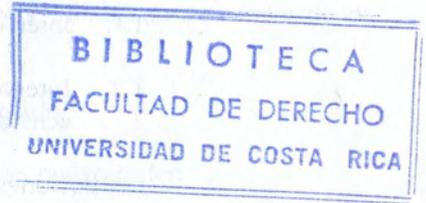


INTERVENCION PUBLICA EN LA ECONOMIA,
PRIVATIZACION Y REFORMA DEL ESTADO

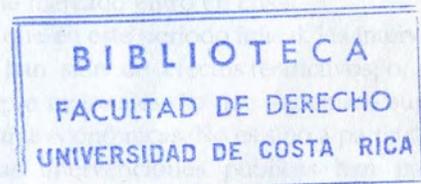
Dr. Virgilio Calvo Murillo
Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica



SUMARIO:

- I. Intervención en la economía
 - A. Fundamentos, motivos y gradualización
 - B. Intervención de las actividades económicas
 - 1. La Presión sobre la economía por restablecer el orden
 - 1.1. Intervención previa al inicio de actividades
 - 1.2. Intervención durante la realización de actividades
 - 2. Las nociones de orden público económico, policía, servicio público y actividad de fomento
 - C. Realización directa por el Estado de la administración de los medios de producción y los servicios
 - 1. Generalidades
 - 2. La Empresa Pública
 - 3. Crisis del fenómeno empresarial de tipo público
- II. El proceso de privatización y de reforma del Estado
 - A. El proceso de privatización
 - 1. Generalidades
 - 2. Concepto
 - 3. Actuación del proceso

- 4. El principio de su subsidiariedad
 - 4.1. Nota introductoria
 - 4.2. Intervención subsidiaria
- 5. Logros que se pretenden obtener con la privatización
- B. La reforma del Estado
 - 1. Nota introductoria
 - 2. El informe Giannini al Parlamento italiano
- III. Perspectivas del Estado y del derecho administrativo a la luz de los nuevos conceptos
 - A. La nueva orientación del Estado
 - B. El derecho administrativo del nuevo orden
- IV. Conclusiones



I. INTERVENCIÓN EN LA ECONOMÍA

A. Fundamentos, motivos y gradualización de la misma

La doctrina respectiva ha estado de acuerdo en que –fundamentalmente– dos han sido los motivos que dieron lugar a la intervención estatal en el campo económico: a) la necesidad de que se diera un reparto distinto de la renta, originado en los movimientos obreros surgidos de la revolución industrial; y b) la inidoneidad de los mecanismos espontáneos de reequilibrio de la economía capitalista.⁽¹⁾

El juego de la libre competencia se había deteriorado a raíz del proceso tecnológico y, en su lugar apareció el proteccionismo estatal; lo que sirvió no sólo para proteger las industrias nuevas, sino también, las posiciones adquiridas por los grupos económicamente fuertes. Todo lo cual, frenó la competencia, el progreso técnico y el desarrollo de las fuerzas productivas.

Esto dio lugar a una desocupación masiva, reducción mundial del ritmo de industrialización y, con la intensificación de las crisis económicas, la economía de mercado entró en crisis.

Es necesario indicar que en este período inicial, las intervenciones públicas en la economía han sido de efectos restrictivos; o, han dado lugar a directrices no siempre racionales. Lo que –además– supuso una deformación de las estructuras económicas. No es sino a partir de la crisis del año 1929, en que las intervenciones públicas han pasado de episódicas a sistemáticas.

Se argumenta que como los mecanismos de mercado están sometidos a fricciones derivadas de las condiciones efectivas de funcionamiento; y, de deformaciones relacionadas con las repercusiones que se ejercitan sobre la estructura del mismo, se producen una serie de desequilibrios, para hacer frente a los cuales el mercado es impotente. Por tanto, desde el punto de vista teórico el mercado es el mecanismo

(1) Baena del Alcázar M. *Régimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía*, Madrid, 1966, p. 34, el cual señala además la defensa de los países occidentales frente al comunismo y, la necesidad de remediar las contradicciones del sistema capitalista.

que regula y mide las elecciones de los sujetos; pero en la realidad cada vez orienta menos la conducta de estos.

Desde este punto de vista se indica que los empresarios en lugar de ser dominados por el mercado resultan sus dominadores; y los consumidores se muestran demasiado condicionados, porque les crean necesidades artificiales que obedecen a la fuerza persuasiva de los primeros.

Como consecuencia, los principios que se mantenían en relación con el mercado y su función reguladora natural, se consideraron un capítulo definitivamente concluido.

Tanto los expositores jurídicos como económicos coincidieron en que los objetivos de la intervención debían estar subordinados a la finalidad de maximización de la renta nacional.

La doctrina en general aceptó la distinción entre intervención legislativa y administrativa;⁽²⁾ aunque otros⁽³⁾ indican que es poco importante, en cuanto la primera se refiere únicamente a los supuestos en que el Estado no actúa directamente a través de la Administración para ejecutar lo dispuesto por una ley.

No se dio un concepto unitario de intervención⁽⁴⁾ ni se establecieron claramente grados específicos de la misma. Al contrario, un distinguido tratadista italiano, el profesor Massimo Severo Giannini⁽⁵⁾ manifestaba que la disputa terminológica se tornaba inútil.

Sin embargo, se dio una gradualización, desde una primera etapa en que para mantener la competencia se imprimió un sentido determinado a actividades específicas, a una segunda de clara limitación de derechos específicos en aras de mantener el orden público económico y finalmente a una tercera, en que el Poder Público asumió totalmente en algunos casos y parcialmente en otros, los medios de producción y cambio. (Baena, 1966, pág. 73).

(2) Zanobini, G. *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, 1959, p. 411.

(3) Baena, M. *Op. cit.*, p. 43.

(4) Spagnuolo Vigorita, V. *Attivira Economica Privata e Potere Amministrativo*. Napoli, 1962, p. 70 quien indica que son las medidas que limitan la autonomía económica individual.

(5) Giannini, M. S. *Sull' Azione dei Pubblici Poteri nel Campo Dell'Economia*. R.D.C., Roma, 1959, p. 316.

B. INTERVENCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS

1. La presión sobre la economía para restablecer el orden

1.1. Intervención previa al inicio de las actividades

Las intervenciones iniciales de las actividades económicas son de tipo general, con el fin de velar por finalidades comunes a todas las ramas de la Administración, o los intereses del conglomerado social como un todo (por ejemplo de tipo sanitario), o de tipo específico o técnico, con el fin de lograr la eficacia o rentabilidad (controles ejercidos para la apertura de un banco privado).

Se trata de estimular el desarrollo económico, mediante el establecimiento de requisitos de menor o mayor envergadura, según se trate de empresas más o menos importantes para el desarrollo del país, que supongan apoyo técnico para la actividad que se va a iniciar y que den lugar a menores costos de operación; para que se dé un aprovechamiento correcto y ordenado de bienes aprovechables (caso de explotaciones en materia de hidrocarburos), o para evitar situaciones competitivas que pudieran resultar perjudiciales, con lo que se trata de garantizar una explotación racional (sobre todo referido a explotación de bienes del dominio público), entre otros.

Los mecanismos jurídicos comúnmente utilizados han sido la autorización desde el punto de vista de su concepto tradicional (remoción de un obstáculo para ejercitar un derecho en que sólo se comprueba la idoneidad para el inicio de la actividad de producción o de servicio); la autorización denominada "constitutiva" (que supone no sólo un control de inicio sino durante todo el tiempo que una actividad se realice, en materia de precios, calidad del servicio que se presta o sistema de fabricación que se usa).⁽⁶⁾ Finalmente la concesión, caso en que se le reconoce al particular una situación especial de ventaja.

1.2. Intervención durante la realización de las actividades

Se presenta sobre todo en la hipótesis de producción de artículos y, en los casos en que por la amplia gama de posibilidades que la

(6) Giannini, N.S. *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, T. II, p. 1105.

publicidad ofrece en la actualidad, puede dar como resultado que el consumidor sienta la necesidad artificial de un producto que en verdad no necesita o, considere ventajas en el mismo que en realidad no tiene.

En tales casos, los controles van dirigidos a velar por la salud y seguridad de los usuarios, con el fin de que se aclare convenientemente qué clase de producto es el que se ofrece, sus cualidades reales, fecha de vencimiento si el mismo es de tipo alimenticio y enlatado, etc.⁽⁷⁾

2. Las nociones orden público económico, policía, servicio público y actividad estimuladora o incentivadora (Fomento)

A pesar de que el particular conserva la libertad económica, el Estado echa mano de una amplia gama de medidas, que implican un necesario estrechamiento de aquélla, aunque no su supresión.

