

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS PRIVATIZACIONES EN ARGENTINA	137
I. Consideraciones generales	137
II. ¿Son constitucionales las privatizaciones?	141
III. La función del Estado en la defensa de la competencia	149
IV. La gran paradoja: el problema de los medios y los fines	152
V. Regulación y control	161
VI. Constitución y privatización. Otras cuestiones	170

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS PRIVATIZACIONES EN ARGENTINA

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Nunca es sencillo para el jurista el análisis de hechos recientes y aun contemporáneos. La estructura formalista del derecho como orden social hace preferir la conveniencia de una cierta distancia temporal con respecto a los hechos por estudiar. Esa consideración es todavía mayor en el campo del derecho constitucional toda vez que al tratar de la norma jurídica de base o la superestructura del Estado, la perspectiva temporal tiende a alejar los riesgos de la politización del análisis, así como también de otro tipo de valoraciones que en razón de su inmediatez puedan conspirar contra la pretendida y rara vez lograda objetividad.

En este caso tal prevención cede ante la indudable importancia y relevancia de un tema excluyente tanto en el plano económico y social como también en el plano institucional. El impacto de la transformación económica —y de lo económico en general— sobre lo político institucional ha sido de tal magnitud que no cabe desconocer la evidencia del derecho constitucional económico en el sustrato del modelo político constitucional.

En ese contexto, los valores constitucionales mantienen la plenitud de su vigencia en tanto aparece la singularidad de otros que resulta menester reforzar, como el valor de la seguridad jurídica y los mecanismos de regulación y control. La prevención que aparece en el sistema político sobre tales principios del ordenamiento apuntan, *prima facie*, a asegurar el pleno funcionamiento del mercado, en los términos y condiciones establecidos en la Constitución nacional, especialmente a partir de la reforma constitucional operada en 1994.

El proceso privatizador argentino no fue ajeno a las grandes tendencias mundiales agitadas desde la crisis del petróleo de los años setenta y de llamada revolución neoconservadora agitada en el mundo occidental des-

de el sustento ideológico de Hayek y la escuela austriaca a partir de su construcción del modelo neoliberal y del impulso político representado por los liderazgos conservadores de Ronald Reagan y Margaret Thatcher en los Estados Unidos y en Gran Bretaña, respectivamente. En este último caso, el programa neoconservador se inclinó por un decidido proceso de transferencia de activos del sector público al sector privado, tendencia que fue seguida por otras naciones europeas y latinoamericanas y que fue adoptada como una de las “recetas” de práctica recomendadas por los organismos financieros internacionales para las políticas de ajuste que debían seguir los países fuertemente comprometidos por una gran deuda pública estatal, como era el caso de Argentina.

El proceso de reforma del Estado y privatizaciones en Argentina comienza en los noventa, representando un verdadero “punto de inflexión” en lo político, en lo económico, en lo jurídico y en lo institucional, por las razones que más adelante se expondrán. Confluyen en su origen y justificación una cantidad de motivaciones diferentes que lo fundamentan y, en ese orden, podría decirse que existía un consenso mayoritario a favor de su impulso, aun cuando se han manifestado severas objeciones y diferencias en cuanto a la instrumentación jurídica de las diferentes privatizaciones realizadas.

Entre las razones que fundamentaron las privatizaciones en Argentina, pueden enumerarse las siguientes:

- 1) La “crisis del estado de bienestar” ya se había anunciado desde décadas atrás cuando el modelo estatista de tipo burocrático-autoritario conformado sobre el intervencionismo distribucionista del peronismo en los años cuarenta y cincuenta había dado lugar a otras recetas populistas de tinte desarrollista y nacionalista en los sesenta y setenta, llegándose en esa última década a formular propuestas político-económicas que pendularon entre el socialismo y el corporativismo. El modelo terminó de desmoronarse, más allá de las circunstancias históricas globales, durante la última dictadura militar entre 1976 y 1983, cuando se ensayaron fórmulas liberales sin consenso y sin mercados que llevaron a un gran endeudamiento externo. Tal vez la paradoja que mejor exprese lo errático de tales políticas sin continuidad sea que el proceso militar autoproclamado liberal en lo económico y occidental en lo político y cultural haya buscado a la

ex Unión Soviética como mercado final de destino de nuestras exportaciones de granos, aprovechándose del boicot impuesto por los Estados Unidos.

- 2) Consecuencia de lo anterior y del quiebre del modelo era la ineficiencia generalizada del sector público y, particularmente, de los servicios públicos, que habiendo sido pioneros y modelos en América Latina (subterráneos, ferrocarriles, petróleo, aerolíneas, etc.) se encontraban carentes de inversiones y con una absoluta incapacidad por parte del Estado para hacerse cargo de ellos. Consecuencia de esta situación fue que muchos sectores liberales propusieran que el Estado debía desprenderse de los servicios públicos, aunque fuera gratis, dado que de ese modo no debería afrontar la pérdidas que ocasionaban.
- 3) Si bien el fantasma de la inflación azotaba desde hace años el horizonte económico, convirtiéndose en un verdadero trauma que ocasionó no pocos problemas jurídicos,¹ la cuestión se agravó seriamente con los dos altos picos de hiperinflación que se registraron en los años ochenta durante la presidencia de Raúl Alfonsín. El fracaso de la política económica del alfonsinismo se debió en parte al intento primario de una economía social de mercado basado en el apoyo de las democracias sociales europeas. La falta de apoyos reales y las reacciones internas del sector financiero, concretadas en distintas corridas bancarias terminaron en una crisis económica de dimensiones que facilitarían la implementación de las reformas posteriores como política de salvación nacional. Es de destacar que la hiperinflación produjo graves daños sociales al minar los ingresos reales y la capacidad de compra de las clases asalariadas. Según lo han determinado importantes estudios e investigaciones, el origen de la inflación argentina debe buscarse en los costos generados por el sobredimensionamiento del gasto público.²

1 En una fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital federal se resolvió autorizar la actualización o "indexación" de deudas en los casos en que hubiere una intimación o puesta en "mora" previa. Por tal camino pretoriano de interpretación judicial se soslayó la vigencia de un artículo del Código Civil de la República Argentina que no permitía actualizar las deudas de dinero, liberándose el deudor de su cumplimiento con el pago de la misma suma en su valor nominal.

2 FIEL (Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericana), *El gasto público en la Argentina 1960-1980*.

- 4) Una vez recuperada la democracia, mejorada la imagen argentina ante la opinión pública mundial con el juicio histórico a las juntas militares y afirmada la vigencia de las instituciones, el triunfo del menemismo se justifica con el fracaso del plan austral según lo explicado en el punto anterior, en parte originado por las resistencias dentro del mismo sistema socio-político. La llegada de Menem y la vuelta del peronismo al poder se explica por las expectativas de la población en la recuperación económica, una vez cumplida la primera fase de la transición política. Esta situación condicionó al presidente Menem y a su equipo a concentrar su acción de gobierno en la economía provocando una política de *shock* y de profundas transformaciones con un alto costo social, justificado en gran parte por la inmediatez de la crisis y los déficits estructurales ya apuntados. Alfonsín había debido soportar una fuerte resistencia por parte del poderoso sindicalismo de extracción mayoritariamente peronista y de los sectores financieros; también tuvo como gran oponente ideológico los prejuicios nacionalistas frente a su temprana propuesta privatizadora de algunos sectores específicos como el de aerolíneas. Frente a esta verdadera telaraña de intereses opuestos pero reunidos en la reacción, Menem apareció como el candidato para enfrentar la crisis y producir las transformaciones profundas dentro del mismo partido peronista, donde debía comenzar por convencer al sector sindical y a los empresarios contratistas del Estado. Su estrategia consistió en anudar una fuerte alianza con los sectores del poder económico justificando en la grave crisis y en los errores pasados los costos sociales del modelo.
- 5) La necesidad de reducir el monto de la deuda externa fue otra de las motivaciones de la política de privatizaciones aplicada en Argentina, recomendada y alentada por los organismos internacionales de crédito y por los representantes de los bancos acreedores. Muchos de estos bancos fueron protagonistas directos en las adquisiciones de activos a través del mecanismo de capitalización de deuda externa. Si se tiene en cuenta que los fondos de capitalización pueden adquirirse a valores sensiblemente más bajos en los circuitos financieros internacionales, se comprende el negocio que significa pagar en valores muy por debajo del valor nominal. La utilización generalizada de este mecanismo en la compra de activos hizo que en la práctica

no fueran muchos los ingresos de capital por el lado de las privatizaciones.³

En los hechos es cierto que, a pesar de todas la privatizaciones realizadas y de todas las empresas vendidas, el volúmen de la deuda externa ha seguido incrementándose. La venta de activos estatales, así como el otorgamiento de concesiones de muchos servicios públicos, ha sido acompañada con una cantidad de medidas adicionales, todas ellas tendientes a reducir el peso de la deuda pública estatal.⁴ Entre tales medidas se encuentra la posterior ejecución del programa de convertibilidad que ha establecido una paridad del peso argentino con el dólar estadounidense mediante un anclaje legal que obliga al mantenimiento de una importante masa de reservas monetarias en dólares y, en consecuencia, a la aplicación de una severa política fiscal para poder mantener la equivalencia. La aplicación de tales medidas donde el Estado continúa siendo el interlocutor protagónico en las negociaciones internacionales como garante de la deuda externa y la ausencia de políticas sociales efectivas, nos ha llevado a calificar el modelo como “ajuste”, desechando la pretensión de ubicarlo en el parámetro neoliberal.⁵

II. ¿SON CONSTITUCIONALES LAS PRIVATIZACIONES?

Aun cuando la respuesta es *prima facie* afirmativa, corresponde separar la cuestión en dos planos distintos. El primero de ellos es el de la acción política de privatizar o no empresas públicas en tanto que el segundo es el de los instrumentos jurídicos particulares en cada privatización realizada.

