

Las privatizaciones de la década del 90 y su influencia en el Derecho Administrativo argentino

SUMARIO: 1. LAS EMPRESAS COMERCIALES O INDUSTRIALES DE PROPIEDAD DEL ESTADO. *EL «ESTADO EMPRESARIO»*. 2. EMPRESAS PÚBLICAS Y MERCADO. 3. LA CUESTIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO O DEL DERECHO PRIVADO. 4. LA PRIVATIZACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS. 5. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PRIVATIZACIÓN EN LA ARGENTINA. LA «LEY DE REFORMA DEL ESTADO». 6. LA ESTRATEGIA PRIVATIZADORA. 7. PROCEDIMIENTO. 8. CONTROL DE SERVICIOS PRIVATIZADOS. 9. LA INCIDENCIA DE LAS PRIVATIZACIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

1. LAS EMPRESAS COMERCIALES O INDUSTRIALES DE PROPIEDAD DEL ESTADO. *EL «ESTADO EMPRESARIO»*

Con la expresión «Estado empresario»¹ queremos significar el fenómeno político, económico, social y cultural que, sin perjuicio de an-

¹ Hemos dedicado varios estudio sobre el particular, fundamentalmente antes del proceso privatizador, inmerso en la reforma del Estado, iniciado en 1989, cuando nuestro «Estado empresario» tenía un papel determinante en la economía nacional –no muy exitoso, por cierto– y la actividad de estas empresas generaba un sinnfín de cuestiones jurídicas. Hoy el tema parece cuantitativamente de menor importancia –aunque desde el punto de vista teórico conserve su interés–, ya que tal papel prácticamente ha desaparecido. De todas formas y como «la cabra al monte tira», conviene recordar aquellos –hoy– poco útiles trabajos: Rodolfo C. BARRA, *Principios de Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 188 a 218; «Acerca de los contratos

tecedentes casuísticos históricos, fue predominante en las democracias occidentales² en el siglo XX, especialmente durante el período transcurrido desde la finalización de la primera gran guerra hasta la última década del siglo, con grandes picos cuantitativos y cualitativos luego de la «gran depresión» de los años treinta y de la finalización del segundo conflicto mundial³.

Lo que caracteriza al «Estado empresario» es que éste asume como una actividad propia la producción y comercialización de ciertos bienes y servicios, asumiendo la titularidad de los medios de producción así destinados. Esta política estatal puede alcanzar total o parcialmente a ciertos sectores económicos y, o también, a presencias aisladas en otros. Así, por ejemplo, el Estado podría convertirse en el único o en el principal productor siderúrgico, o bien, o a la vez, ser propietario de una empresa, en sí misma no determinante, en otros sectores, desde la producción de automóviles, o de heladeras o de zapatos.

La finalidad de esta decisión estatal es siempre política, convirtiéndose en un importante instrumento de intervención económica, de intervención en el «mercado», lo que supone el reconocimiento, con mayor o menor conformidad, de su existencia. El objetivo estratégico puede ser establecer un sistema interconectado entre el sector público y el privado, a través de la participación estatal en el global de propiedad de los medios de producción y, por ende, en la generación del denominado «producto bruto interno», lo que podemos identificar como «economías mixtas», muy caras al denominado «Estado de bienestar», en

de obra pública que celebra la empresa Ferrocarriles Argentinos y la aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos», *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n.º 6, noviembre de 1973; «Acerca de la naturaleza jurídica de las Sociedades del Estado», ED, 67-601; «Gestión empresarial y tipicidad jurídica de las empresas estatales: acerca de la transformación de las Empresas del Estado en Sociedades del Estado de la ley 20.705», ED, 71-745, entre otros.

² El siglo XX fue también, y desgraciadamente, el tiempo de los grandes totalitarismos: el comunista, en cualquiera de sus tres modelos principales (soviético, chino y yugoslavo) el nazi y el fascista. El primero se caracterizó por la abolición de la propiedad privada, especialmente de los medios de producción. Los segundos convivieron con el capitalismo, aunque fueron fuertemente intervencionistas y desarrollaron un poderoso sector empresario estatal. En este sentido fueron «socialistas» (la denominación «nazi» es una abreviación de «nacional-socialista» y el partido nazi se nutrió de muchos adherentes socialistas; Mussolini era un militante socialista antes de la «marcha sobre Roma», y reivindicó metodologías de aquel tipo en su ocaso, durante la «Republica Social» de Saló) y hasta «modelos» de «economía mixta». Fueron también, aunque en menor medida, «economías mixtas» las de ciertas dictaduras como la de Salazar en Portugal y la de Franco en España. Nosotros nos referimos al fenómeno del «Estado empresario» sólo como realidad que tuvo su momento de auge en el mundo democrático, con alcances tales que hasta lo convirtieron en un elemento disfuncional a la misma democracia.

³ Sobre la evolución histórica de la empresa pública en Europa, ver Alberto ALONSO UREBA, *La empresa pública*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 427 y ss., con abundantes referencias bibliográficas.

boga hasta la última década del siglo pasado. También puede tener razones meramente fiscales, como los monopolios de cerillas y tabaco, u ocasionales de fomento, pero siempre produce efectos de intervención en el mercado, incluso con efectos de regulación indirecta⁴.

Es necesario aclarar que no incluimos en la anterior descripción –aunque sí quedarán incluidas en el estudio de los diferentes tipos empresarios estatales regulados por nuestro ordenamiento– a las empresas de propiedad del Estado prestatarias de servicios públicos, ya que éstos son por definición de titularidad del Estado, es decir, pertenecen por naturaleza al sector público del ordenamiento, por lo cual es simplemente una opción prestarlos con medios propios, organizados de forma empresaria, o bien concederlos a empresas privadas, siempre bajo el régimen jurídico de los servicios públicos⁵.

Creemos que no es conveniente aproximarse a la problemática del «Estado empresario» desde una posición ideológica, ya sea fuertemente intervencionista, de raíz socialista, o bien abstencionista o «liberal». La titularidad de ciertos medios de producción puede ser un instrumento en las manos del Gobierno –siempre entendido como centro de poder del ordenamiento– a los fines de la realización de sus políticas orientadas al bien común. No es una finalidad en sí misma, sino un medio estratégico para alcanzar la finalidad superior del ordenamiento, cuando las circunstancias –recordemos que la política se encuentra enseñoreada por la virtud de la prudencia– así lo exigieren. Por eso es equivocada también una concepción abstencionista a ultranza, en realidad meramente teórica en la época contemporánea, ya que ninguna democracia occidental renunció totalmente, por imposición dogmática, a utilizar tal tipo de instrumento⁶.

⁴ Naturalmente, la actuación de una empresa estatal no es en sí misma regulatoria del mercado con los alcances que hemos estudiado en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, cap. III, §§ 25 y 26, Abaco, Buenos Aires, 2002. Pero sí puede hacerlo de manera indirecta, por ejemplo, por la vía de los precios de sus bienes y servicios. No sería incorrecto afirmar, sin embargo, que cuando el Estado absorbe a todo un entero sector productivo, por ejemplo reservándose para sí la propiedad de las empresas más influyentes de actuación en el sector, el mismo se encontraría directa y totalmente regulado.

⁵ Sobre la relación del servicio público y el mercado, ver *ob. y lug. cit.* en nota anterior.