Al concepto original de "orden público económico", se le ha agregado un nuevo elemento que le permite tutelar las condiciones de funcionamiento normal de una economía de mercado, con lo que al poder variar el curso de la economía, altera la espontaneidad del mercado, fundamentalmente a través de la fijación de precios.

En tal sentido, se ha indicado⁽⁸⁾ que resulta paradójico que la Administración que quiebra a través de sus propias empresas o por vía de estímulos o coacciones el curso normal de la economía, no tolere que los sujetos particulares por propia iniciativa adquieran una posición de prevalencia o dominio, que impida la libre competitividad de las ofertas y demandas, alterando las reglas clásicas de la formación de precios.

En cuanto a la noción de "policía", el concepto original de actividad administrativa dirigida a limitar la actividad de los particulares, para tutelar el orden público, sufre una deformación mediante la creación de policías especiales en el campo económico, como son las fijaciones de precios, de producción y, en general una variada gama de restricciones a la libertad de industria y comercio.⁽⁹⁾

(7) Un ejemplo en nuestro país es la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7472 de 20 de diciembre de 1994.

(8) Martín Mateo, R. y otro. *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, 1977, p. 234.

(9) Giannini, M. S. *Op. cit.*, nota 5, p. 37.

La noción de "servicio público" en su concepción original permitía a la Administración prestar servicios asistenciales. Se transforma en que permite a ésta ser titular de servicios de carácter económico; o sea, servicios públicos industriales y comerciales, lo que dio lugar al nacimiento de establecimientos públicos de ese tipo, que no podrían funcionar en un régimen clásico de tutela estatal, porque realizan en forma habitual actos de comercio, sin adquirir la calidad de comerciantes del derecho privado. Esto —por tanto— dio lugar a que la Administración adquiriera una función interventora.

La actividad "incentivadora" se propone provocar, con miras a beneficiar el interés colectivo, el cumplimiento de una actividad específica por parte de los particulares. Sus caracteres, en criterio del Profesor de la Universidad de Roma Giuseppe Guarino⁽¹⁰⁾ son: a) el destinatario del beneficio es siempre un particular que desarrolla una determinada actividad económica en modo igualmente determinado; b) con tal fin, se dispone una ventaja para el particular que opera como contraprestación; c) si no existiera ley, la actividad o no la desarrollaría el particular, lo haría en modo distinto o no lo haría del todo. Por tanto, el Estado acuerda un beneficio especial al particular, con el fin de que éste realice la actividad que se le indica, porque conviene a la economía nacional y, siempre y cuando exista ley respectiva que así lo permita.

Es claro, en consecuencia, que la actividad de fomento permite al Estado (administración) ser cogestora o contralora de la actividad económica subvencionada. Es por tanto, una forma como la administración rompe el esquema de la libertad individual en la vida económica, porque la encauza y controla.⁽¹¹⁾ En Costa Rica, puede citarse el caso de los contratos de exportación como un claro ejemplo.

C. Asunción por el Estado de la administración de medios de producción y servicios

1. Generalidades

En esta situación el Estado es protagonista en el mercado y, si bien no suprime en su totalidad la libertad de comercio, si da lugar a

(10) Guarino, Giuseppe. *Scritti di Diritto Pubblico Dell' Economia e Diritto Dell'Energia*, Milano, 1962, p. 131.

(11) Baena, M. *Op. cit.*, p. 18.

enfrentamientos con grupos monopolísticos o, evita desequilibrios.⁽¹²⁾ Esta asunción se materializa, por adquisición de entidades ya existentes (hipótesis de nacionalización) o, por la constitución de otras empresas denominadas *públicas*. Por la importancia de la segunda opción, haré una descripción de tal fenómeno únicamente.

2. La Empresa Pública

Hasta finales del siglo pasado, privó el fenómeno de la concepción pública a ultranza; esto es, que todas las actividades económicas en que el Estado tuviera que ver eran de tipo público. Sin embargo, el abandono de tal concepto se dio por obra de la propia realidad de las cosas y, el derecho privado retornó nuevamente al protagonismo en la regulación de algunas relaciones jurídicas en las que el Estado intervenía. Es el caso de entidades estatales que prestaban un servicio a un particular por medio de la actividad contractual respectiva, lo que también era un modo de velar por el interés público.

Los primeros casos en que actividades de los poderes públicos adquirieron carácter de empresa, se trató –justamente– de la prestación de servicios públicos esenciales: ferrocarriles, telecomunicaciones. En tal contexto, las jurisprudencias de los países europeos, iniciaron la aplicación de instituciones del derecho privado (como la resolución por incumplimiento) y, concluyeron en que la actividad realizada por administraciones públicas que gestionaran tales servicios, eran de tipo empresarial.

Se llegó de ese modo a la concepción de la empresa pública, como un medio idóneo para el Estado de intervenir en la economía, ya sea para neutralizar en forma rápida tendencias monopolísticas en sectores determinados, iniciar proyectos de inversión que requerían una suma cuantiosa de capital inicial o, industrializar y desarrollar ciertas regiones que no tenían condiciones favorables para atraer la iniciativa privada.⁽¹³⁾

(12) Baena, M. *Op. cit.*, p. 101.

(13) El profesor español Fernando Garrido Falla, *Privatización y Reprivatización*, R. A. P. número 126, Madrid, 1991, p. 16 indica que el nacimiento y multiplicación de las empresas públicas tiene dos orígenes paralelos y diferenciados: las nacionalizaciones y la creación de empresas ex novo.

Fue en los años 30, que dio inicio la corriente que pregonaba que el Estado debía recurrir a una política económica fundada en la demanda agregada y la intervención redistributiva. Así, el denominado Estado de Bienestar intervenía para que los ciudadanos tuvieran solución a sus problemas fundamentales de la vida. Esta corriente se incrementó después de la Segunda Guerra Mundial, (1945) hasta constituirse en una forma de distribuir la riqueza en sustitución del mercado, lo que dio como resultado un intenso protagonismo estatal en la economía. Todo lo cual significa una clara expansión del Estado en la actividad económica y social y, como lógica consecuencia una declinación de la ideología liberal, por el auge de las ideas interventoras.

A partir de entonces, la protección del individuo ya no se basó en la limitación del Estado, sino en su fortalecimiento.

Originalmente se consideró que el carácter 'público' lo daba el titular de la empresa; posteriormente se amplió a cuando se daba una participación mayoritaria de los poderes públicos en el capital social. Finalmente se consideró que tal carácter se daba por la nota de control que los poderes públicos ejercían sobre la empresa; el que podía ser directo o indirecto.

Es fácil establecer una diferencia entre una empresa privada y una pública. En la primera, la maximización de las ganancias es connatural a la noción de equilibrio; mientras que en la segunda, es cómo debe comportarse para conseguir la máxima renta para la colectividad. O sea en ésta, el beneficio es un elemento condicionado a la consecución de los fines asumidas por la entidad en el marco de la política económica concreta y, a la vez, es la medida de su eficiencia. Las decisiones de inversión son adoptadas teniendo en cuenta la maximización del beneficio y la vida de la empresa, pero sobre todo, el desarrollo del país. En consecuencia, si bien pueden perseguir un fin lucrativo, también pueden ser instrumentos de una política de desarrollo económico. De este modo, han surgido en las más variadas circunstancias, con base en necesidades no siempre individualizadas.

Sin embargo, es de aceptación unánime, que se rigen por el derecho privado.⁽¹⁴⁾

De la variada gama de clasificaciones de las empresas considero que la que mejor da una idea del fenómeno empresarial público, es la siguiente:

(14) Una interesante y completa obra sobre el tema de las Empresas Públicas, es: *La Empresa Pública*, varios autores, Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970, 2 tomos.

- BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO
1. Las que gestionan servicios públicos por motivos sociales o económicos;
 2. Las que operan con el fin de contribuir al desarrollo económico (evitando distorsiones, desarrollando zonas atrasadas o sectores neurálgicos de la economía);
 3. Las que actúan con el fin de regular la estructura del mercado (evitando monopolios, oligopolios, operando sobre el mecanismo de los precios);
 4. Las que actúan con fines político-sociales (empleo de recursos naturales o mano de obra);
 5. Las que operan para garantizar una equilibrada disponibilidad de bienes y servicios en diversas regiones y, para elevar las condiciones económicas en áreas en depresión.

La empresa pública marcó el apogeo y, a la vez la caída del Estado Empresario tanto por razones intrínsecas como extrínsecas.

3. Crisis del fenómeno empresarial de tipo público

La crisis de la empresa pública obedeció a factores externos e internos. Dentro de los primeros, es de citar en forma principal, la pérdida de fundamento que llegó a darse en determinada etapa de la existencia de la misma.

