

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El Levantamiento del Velo en el Derecho Administrativo

CARLA SPAGNUOLO ARÉVALO
VIRGINIA D' ISABELLA CIMARELLI
PEDRO BORREA BRUSAIN
HUGO COSTA BUENO

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

I - INTRODUCCIÓN

I.I. - Plan de análisis

En la presente exposición intentaremos abordar un tema reciente y de sumo interés que se plantea y se enmarca en el fenómeno que se ha dado en llamar: "la huída del Derecho Administrativo".

Comenzaremos por realizar una breve descripción de la teoría del levantamiento del velo o del "Disregard"; en segundo lugar procederemos a abordar el estudio del fenómeno de la huída del Derecho Administrativo y sus manifestaciones en el Derecho uruguayo; para en tercer lugar analizar propiamente la aplicabilidad de la teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas de derecho privado utilizadas por el Estado en forma instrumental haciendo referencia al Derecho Comparado y a la doctrina y jurisprudencia extranjeras. Finalmente dedicaremos un breve capítulo a las conclusiones a las que arribemos y su eventual aplicación en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Pero antes de abordar estos puntos comencemos por unas breves consideraciones acerca de la temática a abordar.

I.II. - Breves consideraciones de la temática a abordar

Como señala Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ¹, el exagerado avance del Estado intervencionista ha tenido como respuesta un movimiento que propugna la reducción del campo de acción del Estado a través de la privatización de muchas de sus actividades y empresas, lo cual trae aparejado, como consecuencia necesaria, la búsqueda de la disminución del aparato estatal y el regreso al libre juego de la iniciativa privada, todo lo cual se enmarca dentro de la corriente política económica más conocida como el neoliberalismo. Obviamente que esto significa una disminución o reducción del campo de acción del derecho administrativo, pues el Estado contaría con menos recursos, empresas y funcionarios y correlativamente, una disminución en las actividades jurídicas. Sin embargo observa este autor que el desprendimiento de actividades que han venido siendo desarrolladas por el Estado y que en virtud del proceso de privatización pasan a ser manejados por particulares, no implica el desprendimiento total de las funciones por parte del Estado respecto de estas, pues una característica del proceso que estamos viviendo consiste en que en esos casos el Estado no solo se reserva sino que fortalece su función reguladora de la respectiva actividad, lo cual se traduce en el fortalecimiento de la normatividad aplicable a la misma; así se llega a ampliar en algunos casos la función de control y vigilancia respecto de la actividad total o parcialmente privatizada.

¹ RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Libardo, "Las vicisitudes del Derecho Administrativo y sus desafíos en el siglo XXI.", Ponencia presentada en el Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo celebrado en Méjico durante los días 28 y 29 de Noviembre de 2000, publicado en Internet www.bibliojuridica.org/libros/1/316/9.

Sin perjuicio del fenómeno de la "privatización" antes referido, es posible observar como el Estado, cada vez más actúa a través de personas jurídicas de Derecho Privado que controlan en forma directa o indirecta pero a las que se les aplica un régimen jurídico distinto, el Derecho Privado, provocando por ende que dichas personas jurídicas permanezcan al margen del Derecho Administrativo.

Este fenómeno de la creación de entes instrumentales por parte de la Administración que se encuentran regidos por las disposiciones del Derecho Privado se enmarca en la "huida del Derecho Administrativo". El problema que se plantea es que el Estado se encuentra facultado por ley a los efectos de crear y proceder a la utilización de estos entes instrumentales, por lo que los límites a dicha potestad deberán surgir de la propia ley, de los principios generales del Derecho (en particular en el tema que nos ocupa los principios generales del Derecho Administrativo y de la contratación administrativa) o de la Constitución de la República. Es en virtud de esta circunstancia que ciertos autores, sobre todo en el ámbito de los países de la Unión Europea, han comenzado a hablar de un concepto legal material de Administración pública. Es decir que se reconoce la legitimidad de que la Administración utilice personas jurídicas del Derecho Privado, por cuanto dicha utilización posee fundamento legal, sin perjuicio de ello la misma no puede producir perjuicios a terceros ni puede ser utilizada con mala fe o en fraude a la ley. En efecto, una persona jurídica de Derecho Privado, instrumento de la Administración, no puede eludir el Derecho Administrativo ocasionando un perjuicio a un tercero, ya se trate de un interés público vulnerado o de uno privado.

Corresponde destacar que este perjuicio no se verifica únicamente cuando la persona jurídica instrumental actúa prestando un servicio o realizando una obra sino que también podría darse en la fase preparatoria de la contratación administrativa con la Administración. Esto, por cuanto quien contrata con una persona jurídica de Derecho Privado instrumental de la Administración debería gozar de los medios necesarios para requerir que el mejor oferente sea seleccionado de acuerdo con los principios y normas del Derecho Administrativo que aseguran aspectos fundamentales de la contratación como son la concurrencia, la publicidad, la igualdad, la transparencia, la materialidad, entre otros.

Como veremos en el desarrollo posterior en el Derecho Comunitario, una de las nociones en base a las cuales se ha consagrado la noción de instrumentalidad es el concepto material de Administración, que se manifiesta en el poder adjudicador, concepto que desarrollaremos en forma más amplia en los capítulos que siguen.

II - ORIGEN Y DESARROLLO DE LA TEORÍA DEL DISREGARD OF LEGAL ENTITY.

