

SENTIDO, ALCANCE Y CONTENIDO DE LA REFORMA DEL ESTADO EN NUESTRO PAÍS.

JORGE I. MURATORIO*

1. Cómo se llega a la reforma

Hasta pasada la primera mitad de este siglo la mayoría de los países occidentales conocieron un desmesurado crecimiento de sus aparatos estatales. Las causas son variadas y complejas, pero, por cierto, no poca influencia tuvieron las dos guerras mundiales y la crisis del '29, que desataron el sentimiento y la exigencia de "seguridad", como fuerte impulso para el "estatismo". Un supuesto más de resolución de la difícil conjugación de los valores libertad y seguridad.

Recordemos que en derecho político, es un principio aceptado que el Estado es el reflejo jurídico de la Nación. Aquél simboliza, en términos de ORTEGA Y GASSET, la idea que la Nación tiene respecto de sí, como se mira así misma.

Pero la situación antes mencionada produjo un resquebrajamiento de esa relación, de tal modo que el Estado,

* El autor es Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires y Magister profesional en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Ha ejercido liberalmente e integrado distintas reparticiones de la Administración Pública Nacional. Es profesor de Derecho Administrativo de la U.C.A. en la cátedra del Dr. Jorge J. Jacobo. Secretario de redacción adjunto de la Revista Argentina de Derecho Administrativo.

impulsado primero por las exigencias sociales, y luego de la postguerra, ya por su propia inercia de crecimiento, cobró vida propia, convirtiéndose en la principal de las grandes organizaciones administrativas de los países, con pretensiones exclusivas, distintas y distantes de los requerimientos sociales.

Y ésto determinó la creciente intromisión del Estado en la vida diaria de las personas en perjuicio de la espontaneidad social.

Por supuesto que esa intromisión contaba con una legitimación inversamente proporcional a la satisfacción eficiente de necesidades comunitarias, pero ésto no parecía nítido, ni mucho menos, al comienzo del dirigismo.

Es singularmente ilustrativo recordar, en mérito a la mencionada ingerencia estatal en la Sociedad, la situación que PIRIE describe como “un día estatal británico”:

“En 1979 un ciudadano británico podría haber comenzado el día escuchando la radio estatal. En el desayuno podría utilizar un tenedor y un cuchillo de acero fabricado por el Estado para comerse un huevo producido por el Estado después de prepararlo con ayuda del gas o de la electricidad del Estado. Un sorbo de agua estatal, un vistazo al correo estatal para dirigirse, tarde como de costumbre, al trabajo. Un saludo alegre al empleado estatal de recogida de basuras que desparramaba los desperdicios por las calles. A continuación se subiría a su coche estatal. Después de dejar a sus hijos en el Colegio estatal y a su mujer en el Hospital estatal, llegaría al trabajo. Allí podría haber utilizado el servicio telefónico estatal para reservar un viaje en la línea aérea estatal, de transporte marítimo o en los autobuses estatales, alojándose quizás durante una noche en un hotel estatal”.

Situaciones similares podrían describirse, por esos años, en una gran cantidad de países, entre ellos el nuestro.

Nótese, y luego algo veremos sobre ésto, como la descripción de PIRIE lleva explícita la crítica a la eficiencia de las empresas estatales. No entraremos a dilucidar si la empresa estatal es de por sí inviable, pero sí queremos advertir desde ya como en Argentina, donde también la prestación pública ha sido objeto de enormes críticas, no

existía, por cierto, un verdadero control sobre la eficiencia y calidad de los servicios, no estaba aún delineada la figura del usuario de servicios públicos, como sí ya se desarrollaba la figura del consumidor de bienes y servicios, como sujeto susceptible de especial protección.

2. El sentido de la reforma

Pero este esquema del "Estado de Bienestar", resultaría fuertemente cuestionado a partir de la década del '80. El objetivo no podía ser otro más que corregir aquella relación Nación-Estado, donde éste había dejado de reflejar y representar a aquélla.

En esto es, a nuestro juicio, donde radica la motivación y finalidad de la reforma. Un claro ejemplo de ello es la falta de preocupación por el usuario a la que hacíamos referencia, símbolo del distanciamiento entre la Sociedad y el Estado empresario.

