

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n.19, p. 1-254, jan./mar. 2005

# A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

## IPDA

Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

### Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

### Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

### Direção Executiva

Emerson Gabardo

### Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari  
Alice Gonzáles Borges  
Carlos Ari Sundfeld  
Carlos Ayres Britto  
Carlos Delpiazzi  
Cármen Lúcia Antunes Rocha  
Celso Antônio Bandeira de Mello  
Clèmerson Merlin Clève  
Clóvis Beznos  
Enrique Silva Cimma  
Eros Roberto Grau  
Fabrício Motta  
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)  
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz  
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão  
José Eduardo Martins Cardoso  
José Luís Said  
José Mario Serrate Paz  
Juan Pablo Cajaville Peruffo  
Juarez Freitas  
Julio Rodolfo Comadira  
Luís Enrique Chase Plate  
Lúcia Valle Figueiredo  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho  
(*in memoriam*)  
Marçal Justen Filho  
Marcelo Figueiredo  
Márcio Cammarosano  
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo  
Odilon Borges Junior  
Pascual Caiella  
Paulo Eduardo Garrido Modesto  
Paulo Henrique Blasi  
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)  
Paulo Ricardo Schier  
Pedro Paulo de Almeida Dutra  
Regina Maria Macedo Nery Ferrari  
Rogério Gesta Leal  
Rolando Pantoja Bauzá  
Sérgio Ferraz  
Valmir Pontes Filho  
Yara Stropa  
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.  
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,  
2003.  
Trimestral  
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela  
Editora Juruá em Curitiba  
ISSN: 1516-3210  
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.  
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda  
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
Internet: [www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)  
e-mail: [editoraforum@editoraforum.com.br](mailto:editoraforum@editoraforum.com.br)

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta  
Revisora: Olga M. A. Sousa  
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868  
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros  
CRB 1545/MG 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo Território Nacional

# El Papel del Estado en el Siglo XXI – Prestación de Servicios Públicos, Explotación de Actividades Económicas y Actividad Regulatoria\*

Augusto Durán Martínez

Decano Emérito y Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay "Dámaso Antonio Larrañaga" y Profesor de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República

## I

**1** El tema que se nos ha adjudicado refiere al papel del Estado en el siglo XXI en tres ámbitos: a) la prestación de servicios públicos, b) la explotación de actividades económicas y c) actividad regulatoria.

**2** Esas tres actividades son por cierto diferentes, pero es innegable que se encuentran relacionadas.

**3** Ese relacionamiento de dichas actividades parte precisamente del papel del Estado. Y este deriva de su esencia y en definitiva de la naturaleza humana, puesto que de ella deriva la comunidad política.<sup>1</sup>

**4** Por eso es que, previo a encarar nuestro tema, debemos brevemente fijar nuestra atención en el Estado desde la perspectiva de la persona humana.

## II

**1** Concibo al Estado como una institución persona (o institución corporativa), política, de base territorial, soberana, finalizada al logro del bien común.<sup>2</sup>

Aclaro que tomo los términos *institución persona* o *institución corporativa* en el sentido que les da Hauriou<sup>3</sup> y el de *bien común* para referirme

\* Exposición formulada el 27 de octubre de 2004 en Foz do Iguacu-Brasil en el marco del VI Congreso Sulamericano de Direito Administrativo (27 al 29 de octubre de 2004), organizado por el Instituto Paranaense de Direito Administrativo.

<sup>1</sup> ARISTÓTELES. La política. Editorial TOR S.R.L., Buenos Aires, 1965, pp. 7 y ss.; TOMÁS DE AQUINO, Opúsculo sobre el Gobierno de los Príncipes, en DE AQUINO, T. *Tratado de la ley - Tratado de la justicia - Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*. Editorial Porrúa S.A., México, 1975, pp. 257 y ss.; SUÁREZ, F. Selección de DEFENSIO FIDEI y otras obras, *El pensamiento político hispanoamericano*, Depalma, Buenos Aires, 1966, pp. 31 y ss.

<sup>2</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Municipio y Estado, en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Estudios de Derecho Constitucional*, Ingranusi Ltda., Montevideo, 1998, p. 7.

<sup>3</sup> HAURIU, M. La teoría de la institución y de la fundación. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 40.

al bien común público temporal como lo hace Dabin.<sup>4</sup> Aclaro además que he empleado la expresión *soberana* porque es de uso generalizado pero sin asignarle los atributos que se desprende de la lectura de Bodino<sup>5</sup>, aceptando los reparos de Maritain<sup>6</sup> y reconociendo las limitaciones que imponen a la soberanía los actuales procesos de integración.

Me importa por último destacar ahora que del concepto de Estado indicado se deriva que el Estado es un ser instrumental, un “ser cometido” como dice Brito,<sup>7</sup> que existe para el logro del fin ya indicado. En definitiva, el fin del Estado es procurar crear el ámbito adecuado para el pleno desarrollo de la persona humana.

**2** Como se sabe, en el siglo XIX — por lo menos en el llamado mundo occidental cristiano — se impuso el Estado Liberal de Derecho.

Ante su fracaso, el siglo XX ensayó dos modelos: el Estado Socialista, de inspiración marxista, y el Estado Benefactor o Estado de Bienestar, materialista como aquel, pero que indudablemente configura una variante del Estado de Derecho, concretamente del Estado Social de Derecho.

También estos dos modelos fracasaron.

La Iglesia Católica, aunque no propugna ningún modelo especial de Estado, ha cuestionado los tres modelos indicados a través de varias Encíclicas entre las que destaco RERUM NOVARUM, QUADRAGESIMO ANNO, MATER ET MAGISTRA y CENTESIMUS ANNUS.

Los cuestionamientos de la Iglesia a estas tres modalidades de Estado parten de la comprobación de los resultados insatisfactorios que han producido respecto del desarrollo de la persona humana.

**3** Ese resultado insatisfactorio ha contribuido a provocar un cambio en el Derecho Constitucional contemporáneo que, al decir de Bidart Campos, ha eliminado la discrecionalidad voluntarista en lo relacionado con la llamada “regla de reconocimiento” sustituyéndola por dos pautas esenciales: que el procedimiento de producción de la norma constitucional concuerde con lo que formalmente establece la Constitución y que el contenido arraigue su validez en el sistema axiológico de la Constitución.<sup>8</sup>

A mayor abundamiento, Bidart Campos expresa “que una regla de

<sup>4</sup> DABIN, J. Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política. Editorial Jus, México, 1946, pp. 44 y ss.