En efecto, en los años setenta, se generalizó la inflación como fenómeno a nivel mundial; se agudizó la crisis fiscal en la gran mayoría de los países del orbe y, se dio también un desarrollo tecnológico especialmente importante. Unido a la idea tendiente a consagrar un capitalismo de Estado y, a la creencia de que todo debía esperarse del Estado, hizo que la Administración se convirtiera en soporte de prestaciones.⁽¹⁵⁾

En consecuencia, la crisis del planteamiento empresarial público generó problemas económicos, desempleo, incremento del déficit

(15) Martín Retortillo, S. *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, 1988, Vol. I, p. 40.

presupuestario. Aunque existe unanimidad doctrinal en que el punto álgido de los problemas del Estado Empresarial o de Bienestar fue el de la crisis fiscal generalizada. Además, tomó fuerza la tesis de que resultaba más conveniente y generaría mejores resultados para el Estado, intervenciones que afectaran menos la libertad económica de los particulares.

Debe citarse, de igual manera, que no parece lo más conveniente que la intervención adquiere forma empresarial; porque ante la eventual existencia de acuerdos colusorios que puedan afectar la libre competencia, medidas como la eliminación de barreras arancelarias o la apertura del mercado y, por supuesto un control efectivo que evite tales acuerdos, resultan mucho más efectivos y afectan menos las libertades económicas de los particulares.

Se llega por esa vía, a la convicción que es necesario detener el crecimiento del sector público empresarial y, que se debe establecer un criterio claro que permita saber cuándo su existencia es absolutamente necesaria.

Dentro de los motivos internos, son de citar, la vinculación política que las empresas tuvieron con los gobiernos de turno, lo que generó privilegios especiales y abrió un camino de ventajas como subvenciones, garantía contra la quiebra, etc, y dio lugar a que por no existir presión competitiva, desapareciera el interés por una actuación eficiente. De igual manera la inexistencia de un grupo dirigente con preparación idónea y estabilidad en el cargo, ya que la dirección de esas empresas fue ocupada por personas vinculadas al gobierno de turno, todo lo cual llevó a un estudioso de la materia⁽¹⁶⁾ a decir que la empresa pública es "como una casa sin amo". Tales motivos, que son citados por la doctrina, tienen coincidencia plena en nuestro medio y, significaron la finalización de la época de las participaciones estatales en la economía.

Todo el cuadro descrito, que marcó una época, trajo como consecuencia un cambio de orientación en la política económica y en el papel del Estado mismo y, dio paso a una nueva corriente denominada privatizadora que es parte y supone también, la reforma o transformación del Estado.

(16) Ariño Ortiz, G. *La Empresa Pública en El Modelo Económico de la Constitución Española*, Madrid, 1981, Vol. I, p. 70.

II. EL PROCESO DE PRIVATIZACION Y LA REFORMA O TRANSFORMACION DEL ESTADO

A. El Proceso de Privatización

1. Generalidades

La privatización es un proceso realizado por el Estado a partir de los años 80 cuya problemática no sólo es jurídica, sino también económica, sociológica y política. Si bien es muy importante el traspaso de la propiedad estatal, no consiste sólo en eso. Son igualmente importantes, la necesidad de obtener fondos, mejorar la eficiencia y eficacia del servicio o actividad y difundir el capital accionario entre la población. Desde el punto de vista jurídico el proceso en comentario se presenta desde tres planos distintos: a) en cuanto a la forma (organizativa y funcional) cómo el Estado desarrolla actividades industriales y mercantiles; b) en cuanto al modo de gestionar servicios públicos tradicionales y, c) en cuanto a la actividad.⁽¹⁷⁾ Por tanto, cobra importancia decisiva el desarrollo de un nuevo régimen jurídico que regule la actividad privatizada. Aparecen así, instituciones típicas del derecho privado, (como el contrato-programa) que permiten acordar con la empresa privatizada el mejoramiento de la gestión y los objetivos concertados con el Estado relativas a producción, productividad de la gestión tanto económica como técnica.

2. Concepto

Desde una perspectiva general, el término privatizar hace referencia al abandono por el Estado de sus intervenciones en la economía, tanto en lo que a la prestación de servicios se refiere, como a la actividad ordenadora de la economía. Se hace hincapié en la desestatización de las actividades, sin que ello signifique la transferencia de la titularidad pública de la empresa, ni tampoco que tal transferencia se haga al sector privado.

Desde un punto de vista restringido, privatizar es transferir al sector privado, la gestión y titularidad de actividades; con lo que están

(17) Donahue, J. *La Decisión de Privatizar*, Barcelona, 1991, p. 207.

incluidas dentro de este concepto, la desnacionalización de empresas y la despublificación de actividades o servicios.⁽¹⁸⁾

El concepto mencionado difiere del seguido en Italia, porque en este país adquiere connotaciones especiales que merecen analizarse. En primer lugar, la privatización se considera parte de la política económica del Estado. Por lo que se ha aceptado sólo en casos, cuya decisión se derive de lineamientos estratégicos de decisiones políticas conectadas al fin público de la actividad específica donde se encuentra la entidad privatizada. Una empresa estatal –según el concepto dominante en ese país– con independencia en sus decisiones, que tenga adecuada estructura orgánica y exista suficiente control sobre ella y, se encuentre sometida a las normas del derecho privado, no se justifica su traspaso a particulares. La doctrina estima que la intervención en la economía debe darse para que la industria se adecúe a estándares internacionales; y, que la posibilidad de financiar con fondos públicos empresas dedicadas a tal actividad no debe considerarse subvenciones, sino sumas aplicadas al desarrollo de una actividad con rentabilidad futura.⁽¹⁹⁾ Incluso, el concepto seguido en los demás países, se considera en Italia según la ley 48 de 27 de febrero de 1967, un proceso de excepción y no se aconseja su masiva adopción.

En consecuencia, dos han sido los fines de las privatizaciones realizadas en Italia:

1. Traspasar al sector privado actividades empresariales consideradas no estratégicas;
2. Obtener recursos para financiar el IRI (holding dueño de empresas públicas.)

3. Actuación del proceso privatizador

La privatización se realiza mediante la liberalización de actividades y, el traspaso al sector privado de empresas ya sea de servicio público o de las que operan en el régimen de mercado propiamente tal.

(18) Barra, R. *La Concesión de Obras y Servicios en el Proceso de Privatización*, R.D.A, Buenos Aires, 1991, p.17 y, Garrido, F., *op. cit.*, p. 17 y 23.

(19) Del Casale, E. *La Privatizzazione in Europa*, Roma, 1989, p. 17.

La liberalización de actividades permite al Estado disminuir su poder interventor, con el fin de lograr mercados competitivos.

Esto se obtiene mediante la desregulación (abandono del control estatal sobre actividades que antes estaban reguladas para permitir la libre competencia, lo que se hace mediante la derogación de privilegios, la liberalización de precios, la libertad en la repatriación de capitales y estableciendo libre ingreso de inversiones extranjeras en el sector); y, la despublificación de actividades (que eran de titularidad pública o sea, sirven para desarrollar un servicio público y la consiguiente apertura de la actividad para que haya libertad de ejercicio. Un ejemplo en nuestro país es la denominada "venta de activos".)

En este caso interesa distinguir entre la titularidad de la actividad y la titularidad de la empresa. La primera incide sobre la segunda, en el sentido que la transferencia al sector privado de la empresa, se realiza normalmente con una modificación en el régimen jurídico que regula la actividad.⁽²⁰⁾

La privatización de empresas de servicio público, se ha referido sobre todo, al caso de los servicios públicos económicos. Se trata de empresas con un claro carácter público, que operan con precios inferiores al costo real (aunque podría hacerlo conforme a la regla del equilibrio), que prestan servicios esenciales por su regularidad, continuidad, eficiencia, calidad), por lo que se adopta una forma jurídica pública. En este punto, conviene establecer si se transfiere sólo la empresa (hipótesis de la despublificación); o si también se privatiza la actividad que desarrolla (hipótesis de la desregulación). Porque de mantenerse el carácter público de la actividad, habría que echar mano de la concesión de servicio público y no a la privatización, para que la actividad pueda ser desarrollada por particulares y así configurar en forma adecuada –desde el punto de vista jurídico– la nueva situación.

En cuanto a las empresas que operan en régimen de mercado, la experiencia privatizadora actual (en España el Instituto Nacional de Industria –INI– ha transferido empresas de sectores como el textil y hasta una agencia de viajes y, en Francia las empresas privatizadas han sido de sectores de libre competencia como seguros) ha hecho ver que este tipo ha sido más proclive a su privatización que el de las empresas de servicio público. No obstante lo cual, un sector de la doctrina argentina⁽²¹⁾

(20) Cassese, S. y otro. *Deregulation, La Deregolamentazione Amministrativa e Legislativa*, Milano, 1985, p. 56.