3 La utilización de este mecanismo de compra hizo que el diario porteño *Ámbito Financiero* popularizara desde sus páginas la expresión “joyas de la abuela”, para referirse a la venta de empresas por parte del Estado nacional.

4 Es de señalar que el origen de gran parte de la deuda externa tuvo su origen en préstamos otorgados a empresas privadas. Fue durante la gestión del general Viola, durante el proceso militar en que se produjo una conversión de los seguros de cambio, a través de lo cual el peso y la responsabilidad de la deuda fue técnicamente asumida por el Estado nacional, produciéndose en términos reducidos la “nacionalización” de la deuda privada. El doctor Domingo Cavallo presidía entonces el Banco Central de la República Argentina.

5 En su consideración universalmente aceptada, el neoliberalismo recoge igualmente los aportes del Estado liberal burgués como así también los del Estado social de derecho.

Una primera y necesaria advertencia es que en nuestro sistema los actos de los poderes públicos gozan de presunción de legitimidad en tanto la inconstitucionalidad de la norma en que se funden, ya se trate de una ley del Congreso o de un decreto del Poder Ejecutivo no sean impugnados para el caso particular al resultar contradictorios con los principios de la Constitución nacional.

Las características del control difuso de constitucionalidad requieren de la existencia de un caso o controversia que haya agotado las instancias procesales pertinentes y su efecto no será general sino específico al caso concreto, sin perjuicio de su ejemplaridad, tanto más si el fallo corresponde al último intérprete constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Aun con estas salvedades puede afirmarse que la acción de privatizar, entendida como la transferencia por medios legales de la propiedad de empresas prestadoras de servicios públicos desde la esfera estatal o erario a propietarios individuales no sólo no se contradice con la norma constitucional, sino que, por el contrario, va en su mismo y recto sentido. La constitución argentina sancionada en 1853 responde en su ideología al modelo demoliberal clásico, propio de las constituciones occidentales de mediados del siglo XIX. En su conformación anidan principios organizativos que derivan del ideario de la revolución francesa en materia de derechos y libertades, donde destaca el pleno respeto por la propiedad privada, en tanto derivan del modelo constitucional estadounidense el modelo presidencialista, el principio de representación política y la forma de Estado federal.

El modelo constitucional argentino, en su versión originaria, también denominada “Constitución histórica” recibió la influencia del pensamiento de Juan Bautista Alberdi, su principal inspirador, a través de su folleto titulado “Bases y puntos de partida para la organización de las Provincias Unidas del Río de la Plata” y de su proyecto de Constitución. Alberdi conocía los principios clásicos de la economía y era conocedor de los principales autores. En un libro escrito después de sancionada la constitución, *Sistema económico rentístico de la Confederación argentina según su Constitución de 1853*, realiza la primer tarea interpretativa de la Constitución y ya en la valiosa introducción señala que la Constitución argentina pertenece a la llamada escuela industrial de Adam Smith, recomendando como principio rector de las actividades económicas el del *laissez faire, laissez pasaire*.

Sin perjuicio de la enérgica afirmación del derecho de propiedad y de la libertad económica resultante de esa ideología y de las disposiciones que aseguran la libre circulación interior de bienes y mercaderías en todo el territorio y a través de los ríos interiores, conformando un sólo y único mercado (artículos 9, 10, 11, 14, 17, 75 inciso 13, etcétera), no debe soslayarse el hecho de que el modelo económico de la Constitución histórica introdujera además medidas tendientes a promover la acción del Estado en favor de determinados objetivos de política económica, que a la sazón representaban el fomento de la inmigración principalmente europea a través de una política poblacional que partía del propio texto constitucional (artículos 20, 25), la promoción del bienestar general a través del fomento a la radicación de capitales, la realización de obras de infraestructura como puertos, ferrocarriles y canales navegables, la promoción de la industria, la agricultura y el comercio con planes especiales a ese efecto, así como el fomento del progreso y la ilustración como objetivos generales.

Ese papel promotor asignado al Estado por la Constitución se encuentra resumido en la cláusula del progreso, contenida en el artículo 75 inciso 18 de la Constitución (67 inciso 16 antes de la reforma de 1994) que autoriza la concesión temporal de monopolios, recompensas de estímulo y otros privilegios. La redacción originaria de dicha cláusula corresponde al proyecto de Juan Bautista Alberdi, quien no obstante participar de una ideología liberal en lo económico, compartía con otros hombres políticos de su generación la idea de que correspondía al Estado promover el bienestar general y la educación pública.

Los términos de esa cláusula constitucional justificaron el impulso de una política de concesiones a fines del siglo XIX y principios del XX que permitieron la realización de distintas obras de infraestructura, la construcción de ferrocarriles, elevadores de granos, etcétera. Un ejemplo de esa política fué la Ley Mitre de concesión de los ferrocarriles a empresas británicas. De modo que podemos reiterar que los términos de la Constitución histórica guardan coherencia y congruencia con una política de privatizaciones.

Creemos que tampoco merecen objeción las privatizaciones desde la perspectiva del Estado social de derecho y su versión jurídica del constitucionalismo social. Esa versión del constitucionalismo propia de los tiempos del Estado social de derecho ingresó en la Constitución nacional en el artículo 14 bis incorporado en la reforma constitucional de 1957,

recogiendo en gran parte los aportes ya incluidos en la constitución peronista de 1949 que resultó viciada por ilegitimidad de origen.⁶

Es cierto que el Estado social de derecho y su versión jurídica —el constitucionalismo social— al tiempo que enarbolaron las banderas de la función social de propiedad y de la lucha por los derechos del trabajo y de la seguridad social, promovieron la expansión del Estado intervencionista y que tales tendencias no sólo se vieron alentadas por el predominio de ideas keynesianas en lo económico, sino también por una cierta ideología que en el caso de Argentina implicó el traspaso de numerosas empresas desde la órbita del sector privado de la economía hacia el sector estatal.

Las nacionalizaciones se vieron justificadas por razones ideológicas, de una parte, aunque también en otros casos por razones de orden económico que tuvieron relación con el vencimiento de concesiones anteriores y el desinterés por parte del capital privado de asumir el control bajo las nuevas circunstancias imperantes.⁷ Eran los tiempos de la teoría de la dependencia, cuando se propugnaba el control estatal de los sectores económicos estratégicos, complementada un poco más tarde con la propuesta de sustitución de importaciones.⁸

6 La Constitución de 1949 posibilitó la reelección del entonces presidente Juan Domingo Perón rigiendo hasta el derrocamiento del mismo por parte de la Revolución Libertadora del 16 de septiembre de 1955. El gobierno resultante de la Revolución Libertadora derogó mediante “proclama” la constitución de 1949, restableciendo la vigencia de la Constitución histórica de 1853-1860. La referida constitución estaba inspirada en la justicia social pero apareció como el producto de la imposición de un sector de la sociedad por sobre el otro, ya que no alcanzó la mayoría de dos tercios en ambas Cámaras del Congreso, conforme lo prescribe el artículo 30 de la Constitución nacional para proceder a la reforma de la constitución. Después de muchos años de polémicas, la situación ha quedado definitivamente zanjada con la reforma constitucional de 1994, toda vez que en su juramento, los constituyentes afirmaron la vigencia de la Constitución histórica de 1853 con las reformas de 1860, 1875, 1898, 1957 y 1994, excluyendo la Constitución de 1949 e incluyendo la validez de la reforma de 1957. El hecho tiene especial significación, pues que la reforma de 1994 fue impulsada por el peronismo, esta vez para obtener la reelección del presidente Carlos S. Menem.

7 Véase Scalabrini Ortiz, Raúl, *Historia de los ferrocarriles argentinos*, Buenos Aires, Plus Ultra, donde el autor, desde una perspectiva nacionalista justifica la nacionalización de los ferrocarriles atento al estado de desinversión en que se encontraban los mismos desde años atrás y el desinterés por el negocio de parte de las firmas concesionarias británicas.

8 La sustitución de importaciones partía del concepto del “deterioro de los términos del intercambio”, conforme a lo cual las materias primas iban perdiendo valor al tiempo que lo aumentaban los productos con incorporación de tecnología provenientes de los países desarrollados. Se destacaron en esa advertencia los trabajos de la CEPAL durante los años cincuenta y sesenta donde se destacara la gestión del economista argentino Raúl Prebisch y también merece especial mención al respecto la obra del ex ministro de Economía y premier Francés Raymond Barre, con su obra sobre el orden económico internacional.

El proteccionismo fue la nota caracterizante en un periodo que alcanzó su mayor apogeo durante el peronismo primero, y posteriormente con el desarrollismo y los gobiernos militares de corte nacionalista; en ese contexto ideológico tuvo lugar una puja interna dentro de la Unión Cívica Radical que ocasionó su división, y cuyo saldo fue la nacionalización del petróleo durante el gobierno de Arturo Illia, anteriormente concesionada su explotación durante la presidencia de Arturo Frondizi, ambos radicales.

La política en general favorable a la nacionalización de empresas públicas fue en general acompañada de otras disposiciones similares en cuanto a ideología y contenido como el llamado “compre nacional” que indicaba que en toda compra por licitación estatal debía darse preferencia a los productos de similares características producidos en el país. En el mismo sentido se ubicaron las diferentes restricciones que se establecieron sobre las inversiones extranjeras.

Pero es un deber de honestidad señalar que si bien durante la época del Estado interventor y del Estado burocrático-autoritario que de manera esquemática ubicamos desde la década de los treinta hasta fines de los ochenta predominó un modelo económico proteccionista con características de economía planificada donde rigieron controles de precios y de cambios y restricciones arancelarias, la aplicación de tales políticas económicas no alteró el modelo económico de la Constitución nacional, ni tampoco fue necesario reformar la Constitución para hacer posible la aplicación de tales programas económicos.

