

ESTADO y SERVICIOS PUBLICOS **REPENSANDO PARADIGMAS**¹

Miguel Goldfarg

INTRODUCCION

El planteo que exponemos en la presente ponencia surgió a partir de trabajos de investigación que el autor viene realizando desde la Universidad Nacional del Nordeste en dos áreas específicas de prestaciones de servicios públicos : Las Concesiones viales en el NEA Argentino y la provisión Aguas en la misma región.

Fue durante el estudio de tales servicios públicos y sus respectivos contratos de concesión que nació una inquietud mayor, que bien podríamos definir como de nivel macro: Cuál es el rol del estado en materia de servicios públicos?

A partir del planteo citado nos encontramos ante otra cuestión: cómo se vincula la temática de los servicios públicos con el desarrollo?

Más allá de los diversos criterios que en el campo del Derecho Administrativo pugnan por definir a la institución *servicio público*, entendemos que ellos constituyen un instrumento esencial para el desarrollo general del país. Motor de la economía y el crecimiento, finalmente obran como instrumentos de igualación social.

Desde el punto de vista técnico los servicios públicos constituyen un cierto tipo de actividad tendiente a satisfacer necesidades sociales, que poseen un régimen jurídico público exorbitante del derecho privado y que generalmente reviste las siguientes características: Continuidad: Para ser eficiente el servicio no puede interrumpirse. Debe ser prestado toda vez que se lo requiera.

La regularidad importa que su prestación debe realizarse conforme normas positivas pre-establecidas. Por ejemplo el pliego de condiciones.

La Uniformidad o igualdad significa que todos los habitantes tienen el derecho de concurrir y exigir la recepción de un servicio en las mismas condiciones.

La generalidad consiste en que todos los integrantes de una colectividad tienen derecho a utilizar los servicios públicos conforme sus normas de prestación.

Finalmente la obligatoriedad implica que una vez exigido el servicio a quien haya asumido su prestación, ésta no puede ser denegada.

Seguidamente intentaremos sostener nuestra concepción de los servicios públicos tal como instrumento del desarrollo desde el punto de vista jurídico Constitucional, justificando desde la norma Fundamental el papel activo del Estado en la materia.

LAS REFORMAS DE LOS 90 Y EL SUPUESTO CAMBIO DE PARADIGMA DEL ESTADO DE BIENESTAR AL SUBSIDIARIO?

Es pertinente recordar que la República Argentina emprendió en los años noventa un fuerte proceso de reformas políticas y económicas.

Se anunció la desaparición del estado de bienestar, el fin de las ideologías y la desregulación económica. "El auge del mercado".

El gobierno de turno contó con la necesaria legitimación para realizar abruptamente las modificaciones que creyó necesarias.

¹ La ponencia se enmarca en un proyecto de investigación financiado por Fundación BANCO RIO sobre el tema la gestión del agua en el NEA.

El proceso de reformas encontraba como antecedente filosófico político las reformas neoliberales de los años setenta y ochenta con la tesis anglosajona del Estado Mínimo.

En realidad, todo el subcontinente emprendió –con diversos matices- reformas de tinte neoliberal. Argentina se había mostrado como un alumno ejemplar.

Desde la teoría filosófica política encontramos como fundamento los postulados de Robert Nozick² quien sostuvo la existencia –y vigencia- del estado mínimo como aquel único susceptible de ser justificado.

Desde la concepción citada, toda extensión del estado por sobre aquella mínima existencia significa afectación o recorte de derechos individuales.

Ahora bien, la transferencia de empresas públicas al sector privado encuentra a nivel local otro fundamento de menor contenido ideológico pero basado en un dato de nuestra realidad que no es menor. Como fundamento vernáculo del proceso de reformas debemos citar la precaria situación financiera del estado argentino, el cual había soportado una de las mayores crisis hasta ese momento. –Hiperinflación y cambio adelantado de Gobierno-

La venta de las Empresas Públicas, ineficientes en la prestación de los servicios y con enormes problemas financieros, era una necesidad.

Desde nuestra doctrina administrativista nacional, Juan Carlos Cassagne³ ha ponderado que desde 1989 ha operado un verdadero cambio de paradigma en el rol del estado sin que ello importe la reducción del estado a su mínima expresión.

El citado autor considera que la grandeza del estado estará dada por el cumplimiento de sus fines y no por su dimensión.

Paralelamente critica al estado social por considerar que absorbe y resigna libertades y derechos fundamentales como el de propiedad en pos de la planificación económica.

