Entre las medidas que se prescriben se hallan la supresión de estructuras y organismos, la reducción de personal, en particular el que se desempeña en las plantas permanentes, y la disminución de los plazos en que un empleado público puede permanecer en situación de disponibilidad.

(19) FALLA, Fernando, "Tratado de derecho administrativo", ps. 61-62, 10ª ed., Madrid 1987.

(20) propio Keynes dijo que todo político suele ser esclavo de algún economista difunto.

(21) ha señalado que "la pervivencia de muchas formas de intervención administrativa no tiene en realidad otra justificación que ésta; no, pues, la de servir a los fines propios de la organización sino a los personales de sus agentes. He aquí algo que vulnera la idea esencial de la burocracia como un simple instrumento racionalizado de organización, llamado a sostener a ésta en su objetividad e impersonalidad, y en modo alguno a obstaculizarla o mediatizarla" (GARCIA de ENTERRIA, Eduardo, op. cit., p. 121).

(22) Johannes, op. cit. p. 1427.

(23) Gabriel J., "Economía de mercado y doctrina social de la Iglesia", ps. 52-53, Buenos Aires 1985. Anota este autor que HAYEK señala que "la argumentación liberal... no niega, antes bien afirma que si la competencia ha de actuar con ventaja, requiere una estructura legal cuidadosamente pensada..." agregando que: "se ha desatendido, por desgracia, el estudio sistemático de las instituciones legales que permitirían actuar eficientemente al sistema de la competencia..." ("Camino de servidumbre", cap. III, trad. española, Ed. Alianza, Madrid 1967).

(24) MESSNER, Johannes, op. cit., p. 1380.

(25) el art. 15 de la ley 23.697 que derogó las autorizaciones de la ley 21.382 (Adla, XL-C, 2585) que debía otorgar el Poder Ejecutivo para la radicación de inversores extranjeros.

(26) BIANCHI, Alberto A., "La delegación legislativa", ps. 61 -94, respecto de la delegación legislativa en el derecho público angloamericano (Buenos Aires 1990).

(27) MARIENIOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. I, p. 259, Buenos Aires 1990, con apoyo en los autores chilenos AYLWIN y SILVA CIMMA.

(28) el significado de estas técnicas puede verse: GARCIA de ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás R., "Curso de derecho administrativo", t. I, ps. 255 y sigts., 4ª ed. Madrid 1988; entre nosotros BIANCHI no se muestra muy partidario de esta clasificación en el derecho argentino, véase: op. cit., p. 236.

(29) derogación de las regulaciones y monopolios puede llevarse a cabo, aun fuera de un determinado proceso de privatización conforme a la última parte del art. 10 de la ley 23.696, con el objetivo de desregular o desmonopolizar un servicio cualquiera, expresión ésta que debe interpretarse en sentido amplio (de acuerdo al fin de la ley) comprensivo de cualquier actividad y no restringido a la noción de servicio público. Por lo demás, el art. 10 del decreto 1105/89, reglamentario de la ley 23.696, prescribe la derogación tácita de toda norma legal o reglamentaria que establezca privilegios, prohibiciones o monopolios que no sean expresamente ratificados en el decreto por el que se prescriba que una empresa, actividad o bien, se declaren "sujetos a privatización", conforme al régimen del artículo 10 de la ley citada. Para HUTCHINSON, GRECCO y BARRAGUIRRE esta norma sería anticonstitucional porque "los privilegios, monopolios etc. creados por ley sólo pueden ser derogados de la misma manera" (op. cit. p. 108). Nos parece que esta opinión no tiene en cuenta que se trata de una delegación legislativa a través de la técnica de la deslegalización por lo que el principio del paralelismo de las formas ha cedido por obra del propio legislador que transfiere al Poder Ejecutivo la potestad específica de derogar privilegios, monopolios y regulaciones discriminatorias para cumplir con los fines previstos en la ley. Exigir, en tales casos, una ley formal y material no repara en el hecho de que ciertas formalidades son útiles cuando hay que tomar una decisión positiva careciendo de sentido en una decisión negativa. Tampoco guarda coincidencia con los principios de interpretación de las leyes que surgen de la jurisprudencia de la Corte, según la cual debe preferirse aquella interpretación más favorable a la validez y a los fines de la ley, pues en este supuesto, el principio del paralelismo de las formas ha sido excluido por el legislador (véase: DURAN MARTINEZ, Augusto, op. cit. cap. II punto 4 b) con cita de Odent).

(30) decreto plan 731/89 (Adla, XLIX-C, 2577) cuyo art. 5° prescribe: Conforme a lo dispuesto en el art. 10 de la ley 23.696 "el acto que declare sujeta a privatización puede referirse a cualesquiera de las formas de privatización, sea total o parcial, pudiendo comprender tanto a una empresa como a un establecimiento, bien o actividad determinada. Con el mismo régimen que el indicado en el artículo anterior, el decreto del Poder Ejecutivo nacional podrá disponer, cuando fuere necesario, la exclusión de todos los privilegios y/o cláusulas monopólicas y/o prohibiciones discriminatorias aun cuando derivaren de normas legales, cuyo mantenimiento obste a los objetivos de la privatización o que impida la desmonopolización o desregulación del respectivo servicio".