La Constitución vigente continuó siendo la histórica de 1853, con la reforma de 1957, donde se incluyeron principios relativos al constitucionalismo social. Esto hizo que coexistieran en el texto dos vertientes ideológicas: a) el modelo demoliberal originario y b) el constitucionalismo social incorporado en 1957.⁹ Ante esto resulta conveniente realizar algunas salvedades.

La primera es recordar que esa peculiaridad del orden constitucional argentino en cuanto a sostener un modelo político y económico de tipo intervencionista bajo la vigencia de una constitución con ideología predominantemente liberal se explica en gran parte por los largos periodos de

⁹ El doctor Néstor Pedro Sagüés considera que existe un tercer tramo ideológico en la Constitución y es el que corresponde al pensamiento cristiano, que se corresponde con la religión mayoritaria en nuestro país.

interrupciones constitucionales originadas en golpes de estado y gobiernos de facto, frente a los cuales la constitución histórica representó el valor simbólico de volver a instaurar la plena vigencia de las instituciones democráticas.¹⁰

La segunda es señalar que la incorporación del constitucionalismo social no significó una ruptura con el modelo liberal anterior sino que, por el contrario supuso una adaptación del modelo constitucional a los tiempos. En esos términos ha explicado Herman Heller el tránsito histórico desde el Estado liberal burgués de derecho al Estado social de derecho.¹¹

Eso explica que más allá de algunas sentencias muy moderadas en donde la Corte Suprema justificara la función social de la propiedad, como la recaída en la causa *Torrá vs. Blas Montecchi*¹² y de algunas tendencias jurisprudenciales intervencionistas desde el punto de vista económico, como las vislumbradas a partir del célebre fallo *Swift-Deltec* sobre la conformación de las sociedades anónimas, los principios constitucionales se mantuvieron vigentes.

El apartamiento de las políticas implementadas y de la legislación de los principios de la constitución, fue en general justificado por los jueces y, particularmente, por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de una frondosa elaboración de la doctrina de la emergencia en lo económico y social que partió de una extensión del concepto clásico del poder de policía conforme al desarrollo jurisprudencial dado por la Suprema Corte de los Estados Unidos.¹³

10 José Luis de Imaz en su libro *Los que mandan*, Buenos Aires, El Coloquio, ha destacado cómo una característica de los golpes militares en América Latina la de justificarse bajo la promesa de volver a establecer el mismo sistema político que estaban derrocando, de donde resulta una tautología perversa en su propio origen.

11 Vanossi, Jorge Reinaldo A., *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, EUDEBA, explica que esa actualización que en términos jurídicos se traduce de la explicación de Heller, en cuanto al tránsito desde el constitucionalismo liberal-burgués al constitucionalismo social supone la continuidad del Estado de derecho en la medida en que se cumplan algunas pautas: a) debe existir un sustento racional de continuidad del Estado constitucional, b) debe cumplirse la regla de oro en cuanto a que a todo acrecentamiento del poder político y de sus funciones debe corresponder, de manera correlativa, el fortalecimiento de los controles y el acrecentamiento de las garantías.

12 Un análisis de ese fallo puede encontrarse en el libro de Johnatan Miller, en coautoría con María Angélica Gelli y Susana Graciela Cayuso, *Constitución y derechos humanos*, Buenos Aires, ASTREA, t. 2, p. 1344.

13 La jurisprudencia en materia de emergencias a partir del caso *Ercolano vs. Lanteri de Renshaw* de 1922 contó con célebres disidencias como las del doctor Antonio Bermejo y la del doctor Luis María Boffi Boggero, que constituyeron una verdadera línea doctrinaria opuesta a las tendencias intervencionistas y favorables a la plena vigencia de los derechos constitucionales en su versión clásica liberal.

La doctrina de la emergencia comenzó aplicándose a algunas materias específicas como las locaciones urbanas, los mutuos hipotecarios, los precios máximos y los números vivos en las salas de espectáculos para luego extenderse a un conjunto de actividades de la economía en general al punto tal que la extensión desmedida de los remedios frente a la anormalidad llegó a confundir la propia idea de normalidad constitucional.¹⁴

En definitiva, puede afirmarse que, no obstante existir durante el periodo mencionado del Estado intervencionista una tendencia proteccionista y una jurisprudencia de interpretación constitucional justificadora de tales principios en materia de justicia social, no se registran modificaciones sustanciales sobre la vigencia de los principios constitucionales antes señalados y que son permisivos de la privatización de activos estatales.

Las tendencias de la ideología política predominante y de la instrumentación de la economía no eran proclives a tales prácticas y por tal motivo no se realizaban. Las prácticas de nacionalizar empresas no requirieron, por su parte, de modificaciones en el texto constitucional.

Esta característica de la práctica constitucional argentina frente a la norma ha llevado a muchos autores a sostener que el modelo económico de la Constitución nacional es de tal amplitud que permitiría el desarrollo de cualquier plan económico que fuese respetuoso de los derechos fundamentales y de los principios del orden político consagrados en el texto fundamental.¹⁵

La constitucionalidad de las privatizaciones, se ha visto avalada con la reforma de 1994 que las contempla implícitamente en el nuevo artículo 42, referido a los derechos de los usuarios y consumidores, donde se incluyen como los derechos cuya protección debe proveer el Estado los siguientes: “A la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al

14 No nos extendemos aquí sobre el tema de la doctrina de la emergencia, por ser materia de otro capítulo.

15 Entre los autores que sostuvieron esa idea se encuentra Carlos S. Nino, con quien tuve la ocasión y el privilegio de polemizar cuando siendo asesor del Consejo para la Consolidación de la Democracia me desempeñara a cargo de la comisión sobre temas económicos que debía preparar el “tercer dictamen” que no llegó a publicarse. El doctor Nino, que era el Coordinador General del referido Consejo no era partidario de abrir el debate sobre los temas económicos por entender que la parte dogmática (que no debía reformarse) tenía la suficiente amplitud. Mi disidencia se basaba en la cantidad de normas de contenido económico que estaban incumplidas por la aplicación de prácticas surgidas de la propia emergencia.

de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios”.

Y agrega: “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

La terminología de la norma incorporada por el constituyente de 1994 se inserta claramente en la nueva etapa del modelo económico y político iniciado a partir de los noventa y con un proceso privatizador ya en marcha. De allí resulta que aparezca una especial consideración al modelo de competencia con control de monopolios naturales. Esta idea del nuevo Estado se corresponde con el pretendido modelo neoliberal que atiende a las preferencias de usuarios y consumidores en la perspectiva de la elaboración de la política económica.¹⁶

El modelo de competencia presupone, asimismo, el concepto de regulación, no ya desde una perspectiva intervencionista sino, entendiendo ésta como el mecanismo asegurador de la competencia como regla de juego. Entendemos que la importancia de estas definiciones equivale a un modelo económico concreto en la constitución argentina, que es el modelo de competencia con regulación.

La norma contiene precisiones en cuanto al control de los servicios públicos (privatizados) y a la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los mismos. Estos últimos aspectos aún no se encuentran establecidos, como tampoco se ha respetado la instrumentación de los marcos regulatorios por ley, toda vez que muchos procesos privatizadores fueron llevados adelante por decretos originados en delegaciones legislativas, por decretos de necesidad y urgencia o simplemente por decretos. De allí resulta que en el desarrollo de este tema hayamos decidido distinguir la constitucionalidad de las privatizaciones en sí mismas, como objetivo general de la política económica de la instrumentación particular de la privatización correspondiente a cada empresa o sector de la economía, tema al que nos referiremos por separado, para diferenciar los fines de los medios.

16 Véase Frey, Bruno S., *Para una política económica democrática*, Madrid, Alianza.

III. LA FUNCIÓN DEL ESTADO EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El sistema constitucional privilegió las libertades civiles, como pretendía Alberdi: “Deseo ilimitadas y abundantísimas para nuestros pueblos las libertades civiles a cuyo número pertenecen las libertades económicas, de adquirir, enajenar, trabajar, comerciar, transitar y ejercer toda industria lícita. Estas libertades, comunes a ciudadanos y extranjeros (artículos 14 y 20) son las llamadas a poblar, enriquecer y civilizar estos países”.

El modelo constitucional originario tampoco aceptó al Estado productor o intervencionista. Alberdi decía en el *Sistema económico rentístico*: “El gobierno no ha sido creado para hacer ganancias, sino para hacer justicia; no ha sido creado para hacerse rico sino para ser el guardián y centinela de los derechos del hombre, el primero de los cuales es el derecho al trabajo, o bien sea la libertad de industria”.

El orden normativo de la constitución otorgó a los particulares la responsabilidad de producir la riqueza nacional a través de las libertades comerciales ya citadas; reservando para el Estado las funciones de educación, seguridad y justicia. También previó cómo el gobierno federal sufragaría los gastos de la nación, estableciendo en el artículo 4o. la manera en que se conforma el tesoro nacional.

Después de muchos años de intervencionismo que comenzaron con la crisis mundial de 1929, en 1989 comienza la reforma del Estado, con la sanción de la Ley 23.696 y una serie de decretos presidenciales utilizándose la vía de la delegación legislativa. Se estableció un sistema de privatizaciones progresivo que llevó a la reducción y racionalización de las empresas estatales, así como también de un sistema desregulatorio tendiente a eliminar trabas para posibilitar el desarrollo y despliegue de la economía. Se desregularon las actividades profesionales, el régimen de transporte nacional, la actividad portuaria y la actividad de correos, entre otras.