(21) Graham, C. *La Relación entre el Gobierno y las Industrias Privatizadas*, Buenos Aires, 1989, p. 159.

ha hecho ver que un mercado privatizado, si bien es más eficiente para la prestación del servicio, disminuye el precio global de la empresa a privatizar; lo que obliga al Estado a escoger entre obtener un mayor precio por la transferencia o, un mejoramiento del servicio en cuanto a calidad y precio para los usuarios. Se trata de empresas con finalidades privadas más claramente definidas que las públicas, que actúan con espíritu empresarial o comercial, sin posibilidad de financiamiento estatal, con obligaciones tributarias bien definidas y, sujetas al derecho privado.

4. La Subsidiariedad del Estado y de la Intervención

4.1. Nota Introductoria

Toda persona se impone la obtención de finalidades determinadas que se refieren a la obtención del bienestar y que obedecen a factores de diversa índole. Cada uno –en consecuencia– debe establecer los medios idóneos para la consecución del o los objetivos previstos. Incluso desde el punto de vista filosófico, dicha elección de medios y fines es determinante para la caracterización existencial de la persona.

Esta situación apuntada es lo que configura lo que se denomina la *libertad*. La que, de acuerdo a lo dicho supone una previa determinación de objetivos a cumplir y, de conductas a desarrollar; y, como posterior paso la obtención efectiva y verdadera de los mismos.

Pero es importante desde ya indicar que, ese actuar de la persona no puede ser irrestricto ni absolutamente libre; al contrario, existen *limitaciones* que obedecen a un principio de orden que da fundamento a la convivencia en comunidad y que se actúa a través del *derecho*.

Puede decirse que, tanto los hechos políticos arbitrarios, como las corrientes filosóficas iusnaturalistas, fueron los que permitieron plasmar la *libertad jurídica* no ya como un simple atributo de la actuación civil de un individuo; sino como un *derecho público subjetivo*; lo que permite, que no sólo el resto de la colectividad deba respetar la actuación del individuo; sino también y, es lo principal del desarrollo del concepto, *debe recibir la protección y respeto por parte del Estado*.

Los ordenamientos constitucionales modernos consagran un principio de *libertad* de la iniciativa económica privada. En el caso de nuestro ordenamiento constitucional (artículos 28 y 46) esa libertad se presenta en una primera fase de la misma. De tal modo, el empresario puede escoger libremente y desarrollar la actividad a dedicarse, siempre y cuando la misma sea "*legalmente permitida*". Esta última acepción, se

refiere a la concordancia de la actividad con el modelo y el orden público económico, que contiene la Constitución. Además de otros derechos que se derivan de esa libertad constitucionalmente reconocida (programar las actividades de la empresa, obtener un beneficio, libertad de precio) tienen relevancia fundamental para el caso en examen, *la libertad y derecho al acceso al mercado y a la libre competencia*. Ambas libertades forman parte de un “núcleo pétreo”, que se deriva de la historia de la institución, su doctrina, el derecho comparado y la conciencia valorativa de la comunidad.⁽²²⁾ Ambos conceptos conforman parcialmente un concepto importante y que a veces resulta falto de precisión, como es el de *orden público en general y el de orden público económico*.

El concepto de *orden público* se refiere a los principios fundamentales de diversa índole (económico, político, social, etc), que se encuentran aceptados y vigentes en el sustrato social o, comunidad que subyace al ordenamiento jurídico. Sirve de marco o parámetro a la interpretación constitucional, la que debe reflejar la realidad existente en el contexto social al que esa constitución se le aplica.

Más allá de sus diferencias de tipo axiológico, es su naturaleza jurídica lo que le da la fuerza directriz y reguladora al ordenamiento constitucional y al ordenamiento jurídico en general; que son los medios por los que se establecen directrices y se imponen reglas jurídicas necesarias al mantenimiento de la armonía social.⁽²³⁾ La diversidad de elementos que lo conforman, determinan a su vez, un diverso tipo de orden público. Así, se habla de orden público, político, social o económico. Me interesa referirme en forma específica al citado en último término.

El *orden público económico* se refiere a los principios que determinan el modelo económico que se quiere alcanzar. Y, obtiene carácter de *concepto jurídico*, cuando el derecho atribuye a esos principios la función de parámetro de validez de las relaciones jurídicas.

Designa, en síntesis, las reglas mínimas que se consideran esenciales para el desarrollo de la vida económica del país en un contexto de espacio y tiempo determinados. El hecho de ser un concepto que se nutre de la realidad que refleja la sociedad de base, permite decir

que sólo debe variar, en el tanto se dé un cambio en la concepción de la sociedad misma, en el sentido que la variación debe haber tenido un grado suficiente de fijeza y aceptación. Dentro del mismo orden de ideas, doctrinariamente se acepta en forma unánime que no pueden los particulares perturbarlo a través de pactos privados.⁽²⁴⁾

El *principio de libre competencia* es el modo normal de manifestarse la libertad económica y la iniciativa del empresario. La competencia supone la actuación de varias empresas, para conseguir cada una en el mercado el mayor número de posibilidades con la misma clientela, ofreciendo las condiciones más favorables.

Su base es la libertad de actuación económica, tanto para los empresarios, como para los adquirentes, los que deben gozar de una *libertad elección*, respeto de los productos ofrecidos. Puede decirse, usando las palabras de Joaquín Garrigüez⁽²⁵⁾ *que es un fenómeno jurídico, aunque los móviles sean económicos*. Los competidores deben organizar y promover su competencia, en base a la mejora de la oportunidad y calidad de sus prestaciones. Tiene como objetivo fundamental, hacer viable el principio de iniciativa privada e impedir que la competencia se produzca por la vía del daño.⁽²⁶⁾ Determina –en consecuencia– igualdad de los competidores ante las oportunidades que el ordenamiento ofrece o sea, ante las normas de Derecho. *Libre competencia desde el punto de vista jurídico, es la igualdad de los competidores ante el Derecho*. Están íntimamente ligadas al concepto de examen, dos tipos de normas que lo delimitan: las normas relativas a las restricciones *legítimas* de la competencia; y, las relativas a la competencia desleal o ilícita.

Es desde el primer tipo de las normas citadas, como debe entenderse la norma del párrafo primero del artículo 46 de la Constitución, cuando establece que “*Son prohibidos los monopolios y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley que amenace o restrinja la libertad de comercio...*”. En tal sentido debe entenderse que no se puede por medio de ley imponer restricciones irracionales o discriminatorias a la libertad de comercio; por lo que debe existir relación entre el beneficio que se obtiene con la medida en cuanto garantía del

(24) Farjat, G.L. *Ordre Publique Economique*, Paris, 1983, p. 50.

(25) Garrigüez, J. *Curso de Derecho Mercantil*, México, 1984, p. 223.

(26) Saíenz Moreno, F. *Orden Público Económico y Restricciones a la Competencia*, R.A.P., Madrid, 1977, p. 597.

(22) Ortiz, E. *Estado, Empresa e Intervención*, R.C.J. número 35, San José, 1978, p. 194.

(23) Bucheli, H y otro. *El Orden Público*, Buenos Aires, 1991, p. 64.

orden público económico y, el perjuicio o disminución para el particular en su *libertad*. Sin embargo, el particular, como contrapartida tiene *derecho* a que se desarrolle en su favor una función administrativa, que se da como ejecución de la libertad constitucional en comentario. Me refiero al *mantenimiento de la normalidad del mercado*, que significa decir que se den las circunstancias de hecho y de derecho idóneas para que todos los competidores en un ramo de negocios o "segmento de mercado" gocen de posibilidades jurídicas y de hecho iguales o similares que les permitan en paridad de condiciones participar en el mismo. En tal contexto, la *prohibición constitucional de la existencia de monopolios particulares y declarar de interés público la acción del estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora* cobra vida realidad dentro de la esencia misma de la libertad empresarial que consagra la Constitución, y supone una *verdadera e ineludible obligación para el Estado de impedir no solo los monopolios, sino toda práctica o tendencia encaminada al establecimiento de un monopolio. Porque configuran casos de situaciones anómalas que alteran las condiciones de normalidad del mercado en detrimento o perjuicio de uno o varios competidores.*

Consecuencia de todo lo anterior, es la circunstancia de que los particulares *no pueden pactar válidamente convenios que infrinjan el principio de libre competencia, pues supondría violentar gravemente el orden público económico.* En tal sentido existe acuerdo doctrinal, en considerar *nulos de pleno derecho los actos contrarios al principio de libre competencia.*⁽²⁷⁾

La doctrina jurídica correspondiente ha enfocado el punto, desde dos vertientes o criterios, a saber: a) posición dominante y, b) abuso de dicha posición dominante.