⁶ Aun la que podemos calificar como «nación campeona de la libertad del mercado», y por tanto de la «libre empresa privada», los Estados Unidos, han recurrido con frecuencia a este tipo de instrumento, aunque sin convertirlo nunca en una finalidad, y sin provocar la generación de un sistema de «economía mixta» (sin perjuicio de que el enorme «poder de compra» del gobierno federal y de sus empresas o agencias, como la Nasa, por ejemplo, tenga importantes efectos regulatorios indirectos). En «Lebron v. National Railroad Passenger Corporation (Amtrak)» (513 U.S. 374, fallo del 21 de febrero de 1995), la Corte Suprema federal de aquel país nos brindó una interesante reseña histórica de la existencia de las por nosotros denominadas «empresas del Estado». Entre éstas se encuentra la propia «Amtrak», que «no es el único, o ciertamente siquiera un particularmente inusual fenómeno». En el caso, la Corte se vio precisada, para resolver el conflicto, de desentrañar la verdadera «naturaleza jurídica»,

La solución a este tipo de problema se encuentra en el *principio de subsidiariedad*, esto es, el límite entre las competencias de los sectores

diríamos nosotros, de la empresa demandada. Por ello le resultó «útil ubicar a Amtrak dentro de su propio contexto en la larga historia de las empresas (*corporations*) creadas o participadas por los Estados Unidos para el logro de sus objetivos gubernamentales». Así, la sentencia recuerda el *Bank of the United States*, creado en 1791 y luego, en 1816, reemplazado por el banco del clásico caso «*McCulloch v. Maryland*», ambos con participación minoritaria estatal. En otros campos el voto de Scalia, al que adhirió la mayoría del tribunal, menciona a las *Union Pacific Railroad* y *Northern Pacific Railroad Company*, en la década de 1860, ambas en el campo del transporte ferroviario. Luego, ya a comienzos del siglo XX, la *New Panama Canal Company of France*, encargada de la construcción del famoso canal interoceánico, de la cual el Gobierno Federal adquirió las acciones, la cual fue también la propietaria de acciones de la *Panama Railroad Company*, más adelante de titularidad total del Secretario de Guerra del Gobierno Federal. Pero la creación de empresas estatales en gran escala comenzó con la primera guerra mundial. Entre otras, cita Scalia la *United States Grain Corporation*, la *United States Emergency Fleet Corporation*, la *United States Spruce Production Corporation* y la *War Finance Corporation*, todas las cuales fueron disueltas luego de la finalización de la guerra. Más adelante viene el período de las empresas creadas como consecuencia de la «Gran Depresión», las que, advierte el fallo, «demostraron ser más duraderas», encontrándose directamente destinadas «a estabilizar la economía y a realizar préstamos aliviados a granjeros, adquirentes de viviendas, bancos y otras empresas». Entre estas verdaderas «empresas de intervención», «Lebron» cita a la *Reconstruction Finance Corporation* (RFC), la *Federal Deposit Insurance Corporation* y otras que, como la famosa *Tennessee Valley Authority*, «introdujeron al Gobierno en la venta comercial de bienes y servicios». Ya durante la Segunda Guerra, el Congreso delegó en la citada RFC la creación de empresas que pertenecerían a la misma. Así nacieron la *Defense Plant Corporation*, la *Defense Supplies Corporation*, la *Metals Reserve Company* (la que dio creación a numerosas subsidiarias), la *Petroleum Reserves Corporation*, la *Rubber Development Corporation* y la *War Damage Corporation*, entre otras. En el año 1945, el *Reference Manual of Government Corporations*, de la *General Accounting Office* (GAO), similar a nuestra Auditoría General de la Nación, «listaba un total de 58 empresas del gobierno, con activos por (en dólares de 1945) U\$S 29.6 billones». «Hacia el final de la segunda guerra —advierte la sentencia— las empresas creadas y controladas por el Gobierno se habían ido de las manos, tanto en su número como en su falta de responsabilidad» (pública financiera). Por ello, el Congreso sancionó, en 1945, la *Government Corporation Control Act* (GCCA) (con numerosas enmiendas a la fecha), que exigió que las empresas, ya sean de propiedad total o parcial del Gobierno, fuesen auditadas por el *Comptroller General* (funcionario semejante a nuestro Presidente de la Auditoría General de la Nación) e incluir sus presupuestos en el anual de la Administración sometido por el Presidente al Congreso. La ley estableció también que debían ser disueltas las empresas del Gobierno Federal pero creadas bajo el régimen legal de los Estados, salvo que fuesen rehabilitadas por el Congreso, y que ninguna nueva empresa gubernamental debía ser creada sin una específica autorización del Congreso. Entre la sanción de aquella ley y el año 1960, relata Scalia, sólo habría sido creada una empresa del Gobierno, la *Saint Lawrence Seaway Development Corporation*, aunque a partir de aquella década el proceso recomenzó «y nuevos entes proliferaron». «Muchos de ellos —continúa— siguieron el modelo tradicional, habitualmente designados de manera específica como agencias gubernamentales, y ubicados dentro de la existente estructura del Gobierno... Comenzando en 1962, sin embargo, el Gobierno comenzó a sostener empresas a las que no designó específicamente como agencias o establecimientos del Gobierno de los Estados Unidos, y declinó a someterlas a los mecanismos de control de la GAO», como el caso de la *Communications Satellite Corporation* (COMSAT), sometida a la legislación societaria del Distrito de Columbia. «El modelo COMSAT, el que ha sido considerado como un permiso al Gobierno para actuar libre de las restricciones de la burocracia y de la política... fue rápidamente seguido en la creación de otras empresas...» no controladas por la GAO, ni sometidas al régimen de la GCCA; de esta forma se encuentra constituida la AMTRAK. Hemos dedicado este largo resumen de las páginas en cuestión de «Lebron» para mostrar cómo la intervención empresaria estatal es ampliamente utilizada en

público y privado del ordenamiento, límite flexible y sujeto a la prudencia de los gobernantes, a la inteligencia de la opinión pública, a las necesidades del momento y a la valoración oportuna del «paso adelante» o del «paso atrás». Es decir, los gobernantes deben ser más que prudentes a la hora de decidir la utilización de los dineros públicos en una actividad empresarial, limitando siempre de alguna manera la libertad del mercado, como también sabios y prudentes para la elección del momento de retirar su compromiso de una actividad que, por sus características, siempre será más eficiente bajo el impulso de la iniciativa privada.

Sin embargo, no debemos otorgarle a aquella idea de eficiencia un valor absoluto, también dogmático e ideológico. No se trata de que el «Estado» —para decirlo con un término simplificado, ya que en realidad se trata de los políticos y funcionarios burocráticos que se encuentran a cargo de los asuntos de Estado— sea una suerte de incapaz de derecho, por definición inhábil para gestionar intereses empresarios. De lo que se trata es de definir la calidad de tales intereses y, de allí, precisar mejor el sentido o medición de la eficiencia en cuestión.

En la actividad privada es eficaz la gestión que logra producir el bien o servicio de la calidad esperada. Esa gestión será, además, eficiente si lo hace con el menor costo posible en relación con la eficacia, y con el mejor aprovechamiento de los costos necesariamente insumidos. Pero queda todavía un elemento a considerar, que vincula a los dos anteriores —eficiencia y eficacia— entre sí y con la finalidad subjetiva del agente. Éste quiere producir el bien de las características y calidad deseadas con el menor y mejor aprovechamiento de costos posible, para obtener una ganancia económica, mensurable, naturalmente, en dinero⁷, siempre dentro de las condiciones de competitividad que el merca-

los Estados Unidos, incluso con el empleo de modelos organizativos y pretensiones de «huída del Derecho Administrativo» similares a los nuestros (los modelos europeos continentales), lo que no impidió a la Corte resolver el caso de acuerdo a principios de Derecho Público apropiados a la calidad gubernamental del AMTRAK, como veremos en su oportunidad. Pero es importante destacar ciertas características del sistema norteamericano que advertimos de la lectura de la sentencia. En general, aunque no siempre, las empresas del Gobierno tienen una actuación de intervención en situaciones de emergencia —depresión, guerras— o de promoción de determinadas áreas de la economía, y son disueltas una vez desaparecidas las circunstancias que justificaron su creación. En nuestro caso, como en muchos europeos, la intervención empresarial estatal no siempre se encuentra relacionada con aquel tipo de situaciones de emergencia o de opciones estratégicas de desarrollo, o nacidas así, tienden a perdurar más allá de aquellas necesidades, por lo menos hasta la ola privatizadora que comenzó en la década de los ochenta en Gran Bretaña y se extendió más adelante a todas nuestras naciones. Sobre otros antecedentes y comentarios acerca de las empresas públicas o gubernamentales en los Estados Unidos, ver Juan José PERULLES BASSAS, *La empresa pública y su normativa*, Bosch, Barcelona, 1970, pp. 34 a 37.

