

COLABORADORES

- Adriana da Costa Ricardo Schier
- Alan Luiz Bonat
- Állison Ricardo do Prado
- Ana Claudia Santano
- Ana Cristina Aguilar Viana
- Andrés Fernando Ospina Garzón
- Ane Elise Brandalise Gonçalves
- Ariel Maldaner
- Carolina Alves das Chagas
- Daniel Castanha de Freitas
- Daniel Fernando Pastre
- Daniel Ferreira
- Daniel Wunder Hachem
- Débora Simões da Silva
- Diego Nogueira
- Eduardo Biacchi Gomes
- Emerson Gabardo
- Eneida Desiree Salgado
- Estela B. Sacristán
- Felipe Klein Gussoli
- Fernanda Akemi Okazaki Guerios
- Fernanda Lissa Fujiwara Homma
- Gabriel Morettini e Castella
- Geovane Couto da Silveira
- Guilherme Henrique Hamada
- Gustavo Justino de Oliveira
- Gustavo Marques Krelling
- João Pedro Kostin Felipe de Natividade
- José Joaquim Neto
- José Osório do Nascimento Neto
- Juliana Georges Khouri
- Karoline Strapasson
- Lara Pastorello Panachuk
- Leonardo Queiroz Leite
- Lilian Juliana Kuwano Buhner
- Luciana Proceke Tambosi
- Luiz Alberto Blanchet
- Luzardo Faria
- Maria Clarice Sacchelli Moraes Piotto
- Marina Batisti
- Ramón Huapaya Tapia
- Regeane Bransin Quetes
- Renan Guedes Sobreira
- Richard Albert
- Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz
- Roseana Cilião Sacchelli
- Samia Yasmim Yousseif Duque Regniel
- Suzana Maria Rossetti
- Tailaine Cristina Costa
- Tarso Cabral Violin
- Tatiana Denczuk
- Thiago Priess Valiati
- Tuany Baron de Vargas
- Vivian Lima López Valle

As questões relativas à eficiência e à ética na Administração Pública, envolvendo temas como combate à corrupção, gestão dos serviços públicos, relações público-privadas, falta de transparência e acesso à informação tornaram-se centrais no cenário jurídico brasileiro e estrangeiro, demandando a busca por instrumentos e soluções voltados ao aprimoramento do bom governo e da boa administração dos assuntos públicos. Essa é a temática desta obra – **EFICIÊNCIA E ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA** – composta por artigos apresentados por pesquisadores nacionais e estrangeiros (Argentina, Brasil, Colômbia, Estados Unidos e Peru), de onze instituições de ensino superior, no Seminário Internacional de mesmo título promovido pelos Programas de Pós-Graduação (*stricto sensu*) em Direito da PUCPR, UFPR e UniBrasil em agosto de 2015, com o financiamento do Programa de Apoio a Eventos no País (PAEP) da CAPES. Os trabalhos foram agrupados em cinco partes: Parte I – Gestão eficiente e ética na efetivação de serviços públicos relativos a direitos sociais; Parte II – Impactos da ineficiência e da corrupção no processo de desenvolvimento nacional; Parte III – Instrumentos de combate à corrupção na Administração Pública; Parte IV – Mecanismos de aprimoramento da gestão pública transparente, eficiente e democrática; Parte V – Resumos apresentados na sessão de comunicados científicos.



COORDENADORES
Luiz Alberto Blanchet
Daniel Wunder Hachem
Ana Claudia Santano

EFICIÊNCIA E ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



COORDENADORES

Luiz Alberto Blanchet
Daniel Wunder Hachem
Ana Claudia Santano

EFICIÊNCIA E ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PREFÁCIO DE **Emerson Gabardo**

COORDENADORES

Luiz Alberto Blanchet

Professor Titular de Direito Administrativo da PUCPR. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná, do Instituto Paranaense de Direito Administrativo, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Advogado.

Daniel Wunder Hachem

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUCPR, do Departamento de Direito Público da UFPR e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo e do Foro Iberoamericano de Direito Administrativo. Advogado.

Ana Claudia Santano

Pós-doutoranda em Direito Público Econômico pela PUCPR. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca. Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral, do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral e da Comissão de Responsabilidade Social e Política da OAB/PR.



EDITORA ÍTHALA

COORDENADORES

Luiz Alberto Blanchet
Daniel Wunder Hachem
Ana Claudia Santano

EFICIÊNCIA E ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PREFÁCIO DE **Emerson Gabardo**

Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação
em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

CONSELHO EDITORIAL

Ana Claudia Santano: Doutora e Mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha. Pós-doutoranda em Direito Público Econômico pela PUC/PR. Professora de diversos cursos de pós-graduação no Brasil e exterior.

Emerson Gabardo: Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-doutor em Direito Público Comparado pela Fordham University.

Fernando Gama de Miranda Netto: Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito (UFF).

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro: Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora da Faculdade Paraíso – FAP, em Juazeiro do Norte-CE, de graduação e pós graduação. Professora substituta da Universidade Regional do Cariri – URCA, professora colaboradora do Instituto Romeu Felipe Bacellar desde 2006, em Curitiba/PR.

Luiz Fernando Casagrande Pereira: Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

Rafael Santos de Oliveira: Doutor em Direito pela UFSC. Mestre e Graduado em Direito pela UFSM. Professor na graduação e pós-graduação em Direito da UFSM. Coordenador do Curso de Direito da UFSM. Editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM.

B641 Blanchet, Luiz Alberto (coord)
Eficiência e ética na administração pública: Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná /coordenação de Luiz Alberto Blanchet, Daniel Wunder Hachem, Ana Claudia Santano – Curitiba: Íthala, 2015.
412p.; 23cm

ISBN 978-85-5544-018-2

1. Administração pública. 2. Eficiência. 3. Ética. I. Hachem, Daniel Wunder (coord.). II. Santano, Ana Claudia (coord.). III. Título.

CDD 351 (22.ed)
CDU 35

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

BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). *Eficiência e Ética na Administração Pública*: Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Íthala, 2015. 412 p. ISBN 978-85-5544-018-2.

Editora Íthala Ltda.
Rua Aureliano Azevedo da Silveira, 49
Bairro São João
82030-040 – Curitiba – PR
Fone: +55 (41) 3093-5252
Fax: +55 (41) 3093-5257
<http://www.ithala.com.br>
E-mail: editora@ithala.com.br

Capa: Duilio David Scrok
Projeto Gráfico e Diagramação: Duilio David Scrok



Informamos que é de inteira responsabilidade dos autores a emissão de conceitos publicados na obra. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

COORDENADORES

Luiz Alberto Blanchet
Daniel Wunder Hachem
Ana Claudia Santano

EFICIÊNCIA E ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PREFÁCIO DE **Emerson Gabardo**

Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação
em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná



EDITORA ÍTHALA
CURITIBA – 2015

SUMÁRIO

PREFÁCIO	11
Emerson Gabardo	
APRESENTAÇÃO	13
Luiz Alberto Blanchet, Daniel Wunder Hachem, Ana Claudia Santano	

PARTE I

GESTÃO EFICIENTE E ÉTICA NA EFETIVAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS RELATIVOS A DIREITOS SOCIAIS

GESTIÓN EFICIENTE Y ÉTICA EN LA EFECTIVIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS RELATIVOS A DERECHOS SOCIALES	17
Estela B. Sacristán	
CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO PÚBLICO PERUANO	35
Ramón Huapaya Tapia	
DIREITO FUNDAMENTAL AO SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO E CAPACIDADE ECONÔ- MICA DO CIDADÃO: REPENSANDO A UNIVERSALIDADE DO ACESSO À LUZ DA IGUAL- DADE MATERIAL	75
Daniel Wunder Hachem	
SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL POR INADIMPLE- MENTO DO USUÁRIO: O INTERESSE PÚBLICO ENTRE EFICIÊNCIA E DIGNIDADE	109
Luzardo Faria	

PARTE II

IMPACTOS DA INEFICIÊNCIA E DA CORRUPÇÃO NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL

O ADVOGADO E A CORRUPÇÃO NO BRASIL: CONTRIBUIÇÃO PARA A EMERGÊNCIA DE NOVOS PAPEIS VOLTADOS À PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO NOS SETORES PÚBLICO E PRIVADO	137
Gustavo Justino de Oliveira	

INEFICIÊNCIA, CORRUPÇÃO E SEUS EFEITOS SOBRE O EMPREENDEDORISMO E SOBRE O DESENVOLVIMENTO.....151

Luiz Alberto Blanchet

(IN)EFICIÊNCIA E CORRUPÇÃO NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO: POSSÍVEIS CAUSAS E MUDANÇAS NECESSÁRIAS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA .. 163

Adriana da Costa Ricardo Schier

José Osório do Nascimento Neto

AS REPERCUSSÕES DO CASO MENSALÃO: UMA ANÁLISE DE CONJUNTURA E DE CENÁRIOS..... 177

Eduardo Biacchi Gomes

Ane Elise Brandalise Gonçalves

PARTE III

INSTRUMENTOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THE PROGRESSIVE ERA OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 197

Richard Albert

INSTRUMENTOS DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA: DE LA *ULTIMA RATIO* A LA AUSENCIA DE RAZÓN..... 221