- a) *Supone una violación al principio en comentario*, cuando una empresa es la única oferente del servicio o, sin ser la única no está expuesta a una competencia sustancial en sí misma;
- b) Es igualmente violatoria del principio que comento, el caso de la injustificada explotación de una empresa de una posición de

(27) Saíenz Moreno, F., *op. cit.*, p. 639 quien cita jurisprudencia en tal sentido del Tribunal Supremo. El Tribunal de Defensa de la Competencia, ambos de España, ha mantenido igual criterio, según lo indica Garríguez J., *op. cit.*, p. 227.

dominio, que resulta lesiva a la economía nacional, los intereses de los competidores y, de los consumidores. Este abuso, se produce *—precisamente—* a través de *instrumentos jurídicos, como es el caso de los acuerdos o pactos entre empresas.*⁽²⁸⁾

Otro elemento importante del contenido de la libertad de empresa es el de *libre acceso al mercado*. Significa que las unidades económicas en general (personas físicas o jurídicas tienen la posibilidad libre de acceso al mercado; salvo, las restricciones *legítimas* que se establezcan, justamente en garantía y beneficio del *orden público económico*. Obviamente, las restricciones deberán estar proporcionadas al mantenimiento de ese orden y, en consecuencia ser generales y no específicas racionales y no discriminatorias. La doctrina jurídica es unánime en entender como *obligación primigenia del Estado de establecer "condiciones razonables que permitan un general acceso al mercado"*.⁽²⁹⁾ En consecuencia, el Estado no puede eludir la responsabilidad de *actuar cuando se alteren en forma peligrosa y en perjuicio de uno o varios competidores esta libertad constitucional que es garantía que se deriva de la esencia misma del artículo 46 de la Constitución Política.*

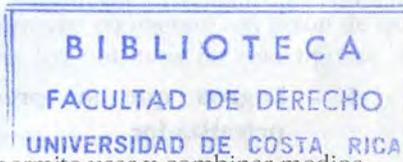
4.2. Intervención subsidiaria

Dado que la libertad de empresa permite usar y combinar medios de producción para producir, transformar o distribuir bienes y servicios con base en una organización y dirección, lo que supone el derecho de acceso al mercado y al inicio de las actividades económicas lícitas, ese derecho se materializa en la libre creación de empresas o en la adquisición de la titularidad de las ya creadas, en el libre ejercicio de las actividades, libre dirección de las mismas y libre competencia.⁽³⁰⁾ No obstante que ese derecho no es absoluto, sino sujeto a limitaciones

(28) Garríguez, J., *op. cit.*, p. 229.

(29) Entre R. *El Principio de Libertad de Empresa en el Modelo Económico en la Constitución Española*, Madrid, 1981, p. 50.

(30) Laguna de Paz, J. *Las Empresas Públicas de Promoción Económica*, Madrid, 1991, p. 137.



dadas por la propia Constitución, por otro lado como lo ha afirmado la Sala Constitucional, se violenta el contenido esencial del derecho, cuando se adopta un sistema económico que no se ajusta a los parámetros constitucionales⁽³¹⁾ de razonabilidad y proporcionalidad.

El principio de subsidiariedad piedra angular del proceso de privatización, indica que el fundamento para la actuación del Estado es la exigencia del interés general. Por lo que si la actividad privada no se da o no se encuentra protegida a efectos de lograr una libre competencia, debe el Estado actuar para que la libertad empresarial no sea eliminada. La actuación estatal, por tanto, debe ser para facilitar y complementar a la iniciativa privada.

Del mismo modo, el principio en comentario referido a la forma de intervención, indica que debe usarse la que restrinja menos la libertad económica a la de los particulares o, que debe haber proporcionalidad en el uso de potestades públicas.⁽³²⁾

El hecho que la actividad empresarial pública deba estar ordenada, conforme al impulso de la actividad privada y de acuerdo a niveles de subsidiariedad, es el pivote o sustrato de la privatización de empresas públicas.

5. Logros que se pretenden obtener con el proceso privatizador

La doctrina coincide en que el proceso privatizador se propone lograr:

1. La actuación subsidiaria del Estado empresario y un mercado más claro desde el punto de vista de la competitividad y el funcionamiento mismo; y,
2. El acceso de los estratos sociales más bajos a la propiedad del capital, a través de la diseminación de las acciones de empresas.

(31) Sala Constitucional, voto N° 1925-91.

(32) Laguna de Paz, J., *op. cit.*, p. 189.

La doctrina española⁽³³⁾ señala los límites del proceso en comentario e indica, que en la medida en que la gestión privada de un servicio público asegure en mejor forma las exigencias del interés general, la actuación estatal resulta inoportuna y desproporcionada. Porque grava innecesariamente la libertad de los particulares y no resulta congruente con criterios de economicidad y eficiencia. Al contrario, la empresa pública se encontraría suficientemente justificada, cuando la prestación de los particulares no asegure una prestación regular y continua o, revele insuficiencia o incapacidad en la actuación. Pero en este caso, debe someterse a las reglas del mercado en igualdad de condiciones que los particulares.

En cuanto a la difusión del denominado accionariado popular, (acceso de estratos sociales bajos al capital de las empresas), es no sólo un medio para obtener una participación más directa de nuevos estratos sociales en el proceso productivo; sino también contribuye a la proyección de un nuevo orden socio-político,⁽³⁴⁾ ya que se trata de extenderlo al mayor número de individuos. Adicionalmente, las constituciones modernas y la nuestra en particular, contemplan la extensión del capital como una exigencia derivada de los imperativos de promover la igualdad real (art. 33), y el progreso económico y social de los individuos (art. 50).

Se citan –igualmente– otros logros que el proceso privatizador pretende conseguir; los cuales únicamente enumeraré, en razón de que su análisis particularizado excedería los objetivos de este trabajo. Se trataría de:

- Reducir el endeudamiento público y el déficit fiscal;
- Generar mayor liquidez a la economía;
- Atraer nuevos capitales al mercado;

(33) Martínez López-Muñiz, J. *Poderes de Ordenación Económica en el Principado de Asturias*, Oviedo, 1982, p. 150 y, Garrido, F., *op. cit.*, p. 23 quien afirma que la privatización no se trata de una opción entre lo deficitario y lo rentable, ya que el Estado debe prestar los servicios esenciales, sin son intransferibles. No debe proporcionar, aun con superávit, los servicios que pueden prestar los particulares. Tampoco puede haber privatización en las actividades estratégicas del Estado, sin reserva de los poderes de policía (control) y planificación (orientación).

(34) Martínez López-Muñiz, J., *op. cit.*, p. 150.

- Desarrollar el mercado de capitales;
- Evitar la influencia política en la gestión de empresas;
- lograr un equipo directivo más profesional y estable;
- Permitir a los empleados invertir en su propia empresa.

B. La reforma o transformación del Estado

1. Nota introductoria

Como consecuencia de los problemas generados por el proceso estatal interventor en la economía y, en vista de las consecuencias que el mismo produjo, a partir de la década anterior, los Estados sintieron la necesidad de enfrentarlas mediante mecanismos jurídicos idóneos que sirvieran para modernizar los sistemas jurídico-administrativos. Estos, sin embargo, han variado de país a país, sobre la base de los elementos propios de cada ordenamiento y, en vista de sus propias necesidades. No obstante lo cual, el proceso de reforma acusa la presencia de elementos comunes a la mayoría de los Estados, cuyo estudio resulta interesante al tratar el tema.

Conviene indicar, que uno de los medios o formas de llevar el cabo el proceso de reforma del Estado es el de privatización. En consecuencia todo lo dicho al respecto, debe incorporarse como parte de este tema.

Al abordar su desarrollo, salta a la vista que es posible hacerlo desde la vertiente jurídico-administrativa, política y, por supuesto legislativa. No obstante lo cual, el desarrollo de todos supondría un exiguo trabajo que además, excede claramente las connotaciones jurídicas. Por tanto, el desarrollo que se hará de seguido lo será únicamente desde el ángulo jurídico administrativo.

