Doctrina

LA REGULACIÓN LEGISLATIVA DEL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN EN LA ARGENTINA (*)

por
Rodolfo Carlos Barra

1. LA PUBLIFICACION DE ACTIVIDADES

LA. Distinción de las áreas comunitarias

Sin temor de caer en una excesiva simplificación (aunque, en ocasiones, las simplificaciones son una metodología útil para el análisis de la realidad) pueden destacarse dos áreas en la vida del hombre en sociedad, en los que se desenvuelven tanto sus actividades generales, como, en particular, sus actividades económicas.

Existe un área reservada a la sociedad y otra reservada al Estado. Los límites son difusos, difíciles de establecer con precisión. En realidad tal precisión es imposible pues depende de las circunstancias políticas, culturales, económicas y, en cierta medida, hasta geográficas.

La reducción excesiva del área social o privada conduce al colectivismo, como figura disvaliosa donde el hombre es asumido por el Estado, produciéndose la eliminación de las energías individuales (libertad, iniciativa, competencia, etc.) por absorción. En cambio, la reducción excesiva del área estatal o pública conduce al individualismo, también como figura disvaliosa, donde el hombre es repelido por el Estado, produciéndose la eliminación de las mismas energías individuales por dispersión, dispersión que conduce a la absorción o sumisión de los más débiles por los más fuertes.

LB. Los caminos de publicación

El exceso individualista del siglo pasado condujo, como reacción necesaria, al camino inverso. Dejando de lado a la publicación comunista, inspirada en el

(*) Conferencia dada por el autor el 27 de octubre de 1990 en la Ciudad de Washington -EE . UU . - en la "XXVIII Conferencia de Abogados" que organizara la Federación Interamericana de Abogados.

marxismo-leninismo (hoy en crisis), en las sociedades democráticas la publicación (convertir en público a lo privado) tuvo tres niveles que, por lo menos desde cierto punto de vista, pueden calificarse como de intensidad creciente:

1. La regulación.
2. El servicio.
3. La obra pública.
4. El Estado empresario.

I. C. La regulación

La norma jurídica es una regla de conducta, por tanto todo ordenamiento jurídico es un orden de regulaciones.

Hasta el muy individualista artículo 1.197 del Código Civil Argentino Importa una cierta regulación, en la medida que le otorga fuerza de regla legal a las convenciones privadas, y de allí todo el sistema regulador del régimen de los contratos, para citar sólo un ejemplo. Los institutos jurídicos aparentemente más liberales contienen fuertes regulaciones, así nuestra ley de matrimonio civil, que para garantizar el derecho a la disolución del vínculo le quita exigibilidad a las convenciones que establezcan su indisolubilidad.

¿Por qué estas regulaciones? Los clásicos responderían que éstas nacen de las exigencias de la virtud de la justicia general o legal, la que orienta todas las actividades hacia el Bien Común. Cuanto más comprometido se encuentre el Bien Común, mayor regulación y menor libertad.

Pero hay, por lo menos, dos tipos de regulaciones. Las que pueden ser renunciadas o modificadas por los particulares de común acuerdo y aquellas que no lo admiten. Estas últimas son calificadas como *regulaciones de orden público*. Las regulaciones de orden público presentan dos categorías: las que pueden ser invocadas, cualquiera sean las circunstancias, por la parte interesada ante los Tribunales, y las que, además, pueden ser exigidas por el Estado de oficio. Esto último supone la intervención estatal, previa, concomitante o posterior a la realización de la actividad privada; el control estatal también de oficio, y la sanción estatal frente al incumplimiento, aún cuando no haya parte interesada agraviada. Esta última categoría es calificada como *policía*.

En sentido estricto la regulación que publica es la regulación de policía.

Demás está decir que la bondad o maldad de estas regulaciones (aparte de su correcta o incorrecta formulación técnica) se encuentra en su medida y en su intensidad. Cuánto y cómo se regula.