Iniciada la década del '80, la denominada "revolución conservadora" aminoró y llevó a la práctica en Gran Bretaña, primero, y en Estados Unidos, después, la tendencia de reforma del Estado que actualmente conocemos. Y decimos "tendencia", en cuanto ésta, en términos de NAISBITT, se genera en la base de la pirámide social, a diferencia de una moda que surge de su vértice.

Por ello, en nuestra opinión, el empuje que la Sociedad requirió del Estado, en épocas tan difíciles como las dos grandes guerras mundiales y la mayor crisis económica del siglo, fue tan grande, que no resultaría tarea fácil reencauzarlo. En este sentido, la reforma del Estado -entendemos- no es más que la adecuación entre las necesidades sociales -base de la pirámide- y la organización administrativa creada para su consecución -el Estado, cúspide de la pirámide-.

A Inglaterra y Estados Unidos le siguieron Suecia, Italia, Francia y España, participando en alguna forma, luego, más de cincuenta países en el mundo, tan diversos como Japón, Togo, Austria, Nueva Zelanda, Bangladesh, Polonia, Chile, Brasil, México, Venezuela y Uruguay. Y, con

la caída del muro de Berlín, igual fenómeno se advierte, con distintos grados de progreso, en países que pertenecían a la órbita socialista soviética.

La reforma del Estado, entonces, aspira a la recuperación del protagonismo político, económico y social de la comunidad, y a la revalorización de la eficacia y la eficiencia como datos legitimadores del ejercicio del poder.

En reemplazo del "Estado de Bienestar" se propone el "Estado Subsidiario", es decir aquel que interviene en la economía sólo ante la ausencia o deficiencia del sector privado. Pero sin que ello signifique la renuncia del Estado a su papel de garante y gestor del bien común, *causa causarum* del mismo.

Y ésto, como destaca DRUCKER, no es el resultado de la lucha ideológica por la definición de las funciones del Estado, sino fruto de una visión pragmática de lo que el Estado está realmente preparado para sobrellevar. Los hechos vencieron las ideologías. No olvidemos, por ejemplo en el caso argentino, que la reforma se produce ante la emergencia económica y estructural del Estado.

Pero la reforma mencionada de ninguna manera tiende a la minimización irrazonable del Estado, ni a eliminar su misión en lo relativo a la vigencia de la solidaridad social, sobre todo ante el establecimiento de nuevas reglas de juego en la relación Sociedad-Estado, y entre los propios miembros de la Sociedad entre sí.

3. El mecanismo de la reforma

Lo central de la reforma es, pues, circunscribir al Estado-transformado- a su misión fundamental de instituir las normas y controlar el cumplimiento de éstas, de modo de reinstaurar y garantizar la vigencia de la espontaneidad social. Estas funciones estatales de regulación y control se conocen históricamente como "poder de policía" y "policía", la primera de carácter legislativo-corresponde al Poder Legislativo, aunque puede delegarse con ciertos límites al Poder Ejecutivo-y la segunda estrictamente administrativa.

Las técnicas que utiliza el Estado para reformarse, fruto de la tendencia social antes mencionada, básicamente son tres: la privatización, la desregulación y la descentralización.

A. La privatización consiste en la transferencia al sector privado de todas las funciones no específicas del Estado que éste haya asumido, con la finalidad de obtener mejor calidad de prestaciones para los usuarios, figura central de la reforma.

Esta técnica puede implicar hasta el desprendimiento absoluto del Estado de sus empresas, a través de las ventas, o bien la transferencia temporaria de actividades a su cargo, como es el caso de las concesiones de servicio público -v.g. ferrocarriles; agua y servicios sanitarios-.

La privatización se ha considerado que constituye la principal técnica jurídico-económica que en la reforma estatal entraña la ampliación del marco de la libertad individual y de la iniciativa privada.

B. La desregulación, por su parte se ha caracterizado como una medida liberalizadora de la economía, que consiste en remover aquellas normas o regulaciones que crean sobrecostos o desvirtúan los precios de mercado de los bienes y servicios. Desregular, no es sólo modificar o derogar normas, sino que importa corregir el ordenamiento jurídico en miras al libre juego de la oferta y la demanda. Por supuesto que este reordenamiento normativo debe tender a la simplificación y transparencia, a través de las nuevas normas o "neorregulación".