<sup>5</sup> BODIN, J. *Les six livres de la République*. Éditions Confluences, Bègles-France, 1999, pp. 46 y ss.

<sup>6</sup> MARITAIN, J. El hombre y el Estado. Encuentro Ediciones, Madrid, 1983, pp. 48 y ss.

<sup>7</sup> BRITO, M. Planificación y libertad en el estado social de derecho y en los albores del siglo XXI, en BRITO, M. *Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, perspectiva*. Universidad de Montevideo, 2004, p. 230.

<sup>8</sup> BIDART CAMPOS, G. J. Doctrina Social de la Iglesia y Derecho Constitucional. EDIAR. Buenos Aires, 2003,

reconocimiento en un estado democrático requiere hoy que en el criterio de validación del sistema se supere la autorreferencia decisionista y se la remplace por un — siquiera — mínimo *objetivismo suprapositivo*, en el que esté a la vez presente un criterio también mínimo de *moralidad social* con suficiente consenso comunitario”.<sup>9</sup>

Ese mínimo *objetivismo suprapositivo* reside en la persona humana. Y es aquí precisamente donde encontramos un importantísimo punto de encuentro entre la Doctrina Social de la Iglesia y el Derecho Constitucional democrático contemporáneo.

Con razón, así, pudo decir Bidart Campos: “todo cuanto atañe a la dignidad de la persona es susceptible de computarse en común en la doctrina social de la Iglesia y el derecho constitucional, aun cuando éste no formule definiciones confesionales sobre el tema.

Seguramente, la reafirmación de la primacía de la persona que la doctrina social de la Iglesia y el derecho constitucional comparten actualmente venga a ser, según nuestra valoración, el anclaje más fuerte para todo el sistema axiológico de cariz democrático. A partir de allí, las proyecciones que indica el personalismo en el constitucionalismo contemporáneo son capaces de calar muy hondo y de rendir fecundos resultados a la hora de su aplicación concreta en cada cuestión y cada circunstancia.”<sup>10</sup>

Eso explica que la protección internacional de los derechos humanos no se detenga ante el desconocimiento de derechos humanos producida por normas internas de los Estados, aunque dichas normas sean de nivel constitucional.

4 La importancia de lo expuesto se incrementa si se tiene en cuenta además el asentamiento del concepto de *desarrollo sostenible*.

Según la Comisión BRUNDTLAND, “el desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.”<sup>11</sup>

Y ya se ha comenzado a reconocer valor jurídico al principio de desarrollo sostenible. “Incluso se ha llegado a decir que en el desarrollo sostenible adquieren la condición de sujetos de derechos las generaciones futuras. El bien jurídico protegido no es nuestra salud futura, sino la de nuestros hijos y, lo que es más importante e innovador, la de quienes todavía

<sup>9</sup> BIDART CAMPOS, G.J., ob. cit., p. 70.

<sup>10</sup> BIDART CAMPOS, G.J., ob. cit., p. 77.

<sup>11</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L. El desarrollo sostenible como principio jurídico, en COSCULLUELA MONTANER, L. (Coordinador) y otros *Estudios de Derecho Público Económico*. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, Eudesa, Ibercaja, Civitas, Madrid, 2003, p. 186.

no han nacido.”<sup>12</sup>

Lo expuesto ha hecho decir a Piñar Mañas: “el principio de desarrollo sostenible hoy se ha convertido en un verdadero *principio general del derecho*, aplicable e invocable.- Las Administraciones pueden decidir discrecionalmente (nunca arbitrariamente) las medidas que consideren adecuadas para garantizar y promover el desarrollo sostenible. ... El desarrollo sostenible, por sí mismo, *título habilitante* para que las Administraciones Públicas ejerzan potestades de control e inspección (que deberán verse concretadas en la norma precisa de regulación de su ejercicio). En ese sentido, incrementa el ámbito del poder público. Pero en la misma medida, exactamente en la misma, incrementa el ámbito de garantías y derechos de los ciudadanos. Como consecuencia de Río 92 y de su desarrollo posterior vamos acostumbrándonos a separar los residuos urbanos y reciclarlos... . Pero al mismo tiempo que la Administración puede exigir el cumplimiento de nuestras obligaciones recicladoras, al mismo tiempo, los particulares podemos exigir de aquélla que adopte las medidas necesarias para garantizar el derecho que todos tenemos a que se reciclen los residuos.”<sup>13</sup>

5 Esa preocupación que el Derecho Público contemporáneo muestra por la persona humana, por el hombre de hoy pero también por las generaciones futuras, hace que el fin como elemento del Estado cobre especial importancia y el principio de eficacia se erija en un principio de derecho cardinal en el nuevo modelo de Estado de Derecho.<sup>14</sup>

Por eso, Bacellar Filho con razón expresó: “Constituindo a Administração Pública aparelhamento do Estado voltado, por excelencia, à satisfação cotidiana das necessidades coletivas, a legitimidade do Estado-Administração depende de sua eficiência na prestação de serviços essenciais para a proteção dos direitos fundamentais.”<sup>15</sup>

6 Lo expuesto sin dudas ha influido en la prestación de los servicios públicos, en la explotación de actividades económicas que ha asumido el Estado y en la actividad regulatoria.

### III

<sup>12</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L. El desarrollo..., loc. cit., p. 190.

<sup>13</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L. El desarrollo..., loc. cit., p. 191.

<sup>14</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Principio de eficacia y Estado Subsidiario. En *prensa*.

<sup>15</sup> BACELLAR FILHO, R.F. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira, en *Actualidad en el Derecho Público, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2002, números 18-20, p. 63.

**1** En Uruguay se puede decir que en 1990 se comienza a construir un nuevo modelo de Estado.

**2** Es cierto que no se puede decir que el cambio se produce en un día determinado. En realidad se estaba gestando antes, pero a partir de 1990 es que se impulsa con gran fuerza de convicción el nuevo modelo. El Estado de Bienestar se había agotado y aparece una forma más avanzada de Estado Social de Derecho: el llamado Estado Subsidiario.