El *cuánto* es básicamente una cuestión de prudencia política. Cuando el Bien Común está directa e inmediatamente comprometido hay que regular, y regular por medios de policía. Imposible establecer un catálogo previo. A la prudencia del gobernante debe agregársele la presión de la opinión pública: las demandas de las instituciones afectadas (cámaras empresarias, etc.), el premio y castigo que en un sistema democrático suponen las elecciones periódicas. En el *como* se agrega o se destaca la técnica de buena administración. Si pueden efectuarse inspecciones de oficio, ¿para qué tantas autorizaciones previas, registros y tramitaciones? ¿Por qué no extender el sistema de la información obligada a posteriori (declaraciones

juradas) en lugar del trámite previo? Además: la regulación no protege un Bien Común abstracto e indefinible, siempre habrá un interesado inmediato concreto, un sector, una persona, una empresa, muchas veces afectada en la relación de competencia. ¿No será posible en ciertos casos aguardar a que estos interesados denuncien la violación de la regulación, con un sistema ágil y sencillo para que tal denuncia sea atendida?

La diferencia no es insustancial. El control previo exige un mayor aparato burocrático, lo que significa un mayor gasto público, una mayor tentación a la corrupción. También un mayor gasto privado, gestores, influyentes, etc., en general una organización en las empresas destinada no a la producción sino a la tramitación.

Además, toda organización administrativa tiende a crecer, el aparato administrativo se auto alimenta. Se crean nuevas regulaciones para alimentar al aparato, no para proteger al Bien Común.

I.D. El servicio público

Hay ciertas actividades que tienen una trascendencia social especial. No importa la capacidad adquisitiva del usuario o consumidor, no importa a qué se dedique. Necesita de la energía eléctrica, del gas, del agua, del transporte, del teléfono y otros medios de comunicación. Podría decirse que también todos necesitan de los alimentos. Pero éstos tienen una distinta mecánica de producción, distribución y comercialización, más ajustada a la diversificación de fuentes, a la competencia empresaria. En general, por razones de racionalidad económica o por exigencias técnicas, los bienes calificados como "servicio público" tienden a producirse o distribuirse o comercializarse de manera total o parcialmente unificada, lo que conduce al monopolio total o parcial, al menos en la producción.

El servicio público es una técnica también reguladora que garantiza que estos bienes sean prestados en condiciones de igualdad, uniformidad, continuidad y regularidad. El servicio público es una técnica tuitiva, garantística.

Así fue concebido por el derecho administrativo clásico, y así lo sigue siendo, por lo menos en los sistemas de tradición jurídica europea.

Pero si el servicio público supone, por lo dicho, una alteración de las reglas del mercado (fijación de la tarifa, condiciones de prestación, etc.) una indebida extensión de este concepto conduce a una socialización de la economía.

Además, aunque en una importante medida se encuentre regulado -donde también deben fijarse adecuados límites- su gestión puede ser privada (la concesión de servicio público) de manera que, aún dentro del marco de la concesión, la prestación del servicio puede efectuarse 'en condiciones de competitividad, de iniciativa empresaria, con imaginación y riesgo, con usuarios que deban ser considerados clientes y no ciudadanos de segunda categoría. La publicación en este campo no sólo llevó a ampliar el ámbito del servicio público (es decir, definir a determinadas actividades como servicio público, sustrayéndolas, total o parcialmente, de las reglas del mercado) sino a su gestión a través de empresas públicas, problema que analizaremos más adelante.

LE. La obra pública

La obra pública es de naturaleza estatal, es decir, corresponde al sector público. Sólo puede calificarse la obra pública por el sujeto comitente, pero aún así hay aquí también un límite entre privatización y publicación.

Si las obras públicas sólo se construyen mediante su pago con fondos públicos, con fondos del Tesoro Nacional tal como lo califica la legislación argentina, la construcción de obras públicas se publica excesivamente. El pago con fondos públicos exige la previa fijación del presupuesto, la definición del proyecto previo, dejando al constructor como un mero ejecutor de decisiones antes tomadas por el aparato burocrático. La obra queda con una total vinculación presupuestaria, el riesgo es del Tesoro, salvo el mal cumplimiento del contratista. Y la obra se ejecuta al compás de las alternativas presupuestarias, demorándose en el tiempo, con las graves consecuencias que esto trae aparejado. A veces se demora por la falta de incentivo respecto de su pronta ejecución, y la víctima es el Tesoro, además de la comunidad. Los constructores saben cuanto inciden sus propios gastos generales sobre la estructura económico-financiera del contrato. El Estado comitente no sabe nada acerca de sus propios gastos generales. Hay aparatos burocráticos por doquier, al servicio de obras de pesada ejecución. Oficinas de proyecto, de presupuesto, de variaciones de costos, asesorías jurídicas, órganos de control diseminados por toda la Administración central. Y hoy hay menos obras, pero más gastos generales públicos. Se ha publicado la iniciativa en materia de construcciones públicas, siempre en beneficio del aparato burocrático.