(31) decretos 1055/89 y 1212/89.

(32) decreto 1591/80.

(33) 44 de la ley 23.697.

(34) decreto 1757/90, art. 67.

(35) la recepción del principio de subsidiariedad y el consecuente proceso de privatizaciones en Chile, véase: VIDELA MALUENDA, Miruncho en el libro "Estado empresario y privatización en Chile", cap. IV, especialmente ps. 102 y sigs., Santiago de Chile 1990. En Bolivia, desde 1985, ha cobrado un gran impulso el proceso de privatizaciones permitiéndose a las empresas privadas, actuar en campos reservados anteriormente a las empresas estatales. Estas arcas incluyen el transporte aéreo, la industria láctea, algunos servicios sociales, la exploración y la explotación mineras (conf. BOLIVIA - Guía Informativa, p. 21, Ed. Price Waterhouse, La Paz 1988).

(36) clasificación de las actividades que puede llevar a cabo el Estado --siguiendo a GARCIA TREVIJANO FOS-- responde al siguiente cuadro: 1) funciones incesibles o indelegables (ej. justicia, defensa, relaciones exteriores); 2) servicios o actividades de titularidad pública (son los que satisfacen una necesidad primordial, cuya titularidad estatal deriva de una publicatio de la respectiva actividad; 3) actividades de interés público (v. gr. la radiodifusión) y, 4) actividades económicas simples (las meras actividades industriales o comerciales), vid. GARCIA TREVIJANO FOS, José A. en el libro sobre la "La empresa pública", t. I, ps. 70 y sigtes., Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza 1970.

(37) BRASSEUL, Jacques, "El resurgimiento del liberalismo económico en la América Latina", ps. 178 y sigtes., Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1984, donde señala que el sector público ha sido prácticamente desmantelado por las desnacionalizaciones realizadas por CORFO que, de 507 empresas de 1973, no controlada más de 15 en 1980. Apunta este autor que: "Las privatizaciones de las empresas se dan en todos los dominios: desde el monopolio estatal del petróleo hasta el cementerio de Santiago, controlado por el Estado durante un siglo. El Estado ha privatizado también las actividades financieras y bancarias: el sector privado, que sólo realizaba el 7,5 del ahorro en 1974, representó el 65 % en 1979. El sector público está limitado ahora a actividades estratégicas como la extracción del cobre, los transportes y la siderurgia. En total la parte del Estado en la economía ha pasado de 43 % en 1973 a 3 % en 1980, un fenómeno único de la historia económica reciente" (op. cit. p. 190).

(38) ORTIZ, Gaspar, "Teoría y práctica de la reprivatización", en "Privatización y desregulación", ps. 31 y sigts., Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires 1989.

(39) OMINAMI, Carlos, "Tercera revolución industrial y opciones de desarrollo", ps. 15 y sigts., Buenos Aires 1986.

(40) TAWIL, Guido S., "En busca de una nueva Argentina", op. cit. en nota 58, p. 263.

(41) al respecto las prescripciones de la ley 22.177 (Adla, XL-A, 78).

(42) MARTINEZ, Augusto, op. cit., cap. II, punto 2.

(43) en el anexo I de la ley 23.696.

(44) Rodolfo C., en "Privatización y desregulación" que prescribe el art. 10 de la ley de reforma del Estado "es un poco la inversa de la declaración de utilidad pública que hace el Congreso cuando tiene que expropiar". En sentido similar, dicha declaración constituye el reverso de la publicatio.

(45) consecuencia se desprende de la última parte del precepto contenido en el art. 9° de la ley 23.696.

(46) Estado no podría, entonces, rescatar el servicio público (sería un servicio público impropio o una actividad de interés público) sino, en todo caso, frente a un incumplimiento obligacional, declarar la caducidad de la licencia; véase: decreto plan 731/89.

(47) Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. II, p. 548, Buenos Aires 1981.

(48) 19, ley 23.696.

(49) de procedimiento administrativo, art. 14, inc. b.

(50) gr. art. 18, ley 23.696, respecto de los sistemas de puntaje o porcentuales para la evaluación; vid asimismo: art. 18 del decreto 1105/89 (Adla, XLIX-D, 3816).

(51) Juan C., "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo", p. 84, nota 73, Buenos Aires 1988.

(52) 18, ley 23.696.

(53) supuestos de contratación directa se hallan limitados a los casos en que se instrumenten programas de propiedad participada o cuando existan personas físicas o jurídicas, que aporten nuevas ventas relacionadas con el objeto principal de la empresa capitalizando los respectivos beneficios (conf. art. 18, ley 23.696). Esta última posibilidad resulta difícil de encuadrar en nuestro sistema jurídico.

(54) 58, ley 23.696.