

GASPAR ARIÑO

ECONOMIA Y ESTADO

EL ESTADO PRODUCTOR
De las nacionalizaciones a las privatizaciones

EL ESTADO REGULADOR
Del monopolio a la competencia

Prólogo del doctor
JUAN CARLOS CASSAGNE



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

INDICE

Prólogo	7
---------------	---

PARTE PRIMERA ESTADO Y ECONOMIA

CAPÍTULO I

EL ESTADO EN LA VIDA ECONOMICA: NAVEGANDO ENTRE SCYLLA Y CARIBDIS

I. INTRODUCCION	15
II. LIMITES DEL SECTOR PUBLICO EN EL ESTADO SOCIAL DE DE- RECHO	16
1. El impresionante crecimiento del sector público en los años pasa- dos	16
2. Crisis y revisión de un modelo de Estado	21
III. CONSIDERACION ESPECIAL DEL CASO ESPAÑOL	25
1. Coordinadas y rasgos característicos del sector público español	25
2. El círculo infernal del gasto público	29
3. Cuantía, composición y reformas posibles del gasto	32
A) Cuantía del gasto público	32
B) Composición del gasto público	33
C) Ahorro e inversión pública: el gran perdedor	38
IV. LAS JUSTIFICACIONES TRADICIONALES DEL SECTOR PUBLI- CO Y SU REVISION CRITICA	38
V. LAS MODALIDADES DE ACTUACION GUBERNAMENTAL	42
1. Regulación: policia administrativa y regulación económica	42
2. Actuación fiscal y financiera	43
3. Iniciativa pública: la empresa pública concurrencial	44
4. Reservas al sector público, con o sin monopolio de hecho	46
VI. TENDENCIAS ACTUALES SOBRE EL PAPEL DEL SECTOR PU- BLICO EN ESPAÑA	50
1. Estado productor de bienes y servicios: reducción	50
2. El Estado financiador: austeridad, reforma y flexibilidad del gasto	52
3. El Estado regulador: cambio de sentido de la regulación	54
VII. CONCLUSION Y BREVE ALEGORIA	55

CAPÍTULO II

SOLIDARIDAD Y SUBSIDIARIEDAD DEL ESTADO EN LA ECONOMIA. SENTIDO ACTUAL

I. INTRODUCCION.....	61
II. EL FUNDAMENTO ANTROPOLOGICO DEL ORDEN ECONOMICO-SOCIAL.....	63
III. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, PARAMETRO DEL ORDEN SOCIAL. LA PROPIEDAD COMO SOPORTE DEL MISMO	65
1. La propiedad como soporte del mismo.....	66
2. Supuestos legítimos de intervención estatal	67
3. Los “servicios sociales”, un supuesto polémico	71
IV. INSTRUMENTACION LEGAL DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	75
V. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD, SEGUNDO PARAMETRO DEL ORDEN SOCIAL. SU REFLEJO EN LA PROPIEDAD Y LA EMPRESA.....	82
1. Solidaridad y propiedad	83
2. Solidaridad y empresa.....	87
VI. SOLIDARIDAD SOCIAL Y SOLIDARIDAD ESTATAL. REFERENCIA AL SISTEMA FISCAL	92
VII. SOLIDARIDAD Y ECONOMIA DE MERCADO	96

CAPÍTULO III

CONSTITUCION POLITICA Y MODELO ECONOMICO. ¿ES POSIBLE UNA “CONSTITUCION ECONOMICA”? EL CASO ESPAÑOL

I. LA CONSTITUCION ECONOMICA EN EL MARCO DE UN SISTEMA POLITICO Y SOCIAL. CONDICIONES PARA UNA SOCIEDAD LIBRE.....	103
II. CONDICIONES ESENCIALES PARA UNA ECONOMIA ABIERTA Y COMPETITIVA: PROPIEDAD PRIVADA Y LIBERTADES ECONOMICAS.....	106
III. LA CONSTITUCION ECONOMICA DE ESPAÑA. UNA INTERPRETACION	110
1. Formulación ambivalente: ¿economía social de mercado o economía “mixta”?.....	110
2. Precisiones metodológicas.....	113
3. Hacia una interpretación principalista: regla y excepción	114
4. El paso de la regla a la excepción: remisión al legislador.....	116
IV. OTRA LECTURA CONSTITUCIONAL. COMENTARIO CRITICO A UN TRABAJO IMPORTANTE (GARCIA PELAYO)	119