⁷ El agente, ya sea que se dedique a la producción primaria, a la industria de elaboración, o la intermediación en su intercambio comercial, es, en sentido amplio, un «comerciante», cuyos actos «nunca se presumen gratuitos», de acuerdo con la regla de interpretación establecida en el art. 218, inc. 5 del Código de Comercio, ya que de ellos hace su «profesión

do le impone. Si no hay beneficio económico o lucro, o si hay pérdida⁸, el agente abandonará esa actividad, la cambiará por otra que le genere una esperanza de lucro⁹. De esta manera, siempre dentro de lo que no se encuentre prohibido por la norma de orden público, en la actividad privada el lucro es la regla de valor final y preponderante, que el agente —y, en la suma de todos los agentes económicos, la comunidad toda— utilizará para medir la eficiencia y eficacia de su emprendimiento productivo.

Si utilizásemos aquellos mismos criterios para valorar la actividad empresaria del Estado —del sector público como productor de bienes y servicios «comerciales»—, sin duda, ésta debería ser globalmente calificada como ineficiente e ineficaz. Lo que ocurre es que dicho criterio es equivocado por naturaleza. La actuación empresarial del Estado tiene una *finalidad política*, porque todo es político en el sector público del ordenamiento¹⁰. Pretender lo contrario es pedirle peras al olmo, como lo sería también el caso inverso, si quisiéramos que el empresario privado perseverase en una actividad deficitaria, o menos lucrativa que otra posible de empre-

habitual» (Cod. cit, art. 1). Actúa, entonces, por una finalidad de lucro, de ganancia en dinero, por supuesto que para subvenir a sus necesidades y de su familia, pero con espíritu de incremento, de progreso. Como este «comerciante» es también un dador de trabajo —para sus empleados y para los otros «comerciantes» con los que necesariamente debe tratar— y un contribuyente fiscal, con su progreso, progresa la comunidad toda. El fin de lucro es el motor de la iniciativa privada y con ella, del progreso y de la riqueza social.

⁸ La ausencia de beneficio es siempre una pérdida, del valor de oportunidad, del rédito del capital invertido, del valor del propio trabajo personal.

⁹ Por supuesto que hay actividades humanas en las que, aunque de alguna manera inciden en el circuito económico, sus agentes no se encuentran motivados por el lucro (con esta palabra englobamos también al beneficio resultante —salario, honorario, etc.— del trabajo personal contratado con el empleador), pero aquella incidencia no es económicamente significativa, ni representa la conducta habitual de las personas que requieren de una ganancia en dinero, incluyendo el salario, para sustentarse.

¹⁰ BARRA, *Principios...*, ob. cit., p. 189: «El Estado es un ente *exclusivamente político*, todo lo hace para la *polis*, para su progreso, fortaleza y bienestar. Nueva versión del rey Midas, tiene la virtud de transformar en política toda actividad en la que se ocupe, aunque fabrique automóviles, extraiga petróleo o comercialice productos para el abastecimiento diario de la población. Es que todo lo hace por el bien común y cuando no es así, es decir cuando no es exigido por el bien común que una determinada actividad sea asumida por el Estado, la actividad del Estado mantendrá igual su finalidad política (nunca será “privada”) aunque con perjuicio real para el bien común. Se tratará de un supuesto de mal gobierno y de malos gobernantes, pero no por eso se mudará la naturaleza de las cosas» (cursivas en el original). Citábamos allí un viejo fallo de nuestra Corte Suprema de Justicia, de la época en que se consolidaban entre nosotros las bases del «Estado empresario», aunque en la medida de lo necesario de acuerdo con las circunstancias del momento. En «F.C. Buenos Aires al Pacífico c/ Consejo Agrario Nacional» (Fallos: 204:560, del 8 de mayo de 1946) se dijo: «El Estado es siempre en la actuación, el gestor del interés general o bien común. Lo que hace el Estado es para la comunidad, como que lo hace mediante él, la comunidad misma. Es, en razón de la citada naturaleza del Estado, un interés público lo que determina la ejecución de todos sus actos y por ende lo que los especifica. Podrá realizar alguno de ellos para el inmediato beneficio o usufructo de una parte de la comunidad, de sólo alguno de sus miembros y hasta puede suceder que de sólo uno, pero los realizará porque considera que de ese beneficio parcial depende el bien de todos o más precisamente el bien de “el todo”».

der, sólo para ocupar mano de obra, producir bienes de importancia estratégica para su patria o desarrollar áreas de frontera. Hay espíritus altruistas que podrían querer hacerlo, hasta que la quiebra se lo impida.

El Estado no interviene como empresario en el circuito económico por un fin de lucro. Lo hace para, siquiera indirectamente, regular, para promover, para superar situaciones de crisis o de emergencia, por decisiones estratégicas en el área de defensa, por cuestiones vinculadas a sus relaciones exteriores, etc., que son siempre fines políticos, es decir, de bien común¹¹. Actúa donde es necesario, y donde la actividad privada no tiene, precisamente, el incentivo del lucro para comprometer su iniciativa, o donde el incentivo del lucro conduciría a una política empresarial contraria a la política social que el Estado busca realizar. La actividad empresarial del Estado sustituye al fin de lucro, es «a-lucrativa».

Aclaremos que es «a-lucrativa» pero no «anti-lucrativa». Es decir, la actividad empresarial pública, en una concreta empresa, podría obtener ganancias, y debería obtenerlas si ello fuese posible sin traicionar a los fines de bien común que justifican aquella gestión¹². De manera que «a-lucrativa» quiere significar que el objetivo no es la ganancia, pero que no debe renunciar a ella si, cumpliendo con los fines estratégicos políticos que justifican la creación de la empresa pública, tal ganancia, ocasional o permanente, pudiese ser lograda¹³.

Es cierto que lo que acabamos de referir tiene que presentar dificultades de aceptación cuando nos enfrentamos a empresas públicas en las que participa el sector privado, dado que si éste, por naturaleza, actúa en razón de un fin de lucro, la inversión en una empresa «a-lucrativa» carecería de sentido. Sin embargo, lo que debemos tomar en consideración es la «política» global de la empresa, que será siempre definida por sus socios públicos, y a lo cual el particular no tiene más remedio, si desea participar, que someterse. Su finalidad como socio será

¹¹ También se presentan aquí, con mucha frecuencia porque es un campo propicio para tal tentación, conductas corruptas, búsquedas de poder social y político, y hasta gestiones dolosas en beneficio de los políticos y funcionarios responsables de las empresas o del área donde éstas se estructuran. La denominada «*huída del Derecho Administrativo*», es decir, el sometimiento de las empresas públicas a un régimen jurídico de Derecho Privado, facilita en gran medida aquella corrupción.

¹² No hay excusas para los tremendos déficit que sufrían las empresas de propiedad estatal en nuestro país con anterioridad al proceso privatizador que comenzó en la década de 1990, y que estudiaremos más abajo.

¹³ Enrique RIVERO ISERN, «Derecho público y Derecho privado en las empresas públicas», *Revista de Administración Pública*, Madrid, n.º 86, mayo-agosto de 1978, p. 15: «... el fin que persigue la empresa pública es satisfacer las necesidades de la colectividad. El beneficio se manifiesta como un elemento no subordinado, sino condicionado a la consecución de los fines asumidos por ella, de forma que las decisiones de inversión se adoptan teniendo como parámetro de maximización, no sólo el beneficio y vida de la empresa, sino, sobre todo, el desarrollo del país».

la de obtener un beneficio a través de una actividad empresarial que, por definición, observa al mismo como un dato condicionado a otros que considera de mayor importancia. Es el riesgo del socio privado invertir en estas condiciones, y lo hará si tiene una razonable expectativa de obtener ganancias a pesar del condicionamiento global del objetivo lucrativo de la empresa en la que decide participar¹⁴.