IF. Las empresas públicas

El Estado empresario significa el más alto nivel de publicación. Como vimos, se ha casi eliminado al sector privado de la responsabilidad de gestionar el servicio público, para ser reemplazado por empresas estatales. Pero éstas no sólo gestionan servicios públicos, sino producen cualquier otra clase de bienes, en el turismo, en la fabricación de buques, automotores, consultaría, armamento, petroquímica, minería, industria editorial, etc., etc.

La justificación del Estado empresario se encuentra en la motorización de la economía, como en la Europa de posguerra, o, en la misma época en la Argentina, donde también se debía encarar sino una reconstrucción, sí una construcción o fundación de una decidida política industrial.

Pero superada la etapa de necesidad, el instrumento de motorización se puede convertir en la razón del estancamiento. Muchas empresas públicas sin real justificación económica o social. Eficientes o ineficientes, pero sin verdadera razón de ser. Aunque sean rentables, ya que no es propio del Estado el fin de lucro.

El problema de la empresa del Estado es su excesiva politización, ya que todo en el Estado es político. La politización conduce a los siguientes aspectos:

a) Feudalización. Cada empresa pretende desvincularse de la conducción central, desligarse del control, porque a menos control, mayor poder político. Por eso la pretendida privatización formal del régimen jurídico empresario. Esto nada tiene que ver con la eficiencia, ya que esto es un problema de correcta gestión y no de tipicidad jurídica. Si las empresas estatales adoptan una forma societaria pretendi-

damente del derecho privado, es porque ello las ayuda a feudalizarse. Las excluye del Derecho administrativo, que es sobre todo un derecho de control. Permite la creación de un "directorío" que en el derecho privado tiene razón de ser por constituir la representación de los accionistas, y no en el sector público, donde en la gran mayoría de los casos (o en los casos más notables) el accionista es único. El Directorío es una fuente de poder. Allí van los "acreedores políticos", los miembros del partido. No representan a los accionistas, que no existen. Ser Presidente del Directorío de algunas empresas estatales da más poder político real que ser senador o diputado o ministro.

b) Cautividad. Como el feudo es artificial, y al desvincularse del poder estatal se aísla, es fácil presa de los grupos de interés. La empresa pública reconoce una creciente tendencia a la cautividad, lo que es peor subterránea u oculta y por tanto, incontrolable.

- cautividad de los sindicatos, pues por ser una parte importante del Estado, la empresa se convierte en una zona crítica de la lucha política que el sindicato moderno no puede soslayar. Pero esto no es bueno para la actividad empresaria.

- cautividad en beneficio de las empresas privadas, contratistas o proveedoras, que fácilmente establecen "zonas de influencia" en un sector (el estatal) que desconoce por naturaleza las reglas de la competencia económica.

II. LA PRIVATIZACION

La privatización es el camino inverso al antes analizado. Por lo tanto debemos estudiarla en los mismos campos o sectores.

Veamos como lo hace la reforma legislativa recientemente encarada en nuestro país a través de las Leyes Nros. 23.696 y 23.697, de agosto y setiembre, respectivamente, de 1989.

II.A. La des regulación

Junto con otras medidas de fondo, la Ley N° 23.697 pone en ejercicio el poder de policía para des regular (artículo 1).

Para ello se comienza por la suspensión de variadas formas de otorgamientos de subsidios y subvenciones, tanto para el sector público como para el sector privado. Así sus Capítulos II, IV y V el primero relativo a los subsidios y subvenciones en general y los dos restantes referidos a los regímenes de promoción industrial y de promoción minera. Debe notarse que los sistemas promocionales son formas de regulación, en particular cuando se refieren al sector privado. Se regula la actividad de la empresa beneficiada y, por reflejo, la actividad de la empresa no beneficiada pero en situación de competencia con la anterior, pues su gestión empresarial no puede dejar de tener en cuenta la situación privilegiada de su competidora. Naturalmente, la existencia de un régimen promocional supone la existencia de una compleja estructura administrativa de aplicación, con la actividad reglamentaria correspondiente, generando el proceso de autoalimentación administrativa ya mencionado. En definitiva, existen tantos aparatos administrativos como distintos regímenes de subsidios y, a veces, los mismos aparatos administrativos, para subsistir, dan vida a nuevos regímenes de subsidios, en una cadena interminable.

