
El Derecho Administrativo en análisis... (*)

Conversando con el Dr. Gaspar Ariño Ortiz(**) y el Dr. Juan Miguel de la Cuétara(***)

Por Miguel Ángel Campos Noriega y Eduardo Cueva Vieira(****)
Miembros de la Asociación Civil *ius et veritas*

1. El concepto de servicio público ha evolucionado constantemente tanto en las tradiciones romano-germánicas como en la anglosajonas ¿Es posible armonizar el concepto de servicio público esbozado por ambas familias? ¿cuáles son los rasgos similares y los disímiles? ¿puede afirmarse que uno es mejor?
2. En un contexto de globalización económica ¿cuál debe ser el rol del Estado? En esta misma línea ¿tratándose de economías en vías de desarrollo, como la peruana, el rol del Estado varía?

Ambas líneas pueden, efectivamente, armonizarse y en ello está la Unión Europea. No podía dejar de ser así, puesto que lo que conocemos como "servicios públicos" constituye una parte importante de la economía de la Unión y debe regirse por reglas armonizadas. A partir del artículo 86 del Tratado de la Unión ya disponemos de un cuerpo regulatorio razonablemente útil en los principales sectores estratégicos: energía, deportes, comunicaciones, etcétera. En cuanto a sus similitudes y diferencias, diremos que la tradición continental contempla al servicio público sobre todo desde la perspectiva de la "misión" que los gobernantes establecen para él, mientras que la angloamericana se fija más en la "función" económica de las empresas de servicio público, las *public utilities*, como ellos las denominan. Si hubiéramos de hilar muy fino, quizás consideraríamos un poco mejor el enfoque angloamericano, puesto que la experiencia muestra que los gobiernos, al establecer "misiones" de servicio público, no son todo lo preciso que debieran, mientras que la determinación analítica de la "función" de servicio público de una *public utility* permite obtener esa mayor precisión necesaria (aunque los analistas también se dejan llevar por apreciaciones subjetivas en muchas ocasiones). La diferencia es, en todo caso, pequeña y de matiz.

La globalización no altera en lo sustancial el rol del Estado, consistente en establecer y sostener la reglas jurídicas que permiten el funcionamiento de la sociedad y, dentro de él, de la economía de mercado. Lo que ocurre es que la globalización pone de relieve los vínculos internacionales y la necesidad de aceptar reglas comunes a todos los Estados, lo que aparentemente le quita poder a cada uno de ellos. Esto no es un fenómeno nuevo; el auge de navegación marítima que acompañó al Renacimiento y condujo a la "era de los descubrimientos" (siglo XVI) determinó hace más de 500 años la aceptación de reglas "globalizadas" para el Derecho Marítimo. Tampoco es nueva la actual polémica entre el proteccionismo y el librecambismo. En fin, lo mejor que puede hacer un Estado es adaptarse a la economía global y aprovechar las ventajas que aporta; ello le obliga, por supuesto, a hacer competitiva su economía y a mejorar la productividad de sus empresas, lo cual es un esfuerzo positivo. Ahora bien, los Estados siguen siendo soberanos y pueden buscar sus propias vías de mejora; algunas de estas vías se apartarán de la gran corriente mundial, lo cual es un error; pero, como a uno de nosotros le gusta decir, "la auténtica libertad es la libertad equivocarse"; los Estados soberanos son libres de hacerlo, como también lo son de asumir -y cumplir- compromisos internacionales de liberalización y de integración plena en los flujos económicos mundiales, lo que, indudablemente, es la opción preferible.

(*) A solicitud expresa de los autores la presente entrevista reproduce sus opiniones en forma consensuada.

(**) Abogado. Catedrático de Derecho Administrativo.

(***) Abogado. Catedrático de Derecho Administrativo.

(****) Agradecemos especialmente al profesor Richard Martín Tirado por su valiosa colaboración y asesoría para la elaboración de las preguntas de la presente entrevista.

3. En su opinión ¿la privatización es un medio o un fin en sí misma? En este sentido, ¿considera adecuado que un Estado deba mantenerse en proceso de privatización permanentemente?