Con estas aclaraciones estamos en condiciones de medir más adecuadamente la eficiencia y eficacia de la empresa pública. Sin duda que si produce, por ejemplo, automóviles, debe hacerlo en las condiciones de calidad que corresponden al modelo de vehículo ofrecido al mercado, y con el mejor aprovechamiento posible de los costos de producción. Pero la verdadera eficacia consistirá en la obtención del *fin político* perseguido, por ejemplo la promoción de una determinada rama de actividad industrial, y la eficiencia en hacerlo con el menor y mejor aprovechamiento de los *costos sociales*. Se tratan, estos últimos, de los costos que soportará toda la comunidad, en materia de déficit público, quizás incrementado por la necesidad de alimentar financieramente a la empresa, en la disminución de otras inversiones públicas de interés social, por ejemplo educativas o sanitarias, por la misma alteración del libre juego del mercado, etc., todo lo cual debe ser comparado con los objetivos estratégicos que la actividad empresarial busca satisfacer, comparación que debe hacerse también con los costos de otros medios alternativos posibles para la obtención del mismo objetivo, como la «promoción industrial» por subvenciones u otros beneficios a empresas privadas, la realización de obras de infraestructura que alienten la estabilidad y el aumento poblacional y la inversión privada en la región a favorecer, como caminos, obras de comunicación, hospitales, establecimientos educativos, etc. La decisión gubernamental en materia de inversiones empresarias —ya sea para crear una empresa estatal o para mantenerla en el tiempo— se encuentra ligada a la misma base valorativa de «costo-beneficio», como debe ocurrir con cualquier otra decisión pública.

Este criterio decisorio también debe ser el imperante en materia de empresas prestadoras de servicios públicos, a la hora de resolver si tal prestación debe hacerse directamente a través de una empresa de propiedad estatal o bien mediante una empresa privada, bajo el régimen de la concesión de servicio público, sin perjuicio de que, como ya lo hemos indicado,

¹⁴ Seguramente, ésta es la razón por la cual, al menos en nuestro medio, la participación privada en las empresas públicas fue muy escasa. Aun optando el Estado por formas societarias que admitían dicha participación, la realidad mostró que la sociedad se encontraba integrada sólo por socios públicos. En nuestro *Principios...*, p. 193, nota 39, citábamos un caso realmente destacable: según lo publicado en el *Boletín Oficial* del 29 de julio de 1975, por resoluciones conjuntas del Ministerio de Economía y del Ministerio de Defensa, se decidía la creación de «... una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria de total propiedad estatal».

en lo sustancial la situación no es la misma que con respecto a otras áreas de la economía, ya que la actividad calificada como *servicio público* pertenecerá, por definición, a la competencia del sector público o estatal.

2. EMPRESAS PÚBLICAS Y MERCADO

Ya nos hemos referido a este tema, aunque ahora, identificada claramente la inserción de la empresa en el sector público del ordenamiento y su régimen jurídico –de Derecho Público– consecuente, podemos profundizar un poco más en el mismo.

Decir que se encuentran insertas en el sector público y que, consecuentemente, son regidas por un régimen jurídico de Derecho Público es toda una toma de posición con relación al tema de este parágrafo. El mercado es un ámbito ajeno al sector público, salvo en lo que hace a su regulación para garantizar su funcionamiento acorde con las exigencias de la justicia general¹⁵. El Derecho Público es el subsistema jurídico, de principios y normas, adecuado y destinado a regir instituciones y relaciones jurídicas también ajenas al mercado¹⁶. De aquí que la posibilidad de compatibilizar la actuación de las empresas públicas con el mercado, es decir, suponer que su actuación se sujete a las reglas del mercado, resulte más que problemática.

Lo antes afirmado no es una cuestión meramente dogmática. El funcionamiento del mercado exige un adecuado régimen de competencia y éste, a su vez, requiere de diversas condiciones. Primero supone que el sujeto económico actuará con una básicamente semejante mentalidad comercial¹⁷, esto es, el espíritu de lucro. Esta realidad hace que todos los sujetos se desempeñen según una lógica común, lo que convierte a sus conductas en relativamente previsibles y, por tanto, comparables. Pero esto difícilmente ocurre con una empresa pública. Por ejemplo, es posible prever y comparar el desempeño comercial de dos empresarios privados fabricantes de computadoras, concurrentes en el mercado. Pero si otro fabricante es una empresa pública que actúa con el dominante objetivo de promover la industria informática nacional, cualquiera sea su costo y resultado económico, tal actitud ya no es comparable ni previsible, por lo menos desde la óptica de la lógica del mercado¹⁸.

¹⁵ BARRA, *Tratado...*, T. I, cap. III, especialmente §§ 25 y 26.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Va de suyo que nos estamos refiriendo a empresas productoras de bienes o servicios, y no de los sujetos individuales que actúan en el mercado como meros consumidores, o en función de transacciones personales, p.ej. la venta de una propiedad inmueble, donde las motivaciones pueden ser infinitamente diversas.

¹⁸ Permítasenos insistir con conceptos ya expuestos más arriba. No es que, siguiendo con el ejemplo del texto, la fabricación de computadoras deba ser, para el Estado, ruinosa,

La segunda condición es que todos los actores económicos concurrentes pueden disponer de recursos razonablemente limitados para invertir en la empresa, limitación que viene dada, además de por la propia situación económica y financiera, por una elemental y exclusivamente económica, relación costo-beneficio: ¿cuánto dinero puedo poner en términos absolutos y cuánto dinero debo poner a los efectos de obtener cuánto beneficio, es decir, en términos relativos?, es la pregunta básica de cualquier empresario. Pero para el Estado la limitación de los recursos se encuentra dada por diferentes variables económicas y políticas; dentro del juego de tales variables sus recursos son, teóricamente, ilimitados¹⁹. Además, la misma relación costo-beneficio es fundamentalmente política: más que en dinero, se medirá el costo en términos políticos, y de la misma manera el beneficio.

La tercera condición es que todos los actores en el mercado se someten a un sistema de premios y castigos común, que determina y valora la gestión empresarial. El premio es el lucro, el castigo es la quiebra. Tampoco esto es aplicable a la empresa pública, aun cuando la ley, artificialmente y de manera impracticable, como vimos en otra oportunidad²⁰, lo admita.

En estas condiciones, empresa privada y empresa pública no son verdaderos competidores. Por naturaleza, por la fuerza de la realidad más que por la pretensión del legislador, una actúa de acuerdo con la lógica del mercado y la otra con la lógica de la política.

Por ello, nosotros hemos rechazado la «falsa privatización» consistente en medidas aparentemente «concurrentiales»; por ejemplo, establecer que las empresas públicas se encuentran obligadas al pago de impuestos²¹, y «vestir las» con un ropaje societario supuesta-

sino que el poder público seguramente debe haber tomado la decisión de intervenir de tal manera en el sector por razones diversas –políticas– de las lucrativas, y que estas finalidades políticas guiarán su estrategia empresarial. No podríamos entender, ni compartir, la hipotética decisión estatal de montar una empresa en competencia con los particulares simplemente para ganar dinero. Si la actividad ofrece razonables perspectivas lucrativas, sin duda, los particulares querrán colmar ese sector del mercado, mientras que el Estado debería centralizar sus esfuerzos en garantizarles el buen funcionamiento del mercado, y cobrarles impuestos, que es una manera de participar –toda la comunidad– del beneficio aprovechando de la iniciativa privada.

¹⁹ Por ejemplo, reduce al límite mínimo tolerable su gasto en salud para aumentar su gasto en defensa, incluyendo la inversión en una empresa pública productora de armas de guerra.

²⁰ BARRA, *Tratado...*, ob. cit., T. II, 2003, cap. XIII, § 34.