Complementando el sistema arriba relatado, el art. 62 de la Ley NQ 23.696 obliga

a explicitar el valor económico de lo dejado de percibir por las empresas estatales como consecuencia de descuentos, bonificaciones, eximición de facturación o facturación reducida y en general, dice, "de cuanta ventaja o privilegio se otorguen a grupos de personas físicas o jurídicas de cualquier índole". Esta información debe ser remitida al Congreso para que éste, en los casos en que decida mantener los privilegios, los exprese en el presupuesto anual "a fin de que queden reflejados en forma explícita los subsidios que se otorguen". Esta medida supone un mayor control parlamentario de las cargas económicas que gravan a los contribuyentes, es decir, un mayor control popular.

Establece también la Ley N° 23.697 des regulaciones directas, V. gr. en sus Capítulos VI y VIII, derogando limitaciones y excesivas regulaciones para las inversiones extranjeras y limitando fuertemente el régimen preferencial de compra por parte del sector público en beneficio de la industria nacional, lo que traía aparejado un excesivo encarecimiento de las contrataciones, en perjuicio de la racionalidad del gasto público y, en definitiva, del contribuyente.

Pero la desregulación supone también un reordenamiento del aparato administrativo, cuestión a la que apunta la Ley N° 23.696. Corresponde destacar en este sentido lo dispuesto en los artículos 60, 61 y la intervención en las empresas públicas establecida en el artículo 2.

La primera de las normas citadas autoriza a privatizar gran parte de los servicios de la Administración centralizada y descentralizada, con excepción del contralor externo de las mismas, "a los efectos de disminuir el gasto público, mejorar prestaciones y aumentar la eficiencia...", como lo expone la misma disposición. En este sentido, V.gr., por Decreto N° 991 del 24 de mayo de 1990, reiterado por el Decreto N° 1.757/90, se facultó al Ministerio de Economía a instrumentar un "sistema de contrataciones por agencia", a través del cual deberán canalizarse todas las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios y obras de una parte importante del sector público empresario. Este sistema supone la delegación del servicio de contratación en organismos internacionales o empresas privadas, buscando la centralización y racionalización del poder de compra del sector público, agilizando sus procedimientos y, como el mismo decreto lo dice, "reducir las oportunidades para la comisión de delitos contra el Estado y moralizar la burocracia".

Por el citado Decreto N° 1.757/90 se autoriza a la privatización también los servicios jurídicos de las empresas estatales y de la Administración central, buscando una mayor eficiencia en el asesoramiento y defensa jurídica del Estado, mayor racionalidad en sus costos y, sobre todo, una mayor profesionalidad en aquella importante actividad.

Por el art. 61 se autoriza a la supresión de la gran multitud de organismos y comisiones especiales que genera la Administración pública conforme al ya citado proceso de autoalimentación, con gran onerosidad para el gasto público.

También, como importante instrumento en la política de reordenamiento del sector público, el art 2 de la Ley N° 23.696 dispone la intervención de todas las empresas estatales, buscando su sometimiento a dicha política de reordenamiento y como modo de combatir las estructuras "feudales" que en ellas se encuentran enquistadas, según lo mencionáramos precedentemente.

ILB Los servicios públicos

Es evidente en la letra de la Ley N° 23.696 la decisión de transferir al sector privado la gestión de los servicios públicos, tal como lo establece su artículo 11 y la enumeración de las empresas que los anexos de la ley declaran "sujetas a privatización", según el régimen que más adelante se analizará. Pero esto es sólo el primer paso. La utilidad práctica de la ley dependerá que en su aplicación se establezcan modalidades que liberalicen lo más posible la gestión del concesionario y amplíen el ámbito que quede abierto a la libertad de mercado. Debe en los contratos correspondientes, establecerse un ámbito estricto de protección al usuario, el núcleo central del servicio, y otro librado a la iniciativa empresarial, mucho más amplio cuanto más lejano se encuentre el servicio (en especial en los campos de distribución y comercialización) de formas monopólicas. El contrato debería definir así el servicio público propiamente dicho, lo demás será de libre iniciativa privada, incluyendo la actividad en competencia que quedará habilitada a quienes, sin tener la calidad de concesionarios, pueden realizar actividades afines, accesorias o paralelas, cuestión que depende del tipo de servicio público y de los casos concretos.

