
ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y DERECHO PRIVADO

CARLOS E. DELPIAZZO

Profesor de Derecho Público II, Universidad de la República.
Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Montevideo.
Director del Master en Derecho Administrativo Económico, Universidad de Montevideo.

SUMARIO:

I. TRANSFORMACIONES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. Características de la sujeción de la Administración al Derecho ante la llamada «huída del Derecho Administrativo». • II. PROYECCIONES SOBRE LA TEORÍA DEL CONTROL. Extensión funcional del control estatal. • III. INCIDENCIA SOBRE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD. Responsabilidad de la Administración por sus cometidos puestos a cargo de particulares. • IV. CONCLUSIÓN. Irrenunciable protagonismo estatal, bajo Derecho público, de la gestión del bien común.

I. TRANSFORMACIONES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Desde los orígenes del Derecho Administrativo, siempre ha existido una parte de la actividad de la Administración desarrollada con sujeción al Derecho privado, como es el caso de la regulación de algunos contratos disciplinados por la legislación civil y comercial (como el depósito o la hipoteca) aún cuando los celebre la Administración.¹

Si bien esa actuación bajo reglas de Derecho común era excepcional, con el crecimiento y progresiva complejidad de la intervención estatal, principalmente en la actividad económica, se comenzó a postular la conveniencia de generalizar el sometimiento al Derecho común para escapar al mentado rigorismo excesivo del Derecho Administrativo. El fundamento de tal mutación se creyó encontrar en que la buena marcha de determinadas actividades estatales de carácter económico requiere de unas organizaciones con cierta autonomía, que se rijan por criterios de tipo empresarial y que se responsabilicen directamente de los resultados de su actividad.² A la vez, el sobredimensionamiento de algunas estructuras estatales, el descrédito de lo estatal y su escasa eficacia coadyuvaron a sufragar por la solución.³

1 Carlos E. DELPIAZZO - «Manual de Contratación Administrativa» (Edit. Universidad, Montevideo, 1997), tomo I, 3ª edición actualizada, pág. 22; y «Contratación Administrativa» (U.M., Montevideo, 1999), pág. 14.

2 Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ - «Curso de Derecho Administrativo» (Civitas, Madrid, 1993), tomo I, 6ª edición, pág. 385.

3 Luciano PAREJO ALFONSO - «Estado social y Administración Pública. Algunas reflexiones a propósito de la crisis del primero», en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2000), N° 17, pág. 19 y sigtes. y «Perspectivas del Derecho Administrativo para el próximo milenio» (Edic. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998), pág. 38 y sigtes.

En gráficos términos, dicho punto de vista ha sido expuesto del siguiente modo: «hoy existe en el mundo entero una convicción generalizada: el Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es notoria; la ineficiencia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios mínima, y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo, cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos. Hoy existe, en grandes zonas del mundo (desarrollado y en vías de desarrollo), la conciencia generalizada de que hay que devolverle al ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa y, en el fondo, su libertad: la libertad de elegir».⁴

Consecuentemente, de acuerdo a lo que releva la doctrina actual, «uno los rasgos más característicos de las Administraciones institucionales es su huída del Derecho Administrativo para recalar en el Derecho privado. Esta huída se concreta de dos maneras: a través de la constitución de estas Administraciones bajo formas organizativas de Derecho privado y mediante el recurso por parte de la Administración pública en su actuación al ordenamiento jurídico privado».⁵

«Para quienes tenemos algunos años más de los que quisiéramos -se ha dicho⁶- «éste es un planteo que al margen de que encierra cierta dosis de verdad, no deja de ser sorprendente. Y lo es, porque yo recuerdo que cuando estudiaba Derecho Administrativo, su desarrollo se justificaba precisamente por la necesidad de articular técnicas propias y más adecuadas a las exigencias de la Administración, que no podía ver enervada su actividad por las formalidades típicas de un Derecho privado pensado para regular situaciones diferentes. Y también estudié la afirmación, por cierto exagerada, de que el Derecho Administrativo era el único marco que ofrecía una adecuada protección a los administrados. Hoy, según parece, las cosas han cambiado. En realidad, se han invertido».