En consecuencia, se trata de establecer nuevas relaciones de poder entre el Estado y, más propiamente de la administración con los administrados, que supone –necesariamente– racionalización en el ejercicio del poder, reestructuración y atribución de competencias administrativas a los administrados por un lado; y, por otro, robustecer y mejorar las competencias y entidades administrativas y, como consecuencia mejorar el control sobre ellas. Todo lo cual deberá realizarse a la luz de los principios en boga y, sobre la base de que el Estado ha adquirido un gran tamaño, lo que ha debilitado su actuación en las áreas más importantes, le ha creado graves distorsiones financieras

y, lo ha tornado ineficiente en la prestación de los servicios públicos esenciales.

Merece mencionarse el importante esfuerzo hecho en mejorar el medio ambiente, evitar la contaminación y mejorar la calidad de vida, lo que en nuestro medio se concretó con la reforma constitucional del artículo 50 de la Carta Magna.

La crisis económica, que ha sido el detonante principal del nuevo proceso, ha dado lugar al reto para la administración de ser más eficiente, eficaz, económica y coordinada y, sobre todo implica la necesidad de adoptar nuevos instrumentos jurídicos de regulación.

Un hecho importante que merece destacarse, es el acercamiento, si así pudiera definirse, entre las esferas pública y privada, que han estado alejadas y han sido casi antagónicas en la teoría y práctica de las administraciones públicas. Este hecho ha llevado que se hable de una función administrativa privatizada; esto es, regida por el derecho privado y con caracteres específicos que constituye un nuevo ejemplo de las reformas a que ha dado lugar el proceso en comentario. Ya sea privatización de lo público o publicización de lo privado, lo cierto es que se asiste a una relativización de la distancia entre las dos áreas, lo que causará consecuencias en el derecho administrativo y, dentro de éste, en la actividad discrecional.⁽³⁵⁾

2. El informe Giannini al Parlamento Italiano

El distinguido profesor de derecho administrativo de la Universidad de Roma, Massimo Severo Giannini, cuando ocupó el Ministerio de la Función Pública, presentó al Parlamento italiano una propuesta de reforma coherente, homogénea, integral y sistemática de la Administración Pública italiana, el 16 de noviembre de 1979.⁽³⁶⁾ No obstante que no todas sus propuestas merecieron su ascenso a categoría de leyes por el Parlamento, sí tuvieron una importante influencia en las que se aprobaron en la primera etapa del período de reforma que se siguió en Italia. Pero es lo cierto que generó un gran debate nacional en ese país europeo, por tratarse de una conocida e importante figura, con una multiplicidad impresionante de obras doctrinarias publicadas.

(35) Sesín, J. *Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica*, Buenos Aires, 1994, p. 50.

(36) Una relación detallada del mismo se encuentra en *Rivista di Diritto Pubblico*, Roma, 1982, p. 315 y siguientes.

En nuestro medio la mayoría de los problemas detectados resultan comunes por lo que me parece importante consignar las principales propuestas hechas por Giannini para la solución de los mismos.

Giannini parte de la base que, por definición el Estado genera disfunciones; que no pueden ser totalmente eliminadas aunque sí reducidas. Si el poder público establece un diseño preciso de acción política de compromiso y actúa de modo coherente, traerá como consecuencia que las disfunciones se tornen tolerables.

Dos son las condiciones que se ponen como necesarias para la modernización y reestructuración de la administración pública:

- a. Amplia revisión de las leyes que regulan la actividad administrativa;
- b. Actuación conjunta, tanto del personal de la administración, como de los administrados.

El informe plantea tres tipos de problemas:

- a. Los que atañen a la Administración del Estado;
- b. Los que se refieren a las administraciones públicas periféricas.
- c. Los que se derivan de la falta de directivas políticas coherentes de parte del Parlamento Asamblea.

A continuación, consigno los puntos cuya problemática es más cercana a nuestra situación actual, con la indicación de la solución propuesta por Giannini en cada caso.

Reordenamiento de la Administración del Estado

Se apunta una inconveniente conducción centralizada de las finanzas públicas, a pesar de que existe una nueva normativa sobre presupuesto estatal. Se sugiere: simplificar las normas de contabilidad y adoptar procedimientos internos de tipo privado; revisar los procedimientos contractuales y, un análisis de los gastos desde el punto de vista económico financiero y no en relación con los órganos de los que los mismos provienen.

Reestructuración del Poder Central

Se observa que los ministerios no tienen claras sus funciones (dimensión de su ámbito funcional); lo que hace que se den

superposición en las mismas, órganos sobredimensionados y funciones ocultas (las que no se contemplan en leyes, pero en la realidad existen.)

Controles de Eficiencia

Sugiere dar un nuevo enfoque al Tribunal de Cuentas; en el sentido de que el mismo sea no sólo de legitimidad, sino de oportunidad (productividad, buena administración, etc.) y pueda evaluar los resultados de la gestión.) De modo que la evaluación se haga por medio de la confrontación de lo programado, los costos inherentes y los resultados obtenidos.

Técnicas de Administración

Sobre la base de la actualización necesaria de la organización administrativa y para lograr hacer más simple y efectiva la prestación de servicios públicos, dado que el tiempo empleado por la administración para actuar es tres veces más prolongado que el empleado en la empresa privada y, que la administración pública no conoce este hecho, se proponen modos diversos de medir la eficiencia administrativa, a saber:

- a) Sustituir las regulaciones de orden administrativo interno (de cada unidad de organización en particular) por actos administrativos generales, que denomina "reglamentos de servicio" (manuales de actuación uniforme);
- b) Crear pequeñas unidades de organización, que evaluarían mediante indicadores de productividad y el estudio de la organización interna del área respectiva; a la vez intervendrían a nivel consultivo en la elaboración de los reglamentos de servicio.
- c) Estudiar los "costos ocultos" (costo económico adicional que tiene la actividad administrativa en razón de su excesivo procedimentalismo, participación de más órganos de los necesarios y tramitaciones demasiado extensas). En este sentido, sugiere como solución los puntos marcados con las letras a y b.

Organización de la justicia administrativa

Dado el incremento en la actividad jurisdiccional y, el atraso en la resolución de controversias por parte del Consejo de Estado y los

Tribunales Regionales Administrativos, propone cuotas mínimas de productividad. Estas se fijarán en relación con cada magistrado, con base en la cantidad de trabajo que anualmente se le asigne; lo que además da lugar a compensar trabajo entre los jueces, para que se dé una distribución equitativa, tanto en cuanto al trabajo en sí, como a las tareas de adaptación a la nueva normativa procesal.

Relación de Empleo en el ámbito público

Giannini propone en forma novedosa, que esta relación sea regulada por normas del derecho privado, ya que en su criterio se da una gran semejanza entre los principios de la relación de empleo en el ámbito público y el privado. Deja fuera de la propuesta, la regulación de los funcionarios que desarrollan una potestad pública.

Es importante acotar que este campo es el que en los procesos de reforma del Estado ha tenido más modificaciones en los países que han iniciado los mismos. Ejemplos claros son los casos de Inglaterra y Francia. En el primero, se ha distinguido entre los contratos a tiempo parcial y a plazo, y se ha dado una flexibilidad mayor en cuanto a horario; los fondos de pensiones se incrementan conforme a las variaciones del costo de la vida. Los estudios referentes al tema, indican que las personas que han desempeñado los cargos más importantes en el aparato administrativo han sido los más idóneos para los mismos. Con el fin de reducir el número de empleados públicos, (que en la década de los 80 ascendió a un veinte por ciento de la planilla pública), se han congelado cargos vacantes y se ha dado la transferencia a otros entes del sector público o a la empresa privada.

En el caso de Francia, en la década de los ochentas se aprobó una ley que instituyó todo un programa de adiestramiento del personal de la administración local. En la misma época se operó un aumento salarial a los trabajadores del sector educativo. Todo lo cual ha repercutido en un aumento de la productividad y la eficiencia.

Con motivo de la propuesta de Giannini en este sentido, se dio en Italia la ley 93 del 29 de mayo de 1993, llamada "Ley Marco sobre el Empleo Público", con la finalidad de lograr eficiencia en la prestación del servicio, transparencia e igualdad en los salarios y en las situaciones jurídicas laborales de los empleados. Sirvieron de fundamento los principios constitucionales (igualdad de trato, buen funcionamiento, cumplimiento cabal, retribución equitativa, límites en la jornada, vacaciones, sumisión a la ley en cuanto a la creación de oficinas y atribución de competencias, organización sindical, promoción

profesional, etc). Estableció el sistema de selección y, en tal caso derogó la obligación del concurso público en casos de aspirantes para cargos de nivel medio y bajo. Creó la denominada "Contratación Colectiva"; a través de organizaciones sindicales y con efectos entre las partes, llevada a cabo a través de un procedimiento de tipo reglamentario. En estos se discuten las cuestiones salariales y demás aspectos de la relación de empleo.⁽³⁷⁾

Se dispone la existencia de un registro del personal de las oficinas, en el que se consignan los cargos vacantes de acuerdo al nivel del escalafón; adicionalmente, se establece un número máximo de cargos que pueden cubrirse, por lo que el jerarca no puede libremente realizar nombramientos. Todo lo cual ha hecho que se dé una distribución conveniente del personal y se haya limitado ingreso del no necesario.