Se privatizaron la gran mayoría de las empresas estatales, se trató de sincerar el sistema impositivo y se logró una mayor recaudación a través de campañas publicitarias y presión fiscal. El modo de ejecutarse esta reforma merece las consideraciones por separado a que ya referimos.

Mientras la prestación de los servicios públicos estuvo a cargo de empresas públicas, le bastaba al Estado con tomar las decisiones correspondientes ya sea en materia de inversión, fijación de tarifas, etcétera. El Es-

tado actuaba como titular o propietario. El sistema produjo una desconfianza generalizada hacia el sector público que llevó finalmente a una revisión de la gestión de los servicios, buscándose equilibrar las relaciones entre Estado y sociedad.

La crisis del Estado benefactor fue anunciada con suficiente anticipación en la doctrina y el derecho comparado; juristas como Forsthoff y Pound, en Alemania y el mundo anglosajón respectivamente, ya habían advertido sobre el peligro para la libertad individual que suponía el ensanchamiento del poder. También García Pelayo, en lengua española y desde otra perspectiva, fue preanunciando los problemas derivados de la insuficiencia del Estado para atender todas las demandas a las que se encontraba comprometido.¹⁷

También Daniel Bell advierte que las relaciones actuales entre Estado y sociedad demandan mayor control público, mayor regulación y un Estado de prestaciones a través del cual se desea obtener una redistribución de los resultados del proceso económico.¹⁸ La experiencia de muchos países ha demostrado que la privatización de los servicios públicos, en cuanto a su gestión, ha sido una tendencia general en estos últimos años en muchos países, y ha demostrado, en su mayor parte, las ventajas que ofrece la gestión privada de los mismos. Se ha producido un redescubrimiento de la concesión y del contrato como técnicas de gestión.

Destaca Arino Ortiz que en el sistema clásico de regulación casi todo quedaba encomendado a la decisión del regulador: la planificación, la inversión por realizar, la financiación, el régimen contable, los precios de todo tipo, la optimización y dirección de la explotación y, en fin, hasta las más pequeñas decisiones empresariales quedaban determinadas, condicionadas o, simplemente ordenadas por la autoridad. Por el contrario, en un sistema abierto y descentralizado, como es el inglés después de las últimas reformas, o el alemán o el norteamericano (aunque existan profundas diferencias entre ellos), la regulación cobra otro sentido: no tiene como objeto central el “control” del sistema y sus operadores, sino que, por el contrario, trata de promover la competencia allí donde esto sea posible, y se limita a proteger los intereses de los usuarios (seguridad, cali-

17 García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza.

18 Bell, Daniel, *El advenimiento de la sociedad post-industrial. Un intento de prognosis social*, traducción de Raúl García y Eugenio Gallego, Madrid, Alianza Universidad.

dad y precio al servicio) allí donde éste mantenga las características de un monopolio natural.¹⁹

La regulación es siempre, por definición, un sustitutivo del mercado. Por lo mismo, sus características deben estar orientadas a obtener los mismos efectos benéficos y estimulantes que aquél produce: definir pautas de comportamiento, transmitir señales y mensajes que faciliten la orientación de la política sectorial de que se trate, exigir estándares de calidad y seguridad; en todo lo demás, debe abrir cauces y vías a la libertad empresarial y crear incentivos (como hace el mercado) para una gestión cada día más eficiente de las empresas.

El objetivo de la regulación no es tanto controlar las empresas cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de las actividades que resultan esenciales para su vida y bienestar. Por tanto, los aspectos fundamentales a los que se tiene que orientar son dos: garantizar el suministro del servicio, presente y futuro, y establecer los niveles adecuados en la relación calidad-precio, según el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedad quiera establecer. En la medida en que, para obtener estos fines, sea necesario e imprescindible intervenir en la actividad y en las decisiones empresariales, estará justificada la regulación.²⁰

Con tono contundente, Daniel Montamat describe el modelo en que debe desenvolverse el nuevo papel del Estado como una asociación entre la economía de mercado y lo que denomina “el señorío del consumidor”, cuya fundamentación podría encontrarse en gran parte en el texto del artículo 42 de la Constitución nacional, antes citado. El señorío del consumidor —afirma— exige normas que prevengan prácticas que puedan lesionarlo, y organismos eficaces en la sanción y la reparación de los daños causados. La soberanía del consumidor tiene que ser garantizada por el Estado, aunque sea complementaria y valiosa la autodefensa que puedan organizar los consumidores.²¹ Montamat propone para asegurar el protagonismo del consumidor en un modelo de economía de mercado: 1) recrear el Estado, 2) replantear el marco normativo que rige la actividad económica en un contexto de mercado y 3) asegurar eficacia y con-

19 Arino Ortiz, Gaspar, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons.

20 *Ibidem*.

21 Montamat, Daniel Gustavo, “Privatización, regulación y control”, ponencia expuesta en el Primer Congreso sobre Regulación de Servicios Públicos Privatizados organizado por el Instituto de Investigaciones del Nuevo Estado de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 5 de septiembre de 1995.

fiabilidad en la acción administrativa y judicial tendiente a dotar de fuerza coercitiva la nueva normativa regulatoria. El señorío del consumidor depende, en definitiva, de un “hábitat económico competitivo”. La regulación de los monopolios naturales debe ser estricta y los entes a cargo de aplicar los marcos regulatorios deben ser insospechados en su legitimidad de origen, en su profesionalidad y en la transparencia de sus actos.²²

IV. LA GRAN PARADOJA: EL PROBLEMA DE LOS MEDIOS Y LOS FINES

Una vez determinada la cuestión referida a la constitucionalidad de la política de privatizaciones donde la claridad de los principios de la Constitución argentina es manifiesta en su favor, no existiendo discriminaciones o privilegios específicos en favor de las empresas de capital nacional como ocurre, por ejemplo, con el caso de la constitución de la República Federativa del Brasil²³, corresponde pasar al análisis de los instrumentos jurídicos a través de los cuáles las privatizaciones fueron y son llevadas a cabo.

Las privatizaciones en Argentina se realizaron forzando al límite las posibilidades previstas por el ordenamiento jurídico. La legitimidad de muchas de tales medidas fue controvertida y, si bien su gran mayoría ha sido convalidada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en nuestro sistema se constituye en el último intérprete de la Constitución, su convalidación ha presentado características de sospechosa parcialidad política, que sumadas al notorio apartamiento de las formas legales echan sombras de duda sobre la validez de lo actuado.

El debate sobre la seguridad jurídica ha tenido especial protagonismo en Argentina, en gran parte por la aplicación de instrumentos de política económica, que si bien han tenido por objeto alcanzar metas de estabilidad y orden en la economía, reduciendo el desmesurado aparato estatal y

22 Montamat, Daniel Gustavo, *op. cit.*, afirmó en la ocasión ya mencionada que un hipotético y no querido fracaso de este modelo de Estado regulador determinaría estructuras económicas más concentradas, nuevas vertientes a la cultura rentística de nuestro empresariado y un nuevo estereotipo de capitalismo a la argentina; ya no el cortesano del modelo intervencionista, sino el de mafias que caracterizan otros sistemas económicos.

23 Este punto de la Constitución brasilena, que en gran parte se complementa con la afirmación del principio de soberanía enunciado en los artículos 1o. y 4o., ha causado prevenciones y dudas en la doctrina en cuanto al avance de la plena integración jurídica en el MERCOSUR y en otros casos particulares como el Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasilenas.

modernizando la prestación de servicios públicos, su obtención se realizó siguiendo procedimientos cuya bondad y transparencia ha sido reiteradamente objetada.

Resulta comprensible que la magnitud de los cambios realizados en el sector público provocara conmociones, pero más allá de las consecuencias económicas de la transformación emprendida, las graves consecuencias sociales de una desocupación originada en una cantidad de factores externos como la globalización del comercio y la economía a nivel mundial, no deja de ser un hecho notorio el reiterado apego a la utilización de instrumentos jurídicos de dudosa legitimidad, como los decretos de necesidad y urgencia y la delegación legislativa.

La utilización desmedida de esos instrumentos ha superado todos los límites de la razonabilidad, llegando a constituir verdaderos abusos dentro del sistema. En un trabajo realizado por Mateo Goretti y Delia Ferreira Rubio se destaca que hasta el gobierno de Raúl Alfonsín se habían dictado sólo quince decretos de este tipo en toda la historia argentina. Los decretos de necesidad y urgencia dictados durante ese periodo encontraron su fundamento en situaciones de dos tipos: políticas (para controlar o contener situaciones graves y casos de conmoción interna) y económicas (para paliar situaciones económicas o financieras de gravedad, sobre todo durante las crisis de finales de siglo XIX y de los años treinta).

El gobierno de Alfonsín (diciembre 1983-julio 1989) emitió diez decretos de necesidad y urgencia. En todos se adujeron razones vinculadas con la emergencia económica, crisis financiera y reforma del Estado. Entre los decretos de necesidad y urgencia dictados en este periodo pueden mencionarse, el decreto 1096/85, conocido como Plan Austral, que dispuso la reforma y el cambio del signo monetario; el decreto 2192/86, por el cual se derogaron las normas de enganches salariales en el seno de la administración pública nacional; el decreto 2196/82, que declaró el estado de emergencia del sistema previsional; el decreto 632/87 que declaró el estado de emergencia agropecuaria, y el decreto 1411/87 por el que se suspendió la intervención del tribunal de cuentas en la ejecución de los actos administrativos, a raíz de una huelga de su personal.²⁴

Entre julio de 1989 y diciembre de 1993, el presidente Carlos S. Menem dictó 308 decretos de necesidad y urgencia. La cifra adquiere impor-

24 Ferreira Rubio, Delia y Goretti, Matteo, "Gobernar la emergencia. Uso y abuso de los decretos de necesidad y urgencia (1989-1993)", *Revista Agora*, núm. 3, invierno de 1995, Buenos Aires.

tancia comparada con los no más de treinta y cinco que dictaron todos los presidentes constitucionales entre 1853 y 1989. No todos los decretos han sido reconocidos como tales por el Poder Ejecutivo; no obstante, en la actualidad su número superaría los seiscientos, según cálculos realizados por los autores ya citados. La gama de cuestiones reguladas por los decretos de necesidad y urgencia es muy amplia, y abarca desde temas impositivos hasta la transmisión de eventos deportivos por televisión.²⁵

La habilitación al Poder Ejecutivo para la utilización de ese mecanismo fue otorgada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar en la causa *Peralta vs. Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ amparo*, resuelta en enero de 1990 con motivo de haberse impugnado su constitucionalidad para instrumentar el denominado Plan Bonex en el decreto 36/90.²⁶ En tal oportunidad el alto tribunal convalidó la vigencia de los reglamentos de necesidad y urgencia en tanto se comunicara la medida inmediatamente al Congreso de la Nación y este último no los derogara expresamente dentro del plazo de diez días.