Desde ya que la desregulación adquiere especial importancia en lo relativo a la seguridad jurídica -esto a su vez está ligado a las inversiones, y, por tanto también a la privatización-, en cuanto ésta requiere conocimiento de las normas y previsión de su aplicabilidad.

Uno de los principales problemas de países como el nuestro, que reconoce en su legislación inspiración continental europea, es la densidad del orden positivo, lo cual implica no pocas veces, la existencia de marañas normativas, con simultaneidad de regulaciones, que perjudican el "conocimiento" que la seguridad jurídica requiere.

C. La descentralización, por otra parte, puede considerarse desde un punto de vista administrativo como una distribución de la propia competencia del Poder Ejecutivo entre órganos o entes sujetos a su poder jerárquico o control administrativo, según los casos.

Esto permite acercar las decisiones a los lugares y sujetos de aplicación.

Y desde el punto de vista político se vincula directamente con el sistema de gobierno de un país, la estructura del Estado y su constitución orgánica.

4. La transformación en nuestro país

A. La Argentina se ha sumado al proceso de cambio descrito, y lo ha hecho, fundamentalmente, a partir de la sanción de dos leyes que darían inicio a lo que la propia Corte Suprema ha entendido y denominado como un "programa de gobierno". Esas leyes, N° 23.696 y 23.697, encaminaron en 1989 la reforma del Estado y la emergencia económica.

La ley 23.696 estableció un procedimiento y diferentes modalidades de privatización que permitieron, en pocos años, el traspaso a manos privadas de la prestación de las principales actividades económicas de nuestro país, constitutivas de servicios públicos: es el caso de las telecomunicaciones; la energía eléctrica; el gas natural; el transporte aerocomercial y ferroviario; el agua y los servicios sanitarios; los servicios postales; etc.

Por ello, podemos decir que hoy en Argentina los principales servicios públicos están en manos privadas.

En rigor de verdad, muy pocos países del mundo están en igual situación.

B. Es oportuno destacar que las actividades económicas descriptas, han sido caracterizadas tradicionalmente por el derecho administrativo como servicios públicos en tanto importan un régimen jurídico que les impone una prestación continua, regular, uniforme, obligatoria e igualitaria, para la satisfacción de las necesidades sociales básicas comprendidas.

Los servicios públicos, por la importancia de los valores que comprometen, desde antaño se han entendido como pertenecientes, en su titularidad, al Estado. Tan es así que las actividades caracterizadas como tales no sólo se excluyen del mercado, sino que se predica su imposibilidad de titularización constitucional por los particulares. Así, no se ha considerado válido sostener que un particular tiene constitucionalmente el derecho a ejercer la industria y el comercio de un servicio público, sino que ello tiene por única fuente un acto de concesión por parte del Estado.

Desde ya que no compartimos que este concepto, en los términos expuestos, encuentre cabida en el tronco ideológico común, que al efecto constituye el sistema de declaraciones derechos y garantías de nuestra Constitución Nacional, en el punto inalterada por la reforma de 1994. Aún así poco se ha preocupado la doctrina por este aspecto, y la admisión del servicio público importa un régimen de considerable sesgo estatista, que, en definitiva, viene a atemperar todo proceso privatizador que en él se utilice.

Así las cosas, fruto de la reforma del Estado de nuestro país, se ha transferido en materia de servicios públicos, generalmente el ejercicio y no la titularidad de las prestaciones -excepción: privatización telefónica-. De tal modo que el desprendimiento por parte del Estado de una serie de actividades económicas que hoy realizan los particulares, lo es sin perjuicio de la titularidad que el propio Estado mantiene para con esas actividades. En esto consiste el sistema francés de la concesión de los servicios públicos predominantemente utilizado en este proceso de cambio. Así, las actividades que en este sentido corresponde a los particulares concesionarios, tras un lapso revertirán al Estado -y éste puede prorrogarlas, darlas en nueva concesión, o prestarlas por sí mismo- y, en todo momento, él tiene la posibilidad de retomarlas a través de dos técnicas existentes -aún en forma implícita o virtual a los contratos de concesión-: el "rescate" -para reorganizar el servicio- y la "revocación por oportunidad, mérito o conveniencia" -cesa la actividad-.

