

XVIII. LAS TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO

AGUSTÍN A. GORDILLO

EL DERECHO ADMINISTRATIVO A FIN DEL SIGLO

EL DERECHO administrativo, al igual que el cuerpo humano, asiste a un proceso de catabolismo y anabolismo de sus células: se han destruido en las últimas décadas células que fueron vivientes en un sistema, y se construyen en su lugar nuevas células que no sólo constituyen nuevos hábitos de vida sino también un nuevo cuerpo, un nuevo sistema.

Es así un fin de siglo que asiste simultáneamente al abandono o al menos desinterés profundo de lo que fueron sus principios de casi todo el siglo, para recibir la entronización de nuevas ideas que fueron anatema durante aquel periodo. Este proceso tiene diversos grados de avance según el país de que se trate, pero no cabe duda que constituye un movimiento más o menos mundial.

El statu quo

La concepción del Estado y de la administración pública, y consecuentemente del derecho administrativo, tiene una particular estructura a partir de la crisis del liberalismo. Desde finales del siglo pasado hasta la década de los ochenta se fueron constituyendo los nuevos principios del derecho público, que hemos recibido como una expresión mayoritaria y en algún modo pacífica de la concepción política, social y jurídica del Estado.¹ El viejo *statu quo* del liberalismo decimonónico pasa a ser sustituido por el nuevo *statu quo* del Estado social de derecho o Estado benefactor.

¹ Principios que hemos recogido en *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, t. 1, caps. I y III, entre otros. También en *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, cap. 1.

Intervencionismo. Regulación

El intervencionismo del Estado en la economía y en la actividad privada, a través de la regulación desde afuera o externa a la actividad económica, fue uno de los principios reeptados pacíficamente.²

Desde la década de 1930 se fueron dictando, por razones de emergencia, leyes reguladoras de la actividad económica, con una fuerte restricción de los derechos privados tal como se les había entendido hasta ese momento (leyes de moratoria hipotecaria, prórroga de alquileres; leyes reguladoras de la carne, el vino, los granos, etcétera). Es una verdadera ironía del destino que la emergencia de los últimos años parezca estar llevando a desandar ese camino y reducir o morigerar aquella regulación.

Nacionalizaciones

Las nacionalizaciones de la primera mitad del siglo en Europa fueron en Argentina las nacionalizaciones de las postrimerías de ese primer medio siglo.³ La asunción directa por el Estado de la prestación de los grandes servicios públicos y la realización de algunas actividades económicas y sociales pasó a ser también un principio oficial de la política gubernamental, a punto tal que fue recogido en algunas constituciones.

Administración del desarrollo económico y social

El doble sistema de regulación desde fuera de la actividad económica e intervención desde dentro como agente de producción pasó a ser no sólo un dato normal de la administración estatal, sino uno elevado también a nivel de principio rector. Es la época en que se recoge la concepción de la administración del desarrollo, tanto económico como social, y de las instituciones o corporaciones de desarrollo.⁴

² Véase nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, Introducción, pp. 15 ss.; *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1966.

³ Nuestro libro *Empresas del Estado*, *op. cit.*, cap. II, pp. 57 ss.

⁴ Nuestro libro *Empresas del Estado*, *op. cit.*, cap. V, pp. 119 ss.

Los intentos de planificación

Quizá como exponente máximo de una época determinada podría mencionarse el intento, en distintos gobiernos y países, de crear sistemas de planificación del desarrollo económico y social.⁵

Se trató en general de intentos carentes de suficiente convicción en el propio aparato del Estado.⁶ Este esbozo conceptual de avanzar más allá del ya viejo intervencionismo estatal para llegar a la etapa “superior” de la planificación es el punto de inflexión del sistema en el cual, fracasada la aspiración máxima, quedaría marcado el comienzo del retroceso del camino recorrido a partir del fin del liberalismo a finales de siglo pasado.

GÉNESIS Y DESARROLLO DE LA CRISIS

La hipertrofia de la regulación. Su incumplimiento

La crisis de aquel “nuevo” sistema se fue manifestando de múltiples maneras, y es obvio que aquel intervencionismo regulador del Estado en la economía, tan ensalzado como control de desequilibrios sociales y económicos, distaba de ser siempre no ya eficaz, sino incluso sensato.

El parasistema administrativo

La inexistencia de consenso social acerca de la bondad del sistema regulatorio llevó inexorablemente a su comportamiento social, no sólo de los particulares o administrados, sino también de la administración pública.

Se produce aquí algo parecido al fenómeno que en algunas sociedades tribales se denomina como derecho no estatal (*non state law*), y que en las sociedades subdesarrolladas hemos denominado parasistema jurídico y admi-

⁵ Tema éste al que dedicamos sucesivamente tres obras: *Derecho administrativo de la planificación*, Bogotá, 1966, ed. de la OEA; *Planificación, participación y libertad*, México y Buenos Aires, Macchi y Alianza para el Progreso, 1973; *Introducción al derecho de la planificación*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1982.

⁶ Véase *Introducción al derecho de la planificación*, op. cit., Prólogo, pp. 5 y 6.

⁷ Nos remitimos a nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, Madrid, Civitas, 1982. Hay traducción italiana con el título *L'amministrazione*

nistrativo:⁷ es una particular simbiosis de algunas normas administrativas o legales que se cumplen, y otras normas de comportamiento humano que son igualmente cumplidas pero que no están receptadas por la norma escrita o incluso la transgreden frontalmente. Determinar cuál es la conducta esperada por el Estado no es ya cuestión de análisis de la norma jurídica, sino una mixtura de análisis sociológico y normativo.⁸

La crisis de seguridad

En este sistema y normatividad paralelos debe computarse también la crisis que tuvo o tiene en algunos de nuestros países el sistema de la seguridad personal, tanto desde el ángulo de la subversión como de la represión.

La acumulación de ambos factores lleva a que el Estado que debiera tutelar la seguridad no sólo no la asegura, sino que la transgrede sistemáticamente.⁹ Al margen de las consideraciones que sobre esto pueden hacerse en materia de derechos humanos,¹⁰ lo cierto es que este masivo incumplimiento normativo constituye un ingrediente más de la virtual disolución del Estado como lo concibieron los pensadores del siglo pasado. La transgresión sistemática por el Estado a su propio derecho lleva a la creación de un derecho supranacional y organismos supranacionales de control.¹¹

paralela. Il parasistema giuridico-amministrativo, Roma, Giufrè, 1987. En igual sentido Yadh ben Achour, *Cours de Droit Administratif*, Túnez, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Económicas de Túnez, 1980, t. I, pp. 49 y 50. Posteriormente la literatura se ha extendido, sobre todo en el tema económico y fiscal. Véase por ejemplo Hernando de Soto, *El otro sendero. La revolución informal*, Buenos Aires, Sudamericana, 1987; Adrián Guissarri, *La Argentina informal*, Buenos Aires, Emecé, 1989; Alejandro Portes, *La economía informal*, Buenos Aires, Planeta, 1990.

⁸ Véase la remisión de la nota precedente.

⁹ Para una descripción, véase Rubén A. Sosa Richter, *Función y violación de los derechos humanos en la posguerra (El caso argentino)*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1990.

¹⁰ Para un enfoque general nos remitimos a nuestro libro *Derechos humanos. Doctrina, casos y materiales. Parte general*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1990.

¹¹ Véase nuestro artículo "La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno", *La Ley*, 17 de abril de 1990, reproducido como cap. II de nuestro libro *Derechos humanos, op. cit.*, pp. 43 ss. Como explica Ataliba Nogueira, es uno de los signos que acompaña al colapso de la idea corriente de Estado: *O perecimento do Estado*, Revista dos Tribunais, San Pablo, 1971, pp. 24 y 25. Véase también, del mismo autor, *Lições de teoria geral do Estado*, Revista dos Tribunais, San Pablo, 1969, pp. 46-67.

Servicios públicos y poder de policía. Su crisis

Era también evidente, para algunos, que se había creado toda una mitología, peligrosa e inútil, alrededor de viejas nociones como “servicios públicos”¹² y “poder de policía”.¹³ Su hipertrofia acompañó el proceso de deterioro del Estado, torciendo en favor de la autoridad el equilibrio entre autoridad y libertad.¹⁴

La revolución tecnológica

Al mismo tiempo que un mundo se desmorona, nacen tecnologías que aseguran su obsolescencia. La nueva época de las computadoras constituye una modificación comparable a la Revolución Industrial del siglo pasado, por sus repercusiones.¹⁵

La crisis económica

Tal vez no se hubiera tomado conciencia de la magnitud del problema si no hubiera concurrido también una profunda crisis económica, que de algún modo opera como elemento detonante del *statu quo*: situación de endeudamiento externo¹⁶ no ya coyuntural¹⁷ sino estructural, recesión profunda y acumulativa —sin poderse visualizar una posible pronta superación—, el fantasma

¹² La exposición de esta crisis, en nuestro país, la realizamos entre otros libros en el *Tratado de derecho administrativo. Parte general...*, *op. cit.*, t. 2, cap. XIII. En el derecho comparado véase, entre otros, Jean-Louis de Corail, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, LGD, 1954.

¹³ Quien primero expuso la crisis fue Walter Antonioli, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Madsche y Universitätsbuchhandlung, 1954, pp. 288 ss. La desarrollamos en nuestro *Tratado...*, *op. cit.*, t. 2, cap. XII. Una refutación a la crisis, que hemos contestado, en Clovis Beznos, *Poder de policía*, Revista dos Tribunais, San Pablo, 1971.

¹⁴ Lo planteamos en nuestro *Tratado...*, *op. cit.*, t. 1, cap. III, punto 1.

¹⁵ La bibliografía es vasta. Véase, entre otros, Shoshana Zuboff, *In the Age of the Smart Machine. The Future of Work and Power*, Nueva York, Basic Books, 1988.

¹⁶ Sobre algunas de sus particularidades véase Geraldo Ataliba, *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*, Revista do Tribunais, San Pablo, 1973, y nuestro artículo “El contrato de crédito externo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1982, núm. 97, pp. 423-449, reproducido en el libro de la ALDA, *Contratos administrativos*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 187-226.