Así se ha hecho con relación al servicio telefónico (hoy de cuestionable calificación como servicio público en el sentido estricto del término) conforme al plan de privatización que, siguiendo lo dispuesto por la Ley N° 23.696, ha regulado el Decreto N° 731 de setiembre de 1989, reformado parcialmente por el Decreto N° 59 de enero de 1990. Cabe aclarar que en la Argentina ya se ha privatizado el servicio telefónico, es decir, en el curso de un año se han establecido las bases normativas, se ha licitado y adjudicado, faltando pocos días para que las empresas privadas se hagan cargo del servicio.

El régimen del servicio telefónico fue dividido en dos grandes categorías: a) *servicios en competencia* (art. 17), que son los que representan "valor agregado" (concepto técnico), ampliado, de información de procesamiento de datos, de telefonía móvil, y todo lo que no quede definido como "servicio básico". Los servicios en competencia, dice la norma, "serán prestados o provistos en un régimen de competencia abierta, sin exclusividad ni división en regiones; b) *servicios básicos*. a los que el pliego licitatorio definió como los correspondientes a "la provisión de los enlaces fijos de telecomunicaciones que forman parte de la red telefónica pública o que están conectados a dicha red y la provisión por esos medios del servicio de telefonía urbana, interurbana e internacional de voz viva". Esta categoría goza de un régimen de monopolio relativo, primero porque se ha dividido la licencia en dos regiones -hoy adjudicadas a dos empresas distintas- donde si bien en cada una de ellas el servicio se prestará con exclusividad, existe la competencia refleja producto de la necesaria comparación de las condiciones en que se presta el servicio en uno y otro caso. Así, la misma Ciudad de Buenos Aires (sin duda un área crítica) está dividida en dos regiones, de manera que allí la comparación tiene un alcance o efecto "vecinal". Pero también el monopolio es relativo en el tiempo, ya que la exclusividad está otorgada por un plazo en principio de siete años, que pueden llegar a diez si "las licenciatarias cumplieran con exceso las metas básicas" fijadas en el pliego de condiciones. '

El Decreto N° 1.185 del 22 de junio de 1990 ayuda a comprender la naturaleza jurídica de las nuevas condiciones en las que se prestará el servicio telefónico (en general toda la actividad de telecomunicación) bajo el régimen de la Ley N° 23.696. Por el citado decreto se crea la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, con cometido de regulación administrativa y contralor en materia de telecomunicaciones, con excepción de la radiodifusión. Entre dichos cometidos se destaca el de "asegurar la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios y de promover el carácter universal del Servicio Básico Telefónico a precios justos y razonables, así como la competencia leal y efectiva en la prestación de aquellos servicios que no estén sujetos a un régimen de exclusividad". Como se ve la norma (art. 8) tiene dos partes: la primera referida al Servicio Básico, con respecto a la cual enumera los clásicos caracteres del servicio público (continuidad, igualdad, generalidad, regularidad, universalidad) y la segunda parte referida a los servicios en competencia, sobre el cual sólo prevee garantizar la prestación en un régimen de leal y efectiva competencia.

El capítulo IV del decreto en comentario establece que la prestación del servicio de telecomunicaciones estará sujeta al otorgamiento de, según los casos, licencia, autorización o permiso. Es decir, se elimina la clásica figura contractual de la concesión, lo que ayuda a la desregulación de la actividad. Se establece en este régimen jurídico que la licencia es el tipo jurídico genérico, incluso para los servicios prestados con exclusividad, mientras que la autorización y el permiso son los medios específicos de otorgamiento de la licencia. La autorización es una licencia plena en un régimen que crea efectivos derechos subjetivos en el administrado prestatario del servicio, expidiéndose sin término de vigencia, aunque con la obligación de realizar una adecuación de las condiciones técnicas de prestación del servicio por lo menos cada cinco años. El permiso es sustitutivo, por razones circunstanciales, de la autorización, pero con carácter precario o provisional, cuestión que queda sometida a la apreciación de la autoridad administrativa, tal como lo establece el art. 21 de Decreto N° 1.185: "cuando ello sea necesario para coordinar la entrada en servicio de diversos titulares, debiendo en tal caso constar expresamente ese carácter". .