²¹ En definitiva, es dinero que sale de un bolsillo para entrar en otro de la misma chaqueta, y a veces para volver al bolsillo original. Por otra parte, ¿la Administración ejecutará a su propia empresa por la falta de pago de impuestos?, ¿la llevará a la quiebra? Si la empresa tiene dificultades para cumplir con sus obligaciones tributarias, lo más probable es que, luego de plazos y moratorias, habrá condonaciones o aportes del Tesoro. Aun así, es positivo que las empresas públicas se encuentren sometidas a las obligaciones tributarias, como entre nosotros

mente de Derecho Privado: aunque la mona se vista de seda, mona se queda²².

Al analizar la posición de la empresa pública con relación al mercado debemos distinguir dos tipos de situaciones. Uno es el caso de la empresa *prestadora de servicios públicos*, en el sentido restringido que nosotros le otorgamos a este instituto²³, y que, siempre para nosotros, es una actividad fuera del mercado y ajena a cualquier tipo de competencia comercial aun cuando fuese realizada por empresas privadas en virtud, por ejemplo, de un contrato administrativo de concesión.

Otro es el supuesto de las empresas públicas productoras de bienes o servicios que *no son servicios públicos*, es decir, que realizan una actividad que por su naturaleza, a diferencia del servicio público, es «competitiva» –fabricación de automóviles, por ejemplo– pero que encuentra afectada o distorsionada tal competitividad en razón del sujeto que la realiza. Aquí la empresa pública desarrolla una actividad en la que debería competir con otros sujetos que, efectivamente, actúan con la lógica del mercado, pero que por la naturaleza del sujeto, no de la actividad, tal situación de concurrencia se ve inevitablemente afectada.

¿Cómo conciliar la naturaleza «extramercado» del sujeto con la naturaleza «intramercado» de la actividad, cumplida, además, por otros sujetos que se encuentran obligados a las exigencias de la competencia?

Pensamos que la conciliación sólo puede venir de la mano, precisamente, del régimen jurídico de Derecho Público al que corresponde someter a estas empresas. Tal régimen jurídico es el que permite también conciliar, aunque en una tensión siempre dinámica, los postulados de libertad y autoridad propios del Estado de Derecho, es decir, la «autonomía de la voluntad» esencial de los sujetos que actúan *en el* mercado, con la conducta sujeta a la vinculación positiva a la legalidad de los sujetos públicos que actúan *sobre el* mercado, para regularlo, orientarlo, coordinarlo con el interés público²⁴.

lo dispone la Ley 22016, ya que puede ser un medio, por ejemplo, para medir la eficiencia de la gestión empresarial, especialmente en materia de costos. Pero se tratará siempre de una decisión de políticas públicas. Por ello, el art. 6 de la misma Ley autoriza al Poder Ejecutivo a eximir a las empresas públicas, con mayores alcances para las del área de defensa, de los impuestos nacionales «por todo el tiempo que estime conveniente... debiendo a tal efecto llevarse contabilidad por separado para reflejar las inversiones y resultados correspondientes a cada actividad» exceptuada.

²² En «La mona vestida de seda», diario *La Nación*, septiembre de 1989, cuando comenzaba el proceso privatizador «en serio», nos referíamos así a los antecedentes de falsas privatizaciones en las que, simplemente, se había disfrazado a la empresa pública con un vestido societario. No dejábamos de dejar sentado allí que, a pesar de todo, «la mona es un animal muy digno, cuando se comporta como tal, no cuando hace monerías circenses».

²³ Ver nuestro trabajo «Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público», *La Ley*, 1982-B.

²⁴ El Derecho comunitario es una interesante experiencia de compatibilización entre la empresa pública y el mercado, plasmado especialmente en los arts. 86 (ex 90) y 87 (ex 92) del

3. LA CUESTIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO O DEL DERECHO PRIVADO

Sin duda, estas empresas públicas, verdaderas «agencias gubernamentales» en el lenguaje de «Lebron», en sus relaciones con la Administración central, con el Estado y con cualquier otro ente público, se rigen por el Derecho Administrativo; son éstas típicas relaciones «interadministrativas», teniendo en cuenta que vinculan a sujetos pertenecientes al mismo sector público del ordenamiento federal, mientras que si se tratara de relaciones con sujetos públicos de los ordenamientos provinciales deberíamos calificarlas de relaciones «interjurisdiccionales», con aplicación preponderante del Derecho Constitucional.

En el caso de los «tipos» de empresas públicas específicamente regulados por nuestro ordenamiento normativo²⁵, no cabe duda que aquellas regulaciones, aun incorporadas al Código de Comercio —lo que no deja de ser útil, ya que permite su utilización por las provincias—, son de Derecho Administrativo y no de Derecho Comercial. Son tipos jurídicos que «exorbitan» a las figuras societarias, o al régimen del empresario individual, del Código de Comercio. Así, institutos como el del «veto» en las Sociedades de Economía Mixta, la prohibición del «voto acumulativo» en las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, el régimen de sumisión a los órganos de la Administración central, el especial régimen de control, exceden en mucho a las regulaciones relativas a figuras semejantes del Derecho Privado.

Todas estas características han permitido al legislador describir, no tanto definir, a la «empresa pública», cualquiera sea su tipo jurídico, como aquella en la que el Estado u otra persona pública es titular de la mayoría de la propiedad de la empresa y/o se encuentra sometida a un régimen jurídico por el cual la voluntad del «socio público» es siempre predominante en la toma de decisión empresarial²⁶.

Tratado. En definitiva, las empresas públicas se encuentran sometidas a la plenitud de las reglas de la competencia, en la medida que ello no les impida el cumplimiento de «la misión específica a ellas confiada» (art. 86). De la misma manera, las denominadas «ayudas de Estado» son declaradas incompatibles con el mercado común, aun cuando los arts. 87, 88 y otros (así, el art. 296 en materia de producción para la defensa) admiten, supuestos en los que la «ayuda» es considerada compatible, supuestos que en general cubren una variada gama de hipótesis en las que la existencia de una empresa pública, o su opción representada por el subsidio a una empresa privada, se encuentra razonablemente justificada.

²⁵ Así, las «Empresas del Estado», las «Sociedades de Economía Mixta», las «Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria», las «Sociedades del Estado», cada una de ellas con su regulación normativa específica.

²⁶ Ver la Ley 23696, de «Reforma del Estado», o la 24156, de «Administración Financiera». Se trata de un concepto idéntico al de «influencia dominante» utilizado por el Derecho comunitario.

La cuestión más discutida por la doctrina se refiere a la aplicación del Derecho Público o Privado a las relaciones jurídicas que las empresas públicas establecen con los particulares, ya sea por la provisión de los bienes y servicios que aquéllas producen o por la contratación de bienes y servicios originados en los mismos particulares. Igualmente merece una especial atención la cuestión de naturaleza jurídica de las relaciones «laborales» que la empresa pública establece con sus directivos y empleados u obreros.

No podemos aquí ahondar en esta cuestión. Baste señalar que el problema es de «régimen jurídico sustancial», es decir, las relaciones jurídicas de las empresas públicas con terceros ajenos a la Administración podrán ser sometidas a normas de Derecho Privado en todo aquello que no afecte a la relación sustancial de Derecho Público que siempre estará presente en la misma. Cuando en el caso concreto aparezca comprometida dicha relación sustancial —es decir, la finalidad pública de la empresa, los derechos «públicos» (distributivos) de los particulares—, las normas de aplicación de Derecho Privado deberán dejar paso a los principios y normas del Derecho Público, como lo advirtió la Corte Suprema de Justicia norteamericana en el citado caso «Lebrón».

4. LA PRIVATIZACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

Como ya lo hemos señalado, a partir de la década de los noventa —y aun antes, especialmente en Gran Bretaña— comenzó un fuerte proceso privatizador de las empresas públicas. Seguramente, tal proceso es resultado, entre otras razones que ya hemos mencionado, de las exigencias de competitividad en un mercado cada vez más globalizado, sin perjuicio de que la globalización también precisa de una fuerte inyección de regulación para garantizar la libre competencia.