La privatización, consistente en la enajenación de las empresas públicas y su conversión en privadas, es un medio y no un fin. Es un medio para incorporar técnicas de gestión y productividad privada a unas empresas que la necesitan especialmente. Pero no es un medio que pueda aplicarse indefinidamente o, como dice la pregunta, permanentemente. Agotadas las empresas que se pueden enajenar, se acaba la privatización. Lo mismo ocurrió en España con la desamortización hecha en el siglo XIX de los bienes que estaban en “manos muertas” (de la iglesia y corporaciones locales fundamentalmente); mediante su enajenación forzosa se incorporaron al flujo productivo, pero, tras dos o tres oleadas desamortizadoras, se acabó este movimiento.

4. ¿Cuál es el rol que debería adoptar el regulador en esta nueva concepción de Estado? ¿Cuáles son los nuevos retos que tiene el regulador?

El regulador tiene como finalidad esencial la de mantener en buen funcionamiento el sector regulado. Una vez introducida en él la competencia, el poderoso impulso del afán de lucro y la iniciativa privada generan tensiones que el regulador debe conseguir queden bajo control. En cuanto los sectores regulados tienen unas características (estructura en red, satisfacción de necesidades vitales de la población, demanda inelástica, pocos operadores, etcétera) que propenden al monopolio y a la aparición de cuellos de botella, el regulador debe eliminar o aminorar sus efectos negativos. La creciente complejidad de estos sectores es su principal desafío.

5. Algunos afirman que el Derecho Administrativo Económico no es más que la aplicación del Análisis Económico del Derecho al Derecho Administrativo por lo que no habría justificación para su existencia, ¿cuál es su opinión?

El Derecho Administrativo Económico tiene la misma razón de ser como especialidad que el Derecho Urbanístico o el Derecho Ambiental. Se singulariza por su objeto, en este caso la intervención del Estado en la economía, y por las técnicas específicas que tal objeto requiere, las cuales son modulaciones o matizaciones de las técnicas generales del Derecho Administrativo. Las potestades de fijación de precios regulados, por ejemplo, responden al concepto general “poderes de policía”, pero se aplican con unas técnicas

singulares específicas del Derecho Administrativo Económico: tarifas tope, horquillas de precios, determinación según costes incrementales a largo plazo etcétera. El Análisis Económico del Derecho no obsta a la progresiva concreción de esta especialidad.

6. ¿Qué opina respecto de la “huída del Derecho Administrativo”? ¿Cuáles son los límites de la liberalización en las privatizaciones en su relación con las funciones del Derecho Administrativo?

La famosa “huída al Derecho Privado” es una manifestación más del conocido fenómeno de deslizamiento de las técnicas administrativas hacia las que incorporan menos controles. A funcionarios y políticos les gustaría, por ejemplo, poder contratar del mismo modo que lo hacen las personas privadas. Aunque la liberalización consiste en reducir controles y trámites administrativos, es evidente que el ejercicio de potestades públicas requerirá siempre determinados trámites, encaminados a garantizar su objetividad, transparencia y adecuación a los intereses generales. Y este es el límite de la liberalización: los poderes y potestades administrativas, que se convierten en competencias de los distintos órganos de la Administración y que se ejercen conforme a un procedimiento establecido, estarán siempre canalizados por normas de Derecho Público. La privatización es otra cosa; la empresa privatizada ya no forma parte del cuerpo de la Administración ni sus gerentes ejercen función administrativa alguna; el Derecho Privado es, aquí, la norma.

Si se quiere ver la tendencia hacia las privatizaciones como una “ideología”, puede hacerse; pero no hay por qué hablar de institucionalizarlas; las empresas privatizadas son “unas más” entre las de propiedad privada y como tal hay que tratarlas.

7. ¿Cómo atenuar los efectos sociales negativos en los procesos de privatización? ¿Cuál es el rol del Estado en esta materia?

Los eventuales efectos negativos de la transformación de una empresa pública en empresa privada, no los produce la privatización; son directamente achacables a la mala gestión previa de la empresa pública. En puridad, el Estado debería haber saneado las empresas antes de venderlas, con lo que, en el momento de la transferencia, lo único que se produciría sería un cambio de titularidad, sin efectos negativos. La realidad muestra que no siempre se hace así. Por ello, en cuanto aparezcan resultados socialmente negativos, por ejemplo, en forma de despidos de personal innecesario o subidas de tarifas, el Estado debería aplicar una política de subsidios destinada a

minimizar su impacto, afectando a tal fin los fondos que no invirtió en el saneamiento (parte los que ingresó por la privatización).

