

LA DESORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

MODALIDADES ACTUALES DE ORGANIZACIÓN EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES ESTATALES

Dr. Esc. Fernando López Quijano

SUMARIO

INTRODUCCIÓN – LA HUIDA DEL DERECHO PÚBLICO – NUEVAS
FORMAS ORGANIZATIVAS – PERSONAS PUBLICAS NO ESTATALES –
PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS – SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA
– PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS DE PROPIEDAD DEL ESTADO –
CONCLUSIÓN

I - INTRODUCCIÓN

En nuestro derecho patrio estamos apreciando una peculiar forma de organización de la Administración Estatal por la cual ésta, en lugar de desempeñar directamente varias actividades opta, no por dejarlas en el marco de los sujetos privados y/o desempeñar un rol subsidiario controlando y incentivando su realización, sino que prefiere seguir realizándolas pero por medio de nuevas figuras jurídicas en lo organizativo y resucitando otras no tan nuevas.

Antes de profundizar en el análisis del presente es menester mencionar que por organización administrativa me refiero “a la organización de la función administrativa estructurada sobre la base de unidad funcional de la misma, puesto que organización significa asociación ordenada de distintos órganos para realizar un fin, o unidad de la función y coordinación de todos los órganos para su realización”¹ o como el maestro

¹ DROMI, Roberto, Derecho administrativo

Aparicio Méndez nos enseñó con una mayor abstracción “*ordenamiento orgánico y funcional en consideración a actividades y medios determinados*”.

Por lo que, es organización administrativa toda forma en que el Estado se organice para la realización de cualquier actividad que desee prestar, ya sea ésta correspondiente a sus cometidos esenciales, a sus servicios públicos, a sus servicios sociales, a su actividad comercial e industrial, etc.

El órgano es la forma en la cual esa persona, el Estado en este caso, ejerce sus cometidos y funciones, así Méndez nos decía que el órgano es “*una porción funcional nominada y definida*”² resaltando además de las características típicas de ser un conjunto de funciones y competencias que se le asignan, el hecho de tener un nombre, lo que localiza al órgano dentro del sistema³.

Así las personas públicas no estatales y las personas jurídicas de derecho privado de exclusiva propiedad del Estado son los medios por los cuales él Estado en la actualidad ésta prefiriendo realizar una amplia gama de sus actividades, que constituyen

² MENDEZ, Aparicio Teoría del Órgano, pag 19, nº 6

³ Sayagues nos dice además que no pueden poseer personalidad jurídica distinta a la persona a la cual pertenecen (Tratado de Derecho Administrativo T.1 4ª ed 1974 pag 183). No estoy de acuerdo con ello ya que existe una multiplicidad de Entes (ejemplo Entes Autónomos y Servicios Descentralizados entre muchos otros) que pertenecen al Estado y que además poseen una personería jurídica (esto es centro de imputación de derechos y obligaciones) distinta de aquel, así incluso lo trata nuestra Constitución en los artículos 188 y 191, entre muchos otros, aludiendo patrimonios autónomos para dichos entes emergentes de la descentralización. Lo que si considero es que en general, y aún cuando poseen patrimonios autónomos, siguen siendo parte de una persona jurídica mayor y de un patrimonio que los incluye, al formar parte del Estado en sentido amplio y como entidad máxima. Por lo que, si es posible dentro del sistema orgánico Estado en sentido amplio existan múltiples órganos que posean personería jurídica independiente y su consecuente patrimonio, pero al final todos son uno sólo, todos son el Estado.

o sus fines o sus actividades, aún cuando constituyen personas jurídicas “independientes” a él.

En lo que refiere a las Personas Públicas no Estatales, si bien es cierto que su existencia es de antiquísima data en nuestro derecho, la importancia que se le ésta otorgando a las mismas conjuntamente con las claras deficiencias en nuestro ordenamiento jurídico sobre su regulación, las hacen el centro de atención, en especial a una en particular, a la Corporación Nacional para el Desarrollo tras la reciente ley de presupuesto nacional número 18.719 y la ley de participación público privada número 18.786.

Por otra parte, la utilización de personas jurídicas de derecho privado es una inventiva de éste gobierno, por lo que acude a personas jurídicas comunes y corrientes, cuya naturaleza será analizada con posterioridad, a los efectos de efectuar tareas que eran realizadas por el propio Estado, pero sin existir voluntad de que esas sean desplazadas a la orbita de los particulares, el Estado las mantiene pero en lugar de desempeñarlas directamente lo hace por medio de una sociedad de derecho privado “común y corriente”.

Esta modalidad de actuación del estado influye en lo organizativo ya que ambas figuras implican primero una organización tendiente al cumplimiento de los fines públicos en sentido amplio, y segundo, y como veremos con mayor abundamiento con posterioridad, esta modalidad de actuación no hace que dichas personas no sean del Estado, sino que al contrario, como se fundamentará más adelante, no son más que parte del Estado actuando para el cumplimiento de sus actividades y en miras al cumplimiento de sus fines.