Finalmente consideramos importante resaltar el concepto de subsidiaridad o suplencia que se le asigna al estado en la materia de servicios públicos. En este orden de ideas la intervención en la economía se restringe con base en el respeto de dos principios;

- a) iniciativa económica privada que el estado debe proteger
- b) libre concurrencia del mercado –ley de oferta y la demanda-.

EL ROL ACTIVO DEL ESTADO Y EL MANDATO CONSTITUCIONAL

Hoy, un lustro ha pasado, y la realidad social nos marca que el estado no puede desligarse de los cometidos que le dan sentido a su existencia, menos aún en un país sin el grado de desarrollo adecuado.

Nos interrogamos si vale el eufemismo en vías de desarrollo.

La tesis del estado subsidiario parece convincente, y puede que sea apropiada ante ciertas circunstancias, pero no precisamente las locales.

² Nozick, Robert. Anarquía, Estado y Utopía Fondo de Cultura Económica Buenos Aires 1991 citado en Salomoni Jorge, Teoría General de los Servicios Públicos. Ad Hoc Buenos Aires. 1999... *“Un estado más extenso no limita sus funciones a la redistribución de la protección sino que también se ocupa de distribuir bienes y servicios. Para llevar a cabo esa función necesita privar de algo a algunos para dárselo a otros. Esta acción es la violación del derecho que alguien tiene de hacer lo que más quiera con sus pertenencias”...* ²

³ Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo Abeledo Perrot Bs.As. 1998 T I.

Desde el punto de vista Constitucional, la tesis del estado mínimo tiene su recepción en aquellos autores que desde el Derecho Administrativo postulan la neutralidad Constitucional en la materia que nos ocupa.

El proceso en razón del cual ciertas actividades privadas pero de interés público pasaron a ser públicas y por consecuentemente titularidad del estado se llamó publicatio⁴. Este proceso sería la culminación de tres etapas: ampliación del poder de policía del estado, dominio público y finalmente asunción de la titularidad estatal mediante ley.

Explican quienes postulan la neutralidad constitucional en este campo que no siempre las constituciones consagraron expresamente modelos económicos, dejando en manos de los legisladores amplias facultades para tales determinaciones.

En este orden de ideas, nuestra carta magna se enmarcaría en esta clase de constituciones antiguas que tiende a asegurar sí un espacio **suficiente de libertad** para la actividad privada, que quede exento de intervencionismo y dirigismos estatales⁵

Autores del Derecho Administrativo como Héctor Mairal⁶ sostienen que en relación a la titularidad estatal de los servicios públicos, la Constitución de la República Argentina mantiene pura neutralidad. Esta situación de neutralidad le permite dotar al legislador de amplios poderes para disponer la publicatio o privatización de los servicios en un marco de política económica.

Es pertinente recordar que a diferencia de nuestra Constitución, las de Italia y España expresamente prevén la reserva o expropiación de empresas o categorías de empresas referidas a la prestación de servicios públicos –en el primer caso- y en el segundo la iniciativa pública económica mediante reserva de ley de recursos o servicios esenciales.

Desde nuestra perspectiva, las profundas desigualdades sociales y la ausencia estatal únicamente pueden ser revertidos mediante la participación del estado. Claro está, que el papel público debe darse en su justa medida, en un marco de razonabilidad y en pleno respeto de la economía, eficiencia y eficacia que constituyen los principios de la gestión pública contemporánea.

La tensión está dada porque el mercado no solucionará con equidad las demandas sociales y tampoco lo hará un estado con altos niveles de corrupción e ineficiencia.

La ecuación podría resolverse si lográramos distinguir las diversas realidades del país y fijar prioridades con políticas de medio y largo plazo.

A propósito de ello encontramos en la Constitución Nacional, aquella Ley suprema del Estado, un brillante plan de gobierno, un claro mandato al poder instituido.

Nuestra Constitución liberal de 1853 nació para dar origen al desarrollo y progreso de una país por entonces extenso, despoblado y sin políticas generales de desarrollo –vaya coincidencia ciento cincuenta años después, no?

⁴ Muratorio, Jorge. La Regulación Constitucional de los Servicios Públicos en la Reforma de 1994 en Estudios sobre la Reforma Constitucional Ed. Depalma Buenos Aires 1995 pág. 97 y siguientes.

⁵ Bidart Campos, Germán. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. 1998 T I El Derecho Constitucional de la Libertad p 308 en Muratorio, Jorge obra citada.

⁶ Mairal Héctor La Ideología del Servicio Público RDAD Buenos Aires 1994 nro 14. Pag 398 y siguientes.