¹⁷ Lo que nació bajo el rótulo benevolente de *Foreign Aid* —ayuda externa— se transforma así en *Foreign Debt* —deuda externa—. Es algo más que un cambio semántico. Para un análisis de los orígenes, véase Jagdish Bhagwati y Richard S. Eckaus, *Foreign Aid*, Penguin, Bungay, Suffolk, 1970.

constante de la hiperinflación, el desajuste de las cuentas fiscales, desempleo, la quiebra virtual del aparato del Estado.

Los datos de la crisis

Una persistente declinación en el ahorro y la inversión los llevan a finales de la década de 1980 a la mitad del nivel de la década de 1970; el producto bruto *per capita* es en este momento 26% más bajo que en 1974; el ingreso *per capita* cayó a un ritmo de 1.7% anual continuadamente de 1975 a 1986.¹⁸ La deuda externa creció sin pausa desde 1970.¹⁹

Desde 1973, en verdad, el déficit presupuestario se hace crónico en casi todo el mundo, y no pudimos estar ajenos al fenómeno, antes bien contribuimos a él; la ineficiencia del sector público se solventaba con más déficit presupuestario.

La década de 1970-1980 contuvo lo que algunos economistas llamaron "la peor crisis económica del país en este siglo":²⁰ pero la década siguiente habría de ser mucho peor aún. En efecto, 1980-1990 cerró con una inflación de 3.36 millones de veces, y tres años seguidos de profunda recesión, con la imposibilidad material y sistemática del Estado nacional para hacer frente a sus obligaciones legales²¹ o contractuales de financiamiento.

La crisis del endeudamiento externo se acelera desde 1978,²² y con la crisis del sistema financiero a partir de 1980,²³ se transforma además deuda pri-

¹⁸ Rudiger Dornbusch y Juan Carlos de Pablo, *Deuda externa e inestabilidad macroeconómica en la Argentina*, Buenos Aires, Sudamericana, 1988, p. 11.

¹⁹ Dornbusch y De Pablo, *Deuda externa...*, *op. cit.*, pp. 45 ss. Al comienzo los bancos prestaban, aun sólo para financiar los préstamos viejos, sin inconvenientes.

²⁰ *The Economist*, "Argentina: a Survey", 26 de enero de 1980, pp. 11 ss., 19 ss.

²¹ Por ejemplo las que emergen de la ley 19.597 para ciertos productos estacionales. Las palabras de uno de los empresarios afectados al entrar en quiebra (uno más entre varios) fue "que la crisis actual... no es ni la más larga, ni la más profunda, ni la más grave: es la crisis terminal de la actividad" (Jorge de Prat Gay, *La Gaceta*, 13 de diciembre de 1990). Algo similar puede decirse del Estado a finales de la década de los ochenta cuando ya no puede prestar ni siquiera los servicios que Adam Smith preconizaba.

²² Por ejemplo con lo que resultó una desastrosa política de avales estatales a inversiones privadas de riesgo en obra pública: Domingo Cavallo, *Economía en tiempo de crisis*, Buenos Aires, Sudamericana, 1989, pp. 20 ss., p. 208. Algunos autores remontan el aumento constante de la deuda externa más atrás, otros lo hacen nacer en 1980: Dornbusch y De Pablo, *Deuda externa...*, *op. cit.*, p. 68. En todo caso, el colapso del programa de Martínez de Hoz es público en marzo de 1981: *op. cit.*, p. 64.

²³ Dornbusch y De Pablo, *Deuda externa...*, *op. cit.*, pp. 65 y 66. Se produjeron quiebras y múltiples intervenciones y liquidaciones por el Banco Central de la República Argentina,

vada en deuda pública externa;²⁴ ello, más el múltiple costo de una guerra,²⁵ lleva a una deuda externa en crisis terminal desde 1982.²⁶ A esta crisis de 1980-1982 se respondió todavía —al margen de algunos gigantescos errores— con las clásicas medidas de intervencionismo y endeudamiento o fomento; se palió lo inmediato y se agravó el fondo.²⁷

El Estado había crecido a impulso de la doctrina económica que veía en él la salida a la crisis de los años treinta.²⁸ Pero en estos sesenta años creció más de lo manejable,²⁹ y ya no puede proveer ni siquiera lo mínimo que debía hacer para los más liberales desde Adam Smith en adelante: seguridad, policía, justicia. La realidad del Estado de las últimas décadas lo aproxima, por inoperancia, al ideal anarquista³⁰ de la inexistencia o la disolu-

ratificadas o autorizadas por los decretos-leyes 22.267/80 y 22.229/80, que llevaron a mayor endeudamiento del Estado para enjugar las pérdidas del sistema, por ejemplo el decreto-ley 22.510/81; todo ello sumado a numerosas y cambiantes resoluciones del BCRA. Para una descripción de este *plateau* 1980-1982 de la crisis previa, véase Horacio Tomás Liendo, *Emergencia nacional y derecho administrativo*, Buenos Aires, Centro de Estudios Unión para la Nueva Mayoría, 1990, pp. 142-149.

²⁴ Liendo, *Emergencia nacional...*, *op. cit.*, pp. 148-149.

²⁵ La vinculación de la guerra con la crisis que se desata o acelera en la deuda externa es explicada en Cristina Noemí Berz, Estela Diana Sosa y Luis Adrián Gallardo, *Deuda externa: optimización de recursos*, Buenos Aires, Tesis, 1990, pp. 17 ss. El efecto no se altera porque conforme al derecho internacional no se había tratado de una guerra *stricto sensu*: Alberto Luis Zuppi, *Die bewaffnete Auseinandersetzung zwischen dem Vereinigten Königreich und Argentinien im Südatlantik aus völkerrechtlicher Sicht*, Berlín, Carl Heymanns, 1990, p. 190.

²⁶ Berz, Sosa y Gallardo, *Deuda externa...*, *op. cit.*, pp. XX, 18 ss., 176 ss. Al propio tiempo influye en el mundo la crisis mexicana: Dornbusch y De Pablo, *Deuda externa...*, *op. cit.*, p. 64. La deuda externa pública y privada argentina aumentó 26 mil millones de dólares entre finales de 1980 y finales de 1983, y la parte pública de ella pasó de 52% a 71.8%: Dornbusch y De Pablo, *Deuda externa...*, *op. cit.*, p. 65.

²⁷ Hay en esto una importante dispersión semántica, pues es común llamar “liberales” a distintas políticas económicas tan sólo menos intervencionistas que otras, por ejemplo Aldo Ferrer, “El retorno del liberalismo: reflexiones sobre la política económica vigente en la Argentina”, *Desarrollo económico*, 1979, vol. 18, núm. 72; *La economía argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1980; *Crisis y alternativas de la política económica argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1977. Sin embargo, Ferrer reconoce que las políticas llamadas liberales han mantenido intacta una estructura sobredimensionada del Estado, con instrumentos de raíz keynesiana: J. M. Keynes, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, 6a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 137-138. Comparese Liendo, *Emergencia nacional...*, *op. cit.*, p. 145.

²⁸ J. M. Keynes, *Teoría general...*, *op. cit.*

²⁹ Desde luego, ésta es una verdad de Perogrullo. Véase Horacio Boneo y otros, *Privatización: del dicho al hecho*, Buenos Aires, El Cronista Comercial, 1985, pp. 31 y 49; William P. Glade, en el mismo libro, p. 251.

³⁰ Algo que avizoró Roulet cuando advertía contra “Esta especie de neoanarquistas de de-

ción.³¹ Del total lo más gravoso son las empresas públicas, y ello lleva a “la necesidad imperiosa de liberar al tesoro de déficits crecientes producidos por las empresas no redituables”.³²

Quebró el sistema, empírica y teóricamente, por sobreexpandirse no más allá de lo imaginable como aspiración de justicia social, pero sí más allá de lo posible como gasto público eficaz.³³ La vieja pregunta acerca de si hay poco o demasiado Estado,³⁴ de pronto se contesta: demasiado.

APERTURA DE LA ECONOMÍA

Así como la receta tradicional para el desarrollo económico argentino fue la protección a la industria nacional y la barrera arancelaria cuando no la lisa y llana exhibición de la importación, la nueva realidad mundial indica que este camino no es aceptado por las naciones frente a las cuales registramos el endeudamiento sistemático conocido.

Agréguese a ello la observación de que los países a los cuales alguna vez pudimos compararnos en términos macroeconómicos, nos dejaron muy atrás empleando políticas económicas diversas a la nuestra, y se concluye fácilmente que en esta encrucijada debía resultar sensato ensayar la fórmula de la apertura a la competencia internacional.

La ley 23.697 se inclina en esta dirección, a título de ejemplo, cuando establece la igualdad de tratamiento del capital extranjero y nacional en materia de inversiones extranjeras.³⁵ Pero esta orientación y este tipo de mecanismos,

recha, no quieren un control social ni reglas de juego”, quien también preconizaba un Estado “flaco y fuerte”, trayendo a la mente la tesis actual de la empresa privada: *lean, mean and hungry*. Véase Jorge Esteban Roulet, *El Estado necesario*, Buenos Aires, Centro de Participación Política, 1987, pp. 20 y 22.

³¹ O, como también vaticinó un catedrático de teoría del Estado, a la desaparición de la noción moderna de Estado. Véase Ataliba Nogueira, *O perecimento do Estado*, Revista dos Tribunais, San Pablo, 1971, quien aclara que desde luego no se trata de la anarquía, porque subsiste la sociedad política, el derecho y la autoridad: es la forma de organización la que varía, pp. 19 ss., y *O estado e meio e não fin*, 3a. ed., San Pablo, Saraiva, 1955, y las modificaciones de sus *Lições de teoria geral do Estado*, *op. cit.*

³² William P. Glade, en el libro de Boneo y otros, *Privatización...*, *op. cit.*, p. 253.

³³ “Bajo el peso de una competencia que comprende todo, el Estado sucumbe por su incompetencia para hacer todo. Cumple mal su tarea, cuando la cumple”: Ataliba Nogueira, *O perecimento do Estado*, *op. cit.*, página 20.

³⁴ Ernst Forsthooff, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, Kohlhammer, 1953, pp. 63 ss.