V. ALGUNAS CONCLUSIONES EN TORNO A ESTE TEMA. LINEAS MAESTRAS DEL SISTEMA.....	124
VI. ¿ES POSIBLE UN CONTROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ORDEN ECONOMICO ESTABLECIDO?.....	126

PARTE SEGUNDA EL ESTADO PRODUCTOR: DE LAS NACIONALIZACIONES A LAS PRIVATIZACIONES

CAPÍTULO IV

NACIONALIZACIONES Y RESERVAS AL SECTOR PUBLICO: SUS LIMITES

I. LAS RESERVAS AL SECTOR PUBLICO. SU SIGNIFICADO.....	141
II. RESERVAS Y NACIONALIZACIONES: DELIMITACION CONCEPTUAL Y SENTIDO ULTIMO DE ESTAS	144
III. LA PRACTICA NACIONALIZADORA: APOGEO Y CRISIS DE LA MISMA	152
IV. ¿ES POSIBLE NACIONALIZAR SIN ESTATIZAR?	153
V. LA FALACIA AUTOGESTIONARIA: EL FIN DE OTRA ILUSION	156
VI. RESERVAS AL SECTOR PUBLICO Y LIBERTADES PUBLICAS	157
1. Límites constitucionales a las reservas al sector público	158
2. Límites derivados del Tratado de Roma y el derecho europeo.....	160

CAPÍTULO V

INICIATIVA PUBLICA Y MERCADO. PAPEL ACTUAL DE LA EMPRESA PUBLICA

I. LA INTERMINABLE POLEMICA SOBRE LA EMPRESA PUBLICA.....	167
II. LA ASIMILACION DE LA EMPRESA PUBLICA A LA PRIVADA. RAZONES Y SINRAZONES	174
III. REVISION DE POSICIONES. ¿ESTA LA EMPRESA PUBLICA PARA GANAR DINERO?.....	185
IV. ¿Y POR QUE HAN DE SER PUBLICAS? PRIVATIZACIONES SI. PRIVATIZACIONES NO	187
V. EL NUEVO PAPEL: NACIONALISMO INDUSTRIAL. LIDERAZGO ESTATAL	191
VI. EL LLAMADO "NUCLEO DE OPORTUNIDAD": CREACION POR EL INI DEL GRUPO TENEO. SU REGIMEN JURIDICO	199

VII. ¿ES VIABLE UN CAMBIO TAN PROFUNDO EN LA CONCEPCION DEL ESTADO?	204
VIII. TITULARIDAD Y EFICIENCIA DE LA EMPRESA PUBLICA: ¿ES ESTA CAPAZ DE ASUMIR LA TAREA QUE SE LE CONFIA?.....	212
1. Las falacias del profesor Segura	213
a) La necesaria justificación de la empresa pública	217
b) Falsa identificación de la empresa pública y privada en cuanto a la aplicación de la teoría de la agencia	219
c) Diferencias esenciales en cuanto a la toma de control y su impacto sobre el eficiencia	221
d) Garantía de supervivencia: las empresas públicas son “inmortales”	222
2. La incidencia relativa de la empresa pública. Análisis teórico y evidencia empírica.....	224

CAPÍTULO VI

PRIVATIZACIONES (I). SU RAZON DE SER. CRISIS DE LA EMPRESA PUBLICA

I. EL SECTOR EMPRESARIAL PUBLICO EN UNA ECONOMIA DE MERCADO: EXPANSIONISMO Y CRISIS	235
II. LAS NACIONALIZACIONES EUROPEAS DE LOS AÑOS 40; MEDIO SIGLO DE EXPERIENCIA Y VALORACION DE SUS RESULTADOS	239
III. LAS CONTRADICCIONES DE LA EMPRESA PUBLICA. UNA REFLEXION INSTITUCIONAL	243
IV. AUTONOMIA VERSUS DEPENDENCIA EN LA EMPRESA PUBLICA. ¿PUEDE GESTIONARSE ESTA “COMO SI FUERA PRIVADA”?	247
V. UNA CONCLUSION GENERALIZADA: LA DESNACIONALIZACION. LOS PLANTEAMIENTOS DEL ADAM SMITH INSTITUTE EN GRAN BRETAÑA	252
VI. OLA DE PRIVATIZACIONES EN EL MUNDO	254
VII. EL INEXISTENTE CASO ESPAÑOL	275