Andrés Fernando Ospina Garzón

CAÇA AOS ÍMPROBOS: COMO A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE DESVINCULADA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DESVIRTUA A FINALIDADE LEGAL 243

Felipe Klein Gussoli

PARTE IV

MECANISMOS DE APRIMORAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA

TRANSPARENTE, EFICIENTE E DEMOCRÁTICA

TRANSPARÊNCIA E ACESSO À INFORMAÇÃO: O CAMINHO PARA A GARANTIA DA ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... 271

Eneida Desiree Salgado

Tarso Cabral Violin

A PUBLICIDADE, A TRANSPARÊNCIA E A *ACCOUNTABILITY* NO DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E NO COMBATE À CORRUPÇÃO: UMA APROXIMAÇÃO CONCEITUAL 295

Ana Claudia Santano

AUTORIDADE E CONSENSO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UM REPOSICIONAMENTO DO REGIME JURIDICO CONTRATUAL BRASILEIRO À LUZ DA DOCTRINA EUROPEIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 315

Vivian Lima López Valle

DEMOCRATIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL: IMPACTOS POLÍTICO-JURÍDICOS DA PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NO ESTADO CONTEMPORÂNEO 337

Lilian Juliana Kuwano Buhner

Gustavo Marques Krelling

PARTE V

RESUMOS APRESENTADOS NA SESSÃO DE COMUNICADOS CIENTÍFICOS

DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO: INEFICIÊNCIA PARA A PROMOÇÃO DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL AO TRABALHO 361

Alan Luiz Bonat

Regeane Quetes

A INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS DO ADMINISTRADOR PÚBLICO .. 363

Állison Ricardo do Prado

BREVE MAPEAMENTO DOS MODELOS TRADICIONAIS DE ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E SUAS ABORDAGENS PÓS-POSITIVISTAS 364

Ana Cristina Aguilar Viana

A CORRUPÇÃO NO PODER PÚBLICO E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL ATUAL..... 365

Andréa Arruda Vaz

PRÁTICAS PARTICIPATIVAS NO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... 366

Ariel Maldaner

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS E SUPREMACIA JUDICIAL: REPENSANDO A REFORMA CONSTITUCIONAL ATRAVÉS DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO 367

Carolina Alves das Chagas

A EQUIVOCADA “SOLIDARIEDADE” DOS ENTES FEDERADOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS DA LEI Nº 8.080/90, RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E ALTERNATIVAS ADMINISTRATIVAS PARA O ACESSO UNIVERSAL..... 369

Daniel Castanha de Freitas

UMA REELEIÇÃO DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA A PARTIR DE ROBERT NOZICK.....371

Daniel Fernando Pastre

ÉTICA E EFICÁCIA NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A TUTELA DA CONFIANÇA DO PARTICULAR CONTRATANTE..... 372

Débora Simões da Silva

João Pedro Kostin Felipe de Natividade

LA SEGURIDAD PÚBLICA EN BRASIL: UNA REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LA NECESIDAD DE REFORMA DE LAS POLICÍAS MILITARES COMO ELEMENTO DE UNA JUSTICIA TRANSICIONAL.....374

Diego Nogueira

DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO ESTADO DO PARANÁ E AS AÇÕES AFIRMATIVAS EM PROL DA IGUALDADE..... 375

Fernanda Akemi Okazaki Guerios

AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO UM POTENCIAL INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO E DIÁLOGO NA DELIBERAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: UMA LEITURA A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO..... 377

Fernanda Lissa Fujiwara Homma

PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO DE APRIMORAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – A IMPLEMENTAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA..... 379

Gabriel Morettini e Castella

Marina Batisti

A INFLUÊNCIA DAS DOAÇÕES POR PESSOAS JURÍDICAS NA CONSISTÊNCIA DOS PARTIDOS POLÍTICOS..... 381

Geovane Couto da Silveira

A ATUAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ PARA ASSEGURAR A QUALIDADE DO ENSINO NAS ESCOLAS PARTICULARES DE EDUCAÇÃO BÁSICA..... 383

Guilherme Henrique Hamada

Regeane Bransin Quetes

PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS MODELOS DE GESTÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 385

Juliana Georges Khouri

ENTRE A PARTICIPAÇÃO E O CUSTO DA TRANSPARÊNCIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PORTAL DOS CONSELHOS MUNICIPAIS DE CURITIBA..... 387

Karoline Strapasson

Tailaine Cristina Costa

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB AS LENTES DE JOAQUIM MANUEL DE MACEDO: ANÁLISE JURÍDICO-HISTÓRICO-LITERÁRIA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 389

Lara Pastorello Panachuk

PROFISSIONALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: APONTAMENTOS SOBRE A FUNÇÃO DO DIRIGENTE PÚBLICO COMO PROTAGONISTA NO APRIMORAMENTO DO DESEMPENHO DO APARELHO DE ESTADO 390

Leonardo Queiroz Leite

A REGULAMENTAÇÃO PRECÁRIA DOS AGENTES INSALUBRES PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO E AS CONSEQUÊNCIAS DANOSAS AO TRABALHADOR BRASILEIRO..... 392

Luciana Proceke Tambosi

PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE E A EFICIÊNCIA DA GARANTIA DA PROPOSTA NOS NEGÓCIOS PÚBLICOS COM AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS 394

Maria Clarice Sacchelli Moraes Piotto

Roseana Cilião Sacchelli

PROCESSOS LICITATÓRIOS ÉTICOS: A NOVA FUNCIONALIDADE DO COMPRASNET COMO MEDIDA EFICIENTE 396

Regeane Bransin Quetes

Suzana Maria Rossetti

NEOCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: AS REFORMAS COLOMBIANAS E OS APORTES AO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO..... 398

Renan Guedes Sobreira

ESCOLHA PÚBLICA E SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO: REPERCUSSÕES NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE..... 400

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz

A ATIVIDADE DE FOMENTO COMO MECANISMO DE COMPENSAÇÃO DO ESTADO NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS 402

Samia Yasmim Yousseif Duque Regniel

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: REPENSANDO O PROCESSO CIVIL E O PAPEL DO JUIZ..... 404

Tatiana Denczuk

Daniel Ferreira

SEGURANÇA JURÍDICA, INFRAESTRUTURA E O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR PORTUÁRIO 406

Thiago Priess Valiati

FOMENTO E TERCEIRO SETOR: RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS PELA PRÁTICA DE ATOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 408

Tuany Baron de Vargas

José Joaquim Neto

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA VS. CRIMES DE RESPONSABILIDADE: A AUTONOMIA SANCIONATÓRIA DOS REGIMES É DE FATO VIÁVEL?410

Tuany Baron de Vargas

PREFÁCIO

Poucos temas são mais atuais no Direito público contemporâneo do que os relativos à eficiência e à ética estatais. Faz ao menos 20 anos que se iniciou um processo de entrelaçamento entre os temas estritamente jurídicos e as temáticas sociológicas, éticas e de gestão administrativa. Esta evolução já possibilitou que tenhamos frutos da interdisciplinariedade, que é algo de suma importância para a formação do jurista de início de século XXI.

Os assuntos acima referidos são pragmáticos e dizem respeito ao Direito aplicado. Todavia, precisam ser tratados a partir de uma perspectiva teórica a fim de que o ciclo do conhecimento seja completado. Sabe-se que a dicotomia teoria/prática vem sendo muito contestada segundo a perspectiva pós-moderna. Cada vez mais teoria e prática são ambientes com limites embaçados quando em foco as decisões públicas. E isso gera desafios tanto ao estudioso do Direito, quanto ao gestor estatal.

O Seminário Internacional Ética e Eficiência na Administração Pública, evento que dá origem à obra ora prefaciada, é um exemplo profícuo de busca por análises e soluções nesta seara. Os autores dos trabalhos científicos apresentados são docentes e discentes de destaque em suas respectivas instituições e, certamente, possuem opiniões acadêmicas e profissionais que merecem ser consideradas. Infelizmente não é isso que vem ocorrendo no Brasil, em que os Poderes Públicos cada vez mais afastam-se da academia de forma displicente e até mesmo com certa soberba. Não se poderia esperar outra coisa em um país em que o professor de Direito é muito menos valorizado pelo Estado que qualquer outro profissional da área, notadamente se feita a comparação com os magistrados e os agentes políticos.

A busca da ética e da eficiência não pode ser realizada às custas do Estado de Direito, das garantias constitucionais e da ideia republicana de objetividade. Justiça não se faz a partir das concepções morais dos detentores do poder e sim com regras bem estabelecidas e que devem ser cumpridas por uma questão de princípios e não por razões utilitaristas. Por outro lado, os princípios e o “peso institucional” não podem se prestar a uma práxis que obstaculize o atingimento do interesse público. Encontrar o ponto de equilíbrio não é algo fácil.