³⁵ Artículo 15, segunda parte, que a nuestro juicio deroga virtualmente toda esta compleja legislación. Para una exposición completa de dicho sistema, véase Guillermo Cabanellas, *Derecho de las inversiones extranjeras*, 2a. ed., Buenos Aires, Heliasta, 1982; José Roberto Dro-

un Banco Central Europeo o EUROFED en el cual la soberanía nacional sobre la moneda se transfiera *íntegramente* a una institución supranacional *independiente*, tanto de los órganos políticos de la comunidad como de los países miembros, que sólo nombran un director cada uno en la junta de gobernadores.

La línea directriz es la estabilidad de la moneda, de modo que los gobiernos no tengan posibilidad institucional de manipular la política monetaria: los gobiernos han advertido que este autocercenamiento de potestades en favor de criterios comunes establecidos supranacionalmente constituye la mejor defensa práctica contra las siempre constantes presiones internas sobre la política monetaria, crediticia y presupuestaria. El Banco Central Europeo o EUROFED es así un instrumento que ayuda a los propios gobernantes a cumplir las metas que hoy en día saben que es indispensable llevar a cabo.

¿Será ésta también la lógica y la dirección de nuestro gobierno? Por de pronto, es obvio que falta por ahora el impulso de la integración —a este efecto bancario supranacional— aunque ya está en el horizonte. Sería un verdadero progreso que antes de la inercia supranacional, el gobierno pueda poner en marcha la independencia de un organismo federal regulador del crédito y del circulante que no pueda financiar el déficit presupuestario nacional.

El artículo 3o. de la ley 23.697 crea una comisión para elaborar un proyecto de ley que establezca una nueva carta orgánica del Banco Central de la República Argentina que siga los principios enunciados: independencia y preservación del valor de la moneda (inciso a), no financiar el déficit presupuestario nacional o provincial más allá del límite que establezca su carta orgánica (inciso b); también se prevé la creación de entes autónomos independientes para garantía de los depósitos (inciso c) y liquidación de entidades financieras (inciso d).

Surge del artículo 3o. que esto será materia de ley formal. Además de esta determinación implícita de que estamos, aun en la emergencia, dentro del marco de competencia estricto del Congreso de la Nación, parecería que no existe al presente otra forma sensata de hacerlo que por ley formal.

Sin embargo, el conjunto de reformas que estamos explicando es tan fuerte y responde de tal modo a las concepciones de la hora en el mundo, en cuanto al fondo de las medidas, que no puede postularse una excesiva seguridad de que también esta idea no haya de avanzar en sede administrativa más de lo previsto o previsible en este momento.

Pero también lo integra un severo ajuste fiscal a los particulares, que por su naturaleza es necesariamente obligatorio. Este ajuste fiscal se traduce, por una parte, en una reforma del sistema impositivo, que más adelante indicamos, más la suspensión de determinadas protecciones o promociones estatales. A ello hay que agregar, por otra, una serie de medidas compulsivas sobre el patrimonio de los particulares, que presentan ora características de empréstitos públicos forzosos, ora de tributaciones extraordinarias en virtud o en ocasión de la emergencia, ora de mutación a través del tiempo de medidas anteriores: empréstitos forzosos previos que ahora devienen tributos por licuefacción. Sin duda será necesario el beneficio del tiempo y de los sucesivos pronunciamientos legislativos y jurisdiccionales en la materia para tener una visión aproximadamente correcta del encuadre jurídico de estas medidas. En una primera aproximación, se advierte el accionar gubernamental en el máximo grado observable de utilización de la emergencia en este periodo 1989-1990, unida a cierta visión poético-justiciera de la historia reciente.

En efecto, la situación de crónico endeudamiento externo, con virtual paralización de los pagos por capital o intereses, no estaba acompañada de una pareja falta de pago de la deuda interna. Así se le había señalado al país en alguna oportunidad, apuntando al puntual pago realizado de los bonos externos, de los cuales sus principales tenedores son ciudadanos de este mismo país. Por eso se ha podido afirmar: "Es correcto decir que los Bonex son títulos de deuda externa. Sin embargo hay una diferencia fundamental de los que tradicionalmente se llaman títulos de la deuda externa,... y es que los Bonex siempre fueron pagados."³⁷

Esto constituía además una paradoja ya que a todas las diferencias económicas y financieras entre deuda externa e interna³⁸ no se sumaba la diferencia jurídica conforme a la cual la externa se rige por el derecho privado y la interna puede regirse por el derecho público:³⁹ el poder del Estado, aplicable en lo interno pero no en lo externo, daba en la práctica resultados opuestos.

³⁷ Anibal Ricardo Rivas y Gerardo Miguel Bartolomé, *Cómo invertir en Bonex*, Buenos Aires, Tesis, 1990, p. 8; en igual sentido, pp. 64, 74 y otras. Por eso en julio de 1990 "los demás títulos de la deuda externa... no superaban el 15% y los Bonex cotizaban a más del 60%" (p. 9).

³⁸ Véase por ejemplo J. M. Buchanan, "Internal and External Borrowing", R. W. Houghton, *Public Finances*, Londres, Penguin, 1971, pp. 338 ss.

³⁹ Nuestro artículo "El contrato de crédito externo", citado, y Geraldo Ataliba, *Empréstitos públicos e seu regime jurídico*, op. cit.

El precedente

El 27 de julio y el 18 de agosto de 1989 se dictaron los decretos 377 y 570 en materia de deuda pública interna, en plena emergencia económica pero antes de la sanción de estas leyes. El artículo 38 de la ley 23.697 les da fuerza de ley. El camino estaba marcado.

Nacionalización de depósitos bancarios

Sea por una toma de conciencia del postulado ético implicado en el diverso tratamiento de la deuda externa e interna, o por la imposibilidad también de pagar esa deuda externa-interna, y ayudado por la crisis del sistema normativo, luego de la ratificación legislativa de los decretos 377-89 y 570-89, a comienzos de 1990 se transforman por el decreto 36/90 los plazos fijados en la banca nacional en una serie más de los bonos externos,⁴⁰ que ni siquiera se llegó a emitir prontamente, y que en todo caso cotizaba a mediados de año a 60%, habiéndose dispuesto su entrega a valor nominal. Hay, en lo inmediato, una confiscación de 40%; pero debe tenerse presente que la inflación rondaba los tres dígitos mensuales y algunas de las colocaciones financieras afectadas el largo fin de semana de finales de 1989, estaban en el borde de los cuatro dígitos mensuales.

El efecto inmediato fue una importante retirada de circulante, con un corte total en la cadena de pagos; se dio así aquello que Alberdi llamara el empobrecimiento repentino de la sociedad, como característica primera de una crisis que abarca “no sólo al comercio, sino a la sociedad entera”.⁴¹

Producida con éxito material esta transformación en deuda pública interna de los activos privados existentes como depósitos bancarios a plazo fijo a finales de 1989, y reconocida incluso por el ámbito empresarial la eficacia macroeconómica de la medida, estaban dadas las circunstancias para profundizar la línea así iniciada.

⁴⁰ Decreto 36/90, que la Cámara Contencioso Administrativa declara inaplicable, por inconstitucional, a un supuesto de pequeño depositante *in re Peralta*, fallo que la Corte revocara en diciembre de 1990. El primer fallo fue publicado en *El Derecho* del 31 de mayo de 1990, con nota de Bidart Campos.

⁴¹ Juan Bautista Alberdi, *Escritos póstumos*, t. I, Buenos Aires, 1895, pp. 20, 21 y 185. Véase Julio H. G. Olivera, “La teoría alberdiana de las crisis”, *Economía clásica actual*, Buenos Aires, Macchi, 1977, p. 56.

Consolidación de la deuda interna a contratistas

El decreto 1757/90, capítulo VII, artículos 85 a 95, transforma toda la acreencia de los contratistas del Estado⁴² por cualquier vínculo jurídico en un nuevo empréstito forzoso, a diez años de plazo, con títulos que no se cotizarán en bolsa. Este empréstito público forzoso tiene caracteres tributarios no sólo por su propia naturaleza⁴³ coactiva y unilateral, sino también porque no traslada al título de crédito la exacta acreencia de los contratistas, sino una versión de ella.

Como se advierte, este capítulo constituye una intervención unilateral en los contratos celebrados con particulares, una limitación al derecho de propiedad en términos absolutos, y también una privación de la disposición de tales créditos por el plazo del empréstito obligatorio. El empréstito público forzoso creado por la ley es una institución conocida del derecho público; el empréstito creado por decreto, no. En el primer caso se dice que su fuente inmediata es la ley y no la voluntad de las partes.⁴⁴ Otros señalan que en verdad es una manifestación del poder tributario del Estado antes que una operación crediticia,⁴⁵ lo que en todo caso reafirma la necesidad de ley.

No es el caso en cambio preguntarse acerca del resultado previsible de la decisión judicial en la materia, al menos dentro del plazo de diez años de vigencia de este empréstito forzoso. Por de pronto, es de imaginar que no habrá pronunciamiento definitivo de la Corte Suprema en la materia, mientras haya posibilidad de que la totalidad del crédito se vuelva otra vez inmediatamente exigible.⁴⁶

Lo que expresamos acerca de las posibilidades materiales de resolución jurisdiccional no implica un juicio de valor favorable a este tipo de empréstito, no sólo por su cuestionable origen reglamentario en vez de legal, sino incluso aunque se lo ratifique por ley. Más aún, pensamos que la historia legislativa y jurisprudencial apenas se inicia: la elección de la frase "deuda

⁴² El artículo 92, referido a qué entes estatales estaban comprendidos, fue ampliado por el decreto 1.930/90.

⁴³ Véase las referencias de la nota siguiente.

⁴⁴ Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, t. II, Buenos Aires, 1970, pp. 989 ss., y nuestro artículo "El contrato de crédito interno", *Revista de Administración Pública*, núm. 97, Madrid, 1982, pp. 423-449, reproducido en AADA, *Contratos Administrativos*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 187 ss.

⁴⁵ Geraldo Ataliba, *Empréstitos públicos e seu regime jurídico*, San Pablo, 1973, pp. 68 y 59; Maurice Duverger, *Hacienda pública*, Barcelona, 1968, pp. 113-114, y otras.