II - HUIDA DEL DERECHO PÚBLICO

Mucho se ha criticada a la burocracia del Estado, a su ineficiencia, a la demora y al gasto adicional de que siempre se ve como connatural al Estado. Pero dichos problemas, que están muy lejos de pertenecer únicamente al Estado de estos días y que se vienen remontando desde siglos, han sido tratados de solucionar de distintas formas.

Se puede apreciar que en el caso de Uruguay cada gobierno marca sus directrices y trata de “reformular el Estado” procurando no sólo lograr la eficacia sino también su eficiencia, empleando la menor cantidad de recursos y el mejor tiempo posible para ser eficaz en sus cometidos.

En algunas ocasiones ésta reforma pretendida adopta la estrategia de un cambio organizativo o de procedimiento en el interior de los órganos del Estado, o de hasta, él sistema orgánico Estatal en su conjunto. Procurando la especialidad, el mejoramiento del capital humano, y por sobre todo la eficacia de la Institución estatal en el logro de sus cometidos.

En otras ocasiones, acompañando a esta reforma intrínseca del Estado administración, se puede apreciar una modificación en la determinación de las actividades que él Estado debe llevar a cabo, priorizando la iniciativa privada en todo aquello que es prescindible para el Estado, logrando un “achicamiento del Estado” dejando como su únicos roles los de controlar, incentivar y sancionar, poseyendo un rol propio de un Estado Subsidiario, que como decía Méndez no es el Estado ni del hacer ni el de dejar hacer sino el de ayudar a hacer⁴, salvo por aquellos cometidos esenciales que necesariamente debe efectuar directamente.

Finalmente, en otros gobiernos más recientes, se pueden apreciar conductas o estrategias de reforma que debo calificar como lamentables. Estas se fundan en considerar que el problema de la ineficiencia, demora y gasto adicional del que es

⁴ MENDEZ, Aparicio. La Teoría del Órgano pág. 91 y ss y pág. 141 y ss.

victima el Estado se centra en la “burocracia” que generan las garantías y controles que el Estado debe seguir.

Procura así evitar las garantías propias del derecho público conservando las prerrogativas que son inherentes al Estado, fenómeno éste que se lo suele denominar como la huida al derecho público.

Como forma de manifestar estas “huidas al derecho público” garantista en nuestro país, que es justamente lo que realmente no es deseado, se prefiere en la actualidad, en lugar de procurar reformas tendientes a agilizar los procedimientos y las garantías y controles, acudir a ficciones legales que pecan de fraudulentas, esto es, acuden a nuevas figuras de tipo legal para desempeñar la ejecución de políticas estatales que el Estado evidentemente no desea confiar a los particulares.

Así se recurre a las personas públicas no Estatales a los efectos de realizar obras de infraestructura de cualquier especie, en especial la vial, a la prestación de servicios, etc, pero con la gran connotación que detrás de las mismas sólo existe una persona, el Estado. Por lo que se recurre a una ficción cuyo único fin es defraudar a las garantías y controles que el Estado está sometido, los que son, nada más y nada menos, una pieza fundamental en el Estado de Derecho.

Pero el fraude que se comete en la actualidad es mucho más profundo que el uso de estas entidades públicas “no estatales” que si bien poseen prerrogativas Estatales no poseen sus controles ni limitaciones.

En la actualidad se ha recurrido a personas de derecho privado a los efectos de realizar cometidos estatales, muchas de los cuales son propiedad de las llamadas empresas publicas, o de incluso las personas publicas no estatales como la Corporación Nacional para el Desarrollo, para así evitar los controles estatales y/o exonerarse de eventuales responsabilidades civiles en la comisión de daños a terceras personas, y por ello me pregunto ¿Está correcto que el Estado procure exonerarse de la responsabilidad

de sus actos u omitir los controles legales y constitucionales por medio de sociedades ficticias? y por sobre todo ¿Hacer eso es correcto y acorde al Estado de Derecho?

Por más que la respuesta surge en evidencia para cualquier persona, o por lo menos aquellos que gocen de razón, es necesario decirlo, tratar de exonerarse de responsabilidad y defraudar a las garantías y controles por parte del Estado acudiendo a personas jurídicas ajenas a éste es violatorio de los principios básicos del Estado de Derecho.

Simplemente debo señalar que cuando me refiero al Estado de Derecho lo hago en el entendido de las tesis actuales sobre el neoconstitucionalismo, cuyo análisis excede ampliamente el objeto del presente trabajo, pero para los entendidos, las tesis garantistas y las reflexiones sobre el Estado constitucional se verán reflejadas en las conclusiones a las que se arribarán⁵.

Retornando al tema, no debemos dejar de resaltar que esos controles y garantías del Derecho Público de las que se trata de huir, o más bien escaparse, constituyen garantías en beneficio de la población y aseguran no sólo el respeto a los derechos individuales⁶ sino por sobre todo la corrección en el labor del Leviatán que constituye el Estado, y en especial, tutelar la integridad de las arcas publicas.

⁵ FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías. La Ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999. Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal, Trotta, Madrid, 1998. Epistemología jurídica y garantismo, Fontamara, México, 2004. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia, Trotta, España, 2006. Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, España, 2005. Iuspositivismo crítico y democracia constitucional, Isonomía, México, n.º 16. 2002.