Aún cuando este fenómeno no se ha dado en nuestro país con tanta intensidad como en otros, lo cierto es que el Derecho público está lleno de «privilegios en más» pero también de «privilegios en menos».⁷ En efecto, junto a un amplio contenido del régimen exorbitante -plasmado en privilegios tales como las prerrogativas de la Administración, la presunción de legitimidad de los actos administrativos, la ejecutoriedad, la actuación coactiva, el régimen procesal privilegiado, y la inembargabilidad de sus bienes⁸- se constata la imposición de una actuación formalizada y uniformizada, que apareja lentitud, rigidez y otras dificultades que han tentado a pensar que los «privilegios en menos» resultan un precio demasiado alto para mantener los «privilegios en más», sobre todo si estos pueden obtenerse gratis, creando entidades con potestades públicas pero que actúan privadamente.

Ante esta realidad, se impone reflexionar acerca de cómo se verifica hoy la sujeción de la Administración al Derecho ante la aludida huída del Derecho Administrativo, fundamentalmente desde el punto de vista de la teoría del control y de la teoría de la responsabilidad administrativa.

II. PROYECCIONES SOBRE LA TEORÍA DEL CONTROL

A los efectos de delimitar adecuadamente la cuestión, es preciso advertir que la separación entre actividad administrativa regulada por el Derecho público y actividad administrativa regida por el Derecho común refiere principalmente a la actuación externa de la Administración, es decir, a la que ésta despliega incidiendo sobre la vida social y entrando en relación con los administrados, ya que la actividad interna, referida a la organización y funcionamiento de la Administración, está ordinariamente sometida al Derecho Administrativo. Como con-

4 Caspar ARIÑO ORTIZ - «La regulación económica» (Abaco, Buenos Aires, 1996), pág. 57 y sigtes.

5 Antonio TRONCOSO REIGADA - «Privatización, empresa pública y Constitución» (Marcial Pons, Madrid, 1997), pág. 29.

6 Guillermo Andrés MUÑOZ - «Derecho público y Derecho privado en la organización de la Administración», en Guillermo Andrés MUÑOZ y Carlos Manuel GRECCO - «Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo» (Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999), pág. 459.

7 Luciano PAREJO ALFONSO y otros - «Manual de Derecho Administrativo» (Ariel, Barcelona, 1996), volumen 1, 4ª edición, pág. 341 y sigtes.

8 Juan Carlos CASSACNE - «El régimen exorbitante y las garantías del administrado», en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1981), Año V, N° 1, pág. 9 y sigtes.

secuencia de ello, los actos adoptados en los correspondientes procedimientos internos para la formación y manifestación de la voluntad de la Administración son siempre actos administrativos sujetos al control mediante recursos y acción contencioso administrativa, aún cuando estén dirigidos a integrar y desarrollar una actividad externa materialmente sujeta al Derecho privado.⁹

Hecha tal salvedad, es evidente el impacto sobre el control. Como bien se ha destacado, la realidad de las transformaciones que experimentan actualmente los países en el marco de la denominada huída de la Administración hacia el Derecho privado, especialmente en el ámbito de las empresas públicas, obliga a un fortalecimiento de los instrumentos de control para garantizar que no se traicione su fin último de servicio a la sociedad y que se respeten los derechos fundamentales.¹⁰

En efecto, no se trata de un debilitamiento o retracción del control sino de un cambio de roles,¹¹ derivado de que el acento ya no se pone tanto en la prestación directa de bienes y servicios (de la cual el Estado se ha retirado o en la que ha reducido su ámbito de actuación) cuanto en la regulación y fiscalización de quienes asumen la tarea prestacional.

Dicho cambio de roles en lo que refiere a las relaciones de control no apareja una alteración de sus fundamentos, que continúan siendo el aseguramiento de que el controlado se adecue, en el empleo de sus medios y en su actuación concreta, a los fines que le han sido confiados, y la protección del bien común.¹²

Como reacción frente a la fuga de los mecanismos clásicos de control, se ha postulado el criterio de la «influencia dominante» del poder público como forma de extender la aplicación de la normativa pública a las actividades traspasadas de carácter estatal, sujetando al Derecho administrativo los actos de su actividad privada.¹³ A través de este arbitrio, se procura «levantar el velo» de la personalidad de los entes instrumentales sometidos en su actuación al Derecho privado, pero que, en realidad, ostentan una condición de poderes públicos, tanto por su origen, cuanto por su actuación y por su financiamiento (en cuanto operan con fondos públicos).