En realidad, no se debe hablar sólo de la privatización de empresas, sino también, como veremos más adelante, de la privatización de la gestión de actividades que continúan reservadas a la titularidad estatal, tanto si éstas son de por sí generadoras de vínculos con los administrados como si se trata de actividades que la organización pública precisa para cubrir sus propias necesidades.

La privatización de la empresa pública supone la venta del activo, total o parcial, con o sin asunción de su pasivo, empresario. La privatización de servicios y actividades, en cambio, supone colocar al particular en el lugar que antes ocupaba la Administración en la realización material de la actividad, sin alterar su calidad de pública, es decir, de competencia de la organización pública o sector público del ordenamiento, lo que, en muchos casos, dará lugar a la que hemos denomina-

do «delegación transestructural de cometidos»²⁷. No hay aquí, entonces, ningún tipo de venta de activos, sino simplemente la atribución de un derecho de gestión.

En ocasiones, ambas modalidades pueden ir unidas, como cuando se privatiza la empresa pública prestadora de un servicio público, por venta de la empresa, y a la vez se le otorga al nuevo titular la gestión o prestación de tal servicio.

En cualquier supuesto, la privatización no debe ser tomada, ni sostenida, como una suerte de ideología, es decir, una meta ideal que siempre, y a cualquier costo, debe ser perseguida. Tampoco es el remedio para todos los males.

Desde nuestra perspectiva, la respuesta se encuentra en el principio de subsidiariedad, como guía para el establecimiento del límite entre lo público y lo privado. Sin duda que se trata de un límite flexible, que depende de las circunstancias y de la prudencia y acierto de los gobernantes. El acierto se mide en el desarrollo nacional –abarcando lo social, político, económico, etc.–, el desacierto, en el resultado inverso. El premio y el castigo para los gobernantes que aciertan o se equivocan en la determinación del límite se encuentra, en una democracia, en el voto ciudadano.

Pero no se deben adoptar posiciones dogmáticas. En nuestro país, el fortalecimiento de la actividad empresarial pública a partir de mediados de la década del cuarenta, provocó, en aquel momento y seguramente por los veinte años sucesivos, un importantísimo impulso de desarrollo y riqueza social. Luego, poco a poco, las empresas públicas, en general, se convirtieron en un factor, aunque no el único, distorsivo de la economía, hasta llegar a la grave crisis de 1989. Puede que haya influido en ello la mala gestión, que no ocurrió en todos los casos, pero la causa más importante debe ser buscada en la falta de justificación de la permanencia en manos del Estado de casi todas esas empresas²⁸.

²⁷ Ver nuestro *Principios...*, cap VII.

²⁸ Hay también una razón económica muy clara. En la inmediata posguerra, la tarea de reconstrucción de los servicios públicos y de otros grandes sectores de infraestructura sólo podía ser encarada por el Estado, ya que sólo él contaba con la capacidad financiera necesaria, ya sea por el «Plan Marshall» para los europeos o, en nuestro caso, por el flujo de recursos que la neutralidad trajo aparejado. Cincuenta años después la situación fue exactamente la inversa: los Estados ya tenían agotada su capacidad financiera, ya sea por endeudamiento o por emisión de moneda (para los europeos, cada vez más acotadas por las reglas comunitarias; para nosotros, por el exceso de endeudamiento público y la hiperinflación), mientras que los fondos podían encontrarse más fácilmente en manos privadas. A la vez, el regular el funcionamiento de los servicios públicos exigía un gran esfuerzo financiero, para la renovación de lo obsoleto y para el acompañamiento de la evolución tecnológica. Recordemos que, en nuestro caso, a fines de la década del 80 los servicios públicos se habían colapsado y que el Estado se encontraba en una virtual situación de falencia. La decisión de privatizar era, seguramente, la única razonablemente posible.

La inconveniencia de adoptar posiciones dogmáticas sobre la cuestión estatismo *versus* privatización puede advertirse si consideramos el éxito de las políticas seguidas en las circunstancias de los años cuarenta, al compás de la presencia empresaria del Estado, y también el extraordinario éxito de las políticas seguidas, frente a nuevas circunstancias, en los noventa, con la retirada del Estado del campo empresario.

Algo semejante nos parece ocurrió en Europa, donde el Estado empresario fue un factor de primera importancia en el esfuerzo de reconstrucción de la segunda posguerra, mientras en la actualidad el proceso privatizador es un adecuado acompañante del éxito de las políticas comunitarias, como sabemos, de libre competencia en el mercado.

Desde el punto de vista político-económico-social, la privatización es el proceso inverso a la «publicación». Esta última significa la ubicación de determinadas actividades en el sector público, mientras que la primera significa su ubicación en el sector privado del ordenamiento-organización.

Desde el punto de vista jurídico, la privatización, en sentido estricto, no supone más que una simple transferencia de la propiedad de la empresa, mediante diversos instrumentos jurídicos –por ejemplo, la venta de acciones–, en una transacción que, en su sustancia, genera entre las partes una relación jurídica de Derecho Administrativo, como resultará claro del régimen que explicaremos en los próximos párrafos.

Si la privatización o transferencia de la empresa a un nuevo propietario ajeno al sector público, es decir, privado, va acompañada de, por ejemplo, la concesión de un servicio público o el otorgamiento de un derecho específico a aquél para la explotación de la actividad, así en el caso de una licencia se establecerá, además, entre la Administración y el adquirente una nueva relación jurídica, normalmente en forma contemporánea a la anterior, que será la propia de la concesión, licencia, etc., de que se trate. Pero serán siempre dos relaciones jurídicas separables: la de la transferencia de la titularidad de la empresa y la que otorga el derecho, de naturaleza «administrativo», al adquirente.

5. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PRIVATIZACIÓN EN LA ARGENTINA. LA «LEY DE REFORMA DEL ESTADO»

En los últimos días de agosto de 1989, en medio de una crisis sin precedentes en la Argentina –considerada aún más grave que la «globalizada» crisis de los años 1929/30–, el Congreso sancionaba el proyecto de ley que le había enviado el Poder Ejecutivo a los pocos días de su

asunción y que llevaría el número 23696, llamada «de Reforma del Estado» (LRE)²⁹.

La LRE hizo mucho más que establecer un acabado régimen para las privatizaciones de empresas, aunque éste sea uno de sus capítulos más destacados. Se trató de sentar las bases de una profunda reforma de la Administración Pública, en su papel social, su funcionamiento, su racionalización, sin descuidar cuestiones coyunturales como las relativas a la renegociación de los contratos y de la deuda pública interna no financiera. Junto con otros cuerpos normativos que la siguieron, fue calificada por la Corte Suprema de Justicia como de un verdadero «*programa de gobierno aprobado por el Congreso*» («Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional», Fallos, 316:420; cursiva agregada).

La estrategia privatizadora se insertó así en una concepción integral del papel de «lo público» en la totalidad del ordenamiento. Lo público es conducción, impulsión, ayuda, control, de las fuerzas sociales en un régimen de «libertad ordenada». La oportunidad, la medida, la profundidad de tales acciones, dependen de la necesidad de asegurar la permanencia del ordenamiento atendiendo a los desafíos que a dicha permanencia presentan las circunstancias. Algunas de las aplicaciones de aquellas medidas, casi inherentes a la permanencia del ordenamiento, se encontrarán fuera de discusión, otras serán coyunturales y sometidas a un debate democrático, cuyo recinto por excelencia es el Congreso. Todo esto es lo que se desprende del «programa de gobierno» querido por el Presidente y aprobado por el Congreso en la Ley 23696³⁰.

²⁹ Se trató de un proyecto en el que tuvimos participación los profesores de Derecho Administrativo. Entre otros, Roberto Dromi, a la sazón Ministro de Obras Públicas del Presidente Carlos Menem e impulsor del proyecto; Guillermo Fanelli Evans, Ismael Mata, Juan Carlos Cassagne, quien ahora escribe estas líneas y, naturalmente, diversos legisladores oficialistas y otros miembros del Gobierno, como es el caso de Rodolfo Díaz, también de participación muy destacada. En el mes de octubre del mismo año fue sancionada su principal reglamentación por Decreto 1105/89, en la que tuvimos ocasión de participar junto a Comadira y Fanelli Evans.