PRIETO SANCHÍS, Luis, Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Palestra, Lima, 2002

CARBONELL, Miguel y otros, (comp.), Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid, Trotta, 2005.

ZAGREBELSKY, G., El derecho dúctil, (trad., de M. Garcón), Trotta, Madrid, 1995. p. 65.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, "Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico" en Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho, TORRES ESTRADA, Pedro (comp.), México, Limusa, 2006.

⁶ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. Derecho Publico, volumen I pag 32

Esta huida a parte del Derecho Publico que vemos en la actualidad de nuestro derecho no es algo de que podemos decir que somos autores, o somos los pioneros en su aplicación, muy por el contrario, en un mal ejemplo demostrado por el peor de los vicios, la corrupción.

Ésta moda que se está implantando tuvo su origen en el Derecho Español y culmino su “huida del Derecho Público” por una “huida de la corrupción” retomando esas muy sabias garantías que fueron forjadas en siglos de evolución y por mentalidades evidentemente muy superiores a las que hoy dirigen al país.

Espero que no tengamos que sufrir de esos males para darnos cuenta de los horrores que estamos cometiendo, pero la realidad parece no ser nada auspiciante, sobre todo al no sujetar a los titulares de dichas entidades a los preceptos de la ley 17.060 ni del decreto 30/003, escapando su obrar también al labor del Tribunal de Cuentas de la Republica, él que como todo ser vivo a cada más pasan los años más fuerza pierden.

III - NUEVAS FORMAS ORGANIZATIVAS DEL ESTADO PARA REALIZAR SUS COMETIDOS

A - PERSONAS PÚBLICAS NO ESTATALES

No es el objeto del presente trabajo ni definir las ni caracterizarlas, a lo que me remito a las enseñanzas de Sayagués Laso⁷, ni tampoco analizar si nuestra Constitución las permite, ni a que se refiere el artículo 191 de la Constitución, ni tampoco que actividades el Estado puede confiar a lo no Estatal, sino analizar la utilización de algunas de estas y su régimen jurídico en la actualidad.

Primero es necesario resaltar la expansión que se ha venido suscitando en su aplicación. Así a la fecha existen más de 50 personas públicas no estatales, de las cuales muy pocas son reguladas, poseen sistemas recursivos y pueden ser responsabilizadas. Siendo muchas de ellas partes del Estado que se han “desligado” de éste para efectuar las mismas actividades que hacían con anterioridad pero por medio de una forma jurídica distinta.

Pero la mayor peligrosidad de éstas personas jurídicas no estatales se centra en el escaso régimen jurídico que poseen y en lo factible que es la vulneración de los derechos individuales a los “administrados” los que seguramente, y en muchos casos, se verán frustrados al no poder impugnar los actos de muchas de ellas y al no poder hacer efectivo su responsabilidad por ser insolventes.

Es necesario resaltar que por su carácter público muchas veces poseen atribuciones de imperio que la hacen estar en situaciones ventajosas por sobre cualquier otro sujeto, pero que al no estar sometidas a los controles del Estado, por no ser tales, se

⁷ SAYAGUES LASO, Enrique. Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas, en “revista de derecho Público y Privado”, Mdeo año VIII, N° 83 V/1945

está creando una especie de margen de impunidad muy peligroso, en especial en lo referente a su sistema de gastos, del que no se aplica la normativa que sujeta al Estado.

Si bien es cierto que las mismas poseen un control, como ser en lo directriz por parte de la designación de sus jerarcas por parte del Poder Ejecutivo; en lo económico sus rendiciones están sometidas al Poder Ejecutivo y al Tribunal de Cuentas (art. 199 de la ley 16.736 que se remite al art. 138 del TOCAF y al art 100 de la ley 16.134), siendo una obligación además su presentación art. 720 de la ley 16170; en el control de algunos de sus actos mediante formas de control jurisdiccionales. Los mismos no se aplican necesariamente a todos, y es un régimen más lleno de preguntas que de certezas, exigiéndose la sanción de una ley marco que no sólo las regule, sino que unifique un régimen que hoy se resalta por la variedad.

Pero en éstas vemos, sin entrar a la discusión de si son o no Estatales, que existe una intervención directa del Estado en ellas.

En especial en lo relativo a dos cuestiones esenciales, la primera que sus ingresos son provenientes de fondos públicos en su amplia mayoría (si bien en una época se trató de hacer lo contrario con el artículo 765 de la ley 16.736, el mismo se desaplica con cada nueva persona pública no estatal creada) y la segunda es la intervención macro del Estado en su dirección al ser en todos los casos el principal encargado en establecer sus directores por medio de la designación de sus autoridades.

Así el Estado no solamente interviene en ellas dándole los recursos que deseen para funcionar, sino que consta de la posibilidad de designar a los titulares de los cargos de dirección de estas, quienes se encargaran, sin lugar a dudas, de efectuar las políticas e intereses estatales.