Es importante recalcar que la normativa indicada trata de lograr la eficiencia, a través de un control de productividad, mediante un sistema de retribución adecuado a las previsiones de tipo general y especial, que se valoran con base en las circunstancias propias de prestación del servicio (asistencia regular, cumplimiento del horario, etc.). De igual manera, el rendimiento inadecuado es causal de despido sin responsabilidad patronal.

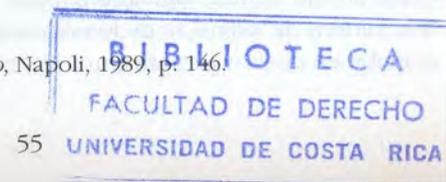
Se permite el acuerdo vía sindicato, para efectos de movilidad del personal que signifique una distribución racional. Se da la libre movilidad para el personal de un mismo ente, salvo casos de preparación profesional especializada de un empleado; y, se aplican al respecto parámetros como situación familiar, antigüedad en el puesto, necesidad de estudio, etc. Si el empleado no acepta el cambio puede ser declarado en condición de disponibilidad.

III. PERSPECTIVAS DEL ESTADO Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LOS NUEVOS CONCEPTOS

A. La Nueva Orientación del Estado

Es claro que los nuevos planteamientos de que se ha dado cuenta en este trabajo, implican un nuevo derrotero en la relación que se da entre Estado y sociedad civil, en primer lugar.

(37) Marino, C. *Il Pubblico Impiego*, Napoli, 1989, p. 146.



Es importante de igual manera acotar, que el nuevo Estado apuesta por la iniciativa privada más que por la intervención Estatal, como consecuencia da un incremento importante en la idea de que el mercado debe ser instrumento regulador por sí. En tal perspectiva, se presenta un cambio en la estructura de la administración central, con servicios que desaparecen y otros que se transfieren a la actividad privada.

Se aboga por la reducción del aparato estatal, para que sólo permanezcan las instituciones que se consideren como necesarias, luego de una valoración de carácter político que cuente con el consenso de una parte importante de la población representada por los partidos políticos; necesaria reducción del gasto público, abolición del déficit presupuestario, reducción del Estado en la prestación de servicios públicos y prestación óptima de actividades que se consideren esenciales y que eleven el nivel de vida de los particulares; incluso se tiende a un análisis costo-beneficio en la valoración de las actividades públicas; mayor profesionalización y mejor remuneración de la burocracia estatal, con un régimen jurídico de derecho privado regulatorio de la prestación del servicio; amplia disposición a que organizaciones privadas sean las que presten determinados servicios como es el caso de los seguros. En este punto, resulta interesante destacar como ejemplo, que la Ley de Presupuesto de España para el año 1991, creó la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se descentraliza y privatiza la recaudación de impuestos. Tiene la doble condición de persona jurídica pública y privada. Es lo primero en cuanto a las actividades de gestión, inspección y recaudación; y, lo segundo, en materia de retribución al personal.

No obstante que se rechaza la intervención del Estado en la economía, se acepta la función reguladora u ordenadora del mismo, aunque con modulaciones especiales, fundamentalmente encaminadas a promover la competencia y mayor libertad económica y donde esto no sea posible, para ejercer un conveniente control sobre situaciones que pudieran desmejorar aún más ese anhelo. Debe realizarse de acuerdo al mercado y en modo independiente; esto es, separada de presiones de tipo político, sobre todo si se refiere a actividades de mercado y no servicios públicos, donde la aplicación del control es más penetrante. Debe derogarse toda medida de control que resulte demasiado general e indiscriminada y, preferirse la que se dirige a regulaciones selectivas. El denominado proceso de "liberalización" va de la mano con un nuevo concepto de la idea reguladora, (que se ha denominado re-regulación) que difiere de como tradicionalmente se aceptaba y entendía: hoy se concibe en cuanto garantice una economía más libre y competitiva.

Desde el ángulo de la actividad económica, priva la tesis de la no intervención del Estado a través de empresas públicas; de la distribución de los recursos sociales a través de los mecanismos propios del mercado; del mayor impulso a la existencia de pequeñas empresas, sobre todo las de tipo familiar.

B. El Derecho Administrativo del nuevo modelo

Tradicionalmente se concibió al Derecho Administrativo como desvinculado a la idea de mercado, justamente por tratarse de principios que implicaban un enfoque distinto, que son los que estructuran el derecho público.

Se trata de las normas que regulan la organización y actividad (estructura, competencias, régimen de empleo público y, en forma especial lo atinente al acto administrativo); normas que regulan o inciden en el desarrollo de la economía (proceso productivo) servicio público, empresa pública, contrato administrativo, policía administrativa, fomento o actividad incentivadora). Todas ellas, en mayor o menor grado, orientadas dentro de un régimen de derecho público o de autoridad a la regulación de conductas y actividades, tanto públicas como privadas.

Esa perspectiva denota, sin necesidad de mucho argumento, que no existía afinidad o relación estrecha entre el tradicional derecho administrativo y la idea de mercado, en la forma como ahora se concibe y acepta.⁽³⁸⁾ Fundamentalmente, porque como ese Derecho es el que regula la actividad de la administración, es por tanto la cercanía de ésta con el mercado, lo que podía o no acercar a aquél con éste.

Si bien los temas de estudio dentro del derecho administrativo hoy son los mismos que antes, es lo cierto que sí han variado los contenidos de los mismos por obra de las nuevas ideas surgidas.

En primer lugar, me parece importante establecer que pese a todos los cambios habidos, el derecho administrativo no debe perder su papel garante del orden público (protector de las mayorías); por lo que deberá

(38) El tratadista español Garrido Falla, *op. cit.*, p. 18 es del criterio que lo que ahora se produce es una verdadera apostasía del derecho administrativo, ya que invocando el principio de eficacia se termina por enfrentarlo con el sistema mismo del derecho administrativo; pues lo que ahora se quiere no es un régimen jurídico administrativo singular, sino un sometimiento casi total al derecho privado.

ser imperativo, lo que significa decir que continuará gozando de las prerrogativas o potestades públicas, que le permiten ser el medio de obtención del interés público involucrado en toda actividad que afecta a la comunidad; con la particularidad de que sus intervenciones en relación con la economía, deberán realizarse con apego al principio de subsidiariedad; y, la aplicación de las ideas que implican delegación en favor de la comunidad de actividades o servicios que entonces signifiquen una prestación más eficiente.

En tal tesitura, la nueva idea de la noción de policía administrativa irá proyectada en un doble sentido: el de protección tanto del orden público como del privado (protección del consumidor, calidad de los productos, iniciativa privada).

El nuevo concepto de la actividad de fomento evitará que se otorguen incentivos a empresas ineficientes o innecesarias, porque ahora se entiende que eso representa una equivocada asignación de recursos sociales.

El criterio actual del servicio público, deberá entenderse como técnica que permita transferir a la actividad privada servicios económicos relacionados en alto grado con el funcionamiento del mercado; de modo que sólo se conserven los servicios con una óptima prestación y que se consideren esenciales porque eleven el nivel de vida de los particulares.

Deberán emplearse mecanismos que permitan una descentralización y descentralización de actividades, que den como consecuencia una administración más ágil, competitiva y eficiente (que aplique la relación costo-beneficio como parámetro de su utilidad). Vale en este caso todo lo apuntado en cuanto al personal y la necesidad de su mejoramiento mediante su tecnificación, mejor preparación, remuneración, etc.

Se trataría de lograr una administración fuerte en cuanto garante del interés público, reducida, ágil, competitiva y eficiente que le permita ser un instrumento válido que cumpla las finalidades que el ordenamiento le encomienda e impone.

Como contrapartida de lo anterior, debe reafirmarse nuevamente la necesidad de un control que se ajuste a las nuevas perspectivas del Estado moderno en general y de la Administración en particular.