O presente livro, coordenado com maestria pelos professores Luiz Alberto Blanchet, Daniel Wunder Hachem e Ana Cláudia Santano, é um passo importante em uma caminhada que tende a ser profícuo. Não é a sensibilidade, nem mesmo a pura vontade subjetiva, que

trarão ao ser humano dignidade e cidadania, mas sim a consciência fruto de um intelecto bem estruturado e que saiba compartilhar com alteridade tanto ideias quanto ações. É preciso retornarmos ao sujeito deferente ao Direito e não um sujeito que trate o Direito como seu vassalo. Para isso é preciso muito estudo e pesquisa, num ambiente sério de investigação e ação. É exatamente isso o que ocorreu no Seminário e o que resulta na obra dele decorrente.

Parabéns à Pontifícia Universidade Católica do Paraná, à CAPES, e à promissora editora Íthala, por mais esta exitosa iniciativa.

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Professor Titular de Direito Administrativo da PUCPR

Professor Adjunto de Direito Administrativo da UFPR

APRESENTAÇÃO

As questões relativas à eficiência e à ética na Administração Pública, envolvendo temas como combate à corrupção, gestão dos serviços públicos e relações público-privadas, tornaram-se centrais no cenário jurídico brasileiro e estrangeiro. Problemas referentes à malversação de recursos públicos, desvio de finalidade, falta de transparência e acesso à informação passaram a assumir posição protagonista na agenda do Direito Público contemporâneo, demandando a busca por instrumentos e soluções voltados ao aprimoramento do bom governo e da boa administração dos assuntos públicos.

Foi com o objetivo de debater a fundo essa temática que o NUPED – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR, o NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR e o Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do UniBrasil, sob os auspícios da CAPES, organizaram o **Seminário Internacional: Eficiência e Ética na Administração Pública** nos dias 10 e 11 de agosto em Curitiba, Paraná.

Para propiciar uma discussão mais aprofundada e com perspectiva global, participaram do evento professores de seis países diferentes (Argentina, Brasil, Colômbia, Espanha, Estados Unidos e Peru) e onze instituições de ensino superior: Universidad Externado de Colombia, Universidad Católica Argentina, Universitat de Barcelona, Pontificia Universidad Católica del Perú, Boston College Law School, UniBrasil, Universidade Federal do Paraná, Pontificia Universidade Católica do Paraná, Universidade de São Paulo, Universidade de Santa Cruz do Sul e Universidade Estadual de Londrina. Entre os professores brasileiros, participaram docentes de seis Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* (USP, UNISC, UEL, UFPR, PUCPR e Unibrasil).

Promoveu-se, ademais, dois espaços para a participação de pesquisadores de todo o país. Um deles foi o Concurso de Artigos Jurídicos, que contou com a inscrição de doze artigos. O outro foi a Sessão de Apresentação de Comunicados Científicos, com trinta e dois trabalhos apresentados por pesquisadores de graduação, mestrado e doutorado, inclusive por professores doutores integrantes de Programas de Pós-Graduação *stricto sensu*.

Esta obra representa os anais do Seminário Internacional, financiada com os recursos fornecidos pelo *Programa de Apoio a Eventos no País (PAEP)* da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/MEC),¹ a quem agradecemos profundamente pelo auxílio. Seu objetivo é difundir, perante a comunidade científica nacional e estrangeira, os resultados das pesquisas debatidas e expostas nos dias do seminário.

Cabe aqui a manifestação da nossa profunda gratidão aos Programas de Pós-Graduação da PUCPR, da UFPR e do UniBrasil, entidades promotoras do evento; aos Professores Emerson Gabardo, Eneida Desiree Salgado, Eduardo Biacchi Gomes e Marco Antônio Berberi, que em conjunto com os Professores Luiz Alberto Blanchet e Daniel Wunder Hachem integraram a Coordenação do evento; e à Editora Íthala, na pessoa de sua dirigente Eliane Peçanha, por encampar este projeto com grande entusiasmo e eficiência.

Curitiba, setembro de 2015.

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet
Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem
Prof^a Dr^a Ana Claudia Santano
Coordenadores

¹ O financiamento foi empreendido por meio do processo PAEP 1871/2015-11 – CAPES, coordenado pelo Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet, da PUCPR.

PARTE I

GESTÃO EFICIENTE E ÉTICA NA EFETIVAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS RELATIVOS A DIREITOS SOCIAIS



GESTIÓN EFICIENTE Y ÉTICA EN LA EFECTIVIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS RELATIVOS A DERECHOS SOCIALES*

ESTELA B. SACRISTÁN**

Sumario: 1. Planteo; 2. Tres conceptos a diferencias; 3. El Derecho Comparado norteamericano; 4. El Derecho argentino; 4.1. Eficiencia; 4.2. Eficacia; 4.3. Eficacia y eficiencia; 4.4. Equidad; 5. La cuestión de la equidad ante la eficacia y a la eficiencia; 6. Reflexiones finales; 7. Referencias.

1. Planteo

Las nociones de eficacia y de eficiencia nos resultan familiares: eficacia es exitosa obtención del logro tenido en mira; eficiencia implicaría costos y beneficios, desventajas y ventajas, pérdidas y utilidades, inconveniencia y comodidad, en fin, economicidad en la obtención de ese logro. A su vez, como la vida suele ser acción, y acción es decisión, y decisión es elegir entre infinitas opciones, ambos términos constituyen, indudablemente, factores a tomar en cuenta cuando se decide. En efecto: cuando se adopta un curso de acción no sólo se tienen en mente las posibilidades de eficacia o éxito, sino también los costos y beneficios involucrados, es decir, el grado de eficiencia.

Si, en ese escenario, la decisión se relaciona con un servicio público –de aquellos calificados tales por ley, prestados por licenciatarias o concesionarias de tal clase de servicio- la escena adquiere mayor interés si de la concreción de ambos objetivos –eficacia y eficiencia- se trata. Si sumamos consideraciones éticas en ambos renglones, la riqueza

* Este trabajo se basa en la exposición sobre “*Servicios públicos y tarifas: Eficacia, eficiencia y equidad*”, efectuada en Primer Congreso Internacional de Abogacía Estatal, Local y Federal ‘El derecho administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho’, Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Dr. Julio Conte Grand, Procurador General), 4/6/2013.

** Profesora de Derecho Administrativo y becaria posdoctoral en la Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina). Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Profesora visitante en la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Profesora titular de Taller de Jurisprudencia y Doctrina en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina. Recibió el Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación” instituido por Ac. 6/91 (1995). Integra el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, y las secciones Derecho Constitucional y Derecho Administrativo del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

de perspectiva será incluso mayor. Y si colocamos, como contexto, el denominado Estado Social de Derecho, las disquisiciones se multiplicarían: es finalidad de éste “procurar el desarrollo de la igualdad material, la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades”¹, lo cual llevaría a consideraciones sobre diversas clases de igualdad en el plano cronológico -en especial, el problema de la igualdad inicial cuya inexistencia clama por soluciones de equidad-, así como la eficacia y la eficiencia de las regulaciones que rodean ese *status* inicial y su posterior desenvolvimiento.

Ciertamente, la eficiencia o eficacia puede predicarse de la prestación de un servicio público. También podemos ponderar la eficiencia o, en su caso, la eficacia de un ente regulador de ese servicio público. Incluso podríamos ponderar la eficiencia o, en su caso, la eficacia de las regulaciones mismas, sean de índole económica o no económica. Y, con ánimo de no limitarnos a la frialdad del objetivo cumplido, o a la medición de los costos involucrados, podríamos incluso efectuar consideraciones del plano de la justicia, presente, intergeneracional involucrada en esas apreciaciones de eficacia y de eficiencia: los horizontes del marco de estudio parecerían infinitos.

Específicamente, lo dicho posee su relevancia en el campo de los servicios públicos pues, los preste un particular o el Estado mismo, parecería claro que los mismos deberían concretarse o realizarse con éxito o eficacia, y al menor costo, es decir, con eficiencia, pero sin olvidar el renglón humano involucrado, que a veces requiere soluciones de equidad pues no todos se hallan en igualdad de condiciones e incluso de igualdad inicial de condiciones. Ello, tanto en épocas de normalidad, como de emergencia, que en Argentina rige desde enero del 2002 y seguirá rigiendo por decisión congresional². De igual modo, posee relevancia en punto a las regulaciones que recaen sobre ese servicio público.

Veamos cuál es la experiencia en la materia. A tal fin, repasaremos en forma muy sintética algunas cuestiones conceptuales (sección 2), sus manifestaciones en un ordenamiento foráneo, así como en el argentino (secciones 3 y 4), intentando el encuadre de una noción de regulación –en la especie, económica- que vele por la equidad (sección 5) a fin de formular las reflexiones finales pertinentes (sección 6).

2. Tres conceptos a diferenciar

Desde el punto de vista de la economía moderna³, el análisis de costo-beneficio puede ayudar a caracterizar la noción de *eficiencia*. Ese análisis, a su vez, puede servir como

¹ Carranza Latrubesse, Gustavo *si acción de amparo*, Fallos: 329: 1723 (2006), disidencia del Juez Zaffaroni. El concept de Estado Social de Derecho se ha empleado, por ejemplo, como argumento para que la Administración revocara, por sí, resoluciones ilegítimas: ver Secretaría de Comunicaciones, Resolución 188/2004, del 17/8/2004.