Pero uno se pregunta ¿Por qué si la intervención del Estado se mantiene con estos lineamientos tan fuertes, el Estado no lo sigue haciendo por si?. La respuesta puede depender en cada caso en particular, en algunos la sana intención resulta indudable, pero en otros uno no se explica porque el Estado asumió esa modalidad para prestar esa prestación.

Si bien existen más ejemplos buenos sobre este régimen que los malos, algunos de los malos brillan y opacan a los demás.

Así tenemos a la Corporación Nacional para el Desarrollo creada por la ley 15.785, de escasa labor hasta la sanción de la ley 18.602 en donde, conjuntamente con la ley 18.786, se le atribuyen importantísimos cometidos propios del Ministerio de Transporte y Obras Publicas por ejemplo, y con una importancia y manejo de flujos de capital Estatal enormes.

Esta Corporación Nacional para el Desarrollo, a diferencias de muchas loables personas públicas no estatales, realiza entre sus actividades cometidos propios del Ministerio de Transporte y Obras Publicas, que fueron absorbidos por ella, si bien no formalmente, ya que no sólo se le absorbieron los fondos y canalizaron a ésta, sino que también se le dio una mucho mayor importancia estratégica que a dicho Ministerio.

Primero no considero adecuado poner tales fondos e importantes cometidos en una entidad “no estatal”, por más que en los capítulos siguientes veremos que la realidad es otra, pero por sobre todo lo no correcto se encuentra en utilizar esta figura para la realización por parte del Estado de actividades que no tenia ningún interés en que fueran realizadas por los particulares, ya que si así fuese, no tendría porque permanecer siendo el titular del 100% del capital de la referida “corporación”.

En el caso de la Corporación Nacional para el Desarrollo, lo efectuado por el Estado es de una claridad incomparable, en lugar de seguir realizando esas actividades de por sí, sujetándose a las garantías y controles propios del derecho público prefirió crear una ficción, y así burlando el ordenamiento jurídico, lograr hacer lo querido con menos esfuerzo, sin rendir cuentas, y según sus defensores, de forma más eficiente.

Pero por si fuese poco, la Corporación Nacional para el Desarrollo ha enredado mucho más esto creando a la Corporación Vial del Uruguay S.A. y a la Corporación Ferroviaria del Uruguay SA, ambas personas de derecho privada, de su exclusiva propiedad, para que desempeñen de por sí sus actividades, terminando así con el poco control que había sobre las mismas por parte de los órganos estatales muñidos de autonomía e independencia.

Como consecuencia de esta forma de organización que el Estado prefiere llevar a cabo para realizar sus cometidos, se encuentra burlando las garantías y controles que muy sabiamente fueron impuestos, y que, lejos de maximizar la eficiencia del Estado la hacen poner en serio riesgo de ser no solamente ineficaz, sino de traer un mal terrible para la sociedad como la corrupción, ya que da un margen de arbitrariedad e impunidad tan enorme que hasta podríamos decir incentivar conductas deshonestas.

Dicha conducta, como se dirá con posterioridad, no puede ser admitida, implicará la imposición del desregard y su consecuente corrida del velo formal priorizando la realidad, y al final la indudable responsabilidad del Estado por todos y cada uno de los daños que estas causen. Sin perjuicio de que su existencia de por sí, implica un detreimiento al Estado de Derecho, pues con su existencia se esta queriendo burlar dos de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, el control del estado y su responsabilidad.

B - PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS

Aquí es necesario hacer una diferenciación entre las sociedades de económica mixta de derecho privado y las sociedades privadas cuya exclusiva titularidad corresponde al Estado.

En el primer caso la posibilidad de su existencia obedece expresamente a la Constitución de la Republica, la que además regula sus condiciones, siendo una herramienta de indudable conveniencia, y en el segundo caso, es una inventiva de los últimos años carente de cualquier fundamento Constitucional.

Es necesario resaltar que a diferencia de la figura de las sociedades de económica mixta, cuya existencia en los hechos es prácticamente inexistente (sobre todo por las resistencias sindicales), en el segundo caso, existe una amplia gama que se ocupan de las más diversas tareas, y se encuentran en una etapa de gran expansión e importancia, sobre todo en lo económico.

B.1. - SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DE DERECHO PRIVADO

Están recogidas en nuestra Constitución en los incisos 3 y 4 del artículo 188. Sobre dichos incisos ha existió profusa doctrina en merito a la innovación que su sanción aparejó:

Barbé Pérez al referirse a ellos consideró que constituían una innovación fundamental: *“Tan fundamental que podríamos decir que puede saltearse la orientación de la intervención del Estado en el ámbito económico y social, sobre todo en el industrial y comercial.”*⁸ Pero más allá de decir que estas empresas son privadas y no estatales, no especifica mucho acerca de su régimen jurídico⁹.