C. La desregulación, si bien pergeñada en la ley de reforma del Estado, encuentra su norma básica en el Decreto 2284/91, luego ratificado por ley 24.309, y se encamina a

liberar de regulaciones obstruccionistas importantes mercados de bienes y servicios donde se encontraban afectados la formación de precios libres. Los ejemplos más destacados se refieren a materia de transporte, marítimo y fluvial, terrestre de pasajeros y cargas, y aéreo; servicios profesionales y mercado postal.

D. La descentralización en su faz política implica reintegrar efectiva y realmente a las provincias y municipios las competencias y cometidos propios, tal como se ha hecho por ejemplo en materia de salud, educación y unidades portuarias.

5. La post privatización, como garantía de la transformación

Como antes sostuvimos el proceso de reforma del Estado implica la asunción por éste, con mayor vigor, de sus funciones de regulación y control, una vez despojado de la actividad industrial y comercial que le era ajena y en definitiva perjudicial para él y para la Sociedad.

En este nuevo esquema el Estado Subsidiario adquiere un rol preponderante en la primacía de los derechos fundamentales -más en las sociedades occidentales, que son "sociedades de derechos"- y de la calidad de los servicios públicos -donde renace la figura del usuario, junto a la del consumidor-, creando y asegurando el clima adecuado para las libertades públicas -en ello consiste el bien común-, en el entendimiento que "libertad" y "plan", son realidades complementarias.

En lo referente a la privatización de empresas públicas prestadoras de servicios públicos, la función normativa del Estado se encausó en el dictado de los denominados marcos regulatorios, que aseguraran el éxito de esas privatizaciones en su faceta más importante, la efectiva prestación de los servicios. Por marcos regulatorios se entiende la norma básica que rige, al propio tiempo, la actividad del sector en general y los aspectos propios de la privatización en particular. Los principios fundamentales que orientan o subyacen en esos marcos son: garantizar la eficiencia del servicio; promover

la competencia, o en su caso regular el monopolio como recreación de competencia; la defensa de los derechos de los usuarios y la protección del medio ambiente.

Asimismo, aparece en nuestro sistema jurídico el concepto y la figura concreta de los entes reguladores.

Se trata de órganos del Estado, con pretensiones de independencia y especialidad técnica, que regulan, controlan y resuelven controversias en lo relativo a la prestación de un servicio público, atendiendo las normas generales del sector y el acabado cumplimiento de los contratos o autorizaciones administrativas del caso.

Estos entes si bien se han inspirado en las agencias y comisiones del derecho norteamericano, en nuestro medio se han incorporado, generalmente, a través del modelo de la autarquía de raigambre francesa, lo cual implica, fundamentalmente, su encuadramiento en la órbita del Poder Ejecutivo, con el correspondiente control administrativo de sus actos.

Los entes reguladores, en pequeño, reproducen las funciones esenciales del Estado: normativas, jurisdiccionales y administrativas. Cabe recordar que las dos primeras pueden ejercerse válidamente en el ámbito del Poder Ejecutivo. Así, se permite la "delegación legislativa", en tanto medio por el cual el legislador, delineando pautas generales, atribuye el ejercicio de competencia materialmente legislativa a órganos administrativos con mayor conocimiento y capacidad técnica en la especie; y el ejercicio de funciones jurisdiccionales, es decir la resolución de controversias por un tercero independiente con fuerza de verdad legal, ha sido históricamente admitido, en tanto, de esas decisiones, exista oportunidad de ocurrencia judicial. Lo cual está previsto en los entes en comentario.

Entre los entes reguladores podemos mencionar: el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios; la Comisión Nacional de Telecomunicaciones; el Ente Nacional Regulador de la Electricidad; la Comisión Nacional de Correos y Telégrafos; el Ente Nacional Regulador del Gas; la Comisión Nacional de Transporte Automotor; el Tribunal Arbitral del Transporte Ferroviario y el Ente Nacional Regulador Nuclear.