Cada vez son más comunes los lazos de interrelación entre lo público y lo privado, en que organismos públicos realizan acuerdos consensuales con miras a realizar objetivos comunes, en donde no se dan en modo alguno las notas típicas de los actos públicos de imperio. Ejemplo de esto son los consorcios (que permiten a una o varias entes locales gestionar uno o varios servicios en conjunto; es una técnica de descentralización de funciones y de coordinación para la prestación

conjunta de intereses homogéneos); los actos unilaterales de coordinación no imperativos (que son financiamientos condicionales a una municipalidad, siempre que se incorpore a un programa y cumpla con prestaciones determinadas); los acuerdos-programas (que permiten la construcción de grandes obras y servicios públicos entre entidades descentralizadas y el poder central, cada uno con diferentes atribuciones y con un interés común) y, las relaciones de auto y heterocoordinación (en los que los diversos sujetos que suscriben el acuerdo, armonizan los intereses sin que existan coordinantes y coordinados, en el primer caso; y, en el segundo aunque se da un coordinante y un coordinado, éste es jurídicamente libre para cumplir con la actividad operativa deseada por el primero.) Todos estos supuestos, han sido creación de la ley italiana número 142 del 8 de junio de 1990 sobre Reforma del Estado.

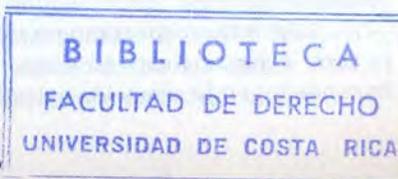
Deberán implementarse reformas en los procedimientos administrativos del sector financiero que tiendan a reordenar las finanzas, contener el gasto y en cuanto a la materia presupuestaria, que frenen los déficits presupuestarios.

En cuanto a los procedimientos administrativos en general, las reformas deberán encaminarse entre otras, a la obligación de motivar los actos administrativos definitivos; que se dé la participación no sólo de los interesados, sino de todos los que pudieran resultar afectados (cualquier sujeto que tenga un interés público o privado), que se pueda concluir por acuerdo entre los interesados; posibilidad de que si no se hubiere emitido una valoración técnica en el término respectivo, pueda pedirse la misma a algún otro organismo con especialidad equivalente, salvo casos determinados que por su complejidad no sea aconsejable esa prescindencia. En fin, corresponderá realizar las modificaciones pertinentes que permitan agilizar la resolución final, asegurar la eficiencia administrativa, y mejorar las relaciones administración-administrado.

Las nuevas conexiones entre lo público y lo privado supondrán una ampliación sustancial del ámbito de la discrecionalidad, por la necesaria consideración de los más diversos intereses secundarios convergentes y, donde cada vez más se vea una armoniosa interrelación entre la actividad administrativa discrecional con la económica individual en la libre autonomía privada.⁽³⁹⁾

En este proceso nuevo, debe fortalecerse en forma importante el control técnico; sobre todo si se trata de privatización, descentralización y delegación de funciones y servicios.

(39) Sesín, J. *Op. cit.*, p. 49 y 141.



Para concluir y, en el afán de síntesis, el derecho administrativo debe ser un instrumento eficaz en el control de la eficacia y la eficiencia de la actividad técnico-administrativa de prestación, organización y ejecución operativa, más que en la pura formalidad extrínseca del acto administrativo.

IV. CONCLUSIONES

La necesidad de que se diera un reparto distinto en la renta (con la finalidad de obtener su maximización) y la inidoneidad de los mecanismos de reequilibrio en la economía capitalista, son las principales razones que dieron lugar a la intervención pública en la economía.

Con la intervención previa al inicio y durante la realización de las actividades, se trata de estimular el desarrollo económico, mediante el establecimiento de requisitos de mayor o menor envergadura, según se trate de empresas más o menos importantes para el desarrollo del país; y, velar por la salud y seguridad de los usuarios.

Se deforma la noción de policía, mediante la creación de policías especiales en el campo económico; la noción de servicio público en que permite a la administración ser titular de servicios públicos de carácter económico; y, la de fomento, en cuanto permite a la administración controlar y romper el esquema de la libertad económica individual en la vida económica.

La intervención propiamente tal, se materializa por la adquisición de entidades ya existentes (nacionalización de empresas) o, la creación de otras nuevas (empresas públicas).

La empresa pública se ideó como un medio de frenar tendencias monopolísticas en sectores determinados, iniciar proyectos de inversión que requerían una suma importante de capital inicial; y, para industrializar y desarrollar zonas que no eran atractivas para la iniciativa privada.

En la década del setenta se generalizó la inflación como fenómeno a nivel mundial, se agudizó la crisis fiscal (incremento del déficit presupuestario) y a la vez se dio un desarrollo tecnológico importante. Del mismo modo cobró fuerza la idea de que convenía más, intervenciones que afectaran menos la libertad económica de los particulares.

La privatización como proceso se desarrolló a partir de los años 80 y, tiene connotaciones jurídicas, políticas, económicas y sociológicas. Pretende lograr la actuación subsidiaria del Estado empresario, (debe ser

para facilitar y complementar la iniciativa privada), para obtener un mercado más competitivo; complementar el acceso de estratos sociales bajos a la propiedad del capital de las empresas. Desde el punto de vista jurídico, es la transferencia del sector público al privado, la gestión y titularidad de actividades. La desregulación, es el abandono del Estado de actividades que antes estaban reguladas y, la despublicación de actividades, cambio de régimen en cuanto que antes eran de titularidad pública y se da la apertura para que haya libre ejercicio.

La Reforma del Estado es un proceso que trata de establecer nuevas relaciones de poder entre el Estado y los particulares o sociedad civil, racionalizar el ejercicio del poder, delegar funciones administrativas, competencias administrativas en los administrados, mejorar las competencias administrativas y el control sobre ellas. La crisis económica, que ha sido el detonante de la crisis, ha servido para diseñar un Estado más eficiente, eficaz y ha hecho ver la necesidad de adoptar nuevos instrumentos jurídicos de regulación; donde debe dejarse de lado las medidas de control generales e indiscriminadas y, preferirse las selectivas. El denominado "Informe Giannini", parte de la base que el Estado genera disfunciones, que si bien no pueden ser totalmente eliminadas sí pueden ser reducidas; de modo que un diseño de acción política de compromiso y actuación coherentes, hará que las disfunciones se tornen tolerables. La nueva orientación apuesta más por la iniciativa privada que por la intervención estatal, con base en la idea del mercado como mecanismo regulador.

Deberá darse una nueva orientación del derecho administrativo, en el sentido que sus intervenciones deben estar de acuerdo al principio de subsidiariedad, ser medio que permita evitar subvenciones a empresas ineficientes, conservar sólo los servicios que se consideren esenciales y transferir a los particulares los que se refieren propiamente al funcionamiento del mercado. Debe prohibirse una administración más eficiente, reducida, ágil y competitiva, en la que prive más el control de resultados de la actividad técnico-administrativa de prestación, organización y ejecución operativa, que en la formalidad extrínseca del acto administrativo.

El que la empresa privada tienda a realizar sus actividades mejor que lo que lo hacen los organismos públicos, no significa -necesariamente- que aquélla deba realizar la función de éstos. Tampoco procede rechazar la privatización por el hecho que para fundamentarla se den razones no válidas. Una apertura hacia la privatización no implica dejar de lado totalmente la actuación del Estado.

Debe preferirse la actuación estatal, donde se deban realizar actividades relacionadas con un número importante del conglomerado

social, y la actuación de la empresa privada donde se requiera un alto grado de eficiencia productiva (mejores tecnologías y técnicas empresariales, lo que significa una operación más razonable). Si la empresa privada puede realizar una actividad mejor o más barata, produciendo menos efectos colaterales que la pública, debe preferirse la primera, de lo contrario no.

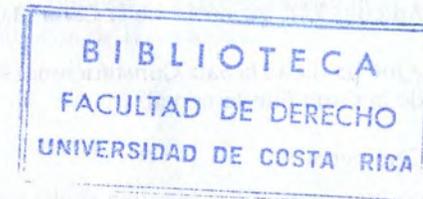
El interés público involucrado en la actividades que benefician o afectan a un grupo importante del grupo social, exige que los que actúan en su nombre tengan una estructura debidamente organizada y responsable. En mercados competitivos la empresa privada si lo es, aunque no siempre en otros campos sucede lo mismo.

Debemos sopesar y medir el alcance y magnitud que se quiere dar a la privatización y reforma del Estado; para no caer en un punto en que pudieran darse vicios o defectos mayores a los que el desmedido aumento del aparato estatal nos ha llevado, como la falta de mando y dirección apropiados (problemas de gobernabilidad).

En unos veinte años aproximadamente, tendremos la oportunidad de valorar si el camino que nuevo rumbo impone seguir, ha sido el correcto en calidad y en cantidad.

DOMINIO PUBLICO. ALGUNAS NOTAS

*Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez**
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Costa Rica



(*) Telefax (00-506) 259-4844. Apartado postal (P.O. Box) 944, Y Griega 1011.
E-Mail: Romero @ucr.ac.cr. SAN JOSE, COSTA RICA.