En general los autores de derecho administrativo eran proclives a admitir la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia en casos limitados a la existencia de un verdadero caso de necesidad y de urgencia que no admitiera demoras y a la inmediata convocatoria al Congreso para su tratamiento que, de resultar negativo, tendría efectos *ex tunc*, vale decir, como si nunca hubiera existido, esto sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe en orden a los principios del Código Civil desde la reforma de 1968.

La doctrina constitucionalista era, en cambio, opuesta a la legitimidad de tales medidas, de ese modo Bidart Campos y Hernández se atenían al texto del antes artículo 86 inciso 2 de la Constitución nacional, que sólo admitía la categoría de los reglamentos de ejecución o decretos reglamentarios en la medida en que no alteraran el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias. Otros autores, entre quienes cabe citar a Vanossi, ad-

25 *Ibidem*. Entre los distintos trabajos que se han referido a la cuestión de los decretos de necesidad y urgencia, merecen destacarse el libro de Alejandro Pérez Hualde y el de Garay, Lugones, Corcuera y Dugo.

26 En una decisión tan polémica como criticada, la mayoría de la Corte convalidó una quietud a los ahorristas a plazo fijo, justificando tal medida como una "reprogramación de pasivos" amparada en la necesidad de sanear la economía en medio de una crisis y en el principio de supervivencia del Estado, como una versión ampliada y extrema de la doctrina de la emergencia.

mitían su carácter de mal necesario aunque a partir de la sanción de una ley que limitara específica y cuidadosamente en qué casos sería posible.

La solución del caso Peralta se convirtió en doctrina, y el número de decretos fue aumentando conforme lo demuestra la investigación que ya hemos citado. El contenido de la decisión invierte la lógica de un Congreso legislador y de un presidente colegislador. Pero puede resumirse el problema indicando que lejos de restringirse, la cuestión fue *in crescendo* desde la reforma constitucional de 1994, donde el artículo 99 inciso 3 prohíbe al presidente ejercer funciones legislativas, excepto en casos de necesidad y urgencia fundados en la excepcionalidad que excluyen la materia penal, tributaria, del régimen electoral y de los partidos políticos.

El párrafo correspondiente del artículo 99 inciso 3 señala:

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial, sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

El artículo ha previsto un procedimiento especial para el caso que consiste en que la decisión debe ser adoptada en acuerdo de ministros y que el jefe de gabinete debe someter el tema a una comisión bicameral permanente del Congreso, que seguirá un procedimiento especialmente reglado. A pesar de que la comisión bicameral no fue creada y que la ley referida no ha sido sancionada, el Poder Ejecutivo se consideró habilitado para continuar y aun incrementar esta práctica originada en desvíos del texto constitucional.

En el caso Rodríguez, jefe del gabinete de ministros s/ autorización resuelto con fecha 17 de diciembre de 1997, la Corte Suprema de Justicia de la Nación llevó las cosas aún más allá al resolver en un fallo dividido de cinco de sus miembros contra los cuatro restantes, que no correspondía a los jueces ejercer el control difuso de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, por existir una disposición constitucional favorable a su control por parte del Congreso y por tratarse de un caso de conflicto entre poderes. Estaba en juego el decreto de privatización de los aeropuertos y la Corte se inclinó por priorizar el control político del Congreso, cuya ley no está instrumentada sobre el control jurisdiccional de los actos del Poder Ejecutivo.

Es esencial al modelo presidencialista con división de poderes, como el de nuestra Constitución, la delimitación de funciones específicas de cada poder. Al Congreso corresponde dictar las leyes, en tanto es el órgano representativo donde se expresa la voluntad general. Es al Ejecutivo a quien compete hacerlas cumplir y, en su caso, reglamentarlas; en tanto que al Judicial le toca aplicar las leyes a los casos concretos dirimiendo los conflictos. Así como el presidente no puede ejercer funciones judiciales, tampoco puede arrogarse competencia legislativa. La reforma ha establecido carácter restringido a una herramienta de carácter excepcional que queda limitada a algunas materias específicas.

La otra modalidad es la delegación legislativa, también aceptada limitadamente por los autores del derecho administrativo y a la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina había fijado límites precisos en los casos Delfino y Mouviel de la década de los sesenta.

Esto no impidió que la delegación legislativa fuera de uso frecuente en Argentina, especialmente en algunas materias como la aduanera, donde se registraban delegaciones por cuestiones técnicas como la fijación de aranceles a las importaciones. En otras materias, como la penal, la delegación legislativa se encuentra prohibida.

La Ley 23.696 de reforma administrativa abrió el cauce a la delegación legislativa en materia de privatizaciones, al sostener en su artículo 10 que una vez declarada una empresa sujeta a privatización por el Congreso, la instrumentación de la misma podía estar a cargo de un marco regulatorio legal o a cargo del propio Poder Ejecutivo, a través de la delegación legislativa.

Las delegaciones se hicieron muy frecuentes en esta materia, y su cuestionamiento formal llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que tuvo la oportunidad de pronunciarse en el caso *Cocchia Jorge D. vs. Estado Nacional* y otro, del 2 de diciembre de 1993.²⁷ La Corte convalidó en ese pronunciamiento la práctica de la delegación legislativa fundándose en la defensa del programa económico del gobierno nacional.

Del voto de uno de los ministros del alto tribunal, en este caso el del doctor Boggiano, pueden extraerse algunas de las consideraciones que fundaron la decisión. Así se dijo con respecto a la constitucionalidad del mecanismo fijado para las privatizaciones (fundado en la delegación legislativa) que “la enorme conmoción institucional que supondría la declaración de inconstitucionalidad del mecanismo elegido por el Congreso (Ley 23.696) para llevar a cabo el plan de privatizaciones, sólo sería razonable y justificada si mediara una sustancial afectación, manifiesta o demostrada de derechos personales de raigambre constitucional o una violación indudable del reparto de competencias dispuestas en la carta magna para organizar las instituciones que integran el gobierno de la nación..., existe en el artículo 10 de la Ley 23.696 una clara política legislativa que por un lado guía la actuación del Poder Ejecutivo y, por otro permite al Poder Judicial el control de aquélla para poder determinar si se mantiene dentro de los carriles dispuestos por el legislador”.

La crítica de la doctrina fue en general muy dura con respecto al abuso que se realizaba de la delegación legislativa, esta práctica, sumada a la de los decretos de necesidad y urgencia y a los de veto y promulgación parcial de las leyes fueron cercenando cada vez más las facultades legislativas del Congreso, trasladando al Ejecutivo funciones legislativas que le son impropias por su naturaleza.

La reforma de 1994, posiblemente haciéndose eco de tales críticas y seguramente con la sana intención de poner un freno a una práctica que resultaba a deformación del equilibrio de poderes, sancionó la prohibición de la delegación legislativa en términos muy duros. El nuevo artículo 76 debe relacionarse con el inciso 3 del artículo 99, referido a los decretos de necesidad y urgencia toda vez que, al igual que aquél, su enunciación parte de una prohibición estricta para después considerar la posibilidad de excepciones por razones de emergencia. La emergencia si-

27 Véase Dalla Via, Alberto Ricardo, *Constitución económica e interpretación reciente*, Buenos Aires, Estudio.

que así configurándose como una suerte de puerta abierta para apartarse de la rigidez del texto constitucional cuando las conveniencias políticas lo aconsejan.

Dice el artículo 76:

Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

A nuestro juicio aparece un poco extrema la decisión del constituyente de prohibir la delegación legislativa. Compartimos la idea de frenar los abusos pero no deben desconocerse sus ventajas técnicas cuando la misma es aplicada debidamente y con criterios de eficiencia en el funcionamiento del sistema político. En Estados Unidos existen las agencias gubernamentales que actúan por delegación en numerosas cuestiones de tipo técnico.

Es de destacar también que se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, que en nuestro país es unipersonal y cuya titularidad corresponde al presidente de la nación. Cabría preguntarse si la excepción concedida a la delegación en materia administrativa no se relaciona directamente con la posibilidad de delegación en el jefe de gabinete de ministros, toda vez que la Constitución le ha asignado el ejercicio de la administración general del país (artículo 100 inciso 1).