Tomo esta terminología de Cassagne<sup>16</sup>, que deriva del *principio de subsidiariedad* enunciado por la Iglesia Católica en la Encíclica QUADRAGESIMO ANNO y desarrollado en otras posteriores, que no es una “tercera vía”<sup>17</sup> — considerada esta por Rodríguez Arana como una variante de la social democracia o de la centro izquierda —<sup>18</sup> ni tampoco se relaciona con el neoliberalismo, como a veces erróneamente se ha afirmado.

Como ejemplo de las aseveraciones precedentes basta con recordar el Mensaje con que el Poder Ejecutivo, con fecha 1º de agosto de 1990, acompañó el proyecto de ley llamado de desmonopolización.<sup>19</sup>

**3** A partir de 1990, pues, se dictan sucesivas leyes que interesan a nuestro tema.

Me voy a referir solo a algunas de ellas. Aludiré a dos leyes que

<sup>16</sup> CASSAGNE, J.C. Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. I, pp. 62 y ss.

<sup>17</sup> Encíclica SOLLITUDO REI SOCIALIS. En IRRIBAREN, J. - GUTIÉRREZ GARCÍA, J.L. *Once grandes mensajes*. BAC, Madrid, p. 692.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J. El centro no se reduce a la tercera vía. Separata del número 114 de la Revista de Estudios Políticos, octubre-diciembre de 2001, Centro de Estudios Políticos y Culturales, Madrid, p. 79.

<sup>19</sup> Entre otras cosas en ese Mensaje se expresa: “De los artículos 5, 7, 8, 10, 11, 12, 36 y 72 entre otros, de la Constitución, se desprende que nuestro sistema jurídico político se funda en la dignidad de la persona humana y en la libertad. La Constitución parte de la legitimidad de la actividad privada y de los derechos del hombre, los que sólo pueden ser limitados por el Estado en función del bien común.

El artículo 40 reconoce a la familia como la base de la sociedad y el 39 reconoce el derecho de asociación en forma amplia teniendo como único límite la ilicitud de su objeto. Por estos dos artículos pues se reconocen los grupos intermedios. Y la actividad de éstos y de los individuos es, según los casos, estimulada (art. 45), garantizada (art. 68), ayudada (art. 69), fomentada (art. 57) y protegida. No otra cosa que una protección a los individuos y a los grupos intermedios configuran la declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos, la acción de nulidad, la acción de amparo y la acción reparatoria por ejemplo.

En cuanto al Estado, la Constitución le asigna según los casos el rol de velar (art. 40), orientar (art. 50), castigar (art. 47), fomentar (art. 57), coordinar (art. 202), controlar y hasta ejercer ciertas actividades (art. 46).

De lo expuesto se desprende inequívocamente la recepción a nivel constitucional de un principio de división de competencias entre el Estado y los particulares que en forma negativa puede expresarse de la siguiente manera: el Estado no debe ejercer aquellos roles que pueden realizar las sociedades intermedias o los individuos. Y en forma positiva puede expresarse así: al Estado le corresponde dirigir, vigilar, urgir, castigar, controlar, fomentar, estimular, ayudar, coordinar, integrar y hasta suplir a los particulares cuando exigencias del bien común lo imponen.

Este principio constitucional parte de la sociabilidad natural del hombre y tiene un doble fundamento: a) el carácter personal del hombre, sujeto de la actividad social y política; y b) la necesaria ordenación de la sociedad política hacia el bien común. Y ha tenido además recepción expresa en algunos textos legislativos como el artículo 3 del Decreto-Ley N° 14.335 de 23 de diciembre de 1974.

Juan Bautista ALBERDI decía: *La industria, es decir la fuerza que produce riquezas, forma esencialmente un derecho privado ... De ese principio, el más trascendental que contenga el edificio político argentino, resulta que toda ley, todo reglamento, todo estatuto que saca de manos de los particulares el ejercicio de*

refieren a determinadas actividades en particular y a otras dos que no refieren a actividades en particular, pero que por su generalidad son aplicables a las actividades objeto de este estudio.

Me referiré así a la ley N° 17.250, de 11 de agosto de 2000, que regula las relaciones de consumo, a la ley N° 17.243, de 29 de junio de 2000, que refiere al derecho de la competencia, a la ley N° 17.296, de 21 de febrero de 2001, que crea la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC), y a la ley N° 17.598, de 13 de setiembre de 2002, que crea la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA).

#### IV

**1** La ley N° 17.250 no se ha denominado *de defensa del consumidor* sino *de relaciones de consumo*.

Y esto no es casualidad. Szafir con acierto ha expresado: “la finalidad de la ley es proteger al consumidor, pero como bien indica su propio nombre, sin desequilibrar la relación de consumo creando un nuevo sujeto vulnerable, esta vez: el proveedor.”<sup>20</sup>

No obstante lo indicado — que es así — no se puede desconocer que la norma tiene un carácter tuitivo del consumidor. Sin crear un desequilibrio procura proteger a la parte que se supone más débil en la relación de consumo, es decir, al consumidor.<sup>21</sup>

**2** La ley define al consumidor y al proveedor.

Conviene detenernos un instante en esas definiciones, por lo menos en sus aspectos más generales.

El artículo 2 dice: “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.

*No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse alguna de esas operaciones, que se reputan y son industriales por esencia en todas las legislaciones del mundo y hace de él un monopolio o servicio exclusivo del Estado, ataca las libertades concedidas por la Constitución y altera la naturaleza del Gobierno cuyas atribuciones se reducen por la Constitución a legislar, juzgar y gobernar ... El Gobierno que se hace banquero, asegurador, martillero, empresario en industria, en vías de comunicación y en construcciones de otro género, sale de su rol constitucional; y si excluye de esas ramas a los particulares, entonces se alza con el derecho privado y con la Constitución, echando a la vez al país en la pobreza y en la arbitrariedad.” (DURÁN MARTÍNEZ, A. Casos de Derecho Administrativo, Montevideo, 2003, vol. III, pp. 88 y ss.*

<sup>20</sup> SZAFIR, D. Consumidores, Análisis exegético de la ley N° 17.189, F.C.U., Montevideo, 2000, p. 6.

<sup>21</sup> CREIMER, I. La oferta de contratos en relaciones de consumo, en ORDOQUI CASTILLA, G. (Coordinador) y otros, *Derechos del Consumidor en el marco de la legislación nacional y la integración regional*. Editorial Jurídica del Uruguay Eduardo Esteva, Universidad Católica del Uruguay, Ingranusi Ltda., Montevideo, 2000, p. 65; DURÁN MARTÍNEZ, A. La protección del consumidor en el derecho uruguayo, en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Estudios de Derecho Público*, Montevideo, 2004, vol. I, pp. 272 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A. El control administrativo y las relaciones de consumo con entidades estatales en el marco de la ley N°

en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización.”

A los efectos de nuestro tema destaco que el término *consumidor* empleado en la ley es un término que tiene una acepción amplia que comprende no solo al que adquiere bienes sino también al usuario de un servicio.

Esto es aclarado por otra parte por el artículo 5. En efecto, allí se define el término *producto* empleado en el artículo 2 como “cualquier bien corporal o incorporeal, mueble o inmueble” y el término *servicio* “como cualquier actividad remunerada, suministrada en el mercado de consumo, con excepción de las que resultan de las relaciones laborales.”

Por su parte, el artículo 3 define al *proveedor* como “toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolla de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo.”

Como se percibe, la ley efectúa una definición muy amplia de *proveedor*. Quedan incluidas así las personas estatales, sean estas públicas o privadas.

Esta redacción de la ley es acorde a su finalidad ya que si en definitiva esta ley es una ley tuitiva del consumidor, poco importa quién es el proveedor.

Por eso es que los servicios objeto de este estudio, en cuanto se presten en el marco de una relación de consumo onerosa, quedan comprendidos en esta ley.

**3** El artículo 6 enumera lo que califica derechos básicos del consumidor:

- a) la protección de la vida, la salud y la seguridad contra los riesgos causados por las prácticas en el suministro de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos;
- b) la educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, la libertad de elegir y el tratamiento igualitario;
- c) la información suficiente, clara y veraz en nuestra lengua, sin perjuicio de que puedan utilizarse otros idiomas;
- d) la protección contra la publicidad engañosa, los métodos coercitivos o desleales y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión;
- e) la asociación en organizaciones cuyo objeto específico sea la

- defensa del consumidor y ser representado por ellas;
- f) la efectiva prevención y resarcimiento de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales;
- g) el acceso a organismos judiciales y administrativos para la prevención y resarcimiento de esos daños mediante procedimientos ágiles y eficaces.

Esta enumeración no es taxativa y cabe advertir que esos derechos no son sino especificaciones de otros derechos humanos reconocidos explícita o implícitamente por nuestra Constitución.<sup>22</sup>

Ante textos similares de la República Argentina, concretamente, el artículo 42, parágrafos 1 y 2 de la Constitución Nacional de 1994, Salomoni expresó:

Esta norma ha producido en mi opinión, un profundo cambio de legitimidad en el sistema servicial y concesional administrativo, al introducir como sujeto determinante al usuario.

Esta cualificación constitucional de los derechos del usuario pone en tela de juicio uno de los postulados sobre los que se asienta un sistema de derecho administrativo como el nuestro, como es, el de considerar a la Administración pública vicaria de los intereses generales, ya que su titularización y ejercicio en este colectivo y para este caso concreto, puede desarticular tal postulado.

Estas cuestiones me llevan también a afirmar que el usuario es titular de un derecho subjetivo pleno que le permite acceder irrestrictamente a la jurisdicción judicial para la defensa de esos derechos, esto es, la propia Constitución establece la garantía de defensa de sus derechos. Ello a través de las vías procesales comunes o de excepción, o por medio de la vía procesal autónoma que denominé en otra oportunidad, del 'amparo' o 'contencioso de los derechos humanos' establecida en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Todo lo expuesto, ha establecido un giro copernicano en la concepción sobre los derechos del usuario.<sup>23</sup>

Considero perfectamente aplicable al Uruguay lo afirmado por Salomoni con relación a Argentina, con la precisión de que ese giro copernicano se produce no en el texto constitucional sino en su aplicación, leído con nuevos ojos a través del texto legislativo ya indicado. Es que el Estado de Bienestar ha tratado al ser humano como un objeto, la soberbia de la burocracia lo ha considerado un *administrado* y ha llegado a considerar sinónimos el interés de la Administración o del Estado y el interés público, sin

<sup>22</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. La protección del ..., loc. cit., p. 277.

<sup>23</sup> SALOMONI, J.L. Interés público y emergencia, en *Actualidad en El Derecho Público ...* Nº 18-20, pp. 162 y ss.

advertir que el interés *de la Administración o del Estado* es interés público, a él se encuentra subordinado pero no se confunde con él.

Esto lo ha tenido por cierto muy claro Salomoni cuando al analizar la Convención Interamericana de Derechos Humanos expresó:

El requisito según las leyes han de ser dictados por razones de interés general significa que deben haber sido adoptados en función el bien común (art. 32.2.), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es “la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.”<sup>24</sup>

Esta nueva normativa en materia de derechos del consumidor tiene el mérito de poner las cosas en su lugar en lo que refiere al interés de la Administración y en definitiva al interés del Estado, lo que repercute directamente en la prestación de los servicios públicos y de las actividades económicas que ha tomado a su cargo. En el nuevo modelo de Estado el centro se traslada de la burocracia al ser humano.

## V

**1** La ley N° 17.243, por sus artículos 13, 14 y 15, refiere al derecho de la competencia.

**2** El derecho de la competencia surgía implícito del sistema de los derechos del consumidor, ya que como dijo Ordoqui, “la libre competencia es el mejor amigo del consumidor”<sup>25</sup>; pero ahora se legisla específicamente sobre el tema y de un modo muy general.<sup>26</sup>

**3** El artículo 13 de la ley N° 17.243, que es por cierto el más importante, establece:

Las empresas que desarrollen actividades económicas, cualquiera fuere su naturaleza jurídica, están sujetas a las reglas de la competencia, sin perjuicio de

<sup>24</sup> SALOMONI, J.L. Interés público..., loc. cit., p. 160.

<sup>25</sup> ORDOQUI CASTILLA, G. Derecho del consumo. Ley N° 17.250, decreto reglamentario N° 244/00. Ediciones del Foro. Montevideo, 2000, p. 308.

<sup>26</sup> La numeración de las leyes, 17.250 (relaciones de consumo) y 17.243 (derecho de la competencia) puede hacer pensar que primero se legisló sobre el derecho de la competencia y luego sobre las relaciones de consumo. En realidad esto no es así. Primero se legisló sobre las relaciones de consumo con la ley N° 17.189, de 20 de setiembre de 1999. Pero por un error en el procedimiento seguido para su elaboración, la ley N° 17.250 anuló la ley N° 17.189 y recogió textualmente sus disposiciones, salvo naturalmente el artículo relacionado con el error padecido. Por eso es que analizo en primer término la legislación sobre relaciones de consumo y luego la del derecho de la competencia ya que cronológicamente es lo que corresponde, más allá de la numeración y las fechas de las leyes actualmente vigentes.

las limitaciones que se establecieren por ley y por razones de interés general (artículos 7 y 36 de la Constitución de la República) o que resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate.

**4** Como se percibe, este artículo 13 impone como un principio general las reglas de la competencia.

¿A quién se imponen estas reglas? La norma lo dice expresamente: a “las empresas que desarrollen actividades económicas, cualquiera fuere su naturaleza jurídica.”

La redacción es muy amplia. Comprende a cualquier empresa que desarrolle cualquier actividad económica y cualquiera fuere su naturaleza. Vale decir, quedan incluidas todas las empresas, unipersonales o de forma societaria, sin personería o con personería jurídica, privadas o públicas, estatales o no estatales, nacionales o extranjeras que operen en nuestro mercado, cualquiera sea su actividad con tal de que tengan un contenido económico.

De esta manera, cualquier empresa productora de bienes o servicios, privada o pública, queda sujeta a las reglas de la libre competencia.

Así, nuestra legislación se pone al día con el actual Derecho europeo para el que poco importa si una entidad que desarrolla una actividad económica es pública o privada; lo importante es que todas ellas se adecuen a las reglas del mercado y se sometan a las reglas de la libre competencia.

**5** Este principio tiene por el mismo artículo que estamos comentando dos limitaciones: a) las que se establecieren por ley y por razones de interés general; b) las que resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate.

**6** La primera limitación es evidente puesto que conforme a los artículos 7 y 36 de la Constitución expresamente citados por la ley en análisis, los derechos reconocidos por esas disposiciones son siempre pasibles de limitación por ley y por razones de interés general.

**7** La otra limitación, es decir la derivada del carácter de servicio público de la actividad, merece un detenimiento especial.

Ya he explicado en otra oportunidad — y a ese trabajo me remito —<sup>27</sup> que la expresión servicio público en el artículo 13 de la ley N° 15.243 está tomada en el sentido estricto de Sayagués Laso<sup>28-29</sup>, pues de lo contrario la mención al servicio público en ese artículo significaría borrar con el codo lo que se escribió con la mano.

**8** De lo expuesto se deduce que este artículo 13 de la ley N° 17.243:

- a) deroga los monopolios existentes;
- b) impone el derecho de la competencia con una generalidad tal que solo queda excluido en el caso de los servicios públicos, tomada esta expresión en el sentido estricto de Sayagués Laso y aun en este caso cuando es prestado en exclusividad. En efecto, si existen concesiones y en virtud de ellas hay más de un prestador del servicio en el mismo ámbito territorial, resultan también aplicables las reglas de la competencia aunque uno de esos prestadores sea estatal.

**9** El derecho de la competencia tutela al productor de bienes y servicios, al asegurarle la libertad en la actividad. Pero también tutela al consumidor porque, gracias a la competencia, puede adquirir mejores productos o servicios y a mejores precios.

Lo expuesto vale en términos generales. Con relación a los servicios públicos, no cabe duda de que el Estado no se siente cómodo con la competencia pues no está acostumbrado, pero a medida que se va venciendo la resistencia de la burocracia y se va cumpliendo la ley, no hay duda de que mejora la situación del usuario.

Esta ley demuestra también que se ha producido un importante cambio en la perspectiva. En lo referente a los servicios públicos, confirma que el centro de atención se trasladó de la burocracia al ser humano.

## VI

**1** Las leyes números 17.296 y 17.598 ya mencionadas tienen con relación a las leyes N° 17.250 y 17.243 analizadas una doble particularidad. Por un lado refieren a actividades específicas, concretamente identificadas

<sup>27</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Monopolios estatales y derecho de la competencia, en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Estudios de Derecho Público ...*, pp. 112.

<sup>28</sup> SAYAGUÉS LASO, definió los *servicios públicos* como "el conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público." (SAYAGUÉS LASO, E. *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1953, t. I, p. 65).

<sup>29</sup> Celso Antonio BANDEIRA DE MELO definió al servicio público como "toda atividade de ofrecimiento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público — portanto, consagrados de prerrogativas de supremacía e de restrições especiais — instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo." (BANDEIRA DE MELO, C.A. *Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação*, en ARISMENDI, A-CABALLERO ORTIZ, J. (Coordinadores) y otros, *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. BREWER CARÍAS*. Thomson. Civitas, Madrid, 2003, t. II, p. 1873). Como se percibe, el concepto del maestro brasileño es parecido al de SAYAGUÉS LASO, pero no es coincidente. En efecto, BANDEIRA DE MELO, al enumerar algunos ejemplos de servicio público incluye el "*tratamiento da saúde*", que para SAYAGUÉS LASO es un cometido esencial (policía) en lo que refiere a la higiene y un servicio social en lo que refiere a la asistencia médica, y a la enseñanza, que para SAYAGUÉS LASO es un servicio social.

en la norma, en lugar de referirse en general a actividades sin individualizar, y por otro crean Unidades Regulatoras a las que se le asigna competencia con relación a esas actividades.

**2** No fueron esas las primeras Unidades Regulatoras que aparecieron en nuestro país<sup>30</sup> pero son las únicas vigentes en la actualidad, al menos con esas características, inspiradas claramente en los modelos existentes en Europa y en el resto de América.

**3** Las Autoridades Regulatoras, llamadas también Agencias Regulatoras y en nuestro país en general Unidades Regulatoras, tienen su origen en el derecho anglosajón. Sus raíces se remontan a la Inglaterra Medieval, su tradición es llevada a América del Norte por los colonos británicos y se desarrollan en los Estados Unidos a partir de la segunda mitad del siglo XIX.<sup>31</sup>

En la Europa continental se expanden fundamentalmente a partir del momento en que el derecho comunitario pasó a regular la mayor parte de las relaciones económicas y lo relacionado con la prestación de los servicios públicos en los países integrantes de la Unión Europea.<sup>32</sup>

También estas Autoridades Regulatoras aparecen en América Latina en los últimos tiempos. Pero debe señalarse que los modelos latinoamericanos, norteamericanos y europeos no son precisamente coincidentes.<sup>33</sup>

En Europa y en América Latina estos órganos aparecieron en el marco de los procesos de privatización<sup>34</sup> a fin de dar nueva regulación a estas actividades que pasaron al ámbito privado — por eso se acuña el concepto de *neorregulación*<sup>35</sup>— y controlarlas.

Ferrés Rubio, en su trabajo sobre las Autoridades Regulatoras en España, destacó sus funciones en materia de regulación, control, defensa de la competencia y arbitral.<sup>36</sup>

En posición similar, con relación a las Agencias Regulatoras en Brasil, Ferreira Motta aludió a sus funciones normativa, administrativa y

<sup>30</sup> Ver DURÁN MARTÍNEZ, A. ¿Se puede limitar derechos humanos por actos administrativos dictados por órganos reguladores de la actividad privada? Especial referencia a las unidades de regulación creadas en el Uruguay, en DURÁN MARTÍNEZ, A. Estudios de Derecho Público..., pp. 372 y ss.; DELPIAZZO, C.E. Desafíos actuales del Control. F.C.U., Montevideo, 2001, pp. 24 y ss. y 107 y ss.

<sup>31</sup> FERREIRA MOTTA, P.R. Agências Regulatoras. Manole, Barueri S.P.-Brasil, 2003, pp. 54 y ss..

<sup>32</sup> FERREIRA MOTTA, P.R. Agências..., p. 74.

<sup>33</sup> FERREIRA MOTTA, P.R. Agências..., p. 74.

<sup>34</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. ¿Se puede limitar derechos humanos por actos administrativos dictados por órganos reguladores de la actividad privada? Especial referencia a las unidades de regulación creadas en Uruguay, en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay*, Amalio M. Fernández, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2002, p. 176.

<sup>35</sup> BAUZÁ MARTORELL, F.J. La desadministración pública. Consell de Mallorca - Marcial Pons, Madrid, 2001, p.

jurisdiccional<sup>37</sup>, entendiéndose por esta última la relacionada con la solución de conflictos, pero sin admitir la posibilidad de que se dicten al respecto actos con valor de cosa juzgada.<sup>38</sup>

Ferrés Rubio, al referirse a la neorregulación, dice que es una “regulación que tiende a defender los derechos de los usuarios y consumidores, a garantizar la libre competencia, y a otorgar garantías para que el mercado funcione libre y correctamente.”<sup>39</sup>

Aparecieron así en España distintas Autoridades Regulatoras Independientes con competencia sectorial. Entre ellas se crea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con la función — entre otras — de velar para que exista libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones.<sup>40</sup>

Esta función es tan importante que se ha llegado a decir — con relación al derecho español — que “debe ser común a todas las Autoridades Regulatoras Independientes, porque en definitiva, son entidades de Derecho Público que regulan y controlan los servicios públicos liberalizados, y la razón de ser de la liberalización, es la primacía de la libre competencia.”<sup>41</sup>

4 En Uruguay se siguió esa tendencia y se crearon entidades de este tipo, llamadas en general unidades reguladoras, pero con variantes en función de diferencias derivadas del Derecho Positivo.

Por lo pronto, como esa regulación comprende también la actividad privada y según el artículo 7 de la Constitución ella solo puede ser limitada por ley o por acto administrativo, si se trata de un reglamento de ejecución dictado por el Poder Ejecutivo (art. 168, numeral 4º de la Constitución) y existe suficiente cobertura legal<sup>42</sup>, no se puede asignar a esas entidades potestad normativa.

Por eso en materia normativa la competencia asignada es de tipo técnico, de asesoramiento, de preparación y propuesta de la norma que en definitiva adopte el Poder Ejecutivo, órgano al que se encuentran jerarquizadas a través de la Comisión de Planeamiento y Presupuesto.

Advierto, no obstante, que en determinados aspectos la ley les asigna potestad normativa, lo que a mi juicio es inconstitucional; inconstitucionalidad que en general se ha salvado, porque en definitiva esas normas

<sup>36</sup> FERRÉS RUBIO, R. *Autoridades Regulatoras Independientes en el marco de la liberalización de los servicios públicos*. Universidad de Navarra, Pamplona, 2003, pp. 61 y ss..

<sup>37</sup> FERREIRA MOTTA, P.R. *Agências...*, p. XXVIII, pp. 143 y ss..

<sup>38</sup> FERREIRA MOTTA, P.R. *Agências...*, p. 189.

<sup>39</sup> FERRÉS RUBIO, R., *Autoridades ...*, p. 71.

<sup>40</sup> FERRÉS RUBIO, R., *Autoridades ...*, p. 83.

<sup>41</sup> FERRÉS RUBIO, R., *Autoridades ...*, p. 83.

<sup>42</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. *¿Se puede ...*, loc. cit., pp. 360 y ss.

han sido dictadas por el Poder Ejecutivo a propuesta de las respectivas unidades.

Con las salvedades indicadas en materia regulatoria en este ámbito, se debe reconocer que la importancia de estas unidades es considerable pues es la que prepara la nueva normativa. La desregulación imperante provoca sin dudas una nueva regulación, por algo se habla de la *neorregulación*, y estas unidades son en verdad las “usinas” generadoras de esta normativa.

**5** No tienen estos órganos función jurisdiccional. En este ámbito solo tienen una función preventiva o a lo sumo en el sentido de promover una solución arbitral.

**6** Evidentemente, la función más importante de estas unidades es la de control. Más que reguladoras debieran llamarse controladoras. La terminología empleada no es sino un préstamo de la generalmente es utilizada en Europa y el resto de América.

En este aspecto están llamadas a cumplir un papel muy importante porque, por primera vez en nuestro país, un órgano independiente controla a todos los prestadores de servicios, sean estos sujetos públicos o privados.

Antes de esta solución nuestro país exhibía el aberrante espectáculo de que el órgano público que prestaba un servicio se controlaba a sí mismo y controlaba a sus competidores. No hay que ser muy adivino para advertir el resultado de este control.

En esta solución subyacía una convicción de que el Estado no puede hacer las cosas mal y que siempre es imparcial. Doble error: el Estado no siempre hace las cosas bien y no siempre es imparcial; es más, por lo menos en el Uruguay, el prestador estatal de un servicio nunca es imparcial con relación a sus competidores.

Por eso es que desde ese punto de vista la aparición de estas Unidades Regulatorias debe recibirse con beneplácito ya que, en este caso, el órgano de control no coincide con ninguno de los prestadores de servicios, y esto lo pone en condiciones de juzgar a todos por igual, en pleno respeto del principio de igualdad.

**7** La URSEC, creada por el artículo 70 de la ley N° 17.296, tiene competencia en el ámbito de las comunicaciones, tanto las telecomunicaciones, como las postales (art. 71).

Ninguna de estas actividades constituye servicio público en el sentido estricto de Sayagués Laso sino actividad privada<sup>43</sup>, aun en el caso que el

Estado los preste. Y estas actividades se rigen plenamente por el derecho de la competencia, tal como lo dispone el artículo 13 de la ley N° 17.243 ya mencionado.<sup>44</sup>

**8** La URSEA, creada por la ley N° 17.598, tiene, según su artículo 1, competencia en las actividades referidas a:

- a) la energía eléctrica;
- b) la importación de gas natural, transporte, almacenamiento y distribución de gas — cualquiera sea su origen — por redes;
- c) la aducción y distribución de agua potable a través de redes en forma regular y permanente en cuanto se destine total o parcialmente a terceros, y la producción de agua potable;
- d) la recolección de aguas servidas a través de redes, la evacuación de éstas y su tratamiento, en cuanto sean prestados total o parcialmente a terceros en forma regular y permanente;
- e) la importación, refinación, transporte, almacenamiento y distribución de petróleo, combustibles y otros derivados de hidrocarburos.

De las actividades referidas, constituyen un servicio público en el sentido estricto de Sayagués Laso las indicadas en los literales a) en algunos segmentos de la industria eléctrica<sup>45</sup>, c) y d). Los demás constituyen a mi juicio actividad privada regida plenamente por el derecho de la competencia, en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la ley N° 17.243.

**9** Tanto en la normativa de la URSEC como en la de la URSEA se advierte una preocupación por asegurar la tutela de los derechos del consumidor así como la de aplicar las reglas de la competencia. Pero se advierte además una preocupación por los aspectos técnicos de esas actividades, lo que revela un llamado de atención sobre la calidad, así como la de procurar el máximo acceso a determinadas actividades con un determinado estándar mínimo de calidad y a precios accesibles.

Lo expuesto revela una especial preocupación por la eficacia. El principio de eficacia es clave en el Estado del Siglo XXI. Y demuestra además la recepción del concepto de *servicio universal*, entendido como “el conjunto de exigencias mínimas que cabe imponer a las empresas que presten actividades de interés general para garantizar a todos ciertas

<sup>43</sup> SAYAGUÉS LASO, E. Tratado ..., t. I, pp. 80 y ss.

<sup>44</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Monopolios estatales y ..., loc. cit., pp. 111 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Competencia de ANTEL, en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Estudios de Derecho Público...*, pp. 222 y ss. y 234 y ss.

<sup>45</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Segmentos del sector eléctrico: ¿servicio público? ¿libre competencia?, en DURÁN

prestaciones básicas de calidad y a precios asequibles.”<sup>46</sup>

**10** Parada afirmó: “Sintetizando la evolución de los servicios públicos desde su nacimiento con la Monarquía absoluta hasta nuestros días, puede afirmarse que se está cerrando el ciclo vital de este poderoso instrumento de gobierno y administración. Construido en la Europa continental en los últimos siglos sobre las ideas de gestión directa por funcionarios, monopolio y carácter nacional, están desapareciendo en nuestros días por las contrarias ideas de privatización, libre competencia y globalización económica que socavan los fundamentos del Estado de Bienestar.”<sup>47</sup>

No pretendo ahora analizar esta afirmación. Lo cierto es que en Europa el término *servicio público*, término polémico y polisémico al decir de Parada<sup>48</sup>, tiende a ser reemplazado por el de “*servicios de interés económico general*”<sup>49</sup>, precisamente para evitar las polémicas suscitadas a propósito de los servicios públicos. Y es sintomático que en nuestro país se aplique una misma normativa a servicios que poseen una naturaleza jurídica distinta a la luz de la visión de Sayagués Laso, pero que pueden considerarse “*servicios de interés económico general*” conforme a la nueva terminología europea.

## VI

**1** El progreso jurídico ha sido en la materia considerable en Uruguay. Pero no ha sido sencillo ni lineal sino más bien dificultoso y sinuoso. El camino ha sido empedrado, en subida, en zigzag y con no pocos retrocesos.

Aun así, se puede admitir que el marco jurídico, aunque perfectible es aceptable. El problema no está tanto en las normas sino en la realidad

**2** Feo La Cruz advirtió que el Estado de Bienestar reposa en un modelo burocrático y elitista.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> MARTÍN REBOLLO, L. Sociedad, economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público), en COSCULLUELA MONTANER, L. (Coordinador) y otros, Estudios..., p. 641.

<sup>47</sup> PARADA J.R. Los servicios públicos en España, en ARISMENDI, A. - CABALLERO ORTIZ, J. (Coordinadores) y otros, *El derecho público...*, t. II, pp. 1845, y ss.

<sup>48</sup> “Polémico por la tensión político-ideológica que suscita entre quienes ven en los servicios públicos los males de la estatalización, la burocracia, el aumento del intervencionismo y el déficit público en contraste con la iniciativa y empresa privada, el no va más de la eficiencia económica y servicial; para otros, el servicio público es la técnica única de que se dispone para atender las necesidades vitales de los ciudadanos en régimen de igualdad y a cubierto de la explotación y el lucro que guía a la empresa privada.- Es también polisémico en cuanto por servicio público (como el término intervencionismo) no se entiende exclusivamente una forma de la actividad administrativa, sino el conjunto de ella con independencia de que sea de prestación, de limitación o de fomento.” (PARADA, J.R., ob. cit., loc. cit., p. 1845).

<sup>49</sup> MARTÍN REBOLLO, L., ob. cit., loc. cit., p. 640; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. El derecho de acceso a los servicios de interés económico general (El artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), en COSCULLUELA MONTANER (Coordinador) y otros, *Estudios ...*, pp. 515 y ss.; Díez-PICAZO, L.M. La idea de servicios de interés económico general, en COSCULLUELA MONTANER (Coordinador) y otros, *Estudios ...*, pp. 678 y ss.

En el marco del EB la confianza en la burocracia estatal derivaba de su capacidad para dar respuestas. Así que se consideraba autosuficiente, estableciéndose una orientación vertical en la que la sociedad tenía un rol pasivo, recipiendaria de las medidas adoptadas desde la estructura estatal. El espacio de lo público se entendía como exclusivo del Estado, por lo que se justificaba el intervencionismo sin requerir de ningún tipo de justificaciones para la toma de las medidas de políticas públicas, ni la participación del mercado o de otros actores sociales. Este modelo burocrático fundado en el desarrollo teórico weberiano le daba a la estructura organizativa de la Administración Pública una rigidez y un distanciamiento con respecto a la sociedad. Esta organización administrativa del Estado, desarrollaba su actividad partiendo de conceptos jurídicos elaborados en el contexto del derecho administrativo del Estado, que se convierte en su instrumento ideológico que pretende ocultar la función política y cambiante que se realiza en ese marco de actuación.<sup>51</sup>

Hoy la situación ha cambiado. “Del complejo de superioridad de la Burocracia del Estado y la baja autoestima ciudadana, — expresa Feo La Cruz — se pasa, en el contexto de la crisis del Estado Providencia, al resurgimiento del concepto de sociedad civil y a la recuperación de territorios y responsabilidades en la solución de sus propios problemas.”<sup>52</sup>

Pero la cosa no es fácil. “Lo que ocurre es que la reorientación de las relaciones Estado-sociedad en el sentido indicado, supone un cambio cultural importante que no es de fácil asimilación. Las organizaciones públicas inmersas en una cultura organizacional que le asigna un rol autoritario y una enorme autosuficiencia para la toma de decisiones, les cuesta aceptar unas relaciones horizontales con sus clientes o administrados.”<sup>53</sup>

**3** Esa cultura burocrática del Estado Benefactor ha enlentecido y, a veces, hasta impedido el pleno cumplimiento del Derecho Positivo.

En efecto, pese a la supresión de los monopolios, en algunos casos todo sigue como si nada hubiera variado.

Basta pensar lo que sucede en el ámbito de la telefonía fija y de los combustibles. ANTEL y ANCAP actúan como entidades monopólicas y las Unidades Reguladoras respectivas y el Poder Ejecutivo no efectúan el control que les compete o, por lo menos, no lo hacen con la intensidad que debieran. Son frecuentes aquí abusos de posición dominante que no encuentran correctivos eficaces, lo que perjudica a otros operadores y en

<sup>50</sup> FEO LA CRUZ, M. La participación de la sociedad civil en el proceso de gestión pública. Retos y desafíos, en *ARISMENDI, A. - CABALLERO ORTIZ, J. (Coordinadores) y otros, El Derecho Público...*, t. 1, p. 415.

<sup>51</sup> FEO LA CRUZ, M., *ob. cit.*, loc. cit., p. 416.

<sup>52</sup> FEO LA CRUZ, M., *ob. cit.*, loc. cit., p.420.

<sup>53</sup> FEO LA CRUZ, M., *ob. cit.*, loc. cit., p. 420.

definitiva a los consumidores.

4 No puedo dejar de señalar, por otro lado, el papel que han jugado los sindicatos de los trabajadores el sector público.

Se promovieron recursos de referéndum contra las leyes que preveían la asociación de PLUNA, ANTEL, ANCAP con capitales privados y la que fijaba el marco regulatorio energético, por parte de los sindicatos de los funcionarios de PLUNA, ANTEL, ANCAP y UTE.

Algunos de esos referendos fueron exitosos, y en alguna oportunidad provocaron que el propio Poder Legislativo derogara la ley impugnada. Esto produjo un considerable retraso en la evolución jurídica.

En todos esos casos, los recursos fueron promovidos por intereses sectoriales antepuestos al interés general.

Lo peor puede ocurrir en los próximos días.

El próximo 31 de octubre la ciudadanía debe decidir sobre una reforma constitucional.

Promovido por el sindicato de O.S.E. (Obras Sanitarias del Estado), debemos votar ante un proyecto que en esencia:

- a) estatiza todas las aguas, salvo las pluviales;
- b) impide la concesión para los servicios públicos de suministro de agua y saneamiento;
- c) solo admite como indemnización por los perjuicios causados por la reforma el pago por las inversiones no amortizadas.

Como se percibe, el proyecto:

- a) viola abiertamente derechos humanos patrimoniales, con lo que desconoce abiertamente ese mínimo sustantivo a que hacía referencia Bidart Campos al hablar de la “regla de reconocimiento”, referido al comienzo de este trabajo;
- b) es irracional, porque contrariamente al fin enunciado, al impedir las concesiones en materia del servicio público de suministro de agua y saneamiento, en lugar de acercar estos servicios a la gente los aleja, en virtud de las dificultades económicas y financieras existentes;

Lo expuesto, que perjudica a la mayoría de la población, se efectúa exclusivamente en interés del sindicato de O.S.E. El interés sectorial una vez más se antepone al interés general.

En suma, se trata de una reforma que adolece de una triple ilegitimidad sustantiva: a) es violatoria de derechos humanos; b) es irracional;

y c) incurre en desviación de poder.

Ese proyecto, de ser aprobado, será una cuña totalitaria y corporativa enclavada en una Constitución democrática.

**5** Los intereses de la burocracia por un lado y de los sindicatos por otro toman de rehén al hombre de carne y hueso, en definitiva la única realidad sustantiva.

**6** Lo expuesto lleva a una profunda reflexión acerca del Estado que queremos para el siglo XXI; o un Estado que sirva para lo que fue creado, es decir que atienda al ser humano en toda su dimensión personal, o que ande a los tumbos en pos de los diversos intereses sectoriales, desinteresándose de la persona humana.

Y, como siempre, en este tipo de cosas, puesto que lo planteado es un problema cultural, el éxito de esta reflexión pasa por un adecuado sistema educativo.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. El papel del Estado en el siglo XXI. Prestación de servicios públicos, explotación de actividades económicas y actividad regulatoria. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 35-53, jan./mar. 2005.