⁴⁶ Ya hemos explicado la política temporal del control jurisdiccional de la administración en *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, cap. II, pp. 57-59.

consolidada” coincide con el mismo nombre que recibió antiguamente la deuda también llamada “perpetua e irredimible”, “irrepetible” del Estado.⁴⁷

Transformación de empréstito en impuesto

En este mismo año de 1990, el gobierno nacional adopta otra decisión en la materia que estaba públicamente escrita en la pared. El ahorro obligatorio, que por ley del Congreso de la Nación se había impuesto hace pocos años para ser devuelto por el Estado, acaba de ser oficialmente licuado: no existe ya virtualmente más crédito contra el Estado por el ahorro forzoso.

Es evidente que nadie se sorprendió de la medida, y no se han levantado voces para criticarla, pues más importantes son obviamente los dos empréstitos forzosos de este año calendario, de igualmente dudosa devolución.

EL AJUSTE FISCAL

La necesidad de intentar controlar la inflación y no emitir lleva a la necesidad del ajuste fiscal y también al ajuste de las cuentas públicas. La escasez de recursos presupuestarios se torna así en una variante permanente y normal en la administración nacional de las últimas décadas de este siglo.

Esto tiene previsible efectos en todas las actividades que desarrolla el Estado: se resienten los servicios sociales atendidos por el Estado, las empresas públicas, las inversiones públicas, los órganos de control de las leyes reguladoras de la economía. Es, en definitiva, una situación de incapacidad presupuestaria masiva del Estado que produce también el efecto circular de agudizar la necesidad de reestructurar, privatizar o disolver el órgano o la actividad de que se trate, como lo postulan los artículos 11 y 14 *in fine* del decreto 2476/90.

La suspensión de regímenes promocionales

Dentro de la tónica del ajuste fiscal de la ley 23.697 establece en sus artículos 1o., 4o. y concordantes, la suspensión de los regímenes promocionales insti-

⁴⁷ Por ejemplo Lorenzo Meucci, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Turin, Fratelli Bocca, 1892, pp. 514 ss. Se remonta su origen al siglo XII en Venecia, su “progreso” a Inglaterra en el siglo XVIII y su “perfeccionamiento” al “Gran Libro” de la deuda pública francesa inspirada por Cambon, “una verdaderamente nueva y gran institución”: Meucci, *Istituzioni...*, *op. cit.*

tuidos durante mucho tiempo para zonas determinadas del país que se querían promocionar. El mecanismo legal es declarar en situación de emergencia a todos los regímenes promocionales (artículos 1o. y 4o.) y luego suspender un porcentaje de los beneficios promocionales (artículo 5o.) por un tiempo determinado (artículo 8o.).

Un enfoque jurídico tradicional lleva de manera directa a la inadmisibilidad de que la misma administración altere o de otro modo lesione retroactivamente los derechos adquiridos al amparo de regímenes que tienen naturaleza cuasicontractual o al menos bilateral, generadores de derechos y obligaciones recíprocas del Estado y el inversor.⁴⁸

Existe un importante precedente que responsabiliza al Estado por daños y perjuicios ocasionados al inversor por la modificación incausada e intempestiva de este tipo de regímenes promocionales.⁴⁹

Ley, reglamento o acto administrativo

Pero debe atenderse, en este caso, a diversas particularidades propias del caso: en primer lugar, la suspensión del régimen promocional se realiza aquí por ley, no por simple acto administrativo. En el supuesto de la prórroga de la suspensión por reglamento de necesidad y urgencia, estamos en la misma situación que antes analizábamos: justificada como está la situación de emergencia, el reglamento pasa a tener un rango en algún modo equivalente, en el corto plazo, a la ley formal.

Si el reglamento resulta ratificado legislativamente, la cuestión revierte de nuevo; así la ley puede o no modificar este tipo de regímenes. Distinto es determinar si los particulares lanzados por los efectos de estas medidas tienen derecho a obtener del Estado el resarcimiento de daños y perjuicios por responsabilidad legislativa.

Existen precedentes en todo el mundo y también en nuestro país que reconocen tal derecho a indemnización, incluso por el ejercicio de los poderes de guerra, si había en la especie enriquecimiento sin causa del Estado;⁵⁰ desde

⁴⁸ Para una exposición de las distintas teorías en el derecho argentino nos remitimos a Dora Paula Winkler, *Régimen de promoción económica industrial*, Buenos Aires, Depalma, 1983, pp. 35 ss.; una exposición general también en Dromi, *Derecho administrativo...*, op. cit., t. 2, pp. 166-201.

⁴⁹ En el caso *Metalmecánica S.A.C.I. c/Gobierno de la Nación s/nulidad de resolución e indemnización*, 23 de diciembre de 1976.

⁵⁰ Nos remitimos a nuestro *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Macchi, 1976, reimp. 1990, cap. XX y sus remisiones.

luego, también existen precedentes que niegan tal responsabilidad por acto legislativo cuando se modifica, por ejemplo, una ley tributaria.⁵¹ En este segundo aspecto puede resultar aplicable lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de impuestos, ya que de impuestos estamos tratando en los regímenes de promoción industrial: “el ejercicio de un poder legal, como es el de crear impuestos, o modificar los anteriores (en el caso práctico) puede ciertamente producir perjuicios en el patrimonio de los particulares, sin que tal circunstancia sea óbice contra su legitimidad, so pena de detener la actividad gubernamental, en consideración de una garantía, la de propiedad privada, que no puede interceptarse con semejante extensión”.⁵²

Pensamos que difícilmente podría generalizarse la posible conclusión de que habría en la especie responsabilidad por acto legislativo.

Régimen penal tributario

La incorporación de un régimen penal tributario, con penas privativas de la libertad, es una innovación de este régimen legal que seguramente cambiará para siempre el esquema preexistente de relaciones entre los ciudadanos y el Estado.

DESREGULACIÓN, DESMONOPOLIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN

Antecedentes

Que la indispensable reacción frente a la crisis debía pasar por la trilogía de la desregulación, desmonopolización y privatización no era total novedad en la política argentina,⁵³ y estos principios también requieren instrumentación a través de medidas de política administrativa.

Ya el decreto 1842/87, muy recortado en su versión final respecto al proyecto originario,⁵⁴ y muy demorado en su sanción, estaba inspirado en estas ideas y contenía el sistema de la iniciativa privada para proyectos, que luego recogiera la ley 23.696. Sin embargo, una redacción y decisión poco firmes

⁵¹ Véase la remisión de la nota anterior.

⁵² Caso *Gratry*, año 1938, *Fallos*, t. 180, p. 107.

⁵³ La reinstauración democrática trajo algunos aires de liberación y desregulación en diversas materias, por ejemplo la ley 23.052 y el decreto 828/84, que disuelve el Ente de Calificación Cinematográfico, creado por el decreto-ley 18.019.

⁵⁴ Para los antecedentes, véase “Desmonopolización”, en la revista *Dinero*, año 1, núm. 4, septiembre de 1988.

dieron lugar a una reducida aunque no despreciable aplicación.⁵⁵ También se invocaban en él, bueno es recordarlo, las mismas facultades de reglamentación presidencial por necesidad y urgencia que luego habría de recordar el siguiente Poder Ejecutivo.

Existió del mismo modo en el gobierno anterior al actual un proyecto de decreto por el cual la obra pública se traspasaba de la figura del contrato de obra pública —financiado con fondos del tesoro de la nación— a la figura de la concesión de obra pública —financiada por el concesionario o el usuario.⁵⁶ Había sido igualmente lanzada la idea de la privatización.

Formulación actual

Sin embargo, la percepción de la realidad y profundidad de la crisis no era todavía lo suficientemente fuerte. Se trataba de ideas cuyo destino debía finalmente llegar, pero algún tiempo después. Fue lo que ocurrió con la ley 23.696 y el resto del plexo normativo comentado.

Pasa con estas medidas lo mismo que con el ajuste fiscal o la apertura de las importaciones; los gremios estatales⁵⁷ suelen temer que el efecto inmediato les sea perjudicial al reducir el empleo público.⁵⁸ Por eso es evidente que la única posibilidad política en nuestro país sea precisamente un gobierno que en lo político está entroncado con el movimiento obrero el que lleve a la práctica estas medidas. También ayuda en este sentido que en toda privatización se haya dado un porcentaje de las acciones a los obreros y empleados de la empresa.⁵⁹

La formulación de la trilogía “desregulación, desmonopolización, privatización” ha sido no sólo receptada por la actual reforma, sino también ampliada y profundizada. Por de pronto, el artículo 10 de la ley 23.696 faculta al Poder Ejecutivo a disponer “la exclusión de todos los privilegios y/o cláusulas monopólicas y/o prohibiciones discriminatorias aun cuando derivasen de

⁵⁵ Nació a su amparo, en libertad de mercado, la telefonía móvil.

⁵⁶ *El Cronista Comercial*, 7 de abril de 1988.

⁵⁷ Parecida situación se dio en Inglaterra a través del Partido Laborista: Croisset, Prot. de Rosen, *Denationalisations. Les leçons de l'étranger*, Paris, Economica, 1986, p. 89. Esta posición se debilitó con el accionariado generalizado de las empresas privatizadas.

⁵⁸ Y porque prefieren al gobierno como empleador e interlocutor en las negociaciones laborales. Sobre esto último, véase Boneo, *Privatización...*, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁹ Esta es la forma que adoptó el llamado régimen de “sociedad participada” que instituyó la ley 23.696, siguiendo el exitoso ejemplo inglés, que también relatan David Steel y David Heald en Boneo y otros, *Privatización...*, *op. cit.*, p. 117.

normas legales, cuyo mantenimiento obste a los objetivos de la privatización o que impida la desmonopolización o desregulación del respectivo servicio”.

De este modo, en lugar de derogar directamente el Congreso todas las normas legales que pudieran contener previsiones monopólicas en favor de entidades u organismos estatales, se efectúa una delegación al Poder Ejecutivo, sobre la base de un principio general de “privatización/desmonopolización/desregulación” para dictar las normas que puntualmente operen la derogación.