Finalmente, el artículo 76 debe relacionarse con la disposición transitoria octava que dispone lo siguiente: “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la nación ratifique expresamente por una nueva ley”. El plazo referido vencería con las sesiones ordinarias de 1999, de donde se prevé la necesidad de un exhaustivo inventario de la cantidad de disposiciones normativas vigentes por legislación delegada a los efectos de determinar la conveniencia o no de su continuidad en cada caso. El tema se relaciona directamente con la necesidad de modernizar la legislación vigente, toda vez que en nuestro país, de la totalidad de leyes y decretos sancionados,

sólo una parte menor se mantiene en vigencia. Las técnicas de la informatización pueden contribuir decisivamente a esta cuestión tan determinante desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

En definitiva, han sido las cuestiones instrumentales y no tanto las privatizaciones en sí mismas las que han motivado los principales cuestionamientos desde el punto de vista jurídico. Tal vez, el ejemplo paradigmático esté dado por el decreto sobre desregulación de actividades económicas que contuvo una gran cantidad de disposiciones sustancialmente ilegítimas, como la derogación de derechos adquiridos por decreto o la modificación de cuotas impositivas por este mismo camino.

Sin embargo, más allá de la ilegitimidad de distintos aspectos referidos al contenido, la ciudadanía recibió de buen grado el dictado de una medida que tendía a eliminar los aspectos nocivos de una cantidad de regulaciones que habían terminado por rotularse como “la telaraña argentina”.²⁸

Del mismo modo ocurrió con la Ley 23.697 de emergencia económica que restringió una cantidad de privilegios especiales, beneficios derivados de regímenes de promoción y derechos adquiridos de diversa índole que, desde el punto de vista estrictamente formal, afectaron derechos de propiedad de empresas y particulares. La orientación de las medidas y su carácter temporal hicieron que, sin embargo, se manifestara un alto nivel de acatamiento, y que no se manifestaran acciones judiciales masivas, como originariamente pudo preverse.²⁹

Esta tendencia a violentar derechos adquiridos fue frecuente durante toda la etapa correspondiente a la reforma del Estado. Su comienzo podría ubicarse con el decreto 435/90, que derogó una cantidad de medidas fiscales por decreto confrontando con el principio de legalidad en materia fiscal que tiene rango constitucional.

Todas estas consideraciones parecen llevar a que, efectivamente, la política de privatizaciones y de reforma del Estado en Argentina se llevó adelante con un déficit de seguridad jurídica resultante, cuando menos, del forzamiento de una cantidad de instrumentos jurídicos, muchos de ellos de rango constitucional en beneficio o en prioridad del objetivo bus-

28 La denominación corresponde al título de un libro de Enrique García Martínez.

29 Distinto es el caso de las legislaciones de emergencia económica dictadas en distintas provincias argentinas siguiendo los lineamientos generales de la legislación federal, pero que tendieron a prolongarse indefinidamente en el tiempo.

cado de reordenar la economía. No debe desconocerse que en este contexto influyeron consideraciones ideológicas economicistas que minimizaron el valor del derecho como ordenamiento social, considerando que se trataba de cuestiones meramente formales.³⁰

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse en distintos casos en los que avaló la política de privatizaciones, en una clara línea jurisprudencial de acompañamiento de los criterios gubernamentales en materia económica. Uno de los casos paradigmáticos fue el fallo recaído en la causa Dromi, José Roberto s/avocación en Fontela, Moisés E. vs. Estado Nacional de 1990, donde la Corte por primera vez intervino por vía de *per saltum* para salvar la cuestionada privatización de Aerolíneas Argentinas. Más allá de los serios cuestionamientos de fondo que se han hecho sobre esa privatización en particular³¹ la Corte fue en auxilio de una de las primeras que se realizaron para así legitimar y salvar la tendencia privatizadora en general.

El contenido de la decisión en sí misma ha merecido las mayores críticas por parte de la doctrina, no sólo por la sorpresiva habilitación del *per saltum* a medida de la causa en trámite, sino porque el fondo del planteamiento iniciado por el diputado Moisés Fontela ante un juez federal por vía de amparo era que se adopte una de las formas societarias establecidas en la Ley de Sociedades, toda vez que el tipo social resulta en nuestra legislación un requisito fundamental.

La Corte sostuvo que la simple condición de ciudadano, al interponer la acción de amparo, no es apta para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer jurisdicción. Ello porque dicho carácter es de una generalidad tal que no permite tener como configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar a la presente causa como el caso o controversia, que son los únicos en que la dicha función puede ser ejercida. De esto resultó que no se controló la regularidad del acto privatizador y que una facultad típicamente reglada por la ley se transformó en una facultad discrecional del Ejecutivo, en virtud de la decisión adoptada por el alto tribunal.

30 Consideraciones de este tipo se observaron especialmente durante la gestión del ex ministro de Economía Domingo F. Cavallo que en sus actuaciones públicas solía fustigar la actuaciones de jueces y abogados que, en general solían producirle una especial incomodidad.

31 Véase Natale, Alberto, *Privatizaciones en privado*, Buenos Aires, Planeta.

V. REGULACIÓN Y CONTROL

El principal problema que presentan las empresas recientemente privatizadas y que son monopolistas es sus respectivos sectores, es el de la fijación de precios y tarifas. Existen otros aspectos que deben ser encarados, tales como los que se refieren a las condiciones de suministro, calidad y cantidad de los bienes o prestaciones producidos, pero no es en los precios o tarifas donde se focaliza el problema.

Es el carácter monopólico de empresas tales como las de electricidad, teléfonos, gas, agua potable y servicios sanitarios, el que genera un problema de precios. Al ser los únicos ofertantes de servicios que son imprescindibles para la población, son titulares de un fuerte poder económico que no puede ser fácilmente contrarrestado por la fuerza de la competencia. Ese poder les da capacidad de fijar condiciones de oferta que pueden conducir a la exacción de los compradores o usuarios de los bienes o servicios. Estos últimos pueden hacer muy poco para eludir esa acción, ya que no existen sustitutos inmediatos que permitan una salida a esa situación de sometimiento económico.

Las empresas de servicios públicos tienen generalmente carácter de monopolios naturales. Son de esa naturaleza aquellas que actúan en sectores en los que, por las condiciones de la demanda y de los costos de producción, sólo hay sitio para un ofertante. Es decir que la constelación de fuerzas en el mercado, conducirá siempre a la concentración de la oferta en una sola empresa. Los monopolios naturales suelen ser empresas cuyos costos medios son decrecientes en el entorno de sus niveles de producción de equilibrio.³²

Debido a las dificultades que presentan las situaciones monopólicas para aceptar controles competitivos, se requieren sistemas sustitutivos que prevengan la exacción de los consumidores. Uno de estos sistemas es el de los organismos reguladores, entes estatales que de algún modo intervienen en el proceso de determinación de precios o tarifas de los bienes o servicios provistos por las empresas de servicios públicos. Esta intervención puede ir desde fijar los precios requeridos por las empresas o también tomar conocimiento de que los precios se hayan fijado siguiendo determinadas pautas preestablecidas en la legislación respectiva.

32 Carbajal, Celestino, *Elementos para una política de regulación de las empresas de servicios públicos*, Universidad de Belgrano, Instituto de Investigaciones del Nuevo Estado, junio de 1993.

Carbajal explica que además de intervenir en la fijación de precios, estos organismos también ejercen actividades regulatorias en lo que se refiere a las condiciones en que se presta el servicio, calidad de las prestaciones, procesamiento de los reclamos de los consumidores y temas afines. Pero es en el tema de los precios donde, de hecho, centran su actividad más significativa. La actuación de los entes reguladores, por lo menos en teoría, debería producir lo que en el resto de los mercados produce la fuerza de la competencia. Esto es: un nivel de precios de oferta que haga que las empresas de servicios públicos ganen sólo beneficios normales, excluyendo así cualquier tipo de renta monopólica o beneficio extraordinario.³³

Las críticas que han sufrido en los últimos años los modelos tradicionales de regulación económica, especialmente en los Estados Unidos, como privatización y desregulación, han sido como dos procesos paralelos que se han desarrollado en estos años sobre los sectores que denominamos servicios públicos (*public utilities*) y actividades reglamentadas. El primero ha tenido lugar en Europa y Latinoamérica (en Estados Unidos la empresa pública fue siempre residual). El segundo se ha manifestado por igual a ambos lados del Atlántico, tras la crítica demoledora que el sistema clásico de regulación hizo en los Estados Unidos en los años sesenta y setenta.³⁴

Arino Ortiz destaca que en el sistema clásico de regulación, casi todo quedaba encomendado a la decisión del regulador: la planificación, la inversión por realizar, la financiación, el régimen contable, los precios de todo tipo, la optimización y dirección de la explotación y, en fin, hasta las más pequeñas decisiones empresariales quedaban determinadas, condicionadas, o simplemente “ordenadas” por la autoridad. Por el contrario, en un sistema abierto y descentralizado, como el inglés después de las últimas reformas, o el alemán o el norteamericano (aunque existan pro-

³³ *Ibidem*.