La denominada **cláusula de prosperidad** fue consagrada en el viejo artículo 67 inc. 16 de la Ley Suprema -hoy art. 75. Inc. 18⁷- reviste trascendental importancia para esta posición que sustentamos. Debemos luego vincularlo con el nuevo artículo 75 inciso 19.

Explica Jorge Salomoni ⁸ que la norma de referencia encuentra sus antecedentes sólo en el derecho patrio, en los postulados de Juan Bautista Alberdi.⁹

El renombrado artículo 67 –hoy 75- importa una clara concepción jurídico-política en el sentido de tener una alcance trascendental en el proceso de organización nacional y en la actualidad misma, puesto que más allá del intenso proceso de transferencia de las prestaciones de los servicios públicos a las empresas privadas operado en la década de los años 90, la sustancia del servicio público, su regulación, control y responsabilidad continúa a cargo del estado.

El artículo le dota al legislador del deber de proveer lo conducente a la prosperidad del país, el adelanto y el bienestar de todas las Provincias. Es decir que debe tomar inexorablemente todas las medidas en pos del desarrollo Nacional. Tiene el legislador una pesada carga que no puede evadir. El inciso hace expresa referencia a los planes de educación e ilustración y con toda fuerza luego promueve la construcción de ferrocarriles, vías navegables, la industrialización. También hace referencia a la colonización de tierras, importación y exploración de ríos interiores.

Entendemos que el mandato constitucional autorizó expresamente para que interviniera en los procesos económicos, puesto que es este el único medio de crear y aportar riquezas.

Por supuesto que la citada intervención encuentra como contrapartida una serie de garantías fundamentales para un estado de tipo liberal democrático.

La Constitución diseñó sabiamente un delicado sistema de pesos y contrapesos en pos del codiciado equilibrio social, económico y político pero ello no significa que le restringió potestades a la administración a efectos de que lleve adelante las políticas necesarias para el desarrollo y el crecimiento.

Existe una directa relación entre la participación del estado como motor del desarrollo que en aquellos momentos se tornaba indispensable, la prestación de servicios públicos esenciales –por ejemplo los ferrocarriles que revolucionaron al país- y el posterior y consecuente desarrollo de la deprimida y primaria economía de subsistencia que en la mayoría del territorio nacional existía.

⁷ Art. 75. Inc 18 Constitución Nacional: .. *“Corresponde al Congreso: ... Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por oncesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulos”...*

⁸ Salomoni Jorge, Teoría General de los Servicios Públicos Ed.Ciudad Argentina Buenos Aires 1998 pag. 113 y siguientes.

⁹... *“Corresponde al Congreso en el ramo de lo interior...3)Proveer lo conducente a la prosperidad, defensa y seguridad del país, al adelanto y bienestar de todas sus provincias, estimulando el progreso de la instrucción y su industria, de la inmigración, de la construcción de ferrocarriles y canales navegables, de la colonización de las tierras desiertas y habitadas por indígenas, de la planificación de nuevas industrias, de la importación de capitales extranjeros, de la explotación de los ríos navegables, por leyes provinciales de esos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo “.. Ver en Alberdi, Juan Bautista. Bases. Pag. 297. Del proyecto de Contitución Nacional art. 67. Editorial Plus Ultra 1981.*

Esas potestades devienen en la indispensable titularidad sobre aquel conjunto de actividades que sirven de puente para alcanzar los objetivos del constituyente. **Esto es: la titularidad sobre los servicios públicos.**

Claro está que la titularidad no implica necesariamente que el propio estado tome a su cargo la realización y prestación de todos los servicios.

Bien podría darse el caso en el que se transfiera a empresas o cooperativas la prestación del servicio sin que ello menoscable o restrinja el carácter de titular que el estado posee.

En relación a la estricta génesis del artículo sostiene Salomoni ¹⁰ que éste posee dos aspectos perfectamente bien diferenciados, dos campos que se instituyen en mandatos que el estado nacional debe cumplir a rajatabla: Por un lado, el estímulo y el fomento de la actividad privada como motor de la economía .-libertad económica y su debido respeto- y por el otro la correspondiente obligación de prestación de ciertas actividades o servicios, per se o a través de terceros. Un claro ejemplo lo constituirían las comunicaciones viales. Sin caminos el país nunca crecería. Son las arterias de la nación.

El derecho se caracteriza por su dinamismo y en razón de ello, las pautas de lectura e interpretación jurídica deben variar de acuerdo a los tiempos, a las realidades y adaptarse a los hechos tal como se han desarrollado. La mera voluntad de un legislador dada ante ciertas condiciones de tiempo y lugar no constituye un elemento suficiente para fundar por sí mismo el alcance de una norma. Queda entonces planteada la cuestión: será posible interpretar la cláusula de prosperidad con un sentido diferente al que propone el autor citado?