En síntesis, se ha dado un paso importante en la desregulación de los sistemas de telecomunicaciones en general y del servicio telefónico en particular. Y a no es clara su calificación como servicio público, por lo menos en lo que respecta a las prestaciones en competencia, carácter que, en un plazo máximo de diez años, tendrá toda la actividad. Es un trabajo doctrinario, ajeno a la finalidad meramente descriptiva de esta exposición, definir las distinciones que se producen de cumplirse una actividad en régimen de servicio público o en régimen de licencia. Ambos son medios de derecho público, el primero destinado a exceptuar a una determinada actividad del régimen del mercado, mientras que la licencia parecería ser un medio de policía, más severo que las meras habilitaciones para el funcionamiento de cualquier actividad comercial, destinado (el régimen de licencia) a proteger los intereses del público usuario en una actividad fuertemente vinculada, precisamente, al interés público. Lo esencial, en definitiva, es el régimen de competencia de mercado, que es a lo que apunta la nueva regulación en materia de telecomunicacio-

nes inaugurada a partir de la sanción de la Ley N° 23.696 Y el proceso de privatización de la empresa telefónica, hoy prácticamente concluido.

n.e. Las obras públicas

En sus artículos 57 y 58 la Ley N° 23.696 aclara y modifica ciertas disposiciones de la Ley N° 17.520, que regula el régimen de la concesión de obra pública.

La concesión de obra pública es el sistema universalmente conocido, por el cual el concesionario financia el precio de la obra, cobrándose luego del resultado de la explotación de esa obra, a través de la percepción de una tarifa -peaje, contribución por mejoras- que abona el usuario o beneficiario de la obra en cuestión. El sistema privatiza el régimen de ubicación de riesgos en el contrato de obra pública, evita que el costo de la obra pese sobre el Tesoro Nacional y agiliza la ejecución ya que al contratista le conviene la rápida terminación de la construcción a los efectos de comenzar cuanto antes con su explotación y consiguiente recupero de las inversiones efectuadas. A pesar de la conveniencia del sistema, casi no tenía aplicación en la Argentina, aún luego de casi veinte años de sancionado el régimen legal que lo regula.

Como se dijo antes, la Ley N° 23.696 introdujo importantes modificaciones en el anterior régimen legal. Por de pronto se autoriza el otorgamiento de concesiones, sobre obras ya existentes, para su explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento, incluso para la obtención de fondos destinados a la realización de otras obras, siempre que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras. Es decir, que el concesionario podrá realizar una doble prestación: la explotación, administración o mejoramiento de la obra existente y la construcción o mejoramiento de otra obra vinculada. Se pretende así un mejor aprovechamiento del sistema de peaje, compensando por este medio la rentabilidad de una obra con la falta de rentabilidad de otra. Este es un aprovechamiento directo, ahora definido claramente en la nueva ley, sin perjuicio del aprovechamiento indirecto ya admitido en la Ley N° 17.520, a través del mecanismo del canon o concesión onerosa.

Un aspecto muy importante de la nueva leyes el sistema contratación por "concurso de proyectos integrales".

Se trata de un procedimiento que también significa (utilizando la expresión de un modo muy amplio) una suerte de privatización: privatización del procedimiento de selección del contratista, de la clásica licitación que supone una actividad administrativa, burocrática, de confección del proyecto, pliegos, una compleja tramitación, etc. En el nuevo sistema, el empresario privado que advierte la posibilidad de llevar a cabo un emprendimiento a través de la ejecución y explotación de una obra pública presenta ante la Administración su propuesta con sólo los lineamientos generales, acompañados de una garantía que le otorga seriedad a la propuesta. La Administración debe decidir si tal propuesta es de interés público y en caso que así lo considere, convoca al concurso de proyectos integrales donde los oferentes, sólo regidos por las Leyes Nros. 23.696 y 17.520, sus reglamentaciones y el pliego de condiciones generales para la contratación de concesiones de obra pública, presentan sus propuestas con todas las alternativas y variantes que crean