² Al momento de escribir estas líneas, se ha enviado al Congreso argentino un proyecto para prorrogar la emergencia hasta fines del 2017. Ver: SERRA, Laura. El gobierno proroga la emergencia económica para la próxima gestión, en *La Nación*, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1830347-el-gobierno-proroga-la-emergencia-economica-para-la-proxima-gestion> (último acceso: 24/9/2015).

³ Puede verse PEARCE, David W. (Org.). *The MIT Dictionary of Modern Economics*. 4 ed. Cambridge: The MIT Press, 1999. p. 83.

“esquema conceptual para la evaluación de proyectos públicos o privados”⁴. Originario del campo de los proyectos, esa clase de análisis se emplea para analizar decisiones, por lo que se habla de “costos y beneficios” de una decisión, emane ésta sector privado o del sector público, sea la misma de contenido económico-patrimonial, o de contenido no económico o no patrimonial.

Cuando la decisión económica mora en el ámbito público o emana de él como decisión de índole regulatoria, irradiando efectos generales, a modo de reglamentación, los costos pueden ser medidos por medio de estudios econométricos que relacionan las funciones de producción y costos, por evaluaciones de gastos para medir cuánto le cuesta a la firma cumplir con la medida, por enfoques de ingeniería que miden el costo marginal de la nueva tecnología requerida, por estudios de productividad en presencia y en ausencia de la medida, y por modelos de equilibrio general que analizan cómo reacciona un mercado perfectamente competitivo ante la regulación⁵. Por otro lado, los beneficios son más difíciles de medir, razón por la cual se suelen recabar opiniones sobre cuánto se pagaría por los cambios regulatorios propuestos, o se infiere, del estudio de comportamientos, el monto realmente sufragado⁶ a lo largo del tiempo.

Que el análisis de costo-beneficio tome en cuenta los costos —estrictamente, todos los costos- y los beneficios implica, inevitablemente, relacionarlo con la noción de *eficiencia*⁷. Ello pues, cuando se tiene en cuenta la eficiencia de la decisión, se comparan medios y fines; se afirma, de manera intuitiva, que un medio es eficiente cuando sirve para alcanzar un fin determinado, al menor costo, con la menor cantidad posible de recursos —*input*— para obtener una determinada cantidad de producto o *output*⁸, con lo que la eficiencia de una operación económica reside en que, pudiéndose obtener un mismo producto con distintos procedimientos, se escoge aquel que importa el menor costo⁹ o gasto. Desde el punto de vista de la eficiencia, entonces, aquella decisión tomada previo análisis de costo-beneficio, que

⁴ PEARCE, David W. (Org.). *Idem. Ibidem*. Para este empleo del análisis que nos ocupa, en el ámbito nacional, por aplicación del art. III, inc. 5° de la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por Ley 24.759 (Adla LVII-A, p. 12 y ss.), en el ámbito de las contrataciones estatales, véase GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. I. 5 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. XVI-15/17.

⁵ GUASCH, J. Luis; HAHN, Robert W. The Costs and Benefits of Regulation: Implications for Developing Countries. *The World Bank Research Observer*. Washington D.C., v. 14, n° 1, p. 137-158, feb./1999. p. 139/140.

⁶ GUASCH, J. Luis; HAHN, Robert W. *Idem*. p. 140.

⁷ Así lo expusimos en “SACRISTÁN, Estela. Control judicial de las medidas de emergencia (a propósito del análisis de costo-beneficio). In: SCHEIBLER, Guillermo (Coord.). *El Derecho administrativo de la emergencia*. t. IV. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005. Ampliar, con provecho, en la excelente tesina, publicada, de MASSIMINO, Leonardo F. Un aporte desde la ley nacional de procedimientos administrativos para el dictado de actos de alcance general eficientes (en especial, en el campo de la intervención administrativa en las industrias de redes naturalmente monopólicas). *Derecho Administrativo Austral*, Buenos Aires, v. 1, p. 193-335, [2008?].

⁸ SAVANTI, Victor (Org.). *La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos – Teoría y Experiencia Argentina Reciente*. Buenos Aires: Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, 1999. p. 48 y p. 66, nota 1; BEKER, Víctor A.; MOCHÓN, Francisco. *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1994. p. 64; SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. *Economics*. 15 ed. New York: Mc Graw Hill, 1995. p. 31.

⁹ VALSECCHI, Francisco. *¿Qué es la Economía?* 20 ed. Buenos Aires: Macchi, 1996. p. 20.

irrogue el menor costo, será eficiente¹⁰. De allí que el análisis de costo-beneficio sea “esencial para evaluar la eficiencia de una regulación”¹¹. Cuando esa regulación es de contenido económico, se medirán, al menos, sus costos económicos, sin perjuicio de otros, como ser, los costos sociales. Considérense, a modo de ejemplo, los beneficios y costos de crear un nuevo recurso tributario, y sus efectos sobre la recaudación, en el corto y en el largo plazo, y en el plano de la sociedad en general.

Todo ello, por cierto, es muy distinto de lo que se llama análisis de la **eficacia**¹² de una decisión, decisión regulatoria económica en la especie. Una decisión –y una regulación la trae implicada- es eficaz cuando sirve al propósito para el cual estaba enderezada; se trata de la verificación del resultado tenido en cuenta al decidir¹³. A modo de ejemplo, la política a veces aparece como pura eficacia: no en vano se ha afirmado, por ejemplo, que “la política es el arte de lo posible”¹⁴. La necesidad parece generar pura eficacia: todo, todo se lleva adelante para sobrellevar la necesidad haciéndose caso omiso, llegado el caso, de lo que diga el Derecho, y todo puede hallar justificación en la necesidad, para arribarse, por ejemplo, a la llamada “razón de estado” sobre la que enseñara Maquiavelo¹⁵. Los tratados internacionales suelen incluir una cláusula de necesidad armónica con el principio de eficacia¹⁶. Ya en el plano normativo, Kelsen consideraba que una norma es eficaz si es verdaderamente acatada por la población relevante en general. De su parte, el ejercicio de la competencia, por parte del órgano, posee un fuerte componente de eficiencia, y las normas vigentes lo reflejan¹⁷, pero también posee un componente de eficacia pues su ejercicio es obligatorio¹⁸. Asimismo, la doctrina tradicional italiana se explaya sobre los actos de alcance general, emanados del poder ejecutivo, los cuales tienen “eficacia” de ley formal¹⁹.

¹⁰ Para las distintas clases de eficiencia, cf. SACRISTÁN, Estela. Eficiencia y Tarifas. *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, n° 36/38, p.173-202, enero-diciembre 2001.

¹¹ BUSTAMANTE, Jorge E. *Desregulación – Entre el Derecho y la economía*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. p. 17.

¹² Sobre las diferencias entre ambos términos véase CASSAGNE, Juan Carlos. Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina. *Revista de Administración Pública*. Madrid, n. 154, p. 441-462, 2001. p. 442.

¹³ Ello fue explicado en SACRISTÁN, Estela. Eficiencia... *Op. cit.* p. 173 y ss.

¹⁴ “Die Politik ist die Lehre vom Möglichen”, expresión formulada por Otto von Bismarck en una entrevista el 11/8/1867 ante Friedrich Meyer von Waldeck, del diario *St. Petersburgische Zeitung*, reproducida en HEINRICH POSCHINGER, Ritter von. *Fürst Bismarck: neue Tischgespräche und Interviews*. v. 1. Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1895. p. 248.

¹⁵ Sobre el desarrollo histórico de la noción de necesidad, y su vinculación con la eficacia, puede verse DESIERO, Diane A. *Necessity and National Emergency Clauses*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012. p. 81 y ss.

¹⁶ DESIERO, Diane A., *Necessity...* *Op. cit.* p. 119.

¹⁷ Ver Dto. 333/1985, art. 4.3.3.: 4.3.3.: “Las actuaciones que acompañen el proyecto podrán contener una síntesis realizada sobre la base de los siguientes lineamientos: (...) c) Objetivos, finalidades o propósitos que se persiguen a través de la iniciativa. d) Resultado que se espera obtener con la aplicación de la norma que se propone. e) Costo que insumiría la medida propiciada (...).

¹⁸ Art. 3, LPA.

¹⁹ ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. t. I Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. p. 31 e índice en p. 363.

La evaluación del éxito de una medida –eficacia- ninguna relación guarda, en principio, con la ponderación de la eficiencia de la misma²⁰. Se trata, entonces, de dos conceptos diversos, uno enderezado a la verificación de un resultado, y el otro, dirigido a evaluar costos involucrados en la obtención del resultado.

Por último, las nociones de eficacia y de eficiencia conocen un bajo continuo de raíz humana: la *equidad*, que es, por decirlo en términos simples, un correctivo de la justicia²¹, o la justicia del caso en concreto²².

La equidad deviene un componente clave al apreciar una regulación. Ello se explicaría, suscintamente, así: (i) el Derecho puede ser concebido un coordinador o regulador de conductas: incluso como un coordinador de conductas, con justicia, o como coordinador de conductas orientadas al bien común²³; (ii) para asegurar un Derecho orientado al bien común, una regulación estatal debería ser eficaz –se logra el objetivo-; eficiente –siempre parecería más eficiente una regulación que la mera costumbre pues “la formación de costumbre es un método tosco para generar soluciones autoritativas a los problemas de coordinación”²⁴-, pero, además, esa regulación estatal debería ser equitativa, es decir, debería velar por evitar las sobregeneralizaciones injustas; (iii) si el Derecho, en palabras de COTTA, se da en el plano de la realización co-existencial del hombre²⁵, las regulaciones estatales tendrían que operar teniendo en cuenta esa realización coexistencial, que lleva, naturalmente, a efectuar, en el plano regulatorio, consideraciones que incluyan el componente de equidad o de corrección de la ciega sobregeneralización.