⁸ H. BARBE PEREZ. Aspectos Administrativos de la reforma Constitucional Uruguay. Montevideo, centro de estudiantes de notariado 1967 pág 63

⁹ H. BARBE PEREZ. Aspectos Administrativos de la reforma Constitucional Uruguay. Montevideo, centro de estudiantes de notariado 1967 pág 55 y ss

Por su parte Prat expresó: *“Estimamos pues que el texto no es lo suficientemente claro y preciso como para emitir opinión definitiva. Es pues necesario que las leyes a dictarse en el futuro para regular la participación estatal, fijen claramente su alcance y sus proyecciones.”*¹⁰

Korzeniak escribió: *“Cabe preguntarse, finalmente, si estas empresas de economía mixta serían “públicas”, ya que, en principio, puede pensarse que la regulación de su actividad entraría en alta medida en el campo del derecho privado. Sin embargo, no parece que el tema pueda analizarse en abstracto; la ley o las leyes que se dicten reglamentando a aplicando estos incisos 3 y 4 del artículo 188 de la Constitución, tienen un ancho campo de latitud para establecer un predominio del derecho público del derecho privado. Por otra parte, la experiencia de otros países demuestra que la intervención económica y directriz del Estado en las empresas privadas, provoca inexorablemente una “publicización” de su régimen jurídico”*¹¹

En posición parecida, Delpiazzo indicó: *“...según la proporcionalidad de los aportes respectivos, podrán existir en nuestro país sociedades de economía mixta regidos por el Derecho común con participación estatal minoritaria o mayoritaria, aunque es dable pensar que en este segundo caso se dará una cierta “publicación” de su régimen y estructura.”*¹²

Cassinelli Muñoz, explicó: *“La sociedad que reciba capital estatal seguirá siendo una empresa, como les decía privado: aunque tenga participación estatal, podrá por ejemplo seguir despidiendo empleadas en la misma forma en que se despide un empleado una empresa privada, no tendrá que hacer los trámites de destitución de los funcionarios públicos porque no será un Ente Autónomo ni un Servicio*

¹⁰ J.A. PRAT Los entes autónomos en la descentralización funcional uruguaya. Montevideo A. M Fernandez 1971 pág. 175.

¹¹ J. KORZENIAK Primer Curso de Derecho Publico Derecho Constitucional. FCU Mdeo 2001 pág. 596

¹² C.E. DELPIAZZO. Las sociedades de Economía Mixta en el marco de nuestro Derecho Publico. Revista Uruguaya de Estudios Administrativos Mdeo 1978 n 2 pág. 26.

Descentralizado; sus resoluciones no serán actos administrativos sino que serán decisiones privadas, actos de sujetos particulares”¹³

Rotondo Tornaría manifestó *“Estas sociedades de economía mixta estarán regladas por el derecho comercial en su actividad laboral en curso a sus empleados, “sin perjuicio de las posibles normas especiales que establezcan las leyes que autoricen la participación estatal, pero previo convenio” y de que los representantes del Estado se rijan por las normas aplicables a los directores de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.”¹⁴*

Biasco, al referirse a estas sociedades previstas en los incisos 3 y 4 del artículo 188 de la Constitución, expresó que estas empresas no cambian su naturaleza ni su régimen originarios: se siguen regulando sustancialmente por el derecho privado.¹⁵

Duran Martínez manifestó que *“Véase que si la empresa privada que recibe el capital estatal continúa siendo privada como decía Cassinelli Muñoz, si continúa rigiéndose por el derecho comercial, como decía Rotondo, si el aporte del capital público no implica un cambio de naturaleza de la empresa ni de su régimen originario, como decía Biasco, no se puede decir que el legislador tenga un ancho campo de latitud para establecer su régimen jurídico como decía Korzeniak, ni que la cierta publicación del régimen jurídico prevista por Delpiazzo pueda ser intensa. El régimen jurídico en estas sociedades continúa siendo de derecho privado. Los aspecto de derecho público son excepcionales y son únicamente aquellos derivados de la*

¹³ H. CASSINELLI MUÑOZ. Derecho Publico FCU pág. 117

¹⁴ F. ROTONDO TORNARIA. Manual de Derecho Administrativo. Mdeo Ediciones del Foro 200 pág. 93

¹⁵ E. BIASCO Las participaciones Estatales en la Constitución uruguaya. En Anuario de Derecho Administrativo. Mdeo FCU 2000 t VIII pág. 57 y ss

*Constitución o los estrictamente necesarios para posibilitar la participación de capital estatal en una empresa privada, en virtud de la naturaleza pública de aquel*¹⁶.

A diferencia de la modalidad que se describirá con posterioridad, dichas disposiciones, reconocen expresamente la posibilidad de que el Estado intervenga en sociedades ya pre constituidas y que se rigen por el derecho privado. No existiendo ficción de especie alguna como es el caso que se desarrollará en el próximo numeral.

Pero, considero necesario resaltar que al igual que lo sostenido por varios autores antes mencionados, la intervención estatal en la empresa privada establecerá una publicación de su régimen jurídico, aún cuando no existan prerrogativas Estatales propias del poder de imperio, debiéndose sujetar a dicha sociedad a los controles y formas de actuación estatales garantizando así el respeto a los derechos de los administrados, pero por sobre todo, la corrección del manejo de los fondos públicos que sus arcas indudablemente contendrán.

Personalmente considero que el Estado posee algo así como un virus, pero el mejor, denominado “*controles y garantías*” y sea con quien interactué y de la forma en que lo haga, éste virus siempre se contagiará.