El procedimiento tiene posiblemente su origen en el grado de incertidumbre que suele existir en el sector público argentino sobre el origen normativo real de las posiciones monopólicas *de iure* que siempre se han invocado. De todos modos, dado que el principio legal está expresado con absoluta claridad en la ley, no vemos óbice de índole constitucional a que se faculte al Poder Ejecutivo a individualizar los cuerpos legales o reglamentarios que se opondan al señalado principio y declararlos derogados.⁶⁰ Obviamente, una vez producida la derogación de una norma legislativa por este procedimiento, dicha norma no renacerá al cesar la emergencia.

El Poder Ejecutivo ha dictado diferentes normas reglamentarias aplicando la facultad del artículo 10 de la ley 23.696, y a veces formula más explícitamente aun el principio que orienta el nuevo orden económico. Tal como lo expresa, por ejemplo, el artículo 14 *in fine* del decreto 2476/90, se procurará suprimir los organismos “cuyos cometidos no se compadezcan con las políticas de privatización, desregulación, descentralización, desburocratización⁶¹ y libertad de mercados”. En el caso de la disolución, que contempla el artículo 11, se produce sea la liberación de un mercado previamente regulado, sea la posibilidad de expansión del sector privado ante el retiro progresivo del sector público.⁶² En cualquier caso, nos parece que la desregulación no ha de entenderse como ausencia de toda norma, sino morigeración o liberación de las normas existentes.

⁶⁰ Analiza el tema Eduardo Ortiz, “La potestad reglamentaria en Costa Rica. Régimen actual y perspectivas”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 16, San José Costa Rica, 1970, pp. 125 ss., p. 155. No es, por lo expuesto, una delegación “en blanco” ni de “plenos poderes”. Sobre el tema, véase Constantino Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. II, 7a. ed., Pádua, CEDAM, 1967, pp. 579 ss., y sus referencias y remisiones.

⁶¹ Principio éste de antigua data, como que ya lo postulaba Fritz Fleiner, *Instituciones de derecho administrativo*, trad. de la 8a. ed. alemana, Barcelona, Labor, 1933, p. 100.

⁶² Jorge Marshall, en Boneo y otros, *Privatización...*, *op. cit.*, p. 151.

La desmonopolización y desregulación petroleras

La legislación de hidrocarburos establece la propiedad en manos del Estado y la explotación a cargo de YPF, pero la ley 23.696 incluye expresamente a esta sociedad del Estado dentro de aquellos entes estatales a ser privatizados por "concesión, asociación y/o contratos de locación en áreas de exploración y explotación". En función de estas normas legales, el Poder Ejecutivo dicta dos llamados "Decretos Plan", el 1055/89 y el 1212/89.

El primero establece entre otras cosas el principio de que "Los hidrocarburos provenientes de concesiones regidas por el Código de Minería de la Nación serán de libre disponibilidad plena" (artículo 14), incluyendo la comercialización interna y externa (artículo 15, inciso a). El segundo decreto establece como objetivo la "desregulación" del sector hidrocarburos, con reglas "que privilegian los mecanismos de mercado" (artículo 1o.) y "una franca y leal competencia en igualdad de condiciones para todas las empresas que actúan en el sector, estatales y privadas" (artículo 2o., primer párrafo), procurando para YPF "su eficiencia y competitividad en igualdad con las empresas privadas" (artículo 2o., tercer párrafo *in fine*). Establece también la libre importación y exportación (artículo 6o., segundo párrafo), y liberación de los precios del petróleo y sus derivados en todas sus etapas (artículo 9o.).

Ya señalamos anteriormente que el fundamento normativo de esta modificación a la legislación anterior se encuentra específicamente en el artículo 10o. de la ley 23.696, y entendemos que no es pasible de objeción constitucional, en el contexto que estamos explicando en este trabajo.

La profundidad de la reforma es grande, y luego de dos o tres intentos en las últimas décadas de abrir la explotación del petróleo a las empresas privadas, es posible que ésta perdure, por cuanto se realiza, como estamos viendo, en un contexto de similar coherencia, acompañado de otras medidas análogas, con base legal suficiente y en función de una situación de hecho que ya hemos analizado.

A partir de enero de 1991 los precios internos seguirán la evolución de los precios internacionales, y tal vez YPF pueda en competencia cambiar el raro privilegio de haber sido siempre la única empresa petrolera del mundo que arroja sistemáticamente pérdidas.

La privatización de los teléfonos

El decreto 731/90 establece un régimen de licencia para la privatización de la empresa nacional de teléfonos, con una desregulación parcial (artículo 5o.) y un régimen "de competencia abierta, sin exclusividad ni división en regio-

nes” para los servicios de información, procesamiento de datos, telefonía móvil y todo otro servicio no considerado básico en el pliego del llamado (artículo 27).

No se otorga entonces una concesión y se revierte a una figura análoga al permiso del sistema telefónico argentino previo a la nacionalización.⁶³ También en su momento se habló de autorización,⁶⁴ prevaleciendo la opinión de que no se estaba ante una concesión *stricto sensu*.⁶⁵

La situación es igual hoy en día a partir del quinto año, pues los artículos 10 y 11 del mismo decreto establecen que la exclusividad de los servicios básicos tendrá un tiempo máximo de cinco años, pasado el cual “quedará en régimen de competencia abierta sin límite de tiempo y en las mismas condiciones del llamado inicial... cualquier interesado podrá solicitar licencia... en competencia con la o las licenciatarias que presten servicio en ese momento”.

Entre los problemas de implementación que han sido apuntados por la opinión pública, uno es que el Estado ha trasladado una importante carga tributaria a la tarifa telefónica, con lo cual el uso telefónico será, se dice, uno de los más caros del mundo. Es éste uno de los problemas para seguir analizando en el futuro.

La privatización del transporte aéreo

En el gobierno anterior se privatizó una de las empresas aéreas que estaba en manos del Estado,⁶⁶ y se alentó el funcionamiento de otras líneas aéreas privadas pequeñas, pero no se tuvo éxito en privatizar la principal empresa estatal.⁶⁷ La posterior privatización de la principal empresa estatal de aeronavegación, sin embargo, no se realizó en un contexto de desregulación y competencia.

Es que, tal vez, no hubieran existido interesados en la adquisición por montos que se compadecieran con los estimados oficialmente, si no se hubiera mantenido el privilegio de un mercado cautivo con tarifas altas fijadas por el Estado. Prevalció, en este caso como en otros, la incorporación de al-

⁶³ Al respecto, véase Manuel María Diez, *Servicio público de los teléfonos*, Buenos Aires, Abeledo, 1942, pp. 100 ss.

⁶⁴ Ley 750 1/2, art. 12.

⁶⁵ Julio A. Decoud, *Legislación telefónica argentina*, Buenos Aires, Ed. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1944, pp. 42-45 y sus referencias.

⁶⁶ Austral, que había llegado a manos del Estado a partir de la falencia de la empresa y las acreencias de aquél.

⁶⁷ Sobre este intento, véase *Informe Terragno. El acuerdo con SAS. Inicio de una revolución en las empresas del Estado*, Buenos Aires, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1988.

gunos recursos a las arcas públicas y reducción de la deuda pública por sobre el principio de la libertad del mercado. Las tarifas internas, en consecuencia, son por ahora más altas que las externas.

La privatización de la radiodifusión

La privatización de las emisoras en manos del Estado se realizó conforme al decreto 830/89, que establecía que se adjudicarían las “licencias”, lo cual implica un importante cambio de criterio respecto de las habituales “concesiones” en materia de propiedad de los bienes afectados a la prestación, y no reversión de ellos al Estado al fin de la licencia. Se vuelve en este punto al régimen clásico.⁶⁸

Si bien los servicios privatizados no presentan un nivel cultural diferente del que tenían cuando estaban en manos del Estado, es una importante medida de democratización haber desmantelado parte del aparato de información y propaganda oficial preexistentes.⁶⁹ Otra importante ventaja de la privatización es que el permisionario logra hacer rentable una actividad que en manos del Estado era deficitaria, sin ninguna ventaja o virtud que compensara esa pérdida económica para la sociedad.

Observaciones comunes

Se advierte de lo expuesto que uno de los problemas comunes a estas privatizaciones, con excepción de la radiodifusión, es el aumento al menos inicial de la tarifa o los precios. Las mejoras en el servicio se comenzarán a ver en el futuro.

ORGANISMOS REGULADORES

Organismos reguladores en especial

La privatización de servicios anteriormente prestados monopólicamente por el Estado presenta el problema del control y regulación de la actividad a ser

⁶⁸ Véase Manuel María Diez, *Servicio público de la radiodifusión*, Buenos Aires, Abeledo, 1950, pp. 284 ss., quien cita a C. C. Dill, *Radio Law*, Washington, 1938, p. 130.

⁶⁹ Aspecto éste que habíamos destacado anteriormente en más de una oportunidad, por ejemplo en *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, cap. I.

prestada por los particulares, cuando se establece un monopolio privado, que resulte inevitable por la naturaleza de la prestación o por el acto de concesión.⁷⁰

Entendemos que el gobierno analiza en este aspecto la posibilidad de instituir organismos reguladores donde no los haya, o modificar los existentes.⁷¹ Su eventual creación cae también dentro de las atribuciones que se ejercen en el ámbito de esta reforma, aunque cabe preguntarse si la extensión de esta facultad es la misma tratándose de la disolución o transformación de entes reguladores instituidos por ley.

En materia monetaria y bancaria

El Banco Central de la República Argentina tiene actualmente la doble función de banco de bancos y regulador de la política monetaria.⁷² En la práctica tradicional controla el circulante y el crédito y financia el déficit presupuestario nacional y a veces también provincial, todo ello bajo instrucciones de la administración central.

En una política económica como la que se intenta implementar a partir de esta legislación, pareciera de importancia lograr independizar del gobierno central este manejo monetario. Algo similar están haciendo los países europeos en la actualidad a nivel supranacional.⁷³

El Acta Única Europea, además de preceptos sobre la libre circulación de bienes, capitales y personas, etcétera, contiene un epígrafe sobre el sistema monetario europeo, la paridad de las distintas monedas, la virtual desaparición de las monedas nacionales en su concepción tradicional, la creación de

⁷⁰ En este segundo caso, la privatización del servicio telefónico y de transporte aéreo interno.