²⁰ Para un ejemplo de exigencia de eficacia de la contratación –art. II, inc. 2., Ley 24.759- véase la resolución 12/02 (B.O. 2/5/02) para el Sistema Nacional de Medios Públicos (Sociedad del Estado), por cuyo art. 1° se resuelve “establecer con carácter previo a efectuar toda contratación de bienes y servicios, la obligación de las gerencias respectivas, de emitir un dictamen sobre la equidad y la eficacia de tales contrataciones con relación a los fines perseguidos por esta Sociedad del Estado.”

²¹ Conf. SMITH, Patricia (Org.). *The Nature and Process of Law – An Introduction to Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 759.

²² Es ineludible la lectura de ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. 19 ed. Ciudad del México: Porrúa, 2000. p. 71: “(...) Cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo hubiera estado ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado”. Asimismo, para el tema específico de estos párrafos, me permito remitir a SACRISTÁN, Estela. *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*. Buenos Aires: Abaco, 2007. p. 148-181 y citas allí efectuadas.

²³ Sobre el Derecho como –sin perjuicio de ulteriores caracterizaciones- conjunto de reglas e instituciones dirigidas a razonablemente resolver cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad en pos del bien común de esa comunidad, ver FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1980. p. 276; ZAMBRANO, Pilar. El Derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de John Finnis. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. Ciudad de México, nº 4, p. 323-366, 2010. p. 346.

²⁴ FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*... *Op. cit.* p. 245.

²⁵ Ampliar en ZAMBRANO, Pilar. El Derecho como razón... *Op. cit.* p. 330: “La respuesta de Finnis, como la de Aquino y antes Aristóteles, asume un concepto teleológico de acción, donde el bien se constituye en fin necesario de todo obrar. El obrar se activa siempre en pos de un fin, y el fin que activa el ‘querer obrar’ es el bien conocido: cada vez que obramos buscamos o apetecemos realizar algo que se nos representa como bueno”.

Veamos ahora lo relativo a estas nociones en dos ordenamientos –uno extranjero, el otro argentino- en el campo del Derecho público, para efectuar algunas acotaciones sobre su faz operativa y sus relaciones con los requerimientos de equidad, en especial en el campo de las regulaciones.

3. El Derecho Comparado norteamericano

En los Estados Unidos, el análisis costo-beneficio –es decir, el análisis de la eficiencia- frente a las medidas que puede adoptar la Administración, es un deber jurídico²⁶ generalizado en el ámbito administrativo.

Entre otras, las medidas que exigen ese análisis son estas: Executive Order No. 12.291²⁷, por la cual todas las regulaciones deben aprobar una prueba de C/B; Executive Order No. 12.498²⁸, que requiere que las *agencias* envíen un plan anual regulatorio y que les exige que adhieran a los principios de C/B; Executive Order No. 12.866²⁹, por la cual expresamente se exige que las *agencias* incluyan la mensura cualitativa de los C/B.

Ahora, en la órbita del Poder Ejecutivo también se vela por la eficacia de sus decisiones en tiempos de emergencia. Así, consideremos estas antiguas órdenes ejecutivas del gobierno de KENNEDY: O.E. 10990, permitiéndole al gobierno asumir todos los medios de transporte y el control de autopistas y puertos de ultramar; O.E. 10995, permitiéndole al gobierno tomar y dominar medios de comunicación; O.E. 10997, permitiéndole al gobierno tomar las generadoras eléctricas, productoras de gas y petróleo, refinerías, establecimientos mineros; O.E. 10998, permitiéndole ocupar plantas de alimentos y granjas; O.E. 11000, permitiéndole al gobierno movilizar a los civiles en brigadas bajo supervisión oficial; O.E. 11001, permitiéndole a gobierno asumir funciones en salud, educación y bienestar; O.E. 11002, estableciendo que el correo general operará un registro nacional de todas las personas; O.E. 11003, permitiéndole al gobierno tomar aeropuertos, aeronaves e incluso aeronaves comerciales; O.E. 11005, permitiéndole, al gobierno, tomar ferrocarriles, vías fluviales y depósitos fiscales; O.E. 11051 fijando las competencias de la Oficina de Planeamiento de Emergencia y autorizándola a hacer cumplir las órdenes ejecutivas en peocas de escalada de la tensión internacional o de crisis económica o financiera. Asimismo, de Lyndon Johnson, O.E. 11310, autorizando al Ministerio de Justicia a llevar adelante planes establecidos por el Poder Ejecutivo para instituir apoyo industrial, establecer vinculaciones entre el Legislativo y el Judicial, controlar a todos los extranjeros, operar las instituciones penales y correccionales,

²⁶ Ampliar en HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. *A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis*. New York: AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002; y en TAWIL, Guido S. Racionalidad y formas en el derecho administrativo. *Revista La Ley*. Buenos Aires, diario del día 26/04/13, p 1-4.

²⁷ 3 Code of Federal Regulations 127 (1982).

²⁸ 3 Code of Federal Regulations 323 (1986).

²⁹ 3 Code of Federal Regulations 638, 639 (1994).

y aconsejar y asistir al Presidente. Es claro que todas ellas se vinculan a poderes de emergencia de guerra. No se vinculan a poderes de emergencia económica.

En cuanto al Poder Legislativo, existió un primer intento –en 1982- de implantar el análisis de costo-beneficio –o análisis de eficiencia- por ley.

Si bien la iniciativa tuvo éxito en el Senado, fracasó en la Cámara de Diputados, por lo que el respectivo proyecto de ley no prosperó³⁰. Sin embargo, al nivel sectorial, se prevé el análisis de costo-beneficio en la legislación aplicable a decisiones de las *agencies*³¹ -es decir, los órganos y entes de la Administración-, y en la relativa a la alimentación³², agua apta para el consumo³³, telecomunicaciones³⁴, entre otras. En cuanto a la eficacia, la medición de la efectividad de las leyes es medida por la GAO –Government Accounting Office, suerte de Auditoría General- que controla la eficacia de las leyes en materia de recursos tributarios, o leyes migratorias, entre otros supuestos.

La legislación también prevé la equidad en las regulaciones. Así, por ej., bajo el título 18 del Código Federal de Regulaciones (CFR), las regulaciones de la Federal Energy Regulatory Commission³⁵ estadounidense velan por dos importantes aspectos: (i) por que las tarifas de los transportistas de gas –actividad por demás regulada dado el monopolio natural involucrado y en interés del público usuario- sean “justas y equitativas” (*fair and equitable*)³⁶; y (ii) por que se “proteja a los clientes y participantes del mercado por medio de la supervisión de los cambiantes mercados de energía, incluyendo la mitigación del poder de mercado y el aseguramiento de resultados, de mercado, justos y equitativos (*fair and just*) para todos los participantes”

4. El Derecho argentino

Diversas normas positivas indican la preocupación del legislador argentino por los componentes de eficacia, eficiencia y equidad en las regulaciones. Veamos:

³⁰ HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. *A New Executive Order...* Op. cit. p. 15.

³¹ Unfunded Mandates Reform Act, de 1995, por la cual la *agency* debe elegir la “alternativa menos costosa, más efectiva desde el punto de vista de los costos, o menos gravosa”, salvo que el responsable de aquella pueda fundar la no adopción de esa alternativa.

³² Food Quality Protection Act, de 1996.

³³ Safe Drinking Water Act Amendment, de 1996.

³⁴ Biennial Review Provision of the Telecommunications Act, de 1996.

³⁵ La FERC es una comisión reguladora independiente que recibe competencias de una serie de leyes: Natural Gas Act, de 1938; Natural Gas Policy Act de 1978; Outer Continental Shelf Lands Act, Natural Gas Wellhead Decontrol Act de 1989; y la Energy Policy Act de 1992.

³⁶ 18 CFR 284.123 - Rates and charges.

4.1 Eficiencia

En el ámbito de ciertas contrataciones del Estado, en nuestro país, la introducción oficial del análisis de costo-beneficio en tanto herramienta que permite la determinación de la eficiencia de una medida se operó con la ley 24.759, de aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ley sancionada en 1996. Ello, en pos de la eficacia en la lucha contra la corrupción. Debe destacarse, a todo evento, que esa consagración se realiza de forma elíptica pues la norma no alude expresamente a medir la eficiencia de las decisiones sino a velar por la eficiencia, en pos de cierta eficacia en esa lucha. Veamos:

4.1.1 Derecho supranacional

El Artículo III, inc. 5º de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996 –sobre la cual se ha explicado GORDILLO detalladamente³⁷- establece que:

“(…)[L]os Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas (…) destinadas a crear, mantener y fortalecer: (…) 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la (…) eficiencia de tales sistemas.”³⁸ (el destacado no es del original)

Tal disposición legal aparece como de índole preventiva, y es establecida teniendo en cuenta los fines consagrados en el Artículo II de la Convención, tales los de:

“1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción (…)”. (el destacado no es del original).