convenientes, técnicas, económicas y hasta jurídicas en lo relativo a la redacción del contrato. La Administración decidirá acerca de cuál oferta le es más conveniente. Si tal calificación no recae en el autor de la iniciativa, éste tiene derecho a una nueva oportunidad, a competir nuevamente con el ganador de la primer ronda, para lo cual ambos pueden mejorar sus ofertas. Como se ve, se trata de estimular la iniciativa privada en la identificación de la obra, su proyecto constructivo, régimen económico-financiero, régimen contractual, etc.

A la fecha existen una multitud de concursos de proyectos en pleno trámite de adjudicación, y dos viales muy importantes para su adjudicación en los próximos días.

Con el sistema tradicional de la licitación pública, por otra parte y con relación a las concesiones de mantenimiento de obras existentes, ya se han adjudicado un total de 10.000 km. de rutas a distintas empresas que, en todos los casos, además de las inversiones necesarias para la reparación y mantenimiento de las rutas (que se encontraban en un grave estado de deterioro) pagan un importante canon al Estado. Además, recientemente se ha decidido extender el sistema a 5.000 km. más de rutas.

11.D. Las empresas públicas

Se dijo antes que la Argentina se encuentra afectada por una situación de gigantismo del sector público, en particular el relativo a las empresas comerciales o industriales de propiedad del Estado.

La Ley N° 23.696 enfrenta este problema de manera integral, estructurando un sistema que es a la vez un programa de privatizaciones (en plena ejecución) 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.

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 esta una declaración legal justificada en que aquí se trata de 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 genera (ello es natural) 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.

En el caso de la Ley N° 23.696, Y también con un gran sentido político, ella definió o calificó como "sujetas a privatización" a aproximadamente 40 empresas estatales, algunas tan importantes como la telefónica, la de ferrocarriles, la compañía de aviación, etc. De estas últimas citadas, la telefónica y la compañía de aviación ya están privatizadas, mientras que los ferrocarriles están siendo objeto de privatización por etapas (acaba de adjudicarse la concesión a una empresa privada de la explotación de un ramal de aproximadamente 7.000 km. de vías férreas). Es necesario incluir aquí también otras importantes modalidades de privatización, también en plena ejecución, como las de explotación de la red vial (ya mencionada) y de explotación petrolera, a la que luego se hará referencia.

Jurídicamente la calificación legal de "sujeta a calificación" incide sobre la condición de la empresa de dos maneras: es una empresa destinada a ser privatizada, lo que obliga al Poder Ejecutivo a iniciar "de inmediato y de oficio", como lo dispone el art. 11 del reglamento de la ley (Decreto N° 1.105 de octubre de 1989) los procedimientos relativo a la privatización; es también una empresa en *situación de privatización. lo que obliga a sus administradores a realizar sobre ellas las inversiones sólo necesarias para su conservación, además de aquellas que, justificadamente, aún excediendo el ámbito propio de la conservación, puedan ser útiles o beneficiosas para el mismo proceso de privatización.*

El proceso de privatización puede ser estudiado, siguiendo la propia clasificación de la ley, según tres grandes aspectos:

1. Alternativas

El art. 15 de la Ley N° 23.696 delega en el Poder Ejecutivo la facultad de disponer una variada gama de operaciones jurídicas tendientes a mejorar la situación de la empresa en orden a su privatización. Así la reforma de los estatutos societarios, "transferir la titularidad y ejercicio de derechos 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).

2. Modalidades

En el sistema de la ley, "privatización" es un concepto genérico que admite distintas especies o modalidades. Estas están 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' ⁽¹⁾ locación con o sin opción a compra; e) administración con o sin opción a compra; f) concesión (de obra pública, de servicio público) licencia o permiso.

Dentro de este concepto de concesión debe incluirse también el programa de concesiones para exploración y desarrollo y explotación de yacimientos petrolífe-

ros, en ciertos casos a través de contratos de asociación con la estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF). Este programa está acompañado, además, por una fuerte política desregulatoria en el sector, en particular por la eliminación de las llamadas "cuotas de crudo", libertad de precios y lo referente a la libertad de instalación (sujeta a normas de policía de seguridad) de refinerías y bocas de expendio.