CAPÍTULO VII

PRIVATIZACIONES (II). SIGNIFICADO. PROCEDIMIENTOS. MODALIDADES Y TECNICAS

I. INTRODUCCION	283
II. EL MULTIPLE SIGNIFICADO DEL CONCEPTO. PERSPECTIVA JURIDICA	284
III. BREVE EXCURSO SOBRE PRIVATIZACION EN EUROPA. <i>DESPUBLICATIO</i> Y COMUNIDAD EUROPEA. EL NUEVO MARCO LEGAL DE LOS SERVICIOS PUBLICOS.....	287
IV. OBJETO POSIBLE DE LAS PRIVATIZACIONES	291

V. COMPETENCIA PARA PRIVATIZAR.....	292
VI. SEGURIDAD JURIDICA Y CONFIANZA DE LOS ADQUIRENTES.....	295
VII. SEGURIDAD FINANCIERA PARA EL TESORO.....	297
VIII. REGIMEN DE PARTICIPACION DE LOS EMPLEADOS Y TRABAJADORES.....	298
IX. PROCEDIMIENTO Y TECNICAS A UTILIZAR.....	300
X. OTRAS CONDICIONES Y TECNICAS OPERATIVAS.....	303
XI. LA PRIVATIZACION DE UN MONOPOLIO QUE SIGUE SIENDO TAL.....	304

PARTE TERCERA EL ESTADO REGULADOR. DEL MONOPOLIO A LA COMPETENCIA

CAPÍTULO VIII

¿ES NECESARIO REGULAR? LOS POSIBLES MODELOS DE ACTUACION: VENTAJAS E INCONVENIENTES. EL SERVICIO PUBLICO COMO ALTERNATIVA

I. INTRODUCCION.....	311
II. LA NECESIDAD DE LA REGULACION Y SUS POSIBLES MODELOS.....	313
1. Tres testimonios destacados.....	313
2. El ciudadano cautivo.....	316
3. Las actividades disciplinadas.....	317
4. Los tres posibles modelos de regulación.....	321
5. El servicio público como alternativa.....	324
6. Las críticas a la regulación tradicional.....	326
III. EL NUEVO SENTIDO DE LA REGULACION. REFORMA Y APERTURA DE LOS SECTORES REGULADOS. LA VUELTA AL MERCADO Y A LA COMPETENCIA (EN LO POSIBLE).....	327

CAPÍTULO IX

ACTIVIDAD DE SERVICIO PUBLICO: HISTORIA Y DELIMITACION DEL CONCEPTO

I. INTRODUCCION. EL CONCEPTO DE SERVICIO PUBLICO EN EL MARCO DE LOS FINES DEL ESTADO.....	333
---	-----

II. LA EXPANSION HISTORICA DE LOS FINES DEL ESTADO	337
1. El Estado policial	337
2. El Estado de los servicios públicos con contratista interpuesto	339
3. La actividad de servicio público de prestación directa por el Estado.....	341
4. Actividad estatal de producción de bienes	342
5. El Estado programador y conformador de la vida social	343
III. MODALIDADES DE LA ACCION ADMINISTRATIVA Y SU TIPIFI- CACION JURIDICA. ENCUADRE DEL SERVICIO PUBLICO	344
IV. ORIGEN, UTILIZACION Y DESARROLLO DEL CONCEPTO	346
V. EL CAMINO DE CONSTRUCCION JURIDICO-POSITIVA DEL SER- VICIO PUBLICO Y SU REGIMEN JURIDICO. LA FALTA DE UN CONCEPTO UNITARIO LEGAL	350
VI. TRASCENDENCIA POSITIVA DE LA CALIFICACION DE "SERVI- CIO PUBLICO"	355
VII. A MODO DE RECAPITULACION PROVISIONAL. AVANCE DE DE- FINICION	356
VIII. EL DESLINDE. FUNCION Y SERVICIO	358
IX. EL DESLINDE: SERVICIO PUBLICO Y GESTION ECONOMICA	360
X. UN CONCEPTO ESTRICTO DE SERVICIO PUBLICO	364
1. Actividad administrativa de prestación	364
2. Exclusividad regalistaica	365
3. Régimen de derecho público	369
4. Actividad indispensable	370
5. Prestación regular y continua	370
6. Prestación al público (finalidades de utilidad general del público)	371
XI. CONCLUSION: ARTICULO 128 DE LA CONSTITUCION ESPAÑO- LA. LA CONFIRMACION DE UNA TESIS.....	372
XII. LOS SERVICIOS PUBLICOS VIRTUALES O IMPROPIOS	373
1. Notas definatorias de estas actividades	374
2. Notas diferenciales.....	379
a) Fuente y contenido del deber de prestación.....	380
b) Alcance de la potestad modalizadora.....	381
c) Potestad sancionadora.....	382
d) Otras notas diferenciales.....	383
e) Conclusión	383