Tres derivaciones pueden inferirse de estas dos transcripciones.

En primer lugar, la norma –en tanto instrumento para la obtención de decisiones eficientes- es aplicable no sólo a las contrataciones de funcionarios públicos, sino también a la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado. Por ende, trae implícito el análisis costo-beneficio pues las medidas o decisiones –en el caso, contrataciones- pueden ser consideradas eficientes en tanto sean adoptadas al menor costo y los costos se ponderan con relación a los beneficios. En otras palabras, como vimos en la sección 2 -al referirnos al análisis costo-beneficio, a la eficiencia y a la eficacia-, la decisión adoptada con previo análisis de costos y beneficios será eficiente³⁹; por ende, el objetivo de eficiencia establecido en

³⁷ GORDILLO, Agustín. *Tratado...* Op. cit. p. XVI-15/17.

³⁸ Además del art. III, inc. 5º de la Convención aprobada por ley 24.759, del que da cuenta GORDILLO, *Tratado...*, cit., loc. cit. en nota anterior, véanse la ley 23.696, art. 69 sobre privatización de servicios y 23.697, arts. 43, 44, 56, 84; dto. 1023/01, arts. 3º inc. a) y 9º; dto. 992/01, art. 12 y cl. 1 del modelo de contrato para el sistema de administración de Unidad Ejecutora de Programa, en lo referido a decisiones eficientes.

³⁹ BUSTAMANTE, Jorge E. *Desregulación...* Op. cit. p. 17.

la ley puede ser interpretado en el sentido de conllevar tal clase de análisis. También conlleva un análisis de eficiencia, de cara a la lucha contra la corrupción que se persigue mediante esa Convención.

En segundo lugar, estos objetivos de eficiencia y eficacia alcanzan contrataciones de funcionarios públicos –v.gr., contrato de empleo público- así como adquisiciones de bienes (contratos de suministro) y servicios (una consultoría, servicios para proveer servicios a terceros).

Así las cosas, y en tercer lugar, si alcanzan a las contrataciones que efectúe la empresa estatal para prestar un servicio público. ¿alcanzarán también a los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos? A fin de brindar respuesta a este interrogante, es menester escudriñar la definición de “funcionario público” del art. 2.a) de la Convención del acápite. Veamos:

“Por ‘funcionario público’ se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como ‘funcionario público’ en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por ‘funcionario público’ toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”.

La clase “toda otra persona... que presente un servicio público” requiere, para su operatividad, según la norma transcrita, de dos recaudos previos, uno objetivo, y otro subjetivo: “definición” y “aplicación”. Entendemos que una concesionaria o licenciataria de servicios público, en Argentina, no tipificaría en el segundo inciso pues, (i) si bien presta un servicio calificado por la ley formal del Estado Parte como servicio público con lo que se cumple la “definición” objetiva, (ii) subjetivamente no se halla comprendida ya que la norma convencional requiere que se trate de “toda otra persona que (...) preste un servicio público, según se (...) aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”⁴⁰. La esfera pertinente del ordenamiento jurídico de Argentina es el Derecho Administrativo, y según éste, las licenciatarias y concesionarias de servicios públicos no son órganos o entes estatales ya que el Derecho Administrativo, en la hipótesis más amplia, comprende hasta las

⁴⁰ “(ii) any other person who performs a public function, including for a public agency or public enterprise, or provides a public service, as defined in the domestic law of the State Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party; (...)”.

personas públicas no estatales⁴¹. Las licenciatarias y concesionarias de servicios públicos no son personas públicas no estatales, con lo que se hallan fuera de la mentada “esfera pertinente”. Tampoco son alcanzadas por el art. 1 de la Ley de Procedimientos Administrativos. De acuerdo con lo dicho, al no darse la sumatoria de requisitos (definición + aplicación), puede válidamente concluirse en la improcedencia de la inclusión de concesionarias y licenciatarias de servicios en el ámbito de aplicación de la Convención.

Ello, por cierto, no obsta a que el marco regulatorio específico del servicio público fije, como objetivos, además de la eficacia, la eficiencia⁴².

Retomando el texto de la Convención, y en virtud del inc. 12 del art. III, 12, corresponde a los Estados “[e]l estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público”. Así, si se llegre hipotéticamente a interpretar que los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos argentinos están comprendidos en la Convención, tal aserto perdería sostén a poco que se advirtiera que no puede exigirse la sola eficiencia en sociedades comerciales que prestan servicios públicos pues se hallan sujetas a importantes recaudos de seguridad, y, por definición, la seguridad no se halla comprendida en el concepto de eficiencia. Por ende, aún cuando se los incluyera en el objetivo de eficiencia de la Convención, lo serían, mas en un marco de justa remuneración y de leal prestación del servicio: elementos ambos que han sido alterados en su esencia desde la sanción de la L. 25.561, que dispuso la pesificación y congelamiento de tarifas⁴³, con lo que se genera una nueva causal de inaplicabilidad de la Convención a esas prestadoras de servicios públicos.

4.1.2 Otra normativa

Un concreto y claro ejemplo de adopción, por parte del legislador administrativo argentino, de la evaluación de la eficiencia de las medidas proviene del dto. 1154/97, sobre perjuicio fiscal, cuya reglamentación, por Res. 192/02, prevé un “piso” de economicidad a los fines del recupero de sumas que constituirían perjuicio fiscal: “el recupero de las sumas inferiores al equivalente del 50% de la asignación mensual básica de la remuneración correspondiente a los agentes Nivel “A” del Escalafón correspondiente al Sistema Nacional de la Profesión Administrativa, aprobado por Decreto N° 993/91, y sus modificatorios”.

En su momento, para licencias y concesiones de servicios públicos, el art. 15, inc. 7° de la L. 23696 contempló, en licenciatarios y concesionarios de servicios públicos “(...) las condiciones (...) que aseguren la eficiente prestación del servicio y por el término que convenga para facilitar la operación. (...).

⁴¹ Puede verse: SACRISTÁN, Estela. Las personas no estatales como instrumento de gobierno. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – RAP*. Buenos Aires, v. 34, n° 408, p. 45-56, set./2012.

⁴² Puede ampliarse en: SACRISTÁN, Estela. *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ábaco, 2007. esp. cap. VI.

⁴³ L. 25.561, art. 8 y conchs.

El art. 60, de dicha L. 23696, contemplaba las privatizaciones para “disminuir el gasto público, mejorar prestaciones o aumentar la eficiencia”. En todos los casos se exigirán una adecuada equivalencia entre la inversión efectivamente realizada y la rentabilidad”.

En materia contractual –y tengamos presente que las licencias y concesiones de servicios públicos son contratos-, la eficiencia aparece replicada, también, en los arts. 1º, 3º y 9º del Dto. 1023/01 sobre contrataciones del sector público nacional, así como en su “reglamentación”, decreto 893/2012, especialmente en sus considerandos 1ro. (“fortalecer la competitividad de la economía o a mejorar la eficiencia de la Administración Nacion”) y 8 (“es prioridad introducir en dicha reglamentación tratamientos diferenciados para cada tipo de procedimiento de selección del contratista estatal, así como reglamentar nuevas modalidades de contratación y fijar reglas claras y precisas, a los fines de fortalecer y profundizar la eficiencia, la eficacia, la economía, la sencillez y la ética en la gestión de las contrataciones estatales”).

4.2 Eficacia

Respecto de la eficacia, un concreto ejemplo de adopción, por parte del legislador administrativo, de la evaluación de la misma puede hallarse en el art. 47.d de la L. 23696 de reforma del Estado, donde se reguló un régimen de aprobaciones de contrataciones de emergencia, a efectos de que las mismas tuvieran eficacia, la cual se entiende evaluada de cara a la emergencia en dicha ley declarada.

4.3 Eficacia y eficiencia

Tanto la eficacia como la eficiencia aparecen en la Ley de Puertos 24093, cuyo art. 22 prevé, entre las competencias de la autoridad portuaria, “d) Promover y hacer efectiva la modernización, eficacia y economicidad de cada uno de los puertos del Estado nacional”.

También aparecen ambas nociones como extremos a explicitar en la redacción de la síntesis que acompaña a los proyectos de decreto, art. 4.3.3. del Dto. 333/1985; de ello se colige que esos decretos estarán acompañados de una síntesis de sus aspectos de eficiencia y de eficacia, síntesis que resultará distinta de la motivación del decreto.

Similar temperamento se advierte en la L. 26338 de Ministerios, que prevé que “comete al Ministerio de Salud (...) 26. Entender en el desarrollo de estudios sobre epidemiología, economía de la salud y gestión de las acciones sanitarias de manera de mejorar la eficiencia, eficacia y calidad de las organizaciones públicas de salud”.

La ley 27161, de creación de la Empresa Argentina de Navegación Aérea, del 2015, declara servicio público esencial la navegación aérea en y desde Argentina, y alude a la seguridad, regularidad y eficiencia de la misma, y a la eficaz y eficiente gestión.