Por lo que, sea cual sea la forma en que el estado realice sus actividades, cualquiera sean estas, las garantías y controles propios de la actividad Estatal se deberán aplicar, aún cuando intervengan privados, o cuando la intervención del Estado sea en una empresa privada propiamente.

¹⁶ DURAN MARTINEZ, Augusto. Nuevas formas de reraconamiento publico privado en el Cumplimiento de los cometidos del Estado. Revista de derecho de la Universidad Catolica del Uruguay. 2009 pág. 81

Así por ejemplo, debido a la intervención económica Estatal, se estarán necesariamente disponiendo fondos públicos, esto es, dinero proveniente de la población, y ello conlleva necesariamente que el Estado deba controlar los mismos, como también se deberían cumplir aunque sea los principios de la contratación administrativa en todos los casos, si no es que sería bueno aplicar las normas de contratación administrativa en su totalidad. Ya que así se dan las garantías de corrección en la disposición de los fondos públicos.

Esto por el artículo 221 de la Constitución compete al Tribunal de cuentas en su literal C a “*Dictaminar e informar respecto de la rendición de cuentas y gestiones de todos los órganos del Estado, inclusive Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, cualquiera sea su naturaleza...*”

Como se ha expresado en la introducción, la organización implica la forma en la cual el Estado, en éste caso, se organiza y adopta para realizar alguna de sus actividades (con independencia si corresponden a sus cometidos esenciales o no), y un órgano es la forma en la cual la entidad estatal manifiesta su actividad y su voluntad; “*el concepto de órgano sirve, pues, para imputar a la entidad de que el órgano forma parte el hecho, la omisión o la manifestación de voluntad de que se trate*”.¹⁷

Si el Estado en lugar de realizar de por sí una actividad interviene en el marco privado en una empresa cualquiera, ésta pasa a ser un órgano de éste, aún cuando posea personería jurídica propia, al ser una de las formas que éste adopta para realizar alguna de sus actividades, y por lo tanto ésta sujeta al control Constitucional del artículo 221 del Tribunal de Cuentas, aún cuando su naturaleza sea de entidad privado, debiendo resaltar que el mismo artículo dice en ese mismo numeral expresamente “*cualquiera sea*

¹⁷ GORDILLO Agustín Tratado de Derecho Administrativo tomo I 4ª Ed. Bs As 1997 cap XII

su naturaleza”, y por ello deberá someterse no solamente al control, sino también al régimen de compras, gastos, etc.

Lo mismo lo podríamos trasladar al artículo 191 de la Constitución, muy comentado en doctrina, en especial por su frase “...*todas las administraciones autónomas con patrimonio propio, cualquiera sea su naturaleza jurídica...*”¹⁸

Por otra parte, sus decisiones, dada nuestra amplísima normativa constitucional en lo referente a recursos administrativos, podrían ser impugnables administrativamente y procesables ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo si correspondiere, obviamente contamos con un vacío normativo más que importante en esta área.

Finalmente tenemos el problema de la Responsabilidad del Estado en el obrar de estas empresas que interviene, ya que pasa a ser responsable por los daños que ocasione el obrar de sus “delegados”, ya que el Estado nombrará a sus representantes en la misma y será responsable por sus actos. Pero además al ser un órgano del Estado, por el artículo 24 de la Constitución, el Estado será directamente responsable.

No debemos dejar de ver la realidad material más allá del velo formal que se instaure. La intervención del Estado causará indudablemente, o tendría que causar, la “publicación” del régimen jurídico de la empresa, por más que está siga siendo una empresa de derecho privado, que sin dudas podrá ser, deberá someterse a particularismos de derecho público, sobre todo por los fondos que comenzará a manejar.

¹⁸ Ver FRUGONE SCHIAVONE Hector, La actividad financiera del Estado Mdeo 1982 pags 36/37

B.2 - LAS SOCIEDADES PRIVADAS ESTATALES

La utilización de personas jurídicas de derecho privado por parte del Estado para realizar actividades que hasta ese momento eran realizadas directamente por él, es una inventiva de éste gobierno, que acude a personas jurídicas comunes y corrientes, originalmente de derecho privado, a los efectos de efectuar tareas que eran realizadas por el propio Estado, pero sin existir voluntad de que esas sean desplazadas a la orbita de los particulares y teniendo como gran diferencia de la anterior que la propiedad de las mismas corresponde directa o indirectamente al Estado.

Por medio de estas sociedades el Estado consigue realizar las actividades que pretende sin estar sujeto a los controles Constitucionales y Legales, en especial en lo referentes al gasto público, pero también en lo que atañe a su régimen laboral, etc.

A diferencia de la modalidad de realización de los fines públicos anterior, ésta no se encuentra recogida ni mencionada por nuestra normativa Constitucional, lo que nos hace pensar si es o no posible su adecuación a la normativa Constitucional.

Reconozco que es una cuestión muy discutible desde éste punto de vista, sobre todo al poseer una figura análoga (de la que se trató con anterioridad) en el artículo 188 de la Carta, en donde reconoce directamente la posibilidad del Estado de realizar una actividad por medio de un sujeto que se desenvuelva en el marco del ordenamiento jurídico de derecho privado, sin perjuicio de las precisiones propias que implica la intervención del Estado que se desarrollaron con anterioridad.