⁷¹ En la tónica de la reforma, sería adecuado que se tratara de comisiones regulatorias independientes. Al respecto pueden verse los artículos de Cushman y Seidman reproducidos en Waldo Dwight, *Administración pública*, México, Trillas, 1967, pp. 166 ss.; Leonard D. White, *Introducción al estudio de la administración pública*, México, Compañía General de Ediciones, 1964, pp. 188 ss.

⁷² Entre otras funciones, véase Carlos Villegas, *Régimen legal de bancos*, Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 174 ss.; *Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 207 ss., compárese con Esteban Cottely, *Derecho bancario*, t. I, Buenos Aires, Arayú, 1956, pp. 171 ss.

⁷³ Con el punto de partida del trabajo dirigido por el profesor Jean Victor Louis, *Vers un système commun de Banque Centrale Européene*, 1990.

un Banco Central Europeo o EUROFED en el cual la soberanía nacional sobre la moneda se transfiere *íntegramente* a una institución supranacional *independiente*, tanto de los órganos políticos de la comunidad como de los países miembros, que sólo nombran un director cada uno en la junta de gobernadores.

La línea directriz es la estabilidad de la moneda, de modo que los gobiernos no tengan posibilidad institucional de manipular la política monetaria: los gobiernos han advertido que este autocercenamiento de potestades en favor de criterios comunes establecidos supranacionalmente constituye la mejor defensa práctica contra las siempre constantes presiones internas sobre la política monetaria, crediticia y presupuestaria. El Banco Central Europeo o EUROFED es así un instrumento que ayuda a los propios gobernantes a cumplir las metas que hoy en día saben que es indispensable llevar a cabo.

¿Será ésta también la lógica y la dirección de nuestro gobierno? Por de pronto, es obvio que falta por ahora el impulso de la integración —a este efecto bancario supranacional— aunque ya está en el horizonte. Sería un verdadero progreso que antes de la inercia supranacional, el gobierno pueda poner en marcha la independencia de un organismo federal regulador del crédito y del circulante que no pueda financiar el déficit presupuestario nacional.

El artículo 3o. de la ley 23.697 crea una comisión para elaborar un proyecto de ley que establezca una nueva carta orgánica del Banco Central de la República Argentina que siga los principios enunciados: independencia y preservación del valor de la moneda (inciso a), no financiar el déficit presupuestario nacional o provincial más allá del límite que establezca su carta orgánica (inciso b); también se prevé la creación de entes autónomos independientes para garantía de los depósitos (inciso c) y liquidación de entidades financieras (inciso d).

Surge del artículo 3o. que esto será materia de ley formal. Además de esta determinación implícita de que estamos, aun en la emergencia, dentro del marco de competencia estricto del Congreso de la Nación, parecería que no existe al presente otra forma sensata de hacerlo que por ley formal.

Sin embargo, el conjunto de reformas que estamos explicando es tan fuerte y responde de tal modo a las concepciones de la hora en el mundo, en cuanto al fondo de las medidas, que no puede postularse una excesiva seguridad de que también esta idea no haya de avanzar en sede administrativa más de lo previsto o previsible en este momento.

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. LA VIEJA ECUACIÓN
ECONÓMICO-FINANCIERA DEL CONTRATO*El financiamiento estatal de la inversión pública*

La crisis económica y fiscal lleva a que el Estado no puede en la actualidad financiar desde su presupuesto la construcción de todas las obras públicas, como lo hacía en el pasado,⁷⁴ o la realización de las inversiones necesarias para la prestación de los servicios a cargo de las empresas públicas.

En el caso de las obras públicas, hace ya muchos años que el Estado comenzó a tener dificultades para realizar los pagos comprometidos, y el atraso en el pago de los certificados de obra pública es una realidad tan antigua que hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió aclarar en un caso que en el contrato de obra pública el contratista no era el financiador de la obra, sino que debía serlo el Estado como lo establece el propio artículo 1o. de la ley 13.653.⁷⁵ Estado que, como dijimos, materialmente no ha podido hacerlo.

Mayores costos, intereses, indexación

El desfase entre la inversión efectiva en obra y los precios pactados anteriormente, se encaró primero como una cuestión de cálculo de mayores costos, creándose una copiosa normativa a partir de la ley 12.910 de 1946. Se emitían entonces, además de los certificados mensuales de obra pública y certificados de acopio y liquidación final, certificados de mayores costos.⁷⁶

Al comienzo esta cuestión se encaró como una cuestión de intereses moratorios o resarcitorios, con una tasa de interés paralela a la que cobraba el Estado por el crédito oficial que daba para el descuento de tales certificados.

Tardía y quizá imperfectamente, la ecuación económico-financiera de todos modos cerraba.⁷⁷ Con el aceleramiento inflacionario en años posteriores,

⁷⁴ A veces, con la finalidad de combatir el desempleo, como recuerda Harold M. Groves, *Finanzas públicas*, México, Trillas, 1965, pp. 662-669.

⁷⁵ Lo explicamos en nuestro artículo "Obra pública y contrato de obra pública", publicado en la revista *Rassegna dei Lavori Pubblici*, Roma, 1964, pp. 485 ss.; reproducido en AADA, *Contratos administrativos. Régimen de pago y actualización*, t. I, reimp. 1982, Astrea, páginas 43 ss.

⁷⁶ Nos remitimos a nuestro artículo "Mayores costos, imprevisión, indexación", en AADA, *Contratos administrativos. Régimen de pago y actualización*, reimp. 1982, Astrea, pp. 103 ss.

⁷⁷ Nos remitimos a nuestro artículo "Intereses por mora en el pago de los certificados de obra pública", *Jurisprudencia Argentina*, t. III, 1962, pp. 81 ss., reproducido en AADA, *Contratos administrativos. Régimen de pago y actualización*, t. I, reimp., Astrea, 1982, pp. 83 ss.

se debió pasar a la indexación de la deuda del Estado con sus contratistas por los certificados impagos de obra pública.⁷⁸ Pero finalmente ni esto pudo ser suficiente para permitir el funcionamiento material de este sistema.

Inexistencia de crédito público o privado

Por un lado, el crédito oficial a través de la banca estatal en el descuento de los certificados de obra pública se extinguió, como era en definitiva previsible e inevitable. Por otra parte, el posible financiamiento de la banca privada se hizo simultáneamente no sólo escaso sino sobre todo muy caro, como para no tornar rentable este tipo de inversión privada en obras públicas.

En el esquema tradicional del contrato de obra pública el contratista debía tener el respaldo financiero para afrontar la ejecución de la obra en el lapso que va desde el momento de la ejecución o acopio en obra y el momento contractual o legalmente previsto para el pago del certificado.

Exceptio non adimpleti contractus

Cuando los atrasos no sólo fueron excediendo ese tiempo previsto por las partes, sino que se tomaron permanentes y en muchos casos extraordinarios, también hizo quiebra la pretensión de que el contratista no podía paralizar la obra y debía seguir con la ejecución de la misma, no obstante la falta de pago.⁷⁹

El antiguo principio de la inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* al contrato administrativo debió pues ser revisado, y el pronunciamiento de la Corte Suprema en la causa *Sade* es el punto de inflexión final en la materia. En consecuencia de esta realidad se redujo sustancialmente el monto de la inversión estatal en obras públicas, y muchas empresas de obras públicas también quebraron o cerraron sus puertas. En algún caso ya antiguo, el juez de la quiebra imputó la responsabilidad de la falencia al propio Estado que había incumplido sistemática y frontalmente su obligación de pago al contratista de obra pública.

⁷⁸ Con el dictado de las leyes 21.391 y 21.392, que explicamos en nuestro artículo "Mayores costos, imprevisión, indexación", en el libro citado en la nota precedente, pp. 103 ss.

⁷⁹ Miguel Ángel Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 370.

Hiperinflación y desagio

En 1985, ante un amago de hiperinflación, el gobierno cambia la moneda y establece un desagio de las obligaciones dinerarias, incluidas las suyas propias con sus contratistas, creando fórmulas para el ajuste de la variación del costo financiero, índices combinados, etcétera.⁸⁰

El fin del sistema

Este fenómeno se vio también acompañado por la paralización de la inversión en obras privadas. En ambos casos se trata, desde luego, de la clásica caracterización de un país en desarrollo⁸¹ como país carente de capitales. Como dijo hace décadas Hanson, se trata de "la insuficiencia de capital, una característica casi definitiva de países subdesarrollados".⁸² El fenómeno no es para nada reciente, sólo la toma de conciencia de él y sus consecuencias lo son.

El mismo problema se presentó en el caso de las empresas públicas con la creciente obsolescencia de los servicios por la falta de inversión y reinversión en tales empresas.

Esto hace que se deba abandonar en parte la figura del contrato de obra pública como construcción hecha con fondos del tesoro de la nación, y la prestación de servicios por el Estado.

LA NUEVA ECUACIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA DEL CONTRATO

Inexistencia de financiamiento público o privado

Se pasa entonces ahora parcialmente a un sistema en el que el pago de la obra o la realización de la inversión no la efectúa el Estado; entramos así a la apli-

⁸⁰ Nos remitimos a Luis Moisset de Espanés, Jorge Mosset Iturraspe y Carlos Federico Torres, *El desagio*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1985, pp. 205-239.

⁸¹ Según la clásica expresión cortés para decir "subdesarrollado". La cortesía ha avanzado más, ya que no el desarrollo económico, y ahora se prefiere hablar de "países de menor desarrollo económico relativo". Esto refleja en otro ámbito el hecho que, no pudiéndose superar las desigualdades sociales existentes, modernamente por lo menos se evita la discriminación semántica o verbal para dirigirse a las minorías menos favorecidas por la sociedad (otra expresión cortés antigua, ésta proveniente del cuarto plan francés).