III. INCIDENCIA SOBRE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD

Por otra parte, el desenvolvimiento de la actividad administrativa a través de empresas privadas, con o sin participación estatal, plantea interesantes cuestiones de responsabilidad administrativa, sea que el particular actuante lo haga a título de concesionario,¹⁴ sea que lo haga a través de otras formas de traspaso de la ejecución de los cometidos estatales¹⁵ que no impliquen la transferencia de su titularidad, fenómeno que ha sido designado como «delegación transestructural de cometidos».¹⁶

Sobre el particular, antes de ahora, he postulado una interpretación evolutiva respecto a la tesis tradicionalmente sostenida por la doctrina nacional, según cuya enseñanza la responsabilidad de la Administración consagrada en el art. 24 de la Constitución no se extiende a los actos o los hechos de los concesionarios de servicios públicos o de sus empleados.¹⁷

Al decir de Martins,¹⁸ «El precepto no alcanza a los servicios públicos concedidos puesto que, si bien el Estado ejerce sobre los concesionarios poderes de vigilancia y contralor, no tiene ni la gestión ni la dirección del

9 Luciano PAREJO ALFONSO y otros - «Manual de Derecho Administrativo» cit., volumen 1, pág. 385.

10 Antonio TRONCOSO REIGADA - «Privatización, empresa pública y Constitución» cit., pág. 317 y sigtes.

11 Nidia KARINA CILIBERTO - «Servicios públicos. Control y protección» (E.C.A., Buenos Aires, 1996), pag. 63 y sigtes.

12 Luis MORELL OCAÑA - «Curso de Derecho Administrativo» (Aranzadi, Pamplona, 1997), tomo I, pág. 293 y sigtes.

13 José María GIMENO FELIU - «El control de la contratación pública» (Civitas, Madrid, 1995), pág. 120 y sigtes.

14 Carlos E. DELPIAZZO - «Responsabilidad del Estado y de los concesionarios de servicios públicos», en Anuario de Derecho Administrativo (Montevideo, 1999), tomo VII, pág. 51 y sigtes.

15 Carlos E. DELPIAZZO - «La responsabilidad del Estado por el desenvolvimiento de sus cometidos a cargo de particulares» (conferencia dictada el 17 de agosto de 1999 en el Seminario sobre Estado de Derecho y Responsabilidad del Estado realizado en la Universidad Católica del Uruguay, en prensa).

16 Rodolfo Carlos BARRA - «Principios de Derecho Administrativo» (Abaco, Buenos Aires, 1980), pág. 246 y sigtes.; y «La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización», en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 1991), Año 3, N° 6, pág. 31 y sigtes.

17 Enrique SAYAGUES LASO - «Tratado de Derecho Administrativo» (F.C.U., Montevideo, 1988), tomo I, pág. 660.

18 Daniel Hugo MARTINS - «La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguayana», en Constitución y Administración (Montevideo, 1993), pág. 282.

servicio, a lo sumo determina con carácter general, lo que no presupone dirección, las reglas de actuación a que deberá ajustarse el mismo».

Sin embargo, tras afirmar que el art. 24 no cubre la conducta de los concesionarios, el maestro Sayagués Laso reconocía que dicho precepto «permite la duda» y matizaba su conclusión de que el mismo sólo «alude a los casos de administración directa» de la siguiente manera: «salvo que el acto o hecho del concesionario hubiese sido facilitado, ordenado, permitido, etc. por la Administración; pero en estos casos la responsabilidad derivaría del acto o hecho imputable a ésta».¹⁹

Por su parte, Jiménez de Aréchaga decía respecto a los reiteradamente citados arts. 24 y 25: «Podríamos preguntarnos si estas disposiciones comprenden incluso el caso en el cual los administrados reciben perjuicios por la gestión de empresas concesionarias de servicios públicos, es decir, cuando el servicio público no es cumplido directamente por personas públicas sino por empresas particulares que actúan en régimen de concesión». Y contestaba tal interrogante afirmando que el art. 24 «trata de los daños que se causen a terceros en la ejecución de los servicios públicos confiados a la gestión o dirección de las personas públicas. Este distingo entre gestión o dirección de las personas públicas, podría también hacer suponer que el caso del daño causado por empresas concesionarias o por empleados de empresas concesionarias está comprendido en el régimen de responsabilidad».²⁰

Por eso, a la luz de los modernos procesos de transferencia a particulares de actividades propias de las entidades estatales, es razonable pensar que «va a poder sostenerse con buen fundamento que el Estado también será responsable de los daños que se causan en la ejecución de esos servicios que no están confiados a su gestión pero sí bajo su dirección».²¹

Admitido que el Estado pueda ser llamado a responsabilidad por la actuación de los particulares en el desempeño de los cometidos estatales a ellos confiados, es posible que pueda distinguirse más de un ámbito al respecto.