³⁰ No debe mover a confusión la declaración de «emergencia administrativa» declarada por el art. 1 de la LRE, de naturaleza, obviamente, temporal. La declaración de emergencia fue un instrumento para afrontar la conjuntura, aunque a su amparo pudieron dictarse normas de reordenamiento y racionalización de gran ayuda para la «reforma del Estado». Sin embargo, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la mayoría de las normas de la LRE contienen instituciones —en función del «programa de gobierno», como muy bien lo identificó la Corte Suprema— en sí mismas ajenas a la situación de emergencia y, por lo tanto, no alcanzadas por la duración temporal de las medidas destinadas a enfrentarla. Entre ellas, con importancia destacada, el régimen de las privatizaciones de empresas, actividades y servicios en manos del sector público. Esta aclaración es importante, ya que el cap. II de la LRE, que será objeto de nuestro estudio, estará vigente hasta tanto lo decida el Congreso, y no sólo con relación a las empresas de propiedad pública existentes al momento de sanción de aquella Ley, sino con respecto a la privatización que pudiera decidirse sobre una eventual empresa pública constituida *a posteriori*.

El capítulo II de la LRE —«De las Privatizaciones y Participación del Capital Privado»— establece el régimen jurídico básico del procedimiento privatizador. Luego, en diferentes normas, se estableció el procedimiento particularizado de diversas privatizaciones concretas —las que estudiaremos más abajo—, como también el «marco regulatorio» que define el papel de la Administración con relación a la actividad a cumplir por la empresa privatizada —no a la empresa en sí misma— cuando tal regulación, por la naturaleza de la actividad, resulta ineludible.

6. LA ESTRATEGIA PRIVATIZADORA

Conforme lo expuesto, es posible afirmar que *privatización* —en sentido amplio— es cuando se transmite la titularidad de los medios de producción o de la competencia para ejercer determinada actividad del sector público al privado.

Este concepto comprende dos modalidades. La primera es la privatización propiamente dicha o absoluta, cuando la misma consista en la venta de empresas o activos públicos. Aquí privatizar es cuando la actividad o la competencia para ejercerla dejan de ser públicas.

Y la segunda es una privatización que no es absoluta, sino relativa, ya que lo que se privatiza es la gestión de la actividad, lo que siempre supone una disminución en el gasto estatal, un aliciente para la innovación tecnológica, un incentivo para la mayor eficiencia; aliciente e incentivos que vienen de la mano con la iniciativa privada y el ánimo de lucro.

La Ley 23696 recoge estos conceptos, toda vez que en el art. 11 de la misma se aclara que luego de que el Congreso Nacional califique a determinada empresa o actividad como «sujeta a privatización», tal habilitación parlamentaria faculta al Poder Ejecutivo «para proceder a la privatización total o parcial, a la concesión total o parcial de servicios, prestaciones u obras cuya gestión actual se encuentre a su cargo». Observemos que la Ley no distingue entre privatización y concesión y que mediante esta última el Estado mantiene para sí la titularidad de la competencia en la prestación de la actividad. Existe, por lo tanto, una privatización relativa.

7. PROCEDIMIENTO

La Ley 23696 enfrenta el problema de las privatizaciones de manera integral, estructurando un sistema que es a la vez un programa de privatizaciones (ya casi concluido) sometido a un régimen de control parlamentario y administrativo de gran severidad (pero ideado para

evitar entorpecimientos) y otorgando especiales garantías y beneficios al personal de las empresas privatizables.

A) *Intervención del Congreso.* El primer aspecto de este régimen, muy importante de destacar, es la intervención necesaria e ineludible del Congreso en la definición misma de la privatización. No puede ser privatizada ninguna empresa si ésta no es declarada «sujeta a privatización» por ley, a propuesta del Poder Ejecutivo. Es ésta una declaración legal justificada en la disposición de bienes del Estado, y nadie mejor que los representantes del pueblo para definir si estos bienes deben dejar el sector público para pasar al sector privado. Una vez efectuada tal declaración legal, el Ejecutivo tiene amplias facultades en la realización de todo el proceso, siempre sujeto al control que luego se analizará.

Pero tal definición legal tiene también una importancia política que no puede ser soslayada y que, en la práctica, en la Argentina resultó de gran utilidad. Todo proceso privatizador (ello es natural) produce grandes resistencias por los grupos afectados en sus intereses (defensores del *statu quo*) o por grupos que actúan por una motivación ideológica, o ambas cosas a la vez. Estas resistencias han sido neutralizadas por la existencia de la Ley, que le impone al Ejecutivo la privatización, y contra la cual nadie puede alzarse. La Ley puede ser criticada, puede promoverse su derogación o su modificación, pero hasta tanto ello no ocurra debe cumplirse.

Jurídicamente, la calificación legal de «sujeta a privatización» incide sobre la condición de la empresa de dos maneras: es una empresa a ser privatizada, lo que obliga al Poder Ejecutivo a iniciar de «inmediato y de oficio», como lo dispone el art. 11 de la reglamentación de la Ley (Decreto 1105/89), los procedimientos relativos a la privatización; es también una empresa en situación de privatización, lo que obliga a sus administradores a realizar sobre ella las inversiones que sólo justificadamente, aun excediendo el ámbito propio de la conservación, pueden ser útiles o beneficiosas para el mismo proceso de privatización.

Luego de la calificación por ley deben estudiarse tres grandes aspectos:

B) *Alternativas.* El art. 15 de la Ley 23696 delega en el Poder Ejecutivo la facultad de disponer una variada gama de operaciones jurídicas tendentes a mejorar la situación de la empresa en orden a su privatización. Así, la reforma de los estatutos societarios, acordar excepcionalmente beneficios tributarios, mecanismos de capitalización de pasivos y, en un ámbito de permisión muy amplio, «llevar a cabo cualquier tipo de acto jurídico o procedimiento necesario o conveniente para cumplir con los objetivos de la presente ley» (inc. 13).

C) *Modalidades*. En el sistema de la Ley, «privatización» es un concepto genérico que admite distintas especies o modalidades, las que se encuentran enumeradas en el art. 17: a) la venta de activos de las empresas, como unidad o en forma separada, siempre que, claro está, se trate de una realización de activos destinada a la privatización y no propia del giro empresarial o decidida en el marco de la política empresarial de dimensionamiento de sus actividades; b) venta de acciones o cuotas partes del capital social; c) venta del establecimiento o hacienda productiva en funcionamiento; d) locación con o sin opción a compra; e) administración con o sin opción a compra; f) concesión (de obra pública, de servicio público) de licencia o permiso.

Dado que la mayor cantidad de empresas a privatizar eran prestadoras de servicios públicos, y por la importancia que éstas tenían, cabe aclarar que el procedimiento de privatización se realizó en dos operaciones: la venta de la empresa (por cualquiera de las modalidades ya señaladas) y la concesión del servicio propiamente dicho. Es decir, que aquí se observa la utilización conjunta de dos de las modalidades previstas en la Ley.

D) *Procedimientos de selección*. Cualquier modalidad de privatización supone la celebración de contratos, los que, según el art. 18 de la Ley, deben llevarse a cabo a través de un procedimiento de selección del contratista que asegure la total transparencia de la operación, resguardando los principios de igualdad, competencia y publicidad necesarios para asegurar las condiciones ineludibles de moralidad y conveniencia administrativas.

Por ello, la regla general es la licitación pública o el concurso público, según que el criterio determinante de la adjudicación consista en el precio o en las cualidades personales del oferente. En caso de que tales criterios no puedan distinguirse, el procedimiento será la licitación. También se admite el remate público (cuando se trate de venta de activos) y la venta de acciones en bolsas y mercados.

Sólo muy excepcionalmente, la Ley acepta la contratación directa para quienes gozan de las preferencias del art. 16, especialmente organizados en «programas de propiedad participada», institución que luego se analizará.