CAPÍTULO X

SERVICIO PUBLICO Y REGIMEN JURIDICO. MECANISMOS DE PROTECCION DEL USUARIO. EL NUEVO SENTIDO DE LA REGULACION: VOLVAMOS A LA COMPETENCIA

I. INTRODUCCION	387
II. BASES DE REGIMEN JURIDICO.....	389
1. Titularidad pública sobre la actividad: exclusividad regalistaica.....	389

2. Exigencia de previa concesión o título habilitante para entrar en el sector	393
3. Poderes internos de dirección, vigilancia y control sobre el servicio a favor de la Administración	395
4. Continuidad y regularidad en la prestación. Obligación de suministro	399
5. Responsabilidad de la Administración sobre el servicio	400
6. Deslegalización del sector	407
7. Principio de igualdad: "régimen de cola"	408
8. Régimen de tarifas o precios públicos	409
9. La cuestión del monopolio o exclusiva	414
10. Temporalidad de la concesión o título habilitante	418
11. Transferencia de la concesión o de sus instalaciones: necesaria autorización.	423
12. Naturaleza de la relación jurídica entre compañías gestoras de servicios públicos o entre concesionarios y usuarios	425
13. Servicio público y libertad de empresa	429
III. ¿HACIA UN NUEVO MODELO DE REGULACION?	439

CAPÍTULO XI

REGULACION ECONOMICA Y ADMINISTRACION JURIDICA. LA NECESARIA REFORMA INSTITUCIONAL

I. INTRODUCCION. NECESARIA REFORMA DEL ESTADO	443
II. EL CAMBIO DE LA ADMINISTRACION NAPOLEONICA	444
III. OBJETIVOS Y MEDIOS DE LA REGULACION EN LOS GRANDES SERVICIOS PUBLICOS. REFORMA INSTITUCIONAL	448
IV. DIRECCION ESTATAL Y COLABORACION EMPRESARIAL	452
V. CLARIDAD, TRANSPARENCIA Y CONTROL PUBLICO EN LAS EMPRESAS CONCESIONARIAS	455
VI. PARTICIPACION PUBLICA EN EL GOBIERNO DEL SERVICIO	456
VII. LA INSTITUCIONALIZACION ACTUAL DE LAS DECISIONES EN MATERIA DE REGULACION Y DIRECCION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS: PERMANENTE CONTRADICCION ENTRE LA TEORIA Y LA REALIDAD	458
VIII. REFORMA DEL SISTEMA: HACIA LA CREACION DE UN ORGANISMO REGULADOR INDEPENDIENTE.	464
IX. LAS COMISIONES REGULADORAS INDEPENDIENTES: ANALISIS CRITICO. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE ESTE SISTEMA	470
X. UNA REFLEXION FINAL SOBRE LA NECESARIA RECONSTRUCCION DEL ESTADO: LA RUPTURA DEL MODELO NAPOLEONICO	477

CAPÍTULO XII

**DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA E
INTERVENCION ECONOMICA: ¿ABERRACION
JURIDICA O INSTRUMENTO RACIONAL DE
DIRECCION POLITICA?**

I. LA LEGISLACION DE URGENCIA: CARACTER Y JUSTIFICACION. RECONOCIMIENTO GENERALIZADO EN EL MUNDO ENTERO	485
II. EL DECRETO-LEY EN ESPAÑA	487
III. EL PRESUPUESTO HABILITANTE: LA EXTRAORDINARIA Y UR- GENTE NECESIDAD	489
IV. LAS PROHIBICIONES DEL ARTICULO 86.1: SU RELACION CON LAS RESERVAS; LA PROHIBICION DE AFECTAR A LOS DERE- CHOS, DEBERES Y LIBERTADES DE LOS CIUDADANOS	494
V. EL CONTROL PARLAMENTARIO DEL DECRETO-LEY	497
VI. ALGUNAS APLICACIONES DISCUTIBLES DEL DECRETO-LEY	499
1. Decreto-ley y nacionalizaciones	500
2. No se puede expropiar por decreto-ley	501
3. Intervención de empresas por decreto-ley	502
4. Otras medidas de ordenación económica	503
VII. LA POLEMICA ARGENTINA SOBRE LOS DECRETOS DE NECESI- DAD Y URGENCIA	505
VIII. CONCLUSION	511
 ABREVIATURAS	 513