3. Procedimientos de selección

Cualquier modalidad de privatización supone la celebración de contratos, los que, según el arto 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 es el propio administrativo, por parte del Tribunal de Cuentas de la Nación o de la Sindicatura General de Empresas Públicas, según corresponda por la naturaleza del ente a privatizar. Este control, que es previo, se realiza mediante un procedimiento abreviado, regulado de esta manera a fin de no obstaculizar la ejecución de la ley.

También se establece un especial 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. Esta Comisión goza de amplísimas facultades *de* control e información y puede actuar con la colaboración del Tribunal de Cuentas y de la Sindicatura General de Empresas Públicas. En su actuación práctica, hasta la fecha, la Comisión Bicameral cuestionó distintas normas de los decretos de aplicación de la ley y de los pliego de condiciones, motivando en todos los casos sus modificaciones conforme con lo pretendido por dicha comisión parlamentaria.

III. 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 N° 23.696 establece que el capital accionario de las empresas declaradas "sujeta 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, 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. Sin perjuicio de ello la ley establece que los "empleados adquirentes" destinarán al pago del precio los dividendos anuales; los "productores adquirentes" el 25% de la producción anual y hasta el 50% de los dividendos anuales y los "usuarios adquirentes" un porcentaje que establecerá el Acuerdo General de Transferencia, que se adicionará a la facturación de los servicios utilizados, y hasta el 50% de los dividendos anuales.

Hasta tanto se efectúe la cancelación, las acciones quedan prendadas y depositadas en un banco fideicomisario, correspondiendo aclarar que la liberación de la prenda y la consiguiente libre disponibilidad de las acciones liberadas se va realizando a medida en que se produce la cancelación, es decir, sin esperar al pago total del precio. Las acciones no liberadas quedan sometidas a un manejo sindicado, para lo cual se celebrará un Convenio de Sindicación de Acciones donde se definirá la modalidad del ejercicio de los derechos políticos emergentes de la titularidad de las acciones.

Cabe señalar, por último, que las acciones adquiridas mediante el Programa de Propiedad Participada son del mismo tipo para todas las categorías de adquirentes, incluso los inversores particulares, quedando sometidas en un todo a lo que regula al respecto la ley de sociedades. Es decir, el Programa de Propiedad Participada no establece "accionistas de segunda". Por el contrario, los participantes tienen la calidad de verdaderos accionistas, que pueden ejercer sus derechos societarios y disponer de sus tenencias conforme lo dispone la ley y lo que hayan pactado en los acuerdos que la misma ley prevé.

Las privatizaciones de las compañías de teléfono y de aviación se han realizado según este programa en beneficio de sus empleados, aunque en un porcentaje muy minoritario, lo que es razonable teniendo en cuenta la inexistencia de experiencia suficiente en la materia.

IV. CONCLUSION

Las Leyes Nros. 23.696 y 23.697 contienen otras disposiciones de gran importancia, pero de contenido circunstancial, de breve vigencia, vinculadas con el tratamiento y regulación de medidas para afrontar la situación de emergencia económico-social que afecta a la Argentina.

En este sentido y como herramienta especial para la efectiva y eficiente ejecución de la ley, el legislador hizo un amplio uso del instituto de la delegación en beneficio del Poder Ejecutivo, cuestiones éstas cuyo análisis excede el ámbito de este trabajo, donde sólo se buscó efectuar una rápida descripción de las principales normas destinadas a producir la transformación de un aspecto clave de las distorsiones socio-económicas que pueden advertirse en mi país.

Se trata, refiriéndome a ambas leyes en su globalidad, de un gran esfuerzo legislativo, acorde con la especial circunstancia del país pero también inspirado en la necesidad de modernizar estructuras que ya no se encuentran a la altura de los tiempos. Estas leyes no han quedado en letra muerta. Por el contrario, muy inmediatamente a su sanción se emitieron los decretos reglamentarios y de ejecución necesarios para su puesta en práctica y, a un año de su vigencia, ya han dado sus primeros e importantes frutos.

22/ *R.A.P.* (151)