En efecto, no sólo la Administración concedente sino también los nuevos organismos reguladores²² a los que se atribuyen funciones y competencias tutelares de los derechos e intereses de los usuarios,²³ pueden ser generadores de responsabilidad.²⁴

Al respecto, cabe preguntarse si tal responsabilidad será directa o indirecta y, en su caso, si puede ser excluida por una previsión incluida en el contrato de concesión.

Sobre la primera cuestión, se han sustentado posiciones divergentes: mientras para unos la entidad estatal puede ser llamada a responsabilidad en forma directa y solidaria,²⁵ para otros ello sólo puede ocurrir en forma indirecta o refleja.²⁶

La responsabilidad estatal subsidiaria se ha fundado en que no tendría sentido excluir al Estado cuando la actividad prestacional que causa el daño ha sido puesta por él en manos del concesionario⁽²⁷⁾: «el Estado es responsable subsidiario de las obligaciones contraídas por su contratista en la ejecución de la prestación, por estar involucrada una prestación de bien público, de la que no puede desentenderse aún cuando haya encomendado su gestión a un particular».²⁸

Según la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España Nº 13/95 de 18 de mayo de 1995, la regla general que sienta el art. 26 es que el contratista está obligado a «indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato». No

19 Enrique SAYAGUES LASO - «Tratado...» cit., tomo I, pág. 660, nota 4.

20 Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - «La Constitución del Uruguay de 1952» (C.E.D., Montevideo, 1966), tomo II, pág. 315.

21 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - «Sobre reforma del Estado y Derecho Administrativo» (Edit. Universidad, Montevideo, 1996), pág. 22.

22 Juan Carlos CASSAGNE - «Los nuevos entes regulatorios», en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 1993), Año 5, Nº 14, pág. 485 y sigtes.; y «Derecho Administrativo» (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996), tomo II, 5ª edición, pág. 491 y sigtes.

23 Julio R. COMADIRA - «Derecho Administrativo» (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996), pág. 717 y sigtes.

24 Agustín A. GORDILLO - «Tratado de Derecho Administrativo» (F.D.A., Buenos Aires, 1997), tomo I, 4ª edición, pág. XV-54.

25 Lucía VALLE FIGUEREDE - «Curso de Derecho Administrativo» (Malheiros, Sao Paulo, 1998), 5ª edición, pág. 243.

26 Alejandro PEREZ HUALDE - «El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar» (Depalma, Buenos Aires, 1997), pág. 75.

27 Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO - «Curso de Derecho Administrativo» (Malheiros, Sao Paulo, 1994), 5ª edición, págs. 485 y 486.

28 Roberto DROMI - «Renegociación y reconversión de los contratos públicos» (E.C.A., Buenos Aires, 1996), págs. 31 y 32.

obstante, la Administración debe responder directamente cuando los daños y perjuicios «hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden» de la misma, es decir, del ejercicio de sus potestades de «dirección» en la terminología utilizada por la Constitución uruguaya.

En rigor, a partir de que la relación primaria del usuario es con el concesionario, en principio debe responder éste en caso de daño, y sólo subsidiariamente la entidad estatal, sin perjuicio de que la responsabilidad de la Administración concedente o, en su caso, de los entes u órganos reguladores pueda verse comprometida por su propia conducta, lo que habilitará a los usuarios a demandarla directamente. Claro está que, en tales situaciones, el Estado no estará respondiendo por la actuación del concesionario sino por la suya, de conformidad con las reglas generales antes examinadas.

Con relación a la segunda cuestión planteada, la eventual inclusión en el contrato de concesión de estipulaciones limitativas o eximentes de la responsabilidad patrimonial del Estado frente a terceros, no parece procedente por cuanto, por definición, el tercero -que es el usuario- no es parte en la concesión.²⁹ En cambio, podrá ser válida entre concedente y concesionario la previsión de la repetición contra éste de lo que haya tenido que pagar aquél en determinados supuestos.