Finalmente, y descripto que fue el sentido, alcance y contenido de la reforma del Estado, sólo queda por acotar que éste es, sin dudas, un proceso que se encamina y se impulsa con gran intensidad, pero que tal vez nunca se concluya, porque debe atenderse, ante todo, algo tan cambiante como la propia realidad. La reforma es mutable en sí misma.

Con dicha salvedad digamos que el "éxito" de la transformación depende de muchos factores: el primero, la concreción eficiente de cada una de las técnicas que la asisten y posibilitan: la privatización, la desregulación y la descentralización; el segundo, el debido funcionamiento del mercado social reinstaurado: la correcta prestación de los servicios públicos y el libre juego de la oferta y la demanda, simplificando y haciendo más transparentes las reglas jurídicas de la economía; el tercero, la reestructuración del propio Estado.

Es evidente que la etapa en la que acabamos de entrar es la del funcionamiento de los servicios privatizados y la economía desregulada -sin perjuicio de la pendencia de desregulación y privatizaciones complementarias-. Por supuesto que se trata de un período difícil, porque recrear un mercado lo es, y en elló va implícito la función de solidaridad social que no puede olvidar esta tarea, pero las exigencias de fin de siglo no parecen reflejar otras tendencias sociales tan fuertes como la emprendida.

En definitiva, la Argentina ha puesto en funcionamiento una serie de técnicas jurídicas y económicas que requerirán un proceso sostenido para lograr la relación Sociedad-Estado que estos tiempos determinan.

BIBLIOGRAFÍA.

- ARIÑO ORTIZ, Caspar "Economía y Estado", Buenos Aires, 1993;
- BARBARA, Jorge Edmundo "El Estado post-privatizador. Los entes reguladores", Rev. La Ley del 27/5/94;
- BARRA, Rodolfo C. "Reforma del Estado", Separata del Apéndice VII, Enciclopedia Jurídica OMEBA, 1995;
- BARRA, Rodolfo C. "Los cambios en el derecho administrativo como consecuencia de los cambios en el rol del Estado", Rev. La Ley 1993-A-820;
- CASSAGNE, Juan C. "Los nuevos entes regulatorios", Rev. de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1993. N° 14;
- COMADIRA, Julio Rodolfo "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores", Rev. El Derecho del 12/5/95;
- CONESA, Fernando "Libertad de Empresa y Estado de Derecho", Madrid, 1978;
- Instituto de Derecho Público de Mendoza, Ob. conj. "Los servicios públicos", Buenos Aires, 1994;
- DROMI, José Roberto "Reforma del Estado y privatizaciones", Buenos Aires, 1991, 3 tomos.
- DRUCKER, Peter "Las nuevas realidades";
- MAIORANO, Jorge L. "La Administración Pública y la Reforma del Estado", Rev. Régimen de la Administración Pública, N° 137;
- MARTIN MATEO, Ramón "La liberalización de la economía", Madrid, 1988;
- MASNATTA, Héctor "En torno a privatización y desregulación en la Argentina. Presente y Futuro", Rev. de Derecho Administrativo, 1989, N° 2, pág. 306;

MATA, Ismael "Del Estado empresario al Estado regulador", en Rev. "130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación", Buenos Aires, 1994, pág. 219;

MURATORIO, Jorge I. "La Ley de Defensa del Consumidor y la protección de los usuarios de los servicios públicos", Rev. La Ley Actualidad del 9/12/93;

NAISBITT, John "Megatendencias", Buenos Aires, 1984;

Ob. conj. "Primeras Jornadas Internacionales sobre regulación económica e iniciativa privada", Buenos Aires, 1993, en Rev. Régimen de la Administración Pública, N° 183 y 184;

PIRIE, Madsen "Privatización", en ob. conj. "La Revisión del Sector Público en los '90", Revista del Instituto de Estudios Económicos", Madrid, 1992, N° 1;

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime "La Privatización de la Empresa Pública", Madrid, 1991;

SARAVIA, Luis A. "Panorama de los entes reguladores de los servicios privatizados", Rev. La Ley Actualidad del 27/7/93;