Primero considero necesario descartar que por el principio de especialidad de las personas jurídicas el Estado no pudiera acudir a estas figuras. Considero que por el principio de especialidad el Estado no debe hacer o procurar fines ajenos que no sean

aquellos para los cuales fue creado, pero ella no implica que para su cometimiento no pueda utilizar todas las herramientas posibles.

Igualmente es necesario resaltar que ello no es un pase abierto para que haga cualquier cosa ya que podría incurrir en desviación, abuso o exceso de poder si los medios no son aquellos adecuados.

Por lo que, analizado desde este punto de vista el Estado podría acudir a personas jurídicas de derecho privado de su exclusiva propiedad para desempeñar las tareas que estime convenientes, siempre respetando sus fines, el ordenamiento jurídico, y teniendo en cuenta que de forma alguna se podrá actuar con desviación, abuso o exceso de poder por medio de éstas.

Pero hay una cuestión que amerita ser estudiada en especial, que es saber cual es **la naturaleza jurídica de dichas entidades de “derecho privado”**, esto es, sociedades comerciales, civiles, cooperativas, fundaciones, asociaciones, etc, **u órganos del Estado.**

Sobre la naturaleza de las sociedades que se están constituyendo es un tema que excede el presente trabajo, pues pese a su calificación la conclusión del presente no variará. Pero es una cuestión interesante en cuanto en nuestro ordenamiento jurídico no existe una personalidad jurídica libre, esto es, las distintas especies de personas jurídicas se encuentran previamente calificadas siendo un número cerrado y debiendo cada sociedad corresponder a un tipo social.

Si el objeto de las sociedades obedece a cuestiones comerciales la sociedad será una sociedad comercial, o financiera si ese será su rol; si no posee finalidad de lucro será una asociación o una fundación; si corresponde su actividad a un gremio o sindicato será eso; si posee una actividad de naturaleza civil sin entrar en las anteriores será una sociedad civil pero sin personería jurídica.

Por más que muchas de las sociedades creadas realizan una actividad comercial otras no lo son.

Es necesario resaltar uno de muchos ejemplos, por ejemplo la **Corporación Vial del Uruguay S.A.** (“persona de derecho privado”), encargada del sistema de transporte por carretera nacional, creada unilateralmente por la Corporación Nacional para el Desarrollo (persona pública no estatal) y en la cual recae la adjudicación de la concesión de todas las carreteras, etc, de carácter nacional efectuada en forma directa por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas al amparo del artículo 33 lit. A del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (en donde se usó la excepción de contratar con el Estado) a la corporación Nacional para el Desarrollo que se la cedió a ésta. La que además se sustenta con el ingreso de los peajes y sobre todo por los fondos públicos Estatales, siendo también el 100% de su titularidad de la Corporación Nacional para el Desarrollo (cuando una sociedad implica necesariamente que se tengan varios socios, con especiales sanciones para las sociedades anónimas establecidas en la ley 16.060).

Vemos que dicha “corporación” que formalmente aparece como una sociedad anónima, de la que el Código de Comercio reputa comercial por naturaleza, carece en realidad de cualquier actividad comercial. Por lo que es, nada más y nada menos, que una ficción creada a los efectos de huir al control de los mecanismos Estatales, ya que **1) sus directores son nombrados por el Estado, 2) sus ingresos son provenientes en la enorme mayoría de las arcas Estatales, 3) el 100% de su titularidad es indirectamente del Estado, e incluso 4) surge la posición que es del Estado en la propia concesión que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas le efectuó, 5) Se encarga de una actividad como la construcción y mantenimiento de la totalidad de las redes viales nacionales del país que es de exclusiva potestad e interés del Estado.**

Por lo que su naturaleza jurídica en realidad no es de sociedad comercial, sino **de órgano Estatal**, siendo ésta nada más que una forma en la cual él Estado ha optado para realizar sus actividades en miras al cumplimiento de sus fines.

Lo mismo podríamos decir de **“La Corporación Ferroviaria del Uruguay”**

Así podemos ver como una de las actividades Estatales, la infraestructura de carreteras del país, deja de ser llevada directamente por el Estado para pasar a ser efectuada por un ente “privado” pero sin que exista interés del Estado en desvincularse de ésta actividad, él permanece indirectamente a cargo de ella, designando a sus dirigentes, financiándola, controlándola, etc, por lo que es indudable que la actividad la sigue efectuando el Estado.

Ahora me pregunto ¿a que se debe ésta maniobra Estatal? La respuesta es muy simple y ya fue analizada en el capítulo II de huida al derecho público garantista.

En miras a lograr, espero, una optimización de la actividad del Estado, en lugar de reformarlo para optimizar el rendimiento Estatal, se prefirió crear una ficción legal tendiente a burlar todas las garantías y controles propios del Estado. Así se crearon estas figuras que implican indudablemente el obrar del Estado pero “esquivando” sus garantías y sus controles.

Dicha estrategia no sólo es deplorable sino que es fraudulenta del ordenamiento jurídico, ya que, su única finalidad es de corromper al ordenamiento jurídico, y por ser ésta se está incurriendo en abuso de poder, en cuanto, si bien actúa dentro de sus poderes y espero procurando los fines adecuados, al burlar los controles Estatales, no usa en forma adecuada sus poderes al no existir una adecuada proporcionalidad entre el motivo y el contenido o entre el contenido y el fin¹⁹.

Como dice la doctrina civilista, “el fraude todo lo corrompe” y como aquí sin dudas el fraude existe, se debe aplicar la teoría del disregard, correr el velo de la

¹⁹ Abuso de poder en el sentido que le da DURAN MARTÍNEZ, Augusto Estudios de Derecho Administrativo Parte General Mdeo 1999 pag 134

personería jurídica, y ver la realidad por sobre la ficción y el formalismo. Es en esa realidad donde indudablemente vemos al Leviatán haciendo de las suyas por medio de un secuaz reprochable, él que, como trata de atentar contra las garantías del derecho público y escaparse de las limitaciones del Estado, se encuentra a su vez atentando contra uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho, que es el control del Estado y su responsabilidad.

Con independencia de ello, y aún que nosotros no compartamos la conclusión antes expuesta, igualmente el régimen Estatal debe de aplicárseles, rigiendo para éstas lo mismo que para el caso de las sociedades de economía mixtas, pero en este caso ninguna de las críticas que se le puede dar a la intervención a los controles públicos son de aplicación.

Ello porque a diferencia de las sociedades de economía mixta, no existe ningún entre privado involucrado que se pueda ver perjudicado por la imposición de un régimen jurídico que le es ajeno, al contrario, sólo hay un sujeto en estas sociedades, y es el Estado, y como tal debe de respetar las garantías y controles Constitucionales y Legales.

IV - CONCLUSIÓN

Sin duda es muy fácil y practico escaparse a los controles estatales establecidos por el Derecho Público y acudir al marco del derecho privado para realizar los fines, cualquiera estos fuesen.

Pero no podemos de dejar de olvidar que dichos controles en la organización estatal no son arbitrarios, fueron forjados en años de evolución y creado por mentalidades muy superiores de las que hoy se encuentran en el Gobierno.

Obedecen a la necesidad de respetar lo que es de todos, a la necesidad de garantizar los derechos individuales, y por sobre todo, a la necesidad de actuar como corresponde, con transparencia, con eficacia, con eficiencia y con buena fe y moralidad.

Si es cierto que en el obrar del Estado muchas veces repercuten negativamente las garantías, los controles y los procedimientos que se deben seguir, pero los mismos obedecen justamente a la buena administración.

Si se desea reformar al Estado para su optimización, si es cierto que se deben reformar, pero no eliminarlos, pero sobre todo, se debe re analizar los cometidos y funciones que le corresponden al Estado y establecer cual es su real finalidad y rol en la sociedad.

La verdadera solución se encuentra en determinar que el Estado debe adecuarse a los preceptos del Estado Subsidiario, promocionando, controlando y garantizando a los particulares la mayor cantidad de actividades posibles, logrando así la disminución de su aparato estatal. Lo que conllevará en que se pueda organizar de forma de lograr una mayor agilidad y en la concentración en aquellas actividades que más importan y más trascendentes son para la sociedad, poniendo su centro no en la actividad en si, como se hace en la actualidad, sino en el destinatario de la misma, en el propio ser humano.

La intervención del Estado en la actividad privada debe ser muy limitada y caracterizada, como decía Marienhoff, a satisfacer necesidades públicas en sentido amplio, así éste maestro nos decía *“En el ejercicio de dichas actividades, el “fin” perseguido por el Estado y el que persiguen los particulares no es idéntico. Los particulares explotan las empresas industriales y comerciales con un fin lucrativo, mientras que la Administración Pública lo hace con el objeto de satisfacer una necesidad pública”*²⁰.

Pero la reforma en la organización del Estado para su evolución no puede seguir por el camino actual, en donde se acude a figuras como las personas públicas no estatales y las sociedades privadas de las cuales son exclusiva propiedad del Estado, que no son más que órganos del propio Estado disfrazados como personas jurídicas ajenas a él, que éste utiliza para realizar actividades que no tiene interés alguno en que sean realizadas por particulares, y así logra huir a los controles y permanecer atrás de estas en todo momento.

Lo que ocurre en la actualidad no es el medio adecuado para avanzar, simplemente es una estratagema para burlar al sistema, propia de un estafador, pero muy impropia e inaceptable para el Estado y cualquier ser de bien.

Lo que se debe hacer está por otro camino y no por el del fraude a la ley, por ello considero que en todos estos casos, aún cuando exista cierta participación de capitales privados, se deban aplicar todas las normas referidas al Estado, ya que, en última instancia éste es el involucrado, o por los fondos que se le atribuyen o porque cumple sus cometidos o en muchos casos hasta sus mandatos.

²⁰ MARIENHOFF Miguel S “Tratado de Derecho Administrativo” T 1 Ed. Abeledo Perrot BsAs 1965 pag. 437