⁸² A. H. Hanson, *Public Enterprise and Economic Development*, Londres, 1959, p. 24, que recordamos y ampliamos en nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, pp. 18 ss.

cación de la figura de la concesión de obra pública, y a la privatización de las empresas públicas, según el caso. Sin embargo, la crisis económica y el ajuste no privan sólo en el sector público sino también en el privado. No existen al parecer capitales dispuestos a invertir primero en estas obras y servicios, para recuperar después la inversión del usuario, a través del pago de la tarifa o el peaje.⁸³

Incluso en algunos servicios la ecuación económico-financiera no cierra en plazos de treinta años, por ejemplo, con tarifas que el público pueda pagar: el máximo de tarifa económicamente posible no alcanza para el recobro de la inversión necesaria para la prestación eficiente del servicio.⁸⁴ Lo mismo ocurre hasta el presente con las obras viales.⁸⁵ Tampoco hay capitales dispuestos a una inversión a mucho más largo plazo, como ocurriría con las concesiones ferrocarrileras del siglo pasado, aunque con importantes subsidios.

La realidad económica mundial es otra, y son excepcionales los supuestos en que se pueden reunir los fondos en un consorcio privado como para realizar inversiones a recuperar luego a través del cobro del peaje (el caso del túnel bajo el Canal de la Mancha).

El financiamiento de la obra por el usuario

La virtual inexistencia de capitales en el mercado dispuestos a realizar inversiones importantes en obras y servicios, hasta este momento estatales, para su recobro del usuario, lleva entonces a una modificación sustancial respecto

⁸³ No resulta pues cierto en nuestro país, hasta ahora, que por este sistema "puede valerse de grandes capitales privados que sustituyen temporariamente al Estado en la construcción de obras viales": Juan B. Cincunegui, *El peaje en la legislación argentina*, Rosario, 1968, p. 46. Era éste el sistema clásicamente concebido: Guglielmo Roehrssen, *I sistemi di finanziamento per la costruzione delle opere pubbliche, separata*, Turin, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1964, p. 224; "el sujeto al cual es confiada la ejecución de la obra pública debe anticipar todo el monto necesario para la construcción"; ello no ocurre en nuestro país, pues ni hay capitales privados dispuestos a arriesgar tanto capital, ni bancos dispuestos a respaldarlos con tal financiamiento.

⁸⁴ Es éste generalmente el caso de los ferrocarriles. En tal sentido, véase los datos de Alex Newlands, *The British Railways*, Londres, Longmans, 1936, pp. 19 y 30; José Bernejo Vera, *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)*, Madrid, Tecnos, 1975, pp. 339 ss. Para los problemas financieros del ferrocarril en Estados Unidos, véase Edouard Cointreau, *Privatización. El arte y los métodos*, Madrid, Unión Editorial, 1986, pp. 94 ss. En nuestro país siempre fueron deficitarios en manos del Estado: Rafael Bielsa, *Derecho administrativo y legislación administrativa argentina*, 1a. ed., t. II, Buenos Aires, Lajouane, 1921, pp. 240 ss.

⁸⁵ Desde el clásico ejemplo que relata Diez, *Régimen jurídico de las comunicaciones*, t. I, Buenos Aires, Menéndez, 1936, pp. 29-34.

de la ecuación económico-financiera tradicional. En lugar de invertir primero el concesionario o permisionario y recobrar después del usuario, cobra primero del usuario la tarifa o peaje necesario para crear el flujo de fondos con el cual realizar la inversión prevista.

En el caso de las concesiones de las grandes redes viales esto es perfectamente claro, como que la primera inversión del contratista es en verdad prácticamente la necesaria para poder comenzar el cobro del peaje: casillas de cobro del peaje y obras menores de iluminación y mantenimiento. Es a medida que el ingreso por el peaje se va produciendo, que nace la obligación de ejecutar obras, y éstas a su vez se van distribuyendo a lo largo del plazo de la concesión en función del ingreso que se va recaudando por el cobro del peaje.

Para ahuyentar posibles dudas respecto a la admisibilidad de este sistema de financiamiento de las obras públicas,⁸⁶ la ley 23.696 introduce una modificación a la ley de concesión de obras públicas 17.250, agregando como párrafo segundo del artículo 1o. lo siguiente: "Se aclara que podrán otorgarse concesiones de obra para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario. Para ello se tendrá en cuenta la ecuación económico-financiera de cada emprendimiento, la que deberá ser estructurada en orden de obtener un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a cargo del usuario."

No debe tampoco pensarse que este nuevo sistema de financiamiento se aplica demasiado fácilmente. En el caso de los grandes accesos a la capital federal, si se cobrara el peaje necesario para financiar la obra a los accesos del sur, el peaje sería prohibitivo; además, es una zona relativamente deprimida donde la contribución de mejoras daría más dificultades de implementación que ingresos fiscales.⁸⁷ La solución encontrada tiene un efecto redistributivo del ingreso y las cargas públicas, aun en este esquema de financiamiento por el usuario.

En efecto, en el sistema que se aplica se comienza con el cobro de peaje

⁸⁶ Duda que podía remontarse a la definición legal del contrato de obra pública dada por la ley 13.064, y a la vieja discusión en materia expropiatoria, acerca de si podían expropiarse más bienes de los necesarios físicamente para ejecutar la obra, con el fin de contribuir a financiar su realización.

⁸⁷ No obstante es, en general, un adecuado y necesario método tributario. Véase Geraldo Ataliba, *Natureza jurídica da contribuição de melhoria*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1964.

en los accesos norte ya existentes, de más tráfico y mayor poder adquisitivo del usuario; con esos ingresos se financian las obras nuevas del acceso sur. Esta solución creativa y que brinda coherencia a todo el sistema de accesos a la capital federal, desde años caótico, ha sido fruto de la iniciativa privada, que ha encontrado la solución financiera merced a este nuevo sistema y a esta nueva realidad.

Como ha dicho uno de los empresarios involucrados: "Estamos en la Argentina y aquí lamentablemente no hay crédito a 40 años a una tasa de 3.25 anual en dólares como el que se utilizó en los Estados Unidos para la autopista de Ohio en 1952. Por eso es que necesitamos cobrar el peaje en la Panamericana para poder seguir después con toda la obra."⁸⁸

Por supuesto, en el nuevo sistema nace la duda de si el concesionario obtiene más de una ganancia razonable, y el Centro Argentino de Ingenieros salió a la palestra afirmando que éste es el caso, lo que llevará a las consiguientes investigaciones y determinaciones fácticas. Pero esto es un progreso: si el Estado sólo dilapidara recursos, poca gente se queja con tanta vehemencia como cuando favorece excesivamente a un concesionario, lo cual lleva a un mejor control social del dispendio público en el segundo caso. Igual cosa ocurre con las tarifas de los servicios públicos concedidos.

Extensión a la privatización por concesión

El empleo de la frase "tarifa o peaje", en el artículo 58 de la ley 23.696, adelanta la extensión del principio a la privatización de empresas públicas por concesión, licencia o permiso,⁸⁹ aspecto éste que luego extiende un poco más claramente el decreto reglamentario 1105/89, que en su artículo 17, inciso 5) que dispone: "La concesión, licencia o permiso que se otorgue se ajustará en lo pertinente, a lo dispuesto en el artículo 15, inciso 7) de la Ley núm. 23.696 y su reglamentación y en los artículos 57 y 58 de las normas citadas".

En otras palabras, queda ahora claro por la remisión normativa que no sólo se financiará la construcción de la obra pública con el previo cobro del peaje al usuario, sino que también se podrá financiar anticipadamente la in-

⁸⁸ Estanislao Kokourec, entrevista en *Ámbito Financiero*, 29 de noviembre de 1990, pp. 2-3.

⁸⁹ El artículo 17 de la ley 23.696 utiliza la expresión privatización de empresas públicas por concesión, licencia o permiso. A más de la novedad de introducir la licencia y el permiso, en los cuales no hay propiedad estatal de los bienes afectados a la actividad, la fraseología de privatización por concesión soslaya la vieja fórmula verbal de la "concesión de servicios públicos", evitando la inútil discusión semántica acerca de cómo definir los "servicios públicos".

versión en la renovación y modernización de los servicios prestados al público a través del previo cobro de una tarifa calculada a tal efecto.

Al margen de la forma indirecta en que se lo dice por vía reglamentaria, en cualquier caso debe tenerse presente que la llamada concesión de servicios públicos no se encuentra legislada en el derecho argentino, y que es la ley 23.696 la primera norma legal que viene a impulsar la privatización de las empresas públicas por concesión, permiso o licencia.

Por lo expuesto, la base reglamentaria del decreto 1105/89 parece suficiente fuente normativa de este tipo de ecuación económico-financiera del contrato para países subdesarrollados en época de emergencia, máxime que ya viene establecido por la ley 23.696 para la concesión de obra pública, y ambos contratos tienen en esencia la misma secuencia clásica de inversión-recobro, o actualmente cobro-inversión.

Por lo demás, es evidente que viene a ser la realidad económica contemporánea que impone en nuestro país, al menos en algunos casos, este tipo de financiamiento de la inversión por el usuario, actuando el concesionario —bajo control del Estado— como cobrador, administrador y ejecutor de la obra o servicio, pero no como financiador de la obra.

El precio de la empresa pública que se va a privatizar

Son antiguos los sistemas para determinar, a los efectos de la tarifa por la prestación de los servicios concedidos, la incidencia de la amortización de la inversión que es tanto como decir, a propósito de la reversión, cuánto vale una empresa privada que presta un servicio público.⁹⁰ Que el costo histórico menos amortización, que el costo de reposición, etcétera. Todos los criterios son *prima facie* razonables pero dan resultados hartamente diversos.⁹¹ Pero cuando se trata de vender una empresa pública o privada de nada valen los cálculos de cuánto costó crearla, o cuánto costaría crearla hoy en día.⁹²

⁹⁰ Para una excelente exposición del problema antes de las nacionalizaciones, véase Teodoro Sánchez de Bustamante y Pascual Chianelli, *Los servicios públicos de teléfonos en la Argentina*, Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, 1942, cap. VI, pp. 87 y 55, "Valuaciones de empresas de servicios públicos".

⁹¹ Nos remitimos a Héctor A. Mairal, "La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, núm. 2, Buenos Aires, 1971, pp. 53 ss.

⁹² Otros criterios igualmente opinables pueden encontrarse, a propósito de la venta de Conrail en Estados Unidos, en Cointreau, *Privatización...*, *op. cit.*, pp. 115 ss., con una llamativa salvedad final en la p. 124.