4.4 Equidad:

Pero la normativa también establece, en ocasiones, como objetivo, la equidad en forma conjunta con el objetivo de eficiencia, o mediante la mención de alguna subclase de equidad.

Con visión amplia, la L. 26831, de Mercado de Capitales fija, en su art. 39, la regla de que “[l]os sistemas de negociación de valores negociables bajo el régimen de oferta pública que se realicen en los mercados deben garantizar la plena vigencia de los principios de protección del inversor, equidad, eficiencia, transparencia, no fragmentación y reducción del riesgo sistémico”.

La Ley General del Medio Ambiente 25675 alude, en su art. 4, al principio de equidad intergeneracional. La L. 26741 de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, en su primer artículo, declara de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, “a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones”.

Similar invocación de la equidad social aparece en la ley del Banco Central de la República Argentina: la L. 26739 establece que “art. 2: Sustitúyese el art. 3º de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, aprobada por el art. 1º de la Ley 24.144 y sus modificaciones, por el siguiente: Art. 3º: El Banco tiene por finalidad promover, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional, la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social”.

En el art. 76 de la Ley de Medios 26522 se establece que, en materia de pauta oficial, “[p]ara la inversión publicitaria oficial el Estado deberá contemplar criterios de equidad y razonabilidad en la distribución de la misma, atendiendo los objetivos comunicacionales del mensaje en cuestión”.

La L. 26221 de marco regulatorio de AySA prevé que, en su art. 4, que dicho marco regulatorio tiene, por objetivo, “g) [a]segurar que las tarifas y precios que se apliquen a los servicios sean razonables y contemplen criterios de equidad distributiva entre los usuarios, sin perjuicio de los subsidios que se establezcan para aquellos que económicamente no puedan acceder a pagar los servicios regulados”.

De tal modo, y a juego con los postulados del Estado Social de Derecho, se advierte una preocupación, del emisor de normas de alcance general, por la situación de los particulares, sea considerados individualmente o socialmente, y por la situación de entes en particular, considerados no sólo en sí mismos sino en relación con otros. De tal modo, parecen tenerse en cuenta las condiciones “comparativas” individuales, sociales o institucionales.

Tales consideraciones poseen la virtualidad de traer, al ruedo, consideraciones éticas pues sólo se puede ser equitativo allí donde sea posible serlo.

Aristóteles⁴⁴ nos enseña que: “[L]a elección, no puede recaer sobre lo imposible (...). Deliberamos, entonces, sobre las cosas que dependen de nosotros y que podemos hacer. Y si tropezamos con lo imposible, desistimos, como cuando no podemos conseguir los recursos que necesitamos; pero si es posible, actuamos.” Así las cosas, la decisión de alcance general, además de velar por la eficacia y la eficiencia, podrá tomar, en consideración, también, desde la atalaya de la ética, la equidad, más en la medida de lo que resulte “posible”.

5. La cuestión de la equidad ante la eficacia y a la eficiencia

El análisis costo-beneficio, que permite evaluar la eficiencia de las regulaciones, inicialmente aplicado a la evaluación de proyectos de inversión pública o privada, pasó a ser empleado también en el campo de las decisiones, en el estudio de cómo se arriba a decisiones.

La teoría de la decisión, en sentido amplio, estudia cómo arribar a decisiones “racionales”⁴⁵, e incluye, básicamente, tres formas⁴⁶, las cuales son las siguientes: a) la teoría de la decisión en sentido estricto o *decision theory*, que estudia decisiones racionales —es decir, aquellas que aseguran el máximo de beneficio al menor costo- en la medida en que cada una de ellas es tomada en un medio vacío de poder y competencia, y que sólo apunta a la búsqueda del máximo de utilidad o satisfacción, esto es, a soluciones económicamente eficientes; b) la teoría de los juegos o *game theory*, que hace lo mismo pero tomando en cuenta elementos de poder o dominación y de competencia; y c) la teoría de la decisión social o colectiva o *social decision theory*, que surge de la Economía del Bienestar, y que, enraizando en las anteriores, apunta a obtener decisiones colectivas en una situación de ausencia de dominación: se parte de intereses parciales para arribar a un interés total.

En materia de regulaciones económicas, en el marco de la normalidad, y también en el marco de la emergencia, se toman decisiones, y el decisor —ciertamente- apuntará a tomar una decisión racional. Bajo la teoría de la decisión en sentido estricto o *decision theory*, y desde el punto de vista de la información o punto de vista informacional, las decisiones —se tomen en un contexto de normalidad o de emergencia- pueden adoptarse en situación de a) certeza; b) bajo riesgo; o bien c) bajo incertidumbre o bajo ignorancia⁴⁷, según se conozcan con certeza o no los resultados de las alternativas. En tal proceso decisional, no se considera

⁴⁴ ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. 19 ed. Ciudad del México: Porrúa, 2000. p. 29/33.

⁴⁵ Conf. HÖFFE, Otfried. *Estudios sobre teoría del Derecho y la Justicia*. Trad. SEÑA, J. 2a ed., Ciudad del México: Fontamara, 1997. p. 155.

⁴⁶ HÖFFE, Otfried. *Estudios... Op. cit.* p. 157-166. Puede ampliarse, asimismo, en: DELFIN, Alejandra. Teoría de la decisión. In: SACRISTÁN, Estela B. (Org.). *Manual de jurisprudencia y doctrina*. Buenos Aires: La Ley, 2013. p. 545-568.

⁴⁷ HÖFFE, Otfried. *Estudios... Op. cit.* p. 159/161.

la “base” de información empleada, o su evaluación subjetiva -obsolescencia de los datos, científicidad de los mismos, autoridad de los autores-, sino que lo que se toma en cuenta es la “certeza” sobre los resultados de las alternativas⁴⁸. Tampoco se consideran los valores – como podría ser la justicia de la medida- o fines plurales, sino los fines singulares -requiriéndose una sola ordenación de valores-, pues sólo se trata de arribar a una decisión “racional”.

Se advertirá que, si eficacia es asegurarse de obtener el resultado, y eficiencia será obtenerlo al menor costo o de la forma más económica, y si la teoría de la decisión hace caso omiso de consideraciones morales o de valores compartidos –como podría ser el valor justicia, o la equidad-, no importarán los aspectos virtuosos o no de la obtención de la eficacia o, en su caso, de la eficiencia: ella quedará relegada o desplazada por la pura moral utilitarista que mide costos y beneficios o utilidad en pos del juicio de eficiencia, es decir, de economicidad en la obtención de un resultado.

A su vez, como no se considerarán fines plurales sino singulares, las consideraciones de equidad –entendida como justicia del caso en concreto, con su intrínseco componente social o de alteridad o componente co-existencial, como se vió- parecerían hallarse destinadas a ser desplazadas e ignoradas en la aplicación. Mas no es ello lo que un sistema de Derecho puede prohiar si de regular o facilitar la vida en común se trata.

En este contexto, vale la pena tener presente que ciertas regulaciones –ciertos marcos regulatorios- previeron la obtención de resultados eficaces, eficientes y con consideración de la equidad. Ello, por cierto, en un marco de normalidad regulatorio-contractual, escenario que perdurara –como ya se expresara- hasta la sanción de la ley de emergencia 25.561, por cuyos arts. 8 y conchs. se pesificaran y congelaran las tarifas de concesiones y licencias de servicios públicos. De tal modo, podría argüirse que, en épocas de emergencia –y la Argentina lo está, desde el 2002- las consideraciones de equidad (entendida como justicia del caso en concreto) podría quedar velada, y con ella, la igualdad –como postulado del Estado Social de Derecho- se soslayaría pues es precisamente la equidad la que puede velar por que se salven las diferencias que provocan desigualdades.

Puede mencionarse, a modo de ejemplo, la ley de marco regulatorio eléctrico, que establece, como objetivos a lograr por el prestador del servicio público de distribución de electricidad, tanto: (i) la eficacia –es decir, que la energía eléctrica fuera existosamente transportada o distribuida- por medio de la obligación, del concesionario, de satisfacer la demanda de servicios de electricidad bajo las condiciones contractualmente acordadas⁴⁹; (ii) la

⁴⁸ HÖFFE, Otfried. *Idem. Ibidem.*

⁴⁹ Puede verse L. 24065, del año 1992, art. 21: “Los distribuidores deberán satisfacer toda demanda de servicios de electricidad que les sea requerida en los términos de su contrato de concesión.

Los distribuidores serán responsables de atender todo incremento de demanda en su zona de concesión a usuarios finales, por lo que deberán asegurar su aprovisionamiento, celebrando los contratos de compraventa en bloque, que consideren convenientes. No podrán invocar el abastecimiento insuficiente de energía eléctrica como eximente de responsabilidad por el incumplimiento de las normas de calidad de servicio que se establezcan en su contrato de concesión.

eficiencia –que distribuyera energía eléctrica, al menor costo⁵⁰; y (iii) considerando aquellas situaciones que, por razones de equidad, meritaban un tratamiento en el que se suavizaran los efectos sobregenerales de la normativa⁵¹, como ser mediante reducciones de tarifas para usuarios electrodependientes. Cobra, en este contexto, relevancia, la idea de Derecho como “plan”⁵², en el cual se puede planear cumplir, con los menores costos, destinando una porción de los ahorros en eficiencia a la satisfacción de requerimientos de equidad.