³⁴ Los estudios llevados a cabo por Milton Friedman, George J. Stiegler, Ronald H. Coase, Richard Posner, Bruce A. Ackerman, Gary Becker y tantos otros en cuanto al análisis económico de los problemas y por juristas analistas de la política como Paul Macavoy, Roger G. Noll, Stephen G. Breyer, James Freedman y otros, mostraron hasta qué punto la regulación económica clásica ha sido ineficiente, retardataria, anuladora de incentivos y de innovación tecnológica y, sobre todo, en lugar de instrumentar una defensa correcta del usuario y del consumidor, se habían convertido en la defensa organizada de los sectores regulados, que habían “capturado” las agencias y comisiones administrativas en favor de las industrias y empresas afectadas. La cuestión ha sido desarrollada con amplitud por Arino Ortiz, Gaspar en *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons Editores.

fundas diferencias entre ellos) la regulación cobra otro sentido: no tiene como objeto central el control del sistema y sus operadores sino que, por el contrario, trata de promover la competencia allí donde esto sea posible, y se limita a proteger los intereses de los usuarios (seguridad, calidad y precio al servicio) allí donde éste mantenga las características de un monopolio natural.³⁵

Puede ser ilustrativo comprobar que un sistema económico tan respetuoso de la libre empresa como el norteamericano, establece una considerable intensidad de controles sobre la dirección y el control de las *public utilities*. Según Welch y Bauer, los principales aspectos a los cuales alcanza el poder de dirección y control son los siguientes:³⁶

- a) Poder de aprobar sus tarifas y de controlar con ello el beneficio lícito de los inversores.
- b) Facultad de fijar las condiciones y estándares técnicos para cada tipo de servicio, de modo que quede garantizada su seguridad, uniformidad, etcétera.
- c) Control de costos, de modo que éstos sean razonables, con facultad de rechazar o reducir aquéllos que sean extravagantes o excesivos.
- d) Control sobre los bienes afectos al servicio, con exigencia de autorización previa para enajenar o alterar sustancialmente cualquier parte de ellos.
- e) Control sobre la adecuación y eficiencia de los equipos o plantas de producción, con potestad para ordenar su cambio o sustitución en los casos de desgaste, obsolescencia o falta de productividad.
- f) Facultad de determinar la extensión de las áreas de servicio con obligación legal de prestación o suministro del mismo en condiciones de igualdad para los nuevos usuarios.
- g) Imposición de un sistema de contabilidad normalizada y de sus reglas de funcionamiento con facultad de la administración para vigilar e inspeccionar las cuentas en cualquier momento.
- h) Inspección y control patrimonial sobre sus bienes, con la obligación de la compañía de mantener constantemente al día sus inventarios.
- i) Aprobación previa de los presupuestos y planes de inversión de las compañías, pues tanto unos como otros serán factores determinantes de la cuantía de tarifas y deben por ello ser conocidos previamente

35 Arino Ortiz, Gaspar, *op. cit.*

36 *Ibidem.*

por la autoridad; las empresas deben informar periódicamente el cumplimiento de éstos.

- j) Aprobación previa de las ampliaciones de capital previstas y de las condiciones en que se hacen las nuevas emisiones de título de renta fija, así como de las grandes operaciones de crédito que la compañía se proponga concretar.
- k) Control sobre la identidad y titularidad de empresa encargada del servicio, requiriéndose por tanto autorización previa para la enajenación de la empresa, la fusión de la sociedad, o cualquier otra alteración de su *status* que pueda afectar esencialmente el control del servicio.

Finalmente, y como conclusión de este amplio cuadro de facultades y poderes de intervención, digamos que las comisiones reguladoras tienen potestad reglamentaria para establecer los procedimientos y el modo de hacerlo, lo cual se produce en muchos casos de un modo informal, mediante órdenes comunicadas.³⁷

De lo expuesto resulta que las privatizaciones deben ir precedidas o acompañadas de las normas que regularán su actividad, para proteger los intereses de los usuarios y prevenir que los empresarios generen inseguridad sobre los consumidores. Esto también explica que en nuestro país diversos marcos regulatorios fijen objetivos políticos a la regulación, como el marco regulatorio del gas (artículo 2o., Ley 24.076) y el de la electricidad (artículo 2o., Ley 24.065) donde se destacan la protección adecuada de los derechos de los usuarios y la accesibilidad y eficiencia del servicio con arreglo de las tarifas justas y razonables. En materia de telecomunicaciones, se definen como objetivos asegurar la igualdad, regularidad de los servicios, precios justos y razonables, competencia leal y efectiva.

Para el cumplimiento de todos estos objetivos, las normas citadas crean entes, que se presentan inspirados por la pretensión de ser independientes del poder político. El nacimiento de estos entes tiene vinculación con el caso de los Estados Unidos y con la protección de los derechos particulares frente al abuso de las empresas privadas que atendían servicios vitales para la sociedad.

Han sido creados por ley el ente regulador del gas (ENARGAS) conforme el artículo 50 de la Ley 24.076; el ente regulador de la electricidad (ENRE), artículo 54 de la Ley 24.065, y el ente de aguas y servicios sani-

³⁷ *Ibidem*.

tarios (ETOSS), Ley 23.696, anexo III del decreto 999/92, en tanto ha sido creada por decreto el ente regulador de las comunicaciones (CNT), artículo 1o. decreto 1.185/90, aun cuando los considerandos del referido decreto invoca a la Ley de Telecomunicaciones 19.778 y a la Ley de Reforma del Estado 23.696.

A dos de los entes se les atribuye por ley formal la condición de organismos autárquicos (gas y electricidad) y al otro (agua), por vía reglamentaria, consignándose en los tres su capacidad para actuar en el campo del derecho público y privado. El decreto de creación de la CNT no atribuye a esta comisión personalidad jurídica, al menos expresamente. En las leyes de los dos primeros se establece que los entes se registrarán, respecto de sus relaciones con la administración y con los particulares por la Ley de Procedimientos Administrativos y por sus reglamentaciones, aun cuando el personal se regulará por la Ley de Contrato de Trabajo.

Los entes del gas, la electricidad y el agua quedan sujetos al régimen patrimonial contable y financiero previsto por las normas de su creación y sus reglamentaciones más el sistema de control establecido para el sector público. En todos ellos concurre la atribución de facultades de regulación, de control o de fiscalización, de asesoramiento y también de las denominadas jurisdiccionales, en algunos casos la jurisdicción para resolver controversias entre particulares es obligatoria, y en otros voluntaria.

Una novedad del sistema la constituyen las denominadas audiencias públicas en el caso de los entes del gas y de la electricidad. Con este procedimiento se procura no sólo poner en conocimiento de terceros interesados una cuestión vinculada a la violación de una ley, de los reglamentos administrativos o de los términos de una habilitación, sino también cuando se trate de materias relativas a la conveniencia y necesidad de servicios de transporte y distribución, o bien, para resolver conflictos donde se ventilen cuestiones contrarias a los principios de libre competencia, abuso de situaciones derivadas de un monopolio natural, etcétera.

Con respecto al control judicial, la actividad administrativa y reglamentaria de los entes reguladores se encuentra sometida, conforme al sistema judicialmente adoptado por nuestra constitución, al control de los jueces, sin otra condición constitucional que exista causa o controversia suficiente además de todos los requisitos procesales. En el caso de los entes reguladores el control judicial no tiene por qué diferir del sistema general de juzgamiento de los actos administrativos, se trata de un control

judicial pleno con amplitud de debate y prueba conforme a los principios tradicionales sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.³⁸

En la sentencia dictada por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, sala IV, recaída en la causa *Telintar y otros vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones*, en la que se trató el tema de las tarifas, se señaló que en atención a las cláusulas que confieren exclusividad o monopolio para la prestación de un servicio público deben interpretarse con criterio restrictivo; no parece irrazonable la deleitación efectuada por la resolución 668/94 de la CNT, del concepto de exclusividad previsto en el punto 9.2 del pliego de bases y condiciones para la privatización del servicio de telecomunicaciones. Máxime considerando que el derecho de los usuarios a la elección de una tarifa más baja debe prevalecer sobre el derecho de la licenciataria a obtener mayores ganancias.

En el caso *Biestro de Bover, Amelia T vs. Telefónica de Argentina*, fallado por la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, sala III, en diciembre de 1995, se sostuvo que, para el usuario del servicio público carece de relevancia el cambio del sujeto prestador del mismo producido como consecuencia de la privatización, pues debe permanecer, en lo sustancial, en una situación no inferior a la que tenía originariamente, garantizada por el derecho público en general y el derecho administrativo en particular.

Fuera del régimen general de impugnación de los actos administrativos, cabe recordar que el artículo 43 de la Constitución Nacional, al regular el amparo, ha establecido un tipo especial de amparo colectivo en beneficio de usuarios y consumidores cuando se vea afectada la competencia como valor jurídico resguardado. La interposición de la acción de amparo, en tal caso, no necesita el agotamiento previo de vía administrativa alguna, toda vez que del texto constitucional surge que la acción proceda siempre que no exista una vía judicial más idónea.³⁹ Igualmente cabe señalar en el mismo sentido que el artículo 42, también introducido por la

38 En el caso de algunos regímenes regulatorios específicos como, por ejemplo, el caso del gas, cabe distinguir dos vías de procedimiento o impugnación: a) cuando se trate de decisiones de naturaleza jurisdiccional el recurso debe ser presentado al ente dentro del plazo de 15 días, estableciéndose que las actuaciones deben elevarse a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal dentro del plazo de cinco días. b) En el caso de tratarse de materia sancionatoria, se instituye un recurso judicial directo ante dicha Cámara, el que debe ser interpuesto dentro del plazo de treinta días.

39 Véase Dalla Via, Alberto Ricardo, *Constitución de la nación argentina. Texto según la reforma constitucional de 1994* (comentada), 2a. ed., Librería Editora Platense, 1996.

reforma de 1994, prevé la participación de los representantes de usuarios y consumidores en los directorios de los entes reguladores, circunstancia no cumplida hasta el presente.

Es notable que la reforma constitucional de 1994 ha reforzado los mecanismos de control que cabe ejercer sobre los entes reguladores a través de dos nuevos artículos sucesivos, el 85 y el 86 que respectivamente introducen constitucionalmente la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo, cuyos textos respectivos señalan:

Artículo 85: El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo.

El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.

Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y su funcionamiento deberá ser aprobado por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos

De modo tal que a la Auditoría General de la Nación compete realizar el control externo de la actividad de los entes reguladores como parte de la administración pública descentralizada.

La reforma constitucional ha introducido nuevos institutos de control para dar respuesta a la complejidad de funciones que desarrolla el Estado en nuestros días. Los constituyentes de 1853 hicieron una realidad muy diferente con un Estado con funciones más limitadas y por esta razón el problema del control quedaba limitado a la clásica triada de Montesquieu: tres poderes que se controlaban entre sí a la manera de frenos y contrapesos.