Si aceptamos la posibilidad de que el que compra pueda vender sus bienes individualmente, como se hace entre empresas privadas que son adquiridas "hostilmente", es posible que el valor de venta sea interesante, pues es notorio que todas las empresas públicas están henchidas de bienes inmuebles superfluos: en tal supuesto, el precio de mercado de los bienes por liquidar individualmente puede ser un dato que hay que tener en cuenta, con las salvedades que en seguida se verán.

Si partimos, a la inversa, de la hipótesis de que el que adquiere la empresa debe mantenerla en funcionamiento sin poder desprenderse sustancialmente de bienes que considere innecesarios, lo que generalmente ocurrirá cuando la empresa en lugar de venderse se da en concesión, resultará que no son indicativos del mercado los criterios de cuánto costó hacerla o cuánto costaría armarla hoy en día.

En el mercado una empresa vale lo que su producto; si su producto se vende con ganancia,⁹³ la empresa vale mucho; si su producto se vende con poca ganancia, vale poco, y si su producto no se vende o se vende a pérdida, la empresa no vale nada o hay que pagar para que alguien se la lleve.

De lo expuesto se desprende la muy relativa utilidad de la tasación que la ley de reforma del Estado exige para realizar las privatizaciones.

El precio y la tarifa

Ya no bastará con retornar al clásico principio de que las tarifas deben ser "justas y razonables", ni es suficiente con recordar que la tarifa debe cubrir los gastos de explotación, incluidas las amortizaciones e intereses, y dejar una ganancia razonable al prestatario. No se trata sólo de controlar adecuadamente los insumos a las empresas vinculadas, o el estímulo a las economías del prestatario, evitando que todo gasto se traslade a la tarifa, ni de recordar que el Estado no debe avalar al permisionario, ni discutir cuál es la ganancia razonable.

El problema central de la hora en materia de privatización de servicios prestados al público es que si el gobierno quiere percibir una suma importante en dinero efectivo o en títulos de la deuda pública por la concesión, está creando un mecanismo perverso. Pues el concesionario deberá lógicamente recuperar su inversión, más una ganancia razonable, de la tarifa.

Con lo cual, tanto el pago que recibe el Estado por otorgar la concesión,

⁹³ En sentido similar, Loyrette computa la ganancia como elemento del precio, *Dénationaliser. Comment réussir la privatisation*, Paris, Dunod, 1986, p. 75.

como la ganancia que el concesionario necesariamente debe percibir, se trasladarán y calcularán en la tarifa y por ende saldrán de los bolsillos de los usuarios... para ir nuevamente a manos del Estado al terminar la concesión.⁹⁴

Funcionando así, la privatización es sólo una forma temporal de achicamiento del Estado, pero en esencia no hace sino postergar y tal vez profundizar el fenómeno que se quería corregir.

Fijación de la tarifa

El antiguo principio de que el prestatario no puede aplicar tarifas que no estén previamente aprobadas por la administración⁹⁵ es hoy totalmente carente de sustento fáctico, y los nuevos pliegos contemplan la posibilidad de entrada en vigencia automática de nuevas tarifas no observadas en determinado plazo por la administración.

Los pliegos contemplan también, en ocasiones, mecanismos de arbitraje obligatorio con árbitros amigables, componedores cuyas decisiones no requieran homologación judicial para ser ejecutivas, con el fin de instrumentar soluciones ágiles y eficaces a las controversias que puedan surgir en esta materia. Pero es obvio que se reabre en el país, con toda intensidad, el eterno debate sobre las tarifas en los servicios públicos.⁹⁶

Es evidente a nuestro juicio que en contratos de larga duración, con condiciones de hecho continuamente cambiantes, no es ya muy realista pactar un

⁹⁴ Héctor A. Mairal, *La fijación de tarifas en el marco de la privatización de empresas públicas*, ponencia de las "XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo", Rosario, septiembre de 1989; "... respecto del precio de venta de la empresa prestataria que se privatiza, paradójicamente, los intereses del Estado y de los usuarios difieren. Ello porque al Estado convalida obtener el precio más alto posible para alimentar las arcas fiscales, mientras que a los usuarios, en cuanto tales, cuanto más alto sea ese precio mayor será la cantidad de ganancia que deberá admitirse en favor del prestatario y, por ende, más alta la tarifa a pagar por el servicio".

⁹⁵ *Fallos*, t. 146, p. 233; *Gómez*, t. 84, p. 314, *Ventafrida*. Mairal, *La fijación...*, art. cit., IV Conferencia Nacional de Abogados, *Régimen jurídico de la concesión de servicio público*, Buenos Aires, 1936, pp. 53 y 54 y sus referencias. El fundamento ideológico y doctrinario de esta solución fue vehementemente criticado por Juan P. Ramos, *La concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Jesús Menéndez, 1937, especialmente caps. IV y V, a quien replica vitriólicamente Rafael Bielsa, *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, 1937. Este tipo de debate no existe, sin duda, para las empresas estatales.

⁹⁶ Debate que virtualmente no existe para el Estado; los pueblos lo reservan para los concesionarios o permisionarios. Una excepción en Alain Buzelay, *Vérité des prix et services publics*, Paris, LGDJ, 1971. Véase las referencias de la nota precedente sobre la polémica Ramos-Bielsa.

“precio” que luego se va a revisar,⁹⁷ más bien corresponde acordar la estructura de la tarifa, y convenir que su determinación concreta deberá ser fluctuante a través del tiempo e instituirse al efecto procedimientos arbitrales que con las debidas y permanentes pericias técnicas y representación como parte interesada de los usuarios, con personería unificada, determinen a lo largo del contrato cuál habrá de ser en cada caso la tarifa justa y razonable.

La licencia

Frente a la privatización por concesión, que tiene el efecto no deseado de incrementar inversiones por parte del público que revierten luego a poder del Estado, incrementándolo aún más, existen las figuras de la licencia y permiso, expresamente autorizadas por la ley 23.696 para instrumentar la privatización de empresas públicas.

En estas figuras la propiedad pertenece al prestatario del servicio y no se presenta en consecuencia el riesgo de su futura reincorporación al patrimonio estatal. El prestatario puede invertir o reinvertir constantemente en su servicio sin el riesgo —para él y para la sociedad— de que el Estado sea nuevamente el propietario. No se produce en consecuencia el mecanismo que lleva automáticamente a la obsolescencia planificada de la inversión.

El permiso

El permiso es sinónimo de autorización,⁹⁸ y de ésta se dice que es un acto administrativo que habilita a una persona física o jurídica para ejercer un derecho preexistente: supone un derecho anterior.⁹⁹ Como simplemente habilita para ejercer un derecho anterior, el interesado está en libertad de realizarlo o no: la autorización no le obliga a ejecutar la actividad en cuestión.¹⁰⁰

⁹⁷ Véase Moreno Gil, Oscar Moreno, *La revisión de precios en la contratación administrativa*, Madrid, Civitas, 1980; J. H. Meirelles Teixeira, *Revisao das tarifas do serviço telefonico*, Prefeitura Municipal, San Pablo, 1943; Gaspar Ariño Ortiz, *Las tarifas de los servicios públicos*, Universidad de Sevilla, 1976.

⁹⁸ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Montevideo, 1974, p. 15.

⁹⁹ Sayagués Laso, *Tratado...*, *op. cit.*, t. I, pp. 414 ss. y sus referencias.

¹⁰⁰ Sayagués Laso, *Tratado...*, *op. cit.* No debe confundirse entonces el permiso o autorización de que aquí se trata con el llamado “permiso de asignación” en una economía dirigida, que explica Julio H. G. Olivera, *Derecho económico. Conceptos y problemas fundamentales*, 1a. ed., Buenos Aires, Arayú, 1954, pp. 115 ss., o con la “autorización condicionada” de la economía de posguerra, que explica Bernard Ehenot, *Organisation economique de l'État*, París, Dalloz, 1951, pp. 288-289.

El criterio es que toda persona que reúna las condiciones que fueren en su caso exigidas por el orden jurídico tiene el derecho a realizar la actividad en cuestión,¹⁰¹ sin monopolio o exclusividad.

La aparición de la licencia y el permiso para la realización de actividades antes realizadas por el Estado en forma directa o indirecta es un dato más que confirma la ya vieja extinción conceptual, como noción jurídica, de la frase "servicios públicos".¹⁰²

Libertad de mercados, disolución de empresa pública

Los artículos 11 y 14 *in fine* del decreto 2476/90 contemplan que los organismos o entidades públicas que no se adecuen a las nuevas políticas oficiales de desregulación, desburocratización, desmonopolización, privatización y libertad de los mercados deben provincializarse, reestructurarse, privatizarse o disolverse.

La alternativa de la disolución de mecanismos de aplicación de leyes reguladoras o intervencionistas surge explícitamente del artículo 61 de la ley 23.696 y no parece que en este contexto llegue a recibir jurisprudencialmente la tacha de inconstitucionalidad.

¿Es ésta la *última ratio* dentro del sistema? ¿Solamente puede recurrirse a la disolución de una empresa u organismo público para librar la actividad en cuestión al principio de la libertad de los mercados cuando todo lo demás fracase?

Creemos que no, y ello es particularmente así en el caso de aquellas empresas públicas que por su producto habrían de recibir muy bajo precio, pero que en cambio tienen inmuebles disponibles de mucho valor, que normalmente sólo pueden computarse como parte del precio si el prestatario puede disponer libremente de ellos.

O también puede darse el supuesto de una empresa pública que objetivamente no debiera ya mantenerse, por tanto sin ningún valor como empresa en marcha, pero que puede ser relativamente valiosa para ser vendida separadamente por sus bienes componentes.

Es una alternativa, pues, que debe ser considerada en pie de igualdad con las demás.

¹⁰¹ Sayagués Laso, *Tratado...*, *op. cit.*, y sus referencias. Puede verse también André Buttgenbach, *Théorie Générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Lieja, Marcier y LGD, pp. 396 ss.

¹⁰² Para una explicación más detallada nos remitimos a nuestro *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Macchi, 1975, reimp. 1990, cap. XII.