Como parte del procedimiento de privatización, siempre en orden a preservar la regularidad del mismo, la Ley dispone que, en todos los casos, se requerirá la tasación previa efectuada por organismos públicos y, excepcionalmente, por organismos internacionales o entidades extranjeras, que en ningún caso podrán ser postulantes en el posterior proceso de selección.

Asimismo, la Ley estructura un doble mecanismo de control; uno de carácter administrativo y que se realiza de manera previa y abreviada, regulado de esta manera con el fin de no obstaculizar la ejecución de la Ley.

El segundo consiste en una modalidad especial de control del Congreso a través de una Comisión Bicameral (Cámara de Senadores y Cámara de Diputados) de doce miembros con representación de los mayores bloques partidarios, gozando esta Comisión de amplísimas facultades.

E) *El Programa de Propiedad Participada*. A la manera del Employees Stock Ownership Plan (ESOP) que a partir de 1956 se comenzó a implementar en los Estados Unidos, la Ley 23696 establece que el capital accionario de las empresas declaradas «sujetas a privatización» puede ser privatizado, total o parcialmente, a través de un «Programa de Propiedad Participada».

Se trata de un verdadero sistema de participación accionaria, que beneficia tanto a los empleados de la empresa a privatizar como también a los usuarios de los servicios públicos prestados por la empresa privatizable o por los productores de materias primas cuya industrialización o elaboración constituye la actividad de la empresa en cuestión.

De manera sintética se describe el régimen: previa transformación (si fuese necesario) de la empresa en una sociedad anónima (sociedad por acciones), los beneficiarios podrán adquirir las acciones conforme un «coeficiente de participación» para cada una de las categorías antes indicadas (empleados, usuarios, productores), mientras que el precio de las acciones (fijado de acuerdo con la tasación ya mencionada) es saldado con las modalidades que se establezcan en el Acuerdo General de Transferencia, según el cual las partes involucradas reglarán la totalidad de su relación. La misma Ley establece un sistema por el cual los empleados adquirentes destinarán al pago del precio los dividendos anuales, al igual que los productores y los usuarios que también adquieran acciones. Hasta que se cancele la totalidad del pago, las acciones quedan prendadas y depositadas en un banco fideicomisario. El régimen de estas acciones es el que marca al respecto la Ley de Sociedades; no existen a través del Programa de Propiedad Participada «accionistas de segunda».

8. CONTROL DE SERVICIOS PRIVATIZADOS

Como consecuencia de la privatización de servicios públicos a través —en general— de la técnica de la concesión, se elaboraron marcos re-

gulatorios, los que constituyen normas (leyes o reglamentos) que contienen los principios o bases de la regulación por la cual se va a prestar el servicio. En general, los marcos regulatorios contienen: a) fijación de la política general del sector en el que está comprendida la actividad privatizada; b) el régimen de tarifas; c) definición y régimen de los distintos sujetos que componen el proceso de la actividad (vgr., distribuidores, transportistas, etc.); d) régimen general de la prestación del servicio; e) derechos y obligaciones de los concesionarios; f) régimen de los bienes sometidos a la prestación del servicio, y g) tratamiento de los usuarios del referido servicio.

A título de ejemplo, podemos mencionar los siguientes: Decreto 1185/90, del servicio telefónico; Decreto 999/92, del servicio de agua potable y servicios cloacales; Ley 24065, de energía eléctrica; Ley 24076, del gas natural; Ley 24093, de puertos, entre otros.

Pues bien, mientras otras actividades industriales o comerciales fueron desreguladas, estas actividades, concentradas en la prestación de servicios públicos, tienen una fuerte regulación, acorde con las características de dicho instituto, arriba señaladas. Para efectuar el control de estas regulaciones, concomitantemente con la determinación de los «marcos regulatorios», fueron creados por el Estado los denominados entes reguladores que tienen a su cargo, precisamente, la realización de esa gestión.

Los entes reguladores tienen las siguientes características: a) en general, responden al tipo jurídico de entidad autárquica, de lo cual deriva la imposibilidad de reconocerles plena autonomía, ya que están sometidos al control de tipo administrativo; b) el procedimiento para la formación de reglamentos que dicten, con relación a tarifas y a otras cuestiones que tengan vinculación con los usuarios, tiene la peculiaridad de efectuarse mediante el trámite de audiencia pública con participación de aquéllos y con legitimación, en algunos casos, para quienes pueden invocar derechos de incidencia colectiva; c) los órganos superiores son colegiados, y d) algunos de ellos ejercitan actividad materialmente jurisdiccional con revisión judicial posterior, en los conflictos que se susciten entre los concesionarios o licenciarios y los usuarios.

9. LA INCIDENCIA DE LAS PRIVATIZACIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El proceso privatizador no tiene una trascendente incidencia *directa* en el Derecho Administrativo. Desde aquel punto de vista directo, la privatización, al menos tal como ha sido regulada en la Argentina, trae como novedad el desarrollo de un contrato administrativo —el de priva-

tización— cuyas principales características hemos sintetizado más arriba, pero que su sustancia no se aleja de los principios generales que rigen a la generalidad de los contratos públicos. Otra incidencia directa se encuentra en la desaparición, al momento, de la gran mayoría de las «empresas públicas», lo que provoca la práctica inexistencia de decisiones judiciales sobre el régimen jurídico de las mismas —decisiones más que frecuentes con anterioridad a la década del 90—, la ausencia de nuevas disposiciones normativas —en un campo donde la producción normativa era notable— y, por tanto, un menor interés en la doctrina y en su presencia cuantitativa en los programas de estudio.

Por el contrario, es destacable la incidencia indirecta —siempre en lo que respecta al Derecho Administrativo, es decir, sin referirnos a sus consecuencias económicas y políticas— que ha traído aparejada la transformación de gran parte del «sector público» en «sector privado» de la economía. Estas consecuencias se advierten en los casos en que la privatización o venta de la empresa pública fue acompañada de la concesión del servicio público que anteriormente prestaba, o del otorgamiento de licencias, o la transformación de una actividad en especialmente regulada. No así en los casos en que la empresa pública era, simplemente, productora de bienes industriales o comerciales. En estos supuestos, sencillamente deja de existir lo público para dar paso a lo verdaderamente privado.

La «post-privatización» en la Argentina se encuentra todavía en etapa de desarrollo, pero aun así es posible enunciar algunos de sus efectos principales sobre el Derecho Administrativo.

Seguramente, el más importante es el cambio de la actitud jurídica, podríamos decir «cultural», del usuario o consumidor frente a la empresa prestadora. Aquél se convirtió en un «cliente» exigente y atento, utilizando con frecuencia institutos ya existentes pero que han sido fortificados, especialmente a partir de la reforma constitucional de 1994.

También es de destacar el papel de los distintos entes reguladores y de control, el régimen de «audiencias públicas» para la definición de las más importantes normas regulatorias, un fuerte activismo judicial a la hora del control de aspectos tan sensibles como el de las tarifas, o la responsabilidad por daños debidos a la incorrecta prestación del servicio.

En gran medida, entonces, la «privatización» ha incorporado, desde la perspectiva del usuario o consumidor, una alta cuota de «democratización» y, desde la perspectiva del ordenamiento normativo en sí mismo, una permanente tensión hacia el mejoramiento de la calidad de un sistema, todo lo cual se encontraba olvidado, o mejor ocultado, en la época del «Estado empresario». Precisamente, la mala calidad de las

prestaciones quedaba oculta bajo el manto de la mala calidad de la gestión política general, o beneficiada por los aciertos políticos en otras áreas más resonantes. La distinción entre gestión empresaria y gestión política –uno de los efectos significativos del proceso privatizador– permite que la comunidad distinga a esos dos objetivos de su atención: una cosa es la buena o mala gestión gubernamental; otra cosa, y en cualquier supuesto, es el derecho a recibir servicios de buena calidad, lo que es exigible, en gran medida, con los medios que el ordenamiento ya ha puesto a disposición de todos.