8. Teniendo objetivos disímiles tanto los particulares como el Estado, ¿cuál es su opinión respecto de las Asociaciones Público-Privadas? ¿considera que este modelo puede funcionar en nuestro país?

¡Claro que las asociaciones público-privadas pueden funcionar en el Perú! Estas fórmulas de participación del capital privado en los proyectos públicos son positivas en cualquier país, siempre que estén bien hechas. En el mundo privado hay dinero para invertir y tecnología para aplicar; y en el mundo público hay infraestructuras y servicios que los necesitan. Para juntarlos, lo único que se necesita es un buen contrato, y la legislación de la contratación pública bien aplicada permite hacer contratos administrativos fuertes y equilibrados. Naturalmente, si nos adentramos en el mundo de la corrupción, las cosas cambian, pero es que la corrupción contamina cuanto toca: los contratos, los actos, las normas, las relaciones sociales, etcétera.

9. A raíz del proceso de descentralización de los niveles de gobierno en nuestro país existe una estructura diferente con competencias exclusivas. Según, la experiencia comparada ¿cuáles son los lineamientos para manejar un proceso de descentralización? Con relación a la función de los reguladores ¿cómo conciliar los diferentes niveles de gobierno?

En este punto, nos limitaremos a hacer una advertencia contra el excesivo fraccionamiento del poder en múltiples centros de decisión. Cuanto mayor sea su número, más fácil resulta que se acumulen obstáculos para la acción productiva y más difícil disponer de normas simples y claras para la actividad social o económica. La descentralización política satisface ansias de poder local, pero tiene como precio altos costos de gestión y grandes dificultades de acción común. Cada país debe encontrar su propio punto de equilibrio y en España lo estamos todavía buscando. Ya veremos cómo acaba nuestro experimento; por el momento, nuestra recomendación para el Perú sería que se trataran estas cuestiones con exquisita prudencia; en España está apareciendo una insolidaridad territorial,

especialmente visible en las políticas hidráulica y asistencial, muy preocupante.

10. Por otro lado, ¿en qué medida el crecimiento del Derecho Administrativo está abarcando campos que pueden vulnerar, entre otros, los principios de competencia?

Lo mismo que el Derecho Administrativo y el Derecho Mercantil han convivido durante siglos, también pueden hacerlo el Derecho Administrativo y el Derecho de la Competencia. Es más, el principio de competencia se aplica cotidianamente en el Derecho Administrativo, por ejemplo para concurrir a una licitación pública o para acceder al puesto de funcionario. Y las Administraciones vienen cooperando desde hace mucho tiempo al funcionamiento de los mercados: desde los Registros de la Propiedad o Mercantil, hasta los humildes mercados de abastos municipales, muchas instituciones públicas sostienen mercados. Por tanto, no hay invasión u ocupación de espacios ajenos, sino convivencia.

11. En teoría, la regulación estatal solo debería operar en aquellos mercados en donde no es posible que exista competencia. Sin embargo, hasta qué punto la regulación misma es una barrera para que mercados potencialmente competitivos dejen de serlo. ¿Cómo debe actuar el Estado en los sectores regulados?

Todos sabemos que entre la teoría y la práctica hay siempre una amplia distancia. La regulación "para la competencia" puede ciertamente tener como efecto no querido una cierta disminución de la competencia. Esto se ha discutido mucho en los sistemas de transporte, en los que el establecimiento de licencias en número limitado (para taxis, por ejemplo) es denunciado por algunos como disminución artificial de la competencia. Lo que trata la regulación de este sector es de evitar la competencia salvaje y estabilizar los servicios, pero, por supuesto, puede fallar en su propósito. La solución es, de todas maneras, perfeccionar la regulación, no prescindir de ella. Recuérdese que el transporte urbano de Santiago de Chile, donde se pusieron a prueba las tesis hiperliberales, ha tenido que ser reconducido a una regulación razonable para evitar la contaminación y el caos circulatorio que se había producido. ¹⁵