La Auditoría General de la Nación ha sido incorporada en lo constitucional como un organismo de asistencia técnica del Congreso; de modo tal que será el Congreso quien detente en definitiva el control externo de

la administración pública. No se ha seguido aquí el modelo de la Constitución de Chile, donde la auditoría tiene rango de control independiente. En el mismo sentido funciona una institución de control contemplada en la Constitución de Venezuela. La creación, reglamentación y funcionamiento de la Auditoría General de la Nación ha sido delegada por el Constituyente al Congreso.

Artículo 86: el Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración, y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

La organización y funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.

El origen de esta figura es el *ombudsman* escandinavo, que actúa a la manera de un delegado parlamentario ejerciendo la acción pública en representación de los ciudadanos. Instituciones similares han aparecido en los textos constitucionales más nuevos, como la Constitución española de 1978. En algunas provincias argentinas y en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires existen actualmente instituciones con funciones similares. La reforma de 1994 ha incluido al Defensor del Pueblo como un nuevo instituto de control en la Constitución argentina.

El Defensor del Pueblo tendrá autonomía funcional dentro del ámbito del Congreso de la nación, que dictará una ley especial regulando la institución. La autonomía de función que tiene el Defensor del Pueblo en la Constitución reformada se ve sostenida por mayorías especiales (dos tercios de los miembros presentes de cada Cámara) para designarlo o removerlo. En la materia relativa al control de los servicios públicos, cobra especial relevancia su legitimación procesal en defensa de los usuarios y consumidores, función que debe relacionarse con el artículo 43 que legitima la acción de amparo colectivo a la cabeza de este órgano. En los he-

chos, la intervención del Defensor del Pueblo ante órganos jurisdiccionales se ha producido en el caso particular de algunas privatizaciones, como la de los aeropuertos y en el control de la facturación de empresas prestadoras, como ocurriera con el denominado “rebalanceo” telefónico.

El proceso privatizador y las cuestiones derivadas y conexas en cuanto a su regulación y control traen aparejados nuevos problemas jurídicos que en muchos casos impactan en las tradicionales concepciones del derecho administrativo, y conceptos fundamentales como el de regulación y hasta el de servicio público;⁴⁰ pero un problema constitucional relevante, sin duda es el de la competencia jurisdiccional o territorial que cabe sobre el control de tales actividades.

Siguiendo una clásica tendencia centralista argentina, no obstante nuestra condición de país federal, los entes reguladores se han organizado a base de estructuras concentradas por el carácter monopólico de los servicios, la escala de sus prestaciones y la conformación también centralista de las empresas por controlar. No puede dejar de advertirse, sin embargo, que la Constitución recién reformada, en su artículo 124, reivindica el dominio de los recursos naturales por parte de las provincias, enfatizando un principio que ya surgía del artículo 121 (anterior artículo 104) que, siguiendo la modalidad prevista en la X enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, establece que las Provincias conservan todos los poderes que no hayan sido expresamente delegados en el gobierno central.

Es cierto que a lo largo del siglo XX las provincias en muchos casos fueron cediendo la explotación de los recursos naturales a empresas organizadas de la órbita federal, como YPF, YCF, OSN, Gas del Estado y otras, pero debe distinguirse como bien lo enseña el profesor Pedro J. Frías la “jurisdicción” sobre los recursos naturales que en muchos casos tiene carácter federal, del “dominio” sobre los mismos, que es eminentemente local.

Esta cuestión constitucional necesita profundización y desarrollo en el derecho público argentino. A nuestro criterio, no deja de influir el carácter centralista de nuestro derecho administrativo que ha dado los primeros pasos institucionales en materia de regulación. Sin embargo en algunas jurisdicciones locales se ha previsto el caso de la regulación y control de

40 Importantes autores del derecho administrativo argentino, como Agustín Gordillo, Ismael Matta y Héctor Mairal se refieren a estas cuestiones en sus obras, motivos por el cual nos abstenemos de hacerlo aquí, evitando terrenos que no nos son del todo propios.

los servicios públicos privatizados, como ocurre con la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que en los artículos 138 y 139 prevé el “Ente Único Regulador de los Servicios Públicos”, instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo, con personalidad jurídica, independencia funcional y legitimación procesal.⁴¹

La creación de un ente único para la Ciudad de Buenos Aires probablemente tenga que ver con la cantidad de materia por controlar que queda reducida a los servicios locales, siempre y cuando no tengan carácter interjurisdiccional con una o más provincias, y que por ello corresponda la regulación nacional al artículo 75 inciso 13 de la Constitución Nacional.

VI. CONSTITUCIÓN Y PRIVATIZACIÓN. OTRAS CUESTIONES

Ya hemos expuesto que no existe un concepto jurídico de privatización en el texto constitucional argentino y que bajo el mismo techo o “paraguas” normativo han tenido lugar tanto la política de nacionalizaciones en su tiempo, como actualmente lo tiene la política de privatizaciones. La incorporación del nuevo artículo 42 da una pauta hacia el futuro, tanto de defensa del consumidor como de un mercado controlado y antimonopólico, pero no puede afirmarse que la privatización sea un concepto jurídico constitucional que responda a una pauta jurídica. Sus objetivos, razones y sustrato, antes bien deben encontrarse en razones y tendencias económicas propias del tiempo de la globalización.

Tampoco puede afirmarse que las privatizaciones respondan a directivas o tendencias marcadas por los proyectos de integración regional en que el país se ve envuelto actualmente. Ni el Tratado de Asunción, que dió origen al MERCOSUR, ni el Protocolo modificador firmado en Ouro Preto en 1994 establecen pautas al respecto. Por el contrario, y como antes destacáramos, algunos países de la región conservan criterios nacionalistas y proteccionistas en sus constituciones. No existen normas privatizadoras en otros acuerdos regionales en el marco de ALADI, de donde debe concluirse que la tendencia privatizadora no encuentra un marco normativo supranacional en el sentido estricto.

41 Véase Dalla Via, Alberto Ricardo, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Editorial de Belgrano, 1996.

Sí, en cambio, pueden encontrarse distintas recomendaciones al respecto en los organismos financieros internacionales que actúan sobre los países del área como consecuencia de la deuda externa. El Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y otras instituciones internacionales han recomendado con insistencia la reducción del Estado y la política de privatizaciones. Esta circunstancia es de por sí demostrativa de que el pretendido neoliberalismo en América Latina se caracteriza más bien por procesos de ajuste donde el grado de dependencia externa continúa siendo muy elevado.⁴²

Un último tema clave es hasta dónde pueden llegar las privatizaciones, es decir si existen áreas o materias que estén vedadas a la privatización desde el punto de vista constitucional. Está claro que la ausencia de definiciones en la Constitución dificulta la interpretación sobre este tema, pero podríamos comenzar a aproximarnos si partimos de la definición de “Servicio Público” ya que la Ley 23.696 de Reforma del Estado se refiere a éstos. El artículo 1o. de la mencionada ley declara en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, y dice que no puede exceder de un año a partir de su entrada en vigencia.

En su artículo 6o., la ley faculta al Poder Ejecutivo nacional a “transformar la tipicidad jurídica de todos los entes, empresas y sociedades indicadas en el artículo 2o.”, entre las cuales están las entidades de servicios públicos nacionales. La ley autoriza al Poder Ejecutivo a privatizar total o parcialmente, a dar en concesión total o parcial, servicios cuya gestión se encontraba a su cargo (artículo 11).

De esa forma el Anexo 1 de la mencionada ley autorizó, entre otras, las siguientes privatizaciones o concesiones: 1) Empresa Nacional de Telecomunicaciones (concesión-privatización), 2) Ferrocarriles Argentinos (concesión), 3) Empresa Nacional de Correos y Telégrafos (concesión), 4) Subterráneos de Buenos Aires (privatización o concesión total o parcial), 5) Gas del Estado (concesión), 6) SEGBA (Concesión), 7) Agua y Energía (concesión), 8) Obras Sanitarias de la Nación (concesión).

Esta caracterización excluye por definición las funciones esenciales del Estado como justicia, seguridad o fuerzas armadas, así como todas aquellas que la Constitución asigna como obligaciones estatales. En este orden de ideas, un caso paradigmático es el de la privatización del correo,

42 El informe del Banco Mundial de 1997 titulado “El Estado en un mundo en transformación” marca un punto de inflexión en la tendencia apuntada y reflexiona en combinar la función esencial e irremplazable del Estado con parámetros de eficiencia.

toda vez que la Constitución en el artículo 4o., siguiendo el modelo norteamericano indica que los fondos del tesoro nacional se integran, entre otros, con la renta de correos, de donde surge que la gestión de correos debe seguir generando rentas en favor de la nación.

En el mismo contexto interpretativo se debate actualmente la privatización de algunos bancos nacionales como el Banco Hipotecario Nacional y el Banco de la Nación Argentina que, si bien no son mencionados en forma expresa, la Constitución habla de los “bancos nacionales” en el inciso 6 del artículo 75, siendo la interpretación tradicional la de que éstos se encuentran incluidos. En el caso de la Provincia de Buenos Aires, por razones similares, sumadas a una larga tradición histórica, se han rechazado algunos proyectos de privatizar su banco.

En todos los casos, la política de privatizaciones debe ejercitarse con la virtud de la prudencia que caracteriza al buen gobernante para no dejarla atrapada en los efectos de péndulo que a veces la historia nos depara: a la primera oleada neoconservadora ha seguido más recientemente un tendencia revisora de no descuidar los aspectos sociales y el papel del Estado.

En tal sentido, un primer resultado de la política de privatizaciones en Argentina ha sido una gran concentración económica en pocas manos, circunstancia que representa un verdadero desafío para el derecho constitucional que se ha impuesto nuevos objetivos: la regulación del buen mercado y la defensa del consumidor.