Todo lo antedicho resulta corroborado si se piensa en el servicio público en términos de prestaciones que hay que garantizar a los ciudadanos;³⁰ si se subraya el rol de la Administración concedente como garante, su consecuente responsabilidad es inexcusable. Carecería de sentido que la Administración respondiese de su propia actividad cuando la realiza directamente y, en cambio, no lo hiciere cuando actúa a través de un concesionario.³¹

Por eso, he insistido que el servicio concedido sigue siendo de la Administración concedente, por lo que ésta «no puede desinteresarse de él en tanto sigue siendo un cometido de ella».³² Esto es así porque las actividades cuya ejecución la ley autoriza a la Administración a contratar con particulares, siguen siendo actividades del Estado; lo que cambia es el medio a través del cual se ejecutan, pero siguen siendo cometidos estatales.³³

IV. CONCLUSIÓN

A modo de sintética conclusión de cuanto viene de decirse, es preciso enfatizar que -cualquiera sea la intensidad del proceso de transformación estatal y de transferencia de sus cometidos al área privada- el Estado no puede abandonar su papel protagónico de gestor del bien común bajo Derecho público.³⁴

Según se ha destacado con acierto, «No se puede prescindir del Estado porque él debe asegurar, en primer lugar, la justicia debida a quienes no puedan, sin culpa, asumir las nuevas reglas del juego y, en segundo lugar, asegurar la transparencia de éstas».³⁵ «Ello no implica por cierto que no deban repensarse las formas y las modalidades de la intervención estatal. Tampoco que en algunos ámbitos se procure la transformación de un Estado sobrecargado de competencias innecesarias o inútiles, que nunca llega a actuar debidamente. De lo que se trata, en definitiva, es de pensar las formas de pasar de un Estado panadministrativo a otro que dirige y controla».³⁶

29 César CHAVEZ - «Responsabilidad del Estado. El deber de reparación del Estado en la delegación transestructural de cometidos», en Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública (Buenos Aires, 1997), Año XIX, N° 224, pág. 17 y sigtes.

30 Juan Miguel DE LA CUETARA - «Tres postulados para el nuevo marco jurídico de los servicios públicos», en A.A.V.V. - «El nuevo servicio público» (Marcial Pons, Madrid, 1997), pág. 138 y sigtes.

31 Luis MORELL OCANA - «Curso de Derecho Administrativo» (Aranzadi, Pamplona, 1997), tomo II, pág. 407.

32 Carlos E. DELPIAZZO - «Manual de Contratación Administrativa» (Pronade, Montevideo, 1993), tomo II, pág. 88; y «Contratación Administrativa» (U.M., Montevideo, 1999), pág. 404.

33 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - «Sobre reforma del Estado y Derecho Administrativo» cit., pág. 18.

34 Mariano R. BRITO y Carlos E. DELPIAZZO - «Derecho Administrativo de la Regulación Económica» (U.M., Montevideo, 1998), pág. 31.

35 Julio R. COMADIRA - «Derecho Administrativo» (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996), pág. 219.

36 Guillermo Andrés MUÑOZ - «Reforma del Estado. Principios generales», en Rev. de Administración Pública Uruguaya (Montevideo, 1996), N° 16, pág. 29.

En el nuevo escenario que impone un mundo globalizado, el Estado no puede abdicar de su naturaleza servicial para el logro del bien común ⁽³⁷⁾, entendido como la situación de hecho en la cual es posible a cada uno alcanzar el desarrollo integral de su propia persona, tanto en el orden moral como espiritual y material ⁽³⁸⁾; carente de existencia sustantiva, el Estado es un ser para otros, para que los componentes del cuerpo social puedan alcanzar plenamente sus fines propios ⁽³⁹⁾.

En el desenvolvimiento de ese su rol fundamental, es irrenunciable su actuación bajo Derecho público. ♦

37 Mariano R. BRITO - «Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo», en Rev. La Justicia Uruguaya (Montevideo, 1984), tomo XC, sección Doctrina, pág. 11 y sigtes.

38 Héctor FRUGONE SCHIAVONE - «La intervención del Estado en la economía. Evolución, crisis y perspectiva», en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, tomo VII, N° 38, pág. 114 y sigtes.

39 Mariano R. BRITO - «Planificación y libertad en el Estado social de Derecho», en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1977), Año I, N° 1, págs. 35, 40 y sigtes.