En defensa de la tesis que venimos explicando podemos aseverar dos elementos más:

a)La cláusula de prosperidad no ha variado sustancialmente su contenido puesto que la titularidad de los servicios públicos no se discuten en la doctrina mayoritaria dado que continúa siendo un deber del estado proveer al desarrollo.

b) Seguidamente es válido sostener que los años han pasado, mas la realidad nacional no se ha modificado sustancialmente dado que ciertamente aún hoy parece ser necesario contar con todo el apoyo del estado en materia de políticas de desarrollo que impulsen al país al progreso. Por otra parte la Constitución Nacional ha sido reformada en el año 1994 –escasos diez años han transcurrido- resultando obvia intención del constituyente de conservar la cláusula que obliga al estado a promover la prosperidad y el desarrollo de la sociedad argentina.

El propio artículo se encarga de fijar las técnicas mediante las cuales se deben lograr los objetivos que la cláusula crea:

a) leyes protectoras de esos fines

b) concesiones temporales de privilegios

c) recompensas de estímulos”...

A partir de 1994 contamos también con el artículo 75 inciso 19 que viene a remarcar y sostener con más fuerza el papel del estado.

El mencionado inciso, que se agrega luego de la vieja pero no menos importante cláusula de prosperidad, expresamente ordena al Legislador proveer lo conducente al “desarrollo humano” progreso económico con justicia social, productividad de la economía Nacional, generación de empleo, formación de trabajadores etc. Encontramos su segundo párrafo aún más categórico puesto que apuesta al crecimiento armónico de la Nación así como a la promoción de políticas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo de las provincias y regiones.

¹⁰ Obra citada.

Claro está que si hablamos de “justicia social” , desarrollo de provincias con igualdad y progreso no podríamos sostener luego que existe absoluta neutralidad de la Constitución en materia de modelos económicos.

Existe un expreso mandato constitucional que comprende a los servicios públicos, pues estos constituyen actividades especiales que con contenido jurídico económico tienen por objeto satisfacer necesidades sociales, sirviendo como también como puente para el desarrollo que la propia Constitucional promueve ya desde el propio Prámbulo cuando se expresa ... “promover el bienestar general”... como uno de los objetos de la Constitución Nacional.

EPÍLOGO

SERVICIOS PUBLICOS - DESARROLLO Y DEMOCRACIA

Los tres conceptos que señalamos en el último subtítulo se entrelazan directamente.

La democracia, como forma de gobierno y de organización social, se legitima día a día. La ciudadanía debe ser partícipe de los procesos democráticos en los diversos estamentos sociales.

El desarrollo, entendido este en su sentido más general, -de tipo social, económico, cultural, calidad de vida, constituye el elemento más importante de legitimación de la democracia, puesto que sin desarrollo aparecen grupos antidemocráticos.

Si ahondamos en la cuestión, hallamos una institución sumamente valiosa: los servicios públicos, que comprendidos desde una visión instrumental, a la luz del texto Constitucional, se instituyen en el motor del desarrollo a partir de la participación del estado en sus diversas formas. –directa o indirectamente, pero sin desnaturalizar el mandato constitucional en la materia.

Es necesario reconocer que adoptar paradigmas absolutos deviene en obstáculo pues no todos los supuestos son idénticos. Ahora bien, lo que no puede desconocerse es el deber del estado de impulsar el crecimiento y desarrollo social con equidad. Tal misión no puede ser encomendada únicamente al mercado.

La experiencia de la década de los noventa nos deja una triste impresión con datos e índices de pobreza nunca antes alcanzados.

En este orden de ideas encontramos preocupante la visión comercial imperante en materia de servicios esenciales como sucede en ciertos casos. Verbigracia el agua potable y servicios sanitarios en Corrientes (así como en otras Pcias. y en la esfera Nacional) o con la cuestión vial que se rige mediante contratos que podrían ser más beneficiosos para la comunidad sin implicar daños para las empresas.)

Existen áreas sensibles y estratégicas en materia de desarrollo en donde el estado no puede delegar su papel primario incentivando la concepción comercial. Precisamente, su rol es claramente brindado por la propia Constitución Nacional a través de expresas cláusulas que lo obligan a realizar todo lo conducente para el desarrollo y prosperidad del país.

La cuestión no es sencilla y encierra un profundo debate ideológico que como tal no es reprochable. Sí lo es la no cobertura de necesidades para cuya satisfacción nació el estado. La sociedad no merece esperar más.