II.1 - Consideraciones Previas.

La personalidad jurídica como característica esencial atribuida por nuestra ley a las sociedades comerciales, consagra al decir de HALPERIN, una realidad jurídica, un recurso de la técnica jurídica, un medio, un instrumento reconocido por las normas para permitir o facilitar la consecución de ciertos fines. La consagración de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales (pero muy especialmente las anónimas) es una consecuencia de las propias necesidades y evolución del comercio internacional. La proliferación de empresas, mercantiles que buscan a través de la personalidad jurídica de los tipos sociales, establecer patrimonios autónomos, asegurar la limitación de responsabilidad, etc, constituye un hecho evidente. De esta realidad a la utilización de la personalidad jurídica con fines primero atípicos y luego ilícitos, hubo apenas un paso. La nueva realidad todavía muestra a este instrumento como un pilar del ordenamiento jurídico y del comercio. Pero muestra también como ese ordenamiento jurídico y el propio comercio deben evitar el uso abusivo o con fines ilícitos que se haga de la personalidad jurídica.²

La protección y tutela de los acreedores se protege con la aplicación por parte de la jurisprudencia del levantamiento del velo o teoría de la inoponibilidad de la personería jurídica. Esta teoría fue iniciada por la jurisprudencia de los Estados Unidos y recibida en Europa continental con la obra de Rolf SERICK ("Apariencia y realidad de las sociedades Mercantiles.", Editorial Ariel, Barcelona, 1958). El citado autor, precisaba tres situaciones en las cuales la teoría sería de aplicación pues en esos casos existiría abuso de derecho por medio de la persona jurídica: fraude a la ley; fraude o violación de contrato y daño fraudulento causado a terceros.

2 HERRERA OREGGIA, Nicolás, Teoría del Disregard of legal entity: un enfoque basado en el abuso de derecho; Anuario de Derecho Comercial, Tomo I, Año 1984, páginas 53 y siguientes.

Asimismo, dentro de los fundamentos que la jurisprudencia ha manejado para aplicar esta teoría se encuentran el abuso de derecho como extralimitación del poder que forma el contenido del derecho subjetivo, el fraude a la ley y la buena fe.

En general se entiende que cabe prescindir de la personería jurídica cuando: a.-) la propia ley lo imponga, matizando el alcance de la personalidad que ella otorga; o b.-) cuando proceda el levantamiento del velo de una persona jurídica instrumental a los efectos de evitar el fraude a la ley. No se puede realizar una casuística respecto a los casos en que corresponde el levantamiento del velo de la persona jurídica, sino que dependerá de la apreciación de la existencia de fraude o perjuicio en cada caso concreto; y constituirá una carga del tercero perjudicado probar que existe una personalidad jurídica instrumental utilizada en fraude a la ley.

En el Derecho anglosajón, el fundamento de la teoría del *disregard of legal entity* o *piercing the veil* es el fraude y también la doctrina de la *agency*. El fraude se toma en sentido amplio y refiere a cualquier acto u omisión que conduzca al incumplimiento de un deber impuesto por la ley o la equidad, o de algún fideicomiso o relación de confianza debidamente otorgada que resulte en perjuicio a un tercero. La *agency* es una relación, no necesariamente contractual, que nace cuando una persona manifiesta su intención de actuar por medio de otra que lo consiente; y es en virtud de ello que los actos del agente son imputables al principal.³

La teoría del abuso de la personalidad jurídica se ha generalizado rápidamente en la doctrina y jurisprudencia de los países del sistema europeo, pero éstas no han podido aún establecer claramente los andariveles dentro de los cuales, la aplicación de esta teoría se vuelve posible, ni dar un fundamento legal preciso a la misma, ya que se recurre reiteradamente a principios de buena fe, orden público, equidad, justicia, etc.

La "Teoría del Disregard", ha sido recepcionada en sus orígenes por la doctrina uruguaya comercialista, siendo incorporada con posterioridad a nuestro Derecho Positivo por los Artículos 189 a 191 de la Ley de Sociedades Comerciales No. 16.060 de fecha 4 de Setiembre de 1989. Las causales establecidas por la mencionada norma a los efectos de provocar el levantamiento del velo son: el fraude a la ley, la violación del orden público y el fraude o perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.

II.II - Instrumentalización de la personería jurídica en el Derecho Privado.

Muchas veces observamos en la práctica la instrumentalización de personas jurídicas por empresarios a los efectos de limitar la responsabilidad de cada sociedad que integra el grupo, buscando también, en muchos casos, mejoras o ventajas en la estructura u organización de la explotación. De esta forma se procura entonces minimizar los riesgos y contingencias propias de la actividad, así en el ámbito del Derecho Tributario o del Derecho Laboral.⁴

En nuestra jurisprudencia existen diversidad de sentencias que han procedido al levantamiento del velo de la personalidad de las sociedades en relación de dependencia por cuanto se presume que las mismas

3 ORTIZ VAAMONDE, Santiago, "El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.", LA LEY, Madrid, 2004, páginas 19 y 20.