Todo ello, por cierto, únicamente en un contexto de normalidad, y no cuando las fórmulas aplicables han quedado derogadas o alteradas⁵³ pues, reiterando el concepto de Aristóteles, lo posible opera como límite a la consideración equitativa⁵⁴.

6. Reflexiones finales

Desde el punto de vista de la economía moderna, el análisis de costo-beneficio puede ayudar a caracterizar la noción de eficiencia. La evaluación del éxito de una medida –eficacia- ninguna relación guarda, en principio, con la ponderación de la eficiencia de la misma. Las nociones de eficacia y de eficiencia conocen un bajo continuo de raíz humana que opera como tercer componente: la equidad, que es, por decirlo en términos simples, un correctivo de la justicia -aquella justicia que fluye de sobregeneralizaciones en las que haya incurrido

A los efectos de dar cumplimiento a la obligación precedentemente establecida, el Ministerio de Infraestructura y Vivienda dictará la reglamentación que determine las condiciones en las que los distribuidores podrán contratar un porcentaje de su demanda en el mercado a término, debiendo cumplir los plazos de contratación y el volumen de energía asociada y demás condiciones que fije la reglamentación mencionada, para que los precios de los contratos formen parte del cálculo del precio de referencia que se menciona en el artículo 40, inciso c), de la presente ley y sus modificaciones.

Será responsabilidad del distribuidor, sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos precedentes, la transmisión de toda la demanda de energía eléctrica a través de sus redes y las ampliaciones de instalaciones derivadas de todo incremento de demanda en su zona de concesión, en los términos del contrato de concesión.”

⁵⁰ Ver arts. 40, 41 y 42, L. 24065 en punto al eficiente desempeño del prestador; puede ampliarse, para el supuesto de distribución eléctrica, en nuestro *Régimen de las tarifas...* cit., ps. 379/384.

⁵¹ Ver Dto. 1398/92, art. 42, inc. a) (“El régimen tarifario y el cuadro tarifario que se establezcan en los contratos de concesión de distribución y comercialización de energía eléctrica, que se otorguen como resultado de la privatización de tal actividad en los términos del art. 95 de la L. 24065, podrá ser aplicable por un período inicial de diez (10) años, a los efectos de otorgar un marco de referencia adecuado a la prestación del servicio público. Inciso a) Sólo podrán mantenerse vigentes las reducciones de tarifas en favor de usuarios del sector pasivo, cuyo ingreso no exceda el haber que a tales efectos determine el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, de entidades de bien público sin fines de lucro debidamente registradas como tales y/o de sectores industriales electrointensivos, si se prevé una partida presupuestaria específica destinada a cubrir al concesionario la diferencia de ingresos que tal subsidio representa. En tales casos, el citado Ente deberá gestionar la habilitación de las respectivas partidas presupuestarias con cargo al área de gobierno a la que corresponda velar por el sector social subsidiado y deberá controlar la correcta aplicación del régimen tarifario diferencial por parte del distribuidor.”); Dto. 2443/92 (que establece el régimen special temporario para usuarios electrointensivos); Dto. 584/94 (acuerdo entre el Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires, Edenor y Edesur, B.O. 27/4/1994, publicado sin anexos). (el destacado no es del original)

⁵² La tesis es desarrollada por SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 195 y ss.

⁵³ Así concluimos en: SACRISTÁN, Estela. *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ábaco, 2007. p. 592.

⁵⁴ Ver n. 47.

el legislador- para contemplar situaciones particulares, no comprendidas en las medidas generales. (sección 2)

La legislación estadounidense ha previsto regulaciones con consideración de esos tres componentes (sección 3), y lo mismo, con importantes matices, se advierte en las regulaciones argentinas (sección 4). Se demostró la interrelación entre los tres renglones –eficacia, eficiencia, equidad- en los marcos regulatorios de nuestro país, en un marco de normalidad regulatorio-contractual, en un supuesto de concesión de servicio público de distribución eléctrica (sección 5).

Como enseñaba el querido maestro Julio Comadira, la transformación del Estado debe “asegurar la justicia debida a quienes no pudieran sin culpa asumir las nuevas reglas de juego”⁵⁵. En el actual contexto, puede colegirse que la superación de medidas de emergencia –toda regulación de emergencia es, genéticamente, transitoria- podrá propiciar el restablecimiento de un equilibrio regulatorio-contractual. Y ese equilibrio hará imperar aquellas regulaciones enderezadas a obtener eficacia y eficiencia por parte de los actores, y esa misma base posibilitará, en su caso, la adopción de medidas regulatorias que contemplen situaciones que ameriten soluciones de equidad, tan necesarias en un moderno Estado Social de Derecho. Después de todo, esa es la integralidad que permite logros con economía y con justicia.

7. Referencias

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. t. I Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. 19 ed. Ciudad del México: Porrúa, 2000.

BEKER, Víctor A.; MOCHÓN, Francisco. *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1994.

BUSTAMANTE, Jorge E. *Desregulación – Entre el Derecho y la economía*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

CASSAGNE, Juan Carlos. Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina. *Revista de Administración Pública*. Madrid, n. 154, p. 441-462, 2001.

COMADIRA, Julio R. Introducción. *Documentación Administrativa*, Madrid, n. 267-268, p. 7-25, sept. 2003/abril 2004.

DELFIN, Alejandra. Teoría de la decisión. In: SACRISTÁN, Estela B. (Org.). *Manual de jurisprudencia y doctrina*. Buenos Aires: La Ley, 2013.

DESIERO, Diane A. *Necessity and National Emergency Clauses*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980. SAVANTI, Victor (Org.). *La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos – Teoría y Experiencia Argentina Reciente*. Buenos Aires: Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, 1999.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5a ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

⁵⁵ COMADIRA, Julio R. Introducción. *Documentación Administrativa*, Madrid, n. 267-268, p. 7-25, sept. 2003/abril 2004. p. 24.

GUASCH, J. Luis; HAHN, Robert W. The Costs and Benefits of Regulation: Implications for Developing Countries. *The World Bank Research Observer*. Washington D.C, v. 14, n° 1, p. 137-158, feb./1999.

HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. *A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis*. New York: AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002.

HEINRICH POSCHINGER, Ritter von. *Fürst Bismarck: neue Tischgespräche und Interviews*. v. 1. Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1895.

HÖFFE, Otfried. *Estudios sobre teoría del Derecho y la Justicia*. Trad. SEÑA, J. 2a ed., Ciudad del México: Fontamara, 1997.

MASSIMINO, Leonardo F. Un aporte desde la ley nacional de procedimientos administrativos para el dictado de actos de alcance general eficientes (en especial, en el campo de la intervención administrativa en las industrias de redes naturalmente monopólicas). *Derecho Administrativo Austral*, Buenos Aires, v. 1, p. 193-335, [2008?]

PEARCE, David W. (Org.). *The MIT Dictionary of Modern Economics*. 4 ed. Cambridge: The MIT Press, 1999.

SACRISTÁN, Estela. Control judicial de las medidas de emergencia (a propósito del análisis de costo-beneficio). In: SCHEIBLER, Guillermo (Coord.). *El Derecho administrativo de la emergencia*. t. IV. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005.

SACRISTÁN, Estela. Eficiencia y Tarifas. *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, n° 36/38, p.173-202, enero-diciembre 2001.

SACRISTÁN, Estela. Las personas no estatales como instrumento de gobierno. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – RAP*. Buenos Aires, v. 34, n° 408, p. 45-56, set./2012.

SACRISTÁN, Estela. *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ábaco, 2007.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. *Economics*. 15 ed. New York: Mc Graw Hill, 1995.

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SMITH, Patricia (Org.). *The Nature and Process of Law – An Introduction to Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

TAWIL, Guido S. Racionalidad y formas en el derecho administrative. *Revista La Ley*. Buenos Aires, diario del día 26/04/13, p 1-4.

VALSECCHI, Francisco. *¿Qué es la Economía?* 20 ed. Buenos Aires: Macchi, 1996.

ZAMBRANO, Pilar. El Derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de John Finnis. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. Ciudad de México, n° 4, p. 323-366, 2010.

em consideração, somando-se à dupla sujeição a que submetem-se tais agentes, e diante da possibilidade da sanção estabelecida na LIA, no tocante à possibilidade de suspensão dos direitos políticos, ser mais grave do que a culminada através do impeachment, propõe-se, para que se assegure a segurança jurídica e a legitimidade democrática que, para os casos em que a mesma conduta possibilite a dupla penalização, a competência para processamento e julgamento da improbidade administrativa seja deslocada ao Congresso Nacional, devendo ser realizada a análise em conjunto com processo por crime de responsabilidade.

Palavras-chave: improbidade administrativa; crime de responsabilidade; agentes políticos; autonomia sancionatória; deslocamento de competência.

Este livro foi composto nas tipologias Clearface e Swiss, impresso em cartão 250 g e papel pólen soft 80 g certificados, provenientes de florestas que foram plantadas para este fim, e produzido com respeito às pessoas e ao meio ambiente.

Publique seu livro. Viabilizamos seu projeto cultural!
Visite nossa home page:
www.ithala.com.br