4 No es casualidad de que también en el Derecho Tributario como en el Derecho Laboral se haya desarrollado y acogido en nuestra jurisprudencia la doctrina del *disregard*. A diferencia de otras legislaciones, el conjunto económico no está legislado en nuestro derecho. En el área del Derecho Comercial el conjunto económico ha sido definido como un núcleo de empresas, aparentemente autónomas, pero sometidas a una dirección económica única, configurándose de esa forma un único interés económico. En el ámbito del Derecho Tributario, la doctrina y jurisprudencia justifican la aplicación de la teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en virtud del principio de realidad contenido en el Artículo 6º del Código Tributario. Asimismo, y en lo que refiere al concepto de conjunto económico, el Banco de Previsión Social dictó la Resolución de Directorio de 10 de Enero de 1968, interpretativa del Artículo 32 de la Ley 13.426, en virtud de la cual dispuso que existe conjunto económico cuando: a.-) una empresa se forme por desdoblamiento de capital; b.-) se realice la fusión, absorción, consolidación, etc. de varias empresas; c.-) una misma persona física o jurídica titular de varias empresas; y d.-) se opera la compraventa de una empresa por otra y coexistencia de explotaciones. Se presume que existe conjunto económico cuando: a.-) los capitales de varias empresas pertenezcan a los mismos titulares; b.-) la titularidad de los capitales en un 50% corresponda a personas vinculadas por parentesco; y c.-) una empresa en su ejercicio económico mantenga relaciones de trabajo con otra en un porcentaje del 40% o más del volumen de las mismas. Sin perjuicio de otras situaciones, existirá en concreto conjunto económico cuando se presenten las siguientes circunstancias: a.-) unidad de dominio patrimonial de la empresa b.-) similitud o analogía de los giros por concomitancia o sucesividad; c.-) utilización común de implementos industriales; d.-) identidad de organización administrativa; e.-) utilización de locales comunes; f.-) identidad de integración de los directorios o mandatarios de empresas; o g.-) imposición de una empresa en otra. En el ámbito del Derecho Laboral, ERMIDA URIARTE ha definido al conjunto económico como aquél grupo de empresas formal y aparentemente independientes que se encuentran recíprocamente entrelazadas formando de esa forma un todo complejo y respondiendo a un mismo interés. También la nueva Ley de Promoción y Defensa de la Competencia No. 18.159 contiene disposiciones que abarcan los conjuntos económicos, así el hecho de que las prácticas prohibidas no puedan ser realizadas por agentes (Artículo 4º Literal J), y se prevé el abuso de la posición dominante y el control de la concentración económica (Artículos 6º, 7º y 8º). El Capítulo III Sección I de la Ley de Sociedades Comerciales No. 16.060 prevé la regulación de los Grupos de Interés Económico (que son persona jurídica) y de los Consorcios (Artículos 489 a 509).

son una unidad económica y de decisión, considerándose al grupo de sociedades como un único sujeto de derecho o centro de atribución a los efectos de que la normativa vigente pueda ser aplicable y se alcance la finalidad para la cual fue dictada. Se identifica a las sociedades como una sola entidad⁵.

En el caso de grupos de sociedades, Santiago ORTIZ VAAMONDE destaca que: *“Lo esencial es (...) la actividad que desarrolla la entidad dependiente. Si esa actividad es una parcela de la actividad e interés de la matriz, no podrá negarse que aquélla posee una personalidad instrumental respecto de ésta. Puede concluirse que si una sociedad mercantil es controlada por otra y su actividad está relacionada o es parte de la que desarrolla la matriz, posee una personalidad jurídica instrumental cuyo velo ha de levantarse a instancia de un tercero perjudicado.”*⁶ O sea que, de acuerdo a este autor español, los dos requisitos esenciales para que opere el levantamiento del velo son: a.-) que la sociedad se encuentre sujeta al dominio o control de la otra sociedad; y b.-) que las actividades de la filial constituyan una parcela de la actividad para cuya realización existe la matriz. La consecuencia fundamental del cúmulo de estos dos requisitos es que la sociedad matriz responderá en forma subsidiaria respecto de las obligaciones de la filial instrumental, al imputarse a aquélla los actos de ésta.

El concepto de persona jurídica instrumental no varía según si la persona jurídica a quien sirve el instrumento posee naturaleza pública o privada, por ende las consecuencias ante uno y otro caso serán las mismas.

III - HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL DERECHO PRIVADO.

III.I - Consideraciones Generales de la Huida.

Como señala el Profesor Carlos DELPIAZZO⁷, la contratación administrativa se encuentra atravesando una fase de transformaciones causadas por los procesos de reforma del Estado, el progreso tecnológico, y la integración regional, transformación que influye sustancialmente en la teoría general de la actividad administrativa y la atribución o imputación de responsabilidad a la Administración por su actuación en los diversos procedimientos y contratos administrativos. En este sentido el mencionado autor expresa que: *“...el advenimiento y desarrollo de las nuevas tecnologías informáticas y telemáticas en el ámbito público están variando sustancialmente los procedimientos administrativos y la forma de alcanzarse los actos administrativos y los contratos consecuentes (...) la propia noción de contratación administrativa está mutando al influjo de las exigencias impuestas por los procesos de integración regional y, más aún, de globalización mundial (...) nuestro Derecho positivo ha evolucionado significativamente en los últimos años procurando adecuarse a la nueva realidad mostrando una profunda expansión de leyes habilitantes a distintas Administraciones públicas para que se asocien con terceros para el desenvolvimiento de las actividades que forman parte de su giro, a la vez que una marcada preocupación por enfatizar en la importancia de los principios generales, como facilitadores de interpretaciones evolutivas y como reacción frente a los riesgos de las prácticas corruptas en materia de contratación administrativa.”*

Bajo la expresión “huida hacia el Derecho privado”, se recogen principalmente dos formas de desaplicación del Derecho Administrativo:

a.-) Permitir que entidades estructuradas bajo formas jurídicas públicas, se rijan parcialmente por la aplicación del Derecho privado, sometiendo en líneas generales a las reglas públicas los aspectos organizativos y de fiscalización típicos de todo ente público, y remitiendo a esta rama del Derecho el desarrollo de la actividad principal de la entidad.

b.-) Trasladar actividades originalmente en manos de la Administración Pública hacia entidades constituidas bajo formas jurídicas empresariales, sometidas en su conjunto a las reglas del Derecho privado.

5 En este sentido encontramos las siguientes Sentencias en la Justicia Uruguaya que hacen referencia al levantamiento del velo basadas en la existencia de conjunto económico, a saber: Caso 11008 Tomo 97 año 1998; Caso 11532 Tomo 101 año 1990; Tomo 122; Caso 14030 año 2000; Caso 14377 Tomo 125 año 2002; Caso 14199 Tomo 124 año 2001; Caso 14496 Tomo 126 año 2002, Caso 11532 Tomo 101 Año 1990; Caso 14030 Tomo 122 año 2000.

6 ORTIZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.”, LA LEY, Madrid, 2004, página 41.

7 DELPIAZZO, Carlos, “Estado Actual de la contratación Administrativa” (Revista de Derecho Público N° 17, pág. 111).

Algunos autores al tratar este tema se refieren también a la utilización instrumental del Derecho privado por parte de la Administración. Según enseña Rodolfo SABORIO VALVERDE,⁸ existen en Latinoamérica ejemplos como el de la organización administrativa costarricense donde si bien no se ha presentado este fenómeno con la misma intensidad que en otros países, comparten la mayor parte de las causas que han originado esa tendencia, a saber: leyes administrativas obsoletas, aumento creciente de participación del Estado, inaptitud de la normativa pública para responder a las demandas de los usuarios, interés por evitar los controles excesivos de la hacienda pública y en términos generales una actitud derrotista ante los innumerables problemas de gestión que plantea el Derecho público. Este autor, también reflexiona sobre el empleo de formas organizativas de Derecho privado, la utilización instrumental de esa rama del Derecho por parte de la Administración Pública, además de los retos que se impone actualmente la organización administrativa costarricense. Una de las formas organizativas sería según este autor: las empresas públicas constituidas como sociedades mercantiles.

Autores de la talla de José María GIMENO FELIÚ han criticado este fenómeno de la huida del Derecho Administrativo. Según expresa este autor, el fenómeno de la privatización es *"...uno de los principales y más controvertidos problemas del Derecho Público en cuanto nos encontramos con un incomprensible (desde la perspectiva de un Estado Social de Derecho) abuso de las técnicas jurídico-privadas por parte de las Administraciones públicas que, sobre el estandarte de la eficacia (entendida desde una perspectiva económica y no social) está acarreado la limitación de las garantías públicas, de indudable trascendencia en un campo tan especial como es la contratación que, lejos de producir ventajas, está ocasionando importantes disfunciones desde el prisma del modelo económico constitucional de la economía social de mercado. (...) el intento de huida generalizada del Derecho Administrativo a la búsqueda de una supuesta 'flexibilidad' y de una 'libertad' de acción (...) amenaza con dejar sin contenido al Derecho Administrativo en lo que supone una huida del sistema de garantías (para el interés público y para el de los particulares), sin que tal resultado pueda, obviamente, justificarse apoyándose en una presumible mayor eficacia ya que (...) ésta no debe permitir la huída de las garantías y de los procedimientos de control."*⁹

De seguirse con la huida se podría llegar a resquebrajar la unidad del aparato organizativo estatal y se perdería la noción del Derecho Administrativo como derecho garantizador.

En el ámbito de la contratación administrativa, el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo se presenta con la creación de entes o entidades regidas por el Derecho Privado so pretexto de hacer más flexible y eficaz el funcionamiento de ciertas actividades, sobre todo de carácter empresarial.

Se trata en la especie, de un problema material o sustantivo por cuanto el Derecho Privado y el Derecho Administrativo se basan en principios y finalidades bien distintos, no pudiendo la Administración socavar las finalidades y garantías del Derecho Público mediante el uso del Derecho Privado. No debe perderse de vista que el Derecho Público persigue siempre un interés general o público mientras que el Derecho Privado no.

La eficacia no puede constituirse entonces en un estandarte o pretexto para transgredir previsiones formales aduciendo que las mismas imponen trámites burocráticos largos, costosos e inútiles. Criticando este fenómeno LÓPEZ MENUDO ha expresado que se trata de una auténtica desbandada hacia la atipicidad de todo género y la evasión de los controles, polarizándose la problemática en el hecho de la gran cantidad de sujetos que no son propiamente Administración en el sentido estricto y formal del término y sin embargo, utilizan selectivamente el Derecho Administrativo cuando así conviene y se benefician de dicho uso abjurando de todo lo que signifique formalidad y control (para lo que se visten de forma privada).¹⁰

No debe perderse de vista que, como enseña GARCÍA DE ENTERRÍA, con la atribución de personalidad jurídica al Estado el fin que se persiguió fue el de someter al mismo a Derecho, haciendo que sus relaciones con los administrados sean verdaderas relaciones jurídicas. Por ello es sumamente paradójico que el Estado a través de la creación y utilización de personas jurídicas instrumentales busque lo contrario, es decir, la evasión del Derecho propio de esa persona que es la Administración del Estado.¹¹ Se procedió a personificar a la Administración para tutelar y ofrecer garantías a los administrados, y la Administración personifica

8 SABORÍO VALVERDE Rodolfo, "Retos de la Organización administrativa costarricense" en Publicaciones Jurídicas Venezolanas-

9 GIMENO FELIÚ, José María, "El Control de la Contratación Pública.", Civitas, Madrid, 1995, páginas 116 a 119.

10 LÓPEZ MENUDO, "El Derecho Administrativo como derecho 'especial' y 'excepcional' de algunos entes públicos. Consecuencias.", Libro Homenaje al Prof. Clavero, página 566; Apud GIMENO FELIÚ, José María, "El Control de la Contratación Pública.", Civitas, Madrid, 1995, página 120.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso de Derecho Administrativo, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 1986, páginas 352 y siguientes; Apud ORTIZ VAAMONDE, Santiago, "El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.", LA LEY, Madrid, 2004, página 55.

entes a los efectos de cumplir determinadas funciones. El referido autor continúa su razonamiento concluyendo que: “*las sociedades de derecho privado creadas por la Administración, así como las fundaciones del sector público de la misma procedencia, no deben limitar su sometimiento a la LCAP...*” (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) “*...a sólo una parte de esta, sino a su integridad, como simples partes de la Administración que son*” cumpliendo fines públicos, en el caso de que ejecuten obras públicas.¹²

III.II - Causales de la personificación de entes instrumentales.

Según enseña Santiago ORTIZ VAAMONDE, las ventajas que la Administración persigue con la creación o personificación de entes instrumentales son las siguientes:

a.-) obtener la flexibilidad en la gestión que exige una organización con cierta autonomía, al menos en la ejecución. La Administración aísla una función o servicio de los demás de su competencia con el fin de agilizarlo debido a las necesidades de gestión que enfrenta la misma (banco, ferrocarriles, puertos, etcétera.).

b.-) la huida generalizada del Derecho Administrativo; se trata en la especie del instrumento de que se vale la Administración para evadir la aplicación del Derecho Administrativo y que le permite acudir a un derecho distinto para las materias encomendadas a la nueva persona jurídica creada. La huida dota pues a la Administración de flexibilidad y libertad de actuación en desmedro de la necesidad de que la gestión de los dineros públicos sea sometida a controles de máxima rigidez y transparencia. Muchos autores sostienen que más que una “huida del Derecho Administrativo” se trata de una “huida del Derecho”.

c.-) cuando la Administración se vale de una sociedad comercial que controla, uno de los fines que pudo haber perseguido es la limitación de responsabilidad al capital integrado.

d.-) en ciertas ocasiones la utilización de una sociedad comercial a los efectos de realizar una obra o prestar un servicio puede obedecer al empleo de una forma de gestión directa adecuada o buscar reducir la cifra del déficit público por cuanto las cargas financieras derivadas de la gestión no pesan sobre el presupuesto estatal.¹³

III.III - Formulas de reconducción al Derecho Administrativo.

Entre las fórmulas que se han ensayado para reconducir al Derecho Administrativo, la actividad administrativa de entidades dependientes sujetas al Derecho Privado, tenemos las siguientes:

a.-) Doctrina alemana del “Derecho Privado Administrativo” (*Verwaltungsprivatrecht*). Esta doctrina sostiene que la Administración puede elegir entre las diversas formas y técnicas de actuar y de organizarse que le proporcionan tanto el Derecho Público como Privado. Y en virtud de ello distinguiremos: a.1.-) la actividad privada de la Administración según se encuentre sujeta al Derecho Privado general cuando la entidad no desempeñe una función pública ni se sirva de instrumento de autoridad alguno; y a.2.-) la actividad formalmente privada pero sustancialmente administrativa en la cual se hace necesario aplicar ciertos principios básicos del Derecho Administrativo que excepcionan el régimen general del Derecho Privado. El problema, y una de las críticas que se realiza a esta doctrina es justamente determinar el ámbito del Derecho Privado Administrativo y qué principios del Derecho Administrativo forman parte del mismo.¹⁴

b.-) En España, Silvia DEL SAZ ha sostenido que existe una **reserva constitucional de Derecho Administrativo** que impide a la Administración convertirse en una persona de Derecho Privado sin más. Fundamenta esta postura en el Artículo 103 de la Constitución española que consagra el sometimiento de la Administración al Derecho y el Artículo 153.3 de dicho cuerpo normativo que remite a la jurisdicción contencioso – administrativa el control de la actividad administrativa.¹⁵

12 VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, Patricia; “Sociedades Mercantiles y Realización de Obras Públicas: Incumplimiento de la Normativa Comunitaria de Contratación, Extralimitación del Margen Constitucional de Reserva de Derecho Administrativo e Incongruencia en el Empleo de las Técnicas de Autoorganización para la Gestión de Actuaciones Administrativas, www.fiscalización.es)

13 ORTIZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.”, LA LEY, Madrid, 2004, páginas 57 a 61.

14 ORTIZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.”, LA LEY, Madrid, 2004, páginas 66 a 67.

15 DEL SAZ, Silvia, “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios, AA.VV., Civitas, Madrid, 1992, página 172 y siguientes; Apud ORTIZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.”, LA LEY, Madrid, 2004, páginas 70 y 71.

En similar sentido J.M. SALA ARQUER entiende que las empresas públicas que actúan en régimen de competencia deben de quedar al margen del concepto de Administración pública, lo que implica suprimir la libertad de elección de forma jurídica de la Administración ya que si la actividad se ejerce en régimen de libre competencia necesariamente será una persona de Derecho Privado, y, si no existe libre competencia, deberá tratarse de una entidad pública.¹⁶

c.-) Pero de entenderse que la ley permite a la Administración actuar mediante el empleo de una entidad independiente que no se encuentra regida por el Derecho Administrativo, la vía que resta para someter la actuación de dicha entidad al Derecho Administrativo, es justamente el levantamiento del velo de la personalidad instrumental.

En este sentido S. MARTÍN RETORTILLO se preguntaba hasta cuando queda exonerada la Administración por la actuación de las empresas mercantiles en las que participa cuando *"...una y otra responden a una misma unidad de dirección y expresan un único centro de imputación patrimonial (...) la necesidad de superar y prescindir la forma externa de la personalidad jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar la unidad patrimonial que se cobija en su mano es ya cuestión ampliamente reconocida por la doctrina."* Justamente lo que el levantamiento del velo trata, es evitar que por la cobertura formal de la persona jurídica, se puedan lesionar intereses de terceros o exonerar el cumplimiento de determinadas obligaciones.¹⁷

Concepto de Poder Adjudicador.

Uno de los elementos que habilitan a la aplicación del levantamiento del velo de la personalidad instrumental en el Derecho Administrativo, de acuerdo a los nuevos criterios empleados en el Derecho Comunitario de la contratación administrativa, se basan en el concepto de "poder público" o "poder adjudicador". En dicho ámbito se entiende como "poder público" o "poder adjudicador" a las Administraciones territoriales, los organismos de Derecho Público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes u organismos de Derecho Público.

Por su parte MALARET I. GARCÍA proporciona una noción funcional de poder adjudicador y destaca ciertos rasgos aplicables al régimen de la contratación pública, a saber: a.-) Debe atenderse a la naturaleza de la actividad: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil; y b.-) El control (por vía financiera o por cualquier otro medio) es de la Administración; debe existir una influencia dominante del poder público sobre el organismo adjudicador.¹⁸

Según manifiesta José María GIMENO FELIÚ, al analizar la normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *"Se trataría (...) a través de este concepto material de 'poder público' de 'levantar el velo' de la personalidad de los entes instrumentales sujetos al Derecho privado, descubrir su verdadera condición de poderes públicos (por su origen; por su actuación, dominada totalmente por la Administración pública matriz; por su financiación, en cuanto que operan con dinero público procedente de ingresos de ese carácter) y sujetar al Derecho Administrativo los 'actos separables' de su actividad privada (...) la Administración Pública, a diferencia del empresario privado, no puede desentenderse por esos mecanismos artificiosos de su condición de 'poder público' sujeto a la legalidad, anclada hoy, en cuanto a sus principios básicos, en el propio texto constitucional (interdicción de arbitrariedad; promoción de la libertad y de la igualdad; vinculación a los derechos y libertades fundamentales; sometimiento al derecho presupuestario y a la censura de cuentas; obligación de objetividad, imparcialidad y servicio de los intereses generales; sometimiento a ciertos principios del procedimiento administrativo; control judicial de su actuación y de los fines que la justifican); principios que tienen el necesario desarrollo en la legalidad administrativa ordinaria."*¹⁹

Asimismo ha expresado este autor que *"la 'fuga' en la aplicación de principios administrativos como la objetividad y transparencia (...) podría producir una quiebra del interés general, de tal manera que la eficacia económica buscada se traduciría -y esto es grave- en una disminución en la satisfacción del interés público, así como en un incremento de situaciones favorecedoras de la corrupción."*²⁰

16 SALA ARQUER, J. M., "Huida al Derecho Privado y huida del Derecho.", REDA, No. 75, 1992, página 411, Apud ORTIZ VAAMONDE, Santiago, "El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.", LA LEY, Madrid, 2004, página 71.

17 MARTÍN RETORTILLO, S., "Las empresas públicas: reflexiones del momento presente", en Administración Instrumental, AA.VV., Tomo II, página 1064 en nota al pie; Apud. ORTIZ VAAMONDE, Santiago, "El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.", LA LEY, Madrid, 2004, páginas 57 a 61.

18 MALARET I GARCÍA, "Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992m páginas 109 – 110; Apud GIMENO FELIÚ, José María, "El Control de la Contratación Pública.", Civitas, Madrid, 1995, página 125.

19 GIMENO FELIÚ, José María, "El Control de la Contratación Pública.", Civitas, Madrid, 1995, páginas 130 a 134.

20 GIMENO FELIÚ, José María "Los Sujetos Contratantes: Alcance del Concepto Poder Adjudicador" www.seminari.fmc.cat.

Antes de finalizar el presente capítulo y aún cuando la cita que se transcribe a continuación pueda pecar por demasiado extensa, la misma es sumamente relevante a los efectos de entender y profundizar el concepto de la huida del derecho administrativo.

En el ámbito de la gestión de los servicios de salud en España, Francisco VILLAR ROJAS expresó que: *“En esta faceta, la huida lo es de la normativa sobre contratos públicos, el estatuto de los funcionarios y las leyes sobre el patrimonio y la hacienda públicas; aunque, en realidad, lo es de la obligación de respetar los principios de concurrencia y publicidad que rigen la contratación administrativa, los de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, y las limitaciones establecidas en cuanto a la disponibilidad del patrimonio público, siempre sujeto a un interés general. En otras palabras, se acude al derecho privado para contratar sin límites y de forma directa, para pagar más al personal -superando los topes salariales de los presupuestos públicos y “usar” el patrimonio con criterios empresariales, con amplias facultades de disposición. (...) Esta afirmación obliga a formular una pregunta: ¿puede la administración desprenderse de las normas que entorpecen su actividad y someterse a aquéllas que le ofrecen libertad sin ninguna clase de límites? (...) la administración pública, cualquiera que sea su ropaje jurídico, está sujeta al principio de legalidad -sólo puede hacer lo que la ley le autorice y debe actuar siempre al servicio de los intereses generales; no tiene libertad de acción como los particulares -que pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba-, ni puede evitar la aplicación de los principios jurídicos que ordenan su actuación en cuanto que poder público. (...) Separado lo sustantivo (el estatuto del servicio) de lo instrumental (la gestión), aquél sujeto al derecho público, y éste en condiciones de efectuarse con fórmulas jurídico-privadas, procede volver a cuestionarse si la libertad de elección del modo de gestión es también una libertad para construir su régimen jurídico como parece ocurrir con las entidades de derecho público. Ante todo debe recordarse que la personalidad jurídica de estas entidades no puede ocultar que son un instrumento ideado por la administración titular del servicio para su mejor atención pero que carecen de intereses propios (...) Cada una de estas entidades está vinculada con la administración de la que nacen por una relación de instrumentalidad, aquella nombra a sus directivos, establece sus líneas generales de actuación e interviene sus decisiones más relevantes (p.ej. inversiones). La huida al derecho privado se proyecta sobre la toma de decisiones y sobre las relaciones con terceros (contratación. personal y patrimonio) pero no sobre la prestación del servicio que aparece ordenada por su estatuto. De hecho de aplicar la técnica del levantamiento del velo (...) detrás de la personalidad y del ropaje jurídico-mercantil siempre se encontrará una administración sujeta al principio de legalidad que sólo puede hacer aquello que la ley le autoriza y en las condiciones que la autoriza. Cualquiera que sea la forma que adopte la administración no tiene libertad para elegir su régimen jurídico porque no puede renegar de ser quien es. Consecuencia de lo expuesto, el marco constitucional que ordena la actuación de las administraciones públicas es de aplicación a todas las entidades instrumentales (GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ hablan de principios constitucionales que vinculan a los poderes públicos; DEL SAZ y PARADA VAZQUEZ de una garantía institucional de Derecho Administrativo). Sin ninguna duda están sujetas a ese marco cuando ejercitan potestades administrativas, cualesquiera que éstas sean, no sólo las coactivas (...) Pero también cuando actúan como si de auténticas empresas se tratase porque carecen de autonomía para formar su voluntad. Así, entre otros mandatos, en la contratación de bienes y servicios con terceros deberán respetar los principios de concurrencia y publicidad (...); los de mérito y capacidad en la selección de su personal (...); la gestión de su patrimonio debe estar al servicio de los fines públicos que ordene la norma de creación (...); los daños que causen serán imputados de forma objetiva (...); su actuación debe regirse por el principio de objetividad, porque la Constitución proscribiera la arbitrariedad (...); en fin, toda su actividad está sujeta al principio de legalidad. (...) De otra parte, y por lo que se refiere a su actuación conforme al derecho privado, por instrumental que sea la gestión, tampoco es una esfera de libertad para los gestores públicos. El derecho mercantil es un ordenamiento cada vez más intervencionista, en el que la protección del pequeño accionista, la defensa de los intereses de los consumidores, la transparencia de los mercados, el control del abuso de posición dominante, etc., han determinado cargas importantes para los gestores y una ampliación de su responsabilidad (SALA ARQUER, BORRAJO INIESTA). Por su parte, el derecho comunitario europeo cuenta ya con un marco jurídico que limita la acción de las empresas públicas (MUÑOZ MACHADO). Baste con mencionar las directivas sobre transparencia financiera, para controlar las ayudas de los Estados miembros que privilegien a sus empresas, y las que ordenan la contratación pública de obras, servicios y suministros. Además, la jurisprudencia comunitaria está consolidando principios generales sobre el funcionamiento de los poderes públicos, con independencia del dato formal de su personificación y de su ropaje jurídico “ad extra”, que afectan también a las entidades instrumentales de nuestro país. No obstante, sería ilusorio no reconocer que lo expuesto es más fácil de decir que de hacer realidad. La creación de entidades instrumentales para la prestación de servicios o para el ejercicio de potestades públicas pone*

en cuestión el papel del derecho como garantía. Cada vez más serán frecuentes las situaciones que atenten contra la seguridad jurídica, cuya corrección dependerá de la decisión y la voluntad de los tribunales que deban resolverlas. (...) Sujetar la actividad de todas las entidades instrumentales al marco constitucional que les vincula es una tarea ingente, que está por hacer, y tanto más complicada en la medida que cada entidad cuenta con su propio ordenamiento. De ahí la búsqueda de criterios que faciliten el control como la técnica de los actos separables, el levantamiento del velo de las personas jurídicas, o la propuesta de unidad jurisdiccional para los actos de las administraciones. Igual fundamento comparten las propuestas para simplificar las entidades instrumentales, o para reestablecer la ecuación entre la forma jurídica del órgano administrativo y el régimen jurídico de su actividad (GARRIDO FALLA).²¹

Incluso el Tribunal Constitucional de la Unión Europea, además de manejar el concepto de poder adjudicador anteriormente analizado, refiere al concepto de “*equivalencia funcional*” por cuanto si la entidad instrumental está actuando como si fuera la Administración, existe una responsabilidad última de ésta.

IV - Manifestaciones de la huida del Derecho Administrativo en el Derecho Uruguayo.

Los países latinoamericanos, y entre ellos Uruguay, no han sido ajenos a la huida del Derecho Administrativo. Mientras que en Europa y en los demás países del primer mundo este fenómeno ya ha sido ampliamente tratado por la doctrina y se está hablando actualmente del regreso al Derecho Administrativo (principalmente por cuanto la “fuga” del Derecho Administrativo ha dado lugar a importantes maniobras de corrupción), podemos percibir en nuestro país manifestaciones o señales que evidencian los primeros síntomas que se producían en los países del primer mundo, hace más de veinte años.

La consigna de la tendencia de la huida del Derecho Administrativo radica en buscar una mayor “eficacia”, es decir, buscar mecanismos más ágiles, a los efectos de que la Administración sea más eficiente.

Sin embargo, parece perderse de vista que el Derecho Administrativo reposa en el principio de especialidad (Artículo 190 de la Constitución), mientras que el Derecho privado se sustenta en el principio de libertad consagrado en el Artículo 10 de la Carta Magna.

Como enseña el Maestro SAYAGUES LASO “...al revés de lo que ocurre con los particulares, que se mueven bajo el principio de libertad y deciden como quieren, mientras no vulneren una norma jurídica prohibitiva, los órganos de administración actúan para el cumplimiento de los fines que el derecho objetivo establece, y de conformidad con las reglas de fondo y de forma. Los órganos de administración están pues, en una situación de deber para cumplir, a la cual el Derecho les asigna determinados poderes públicos.”²²

Las administraciones no son libres; predicar la libertad de la Administración pública sería atentar contra los derechos del administrado, por cuanto la Administración sólo puede hacer aquello para lo cual fue creada. Aplicar el Derecho privado a la Administración pública, aún cuando ésta actúe en el ámbito de la economía, significa, según la opinión del Profesor Carlos DELPIAZZO, aceptar que existen cometidos “implícitos” de la Administración, que en realidad no existen. Lo que podría existir son “poderes implícitos” para realizar todos los actos jurídicos necesarios para el desarrollo de los cometidos, pero esto es distinto.²³

En nuestro derecho, al igual de lo que ocurriera en el derecho comparado, han comenzado a aparecer “subterfugios” como las figuras asociativas, en virtud de las cuales una entidad pública adquiere una sociedad comercial para el desarrollo de su actividad, rigiéndose ésta por el derecho privado. Así, un ejemplo lo constituye la “Megaconcesión”; de acuerdo a lo establecido en el Literal A del Artículo 33 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), el cual prescribe entre las excepciones admitidas en el procedimiento de licitación pública, la contratación directa con las personas públicas no estatales. En virtud de esta excepción, el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, mediante el dictado de un acto administrativo, le concedió a la Corporación Nacional para el Desarrollo (persona pública no estatal) la realización de todas las obras públicas estatales, facultándola además, a constituir una o más sociedades anónimas que realizarían propiamente la actividad (Artículo 28 Ley 17.555 y Decreto 383/002).

En consecuencia, quien hoy llama a interesados para la construcción de todas las vías de transporte, puentes, y demás infraestructura vial a nivel nacional, es una sociedad comercial regida por el Derecho

21 VILLAR ROJAS, Francisco José, “La huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud.”, ponencia presentada en las XIV Jornadas de Economía de la Salud, (Santiago de Compostela, Junio de 1994), publicado en Internet www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2002/Vol0201-10

22 SAYAGUÉS LASO, Enrique. “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo I Sexta Edición. FCU 1988, pág. 447.-

23 Opinión brindada en el Curso de Contratación Administrativa de la Maestría del Derecho de la Empresa impartido en la Universidad de Montevideo, Agosto-Setiembre 2007.

Privado: la "Corporación Vial del Uruguay S.A.", siendo la Corporación Nacional para el Desarrollo titular del 100 % del paquete accionario.

Otros ejemplos similares se han verificado en el marco del denominado "Plan Ceibal" (una computadora para cada escolar) donde la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP) contrató con el Laboratorio Tecnológico del Uruguay (LATU) (persona pública no estatal) quien a su vez contrató con empresas privadas el suministro de los ordenadores.

Idéntica situación se planteó en la adquisición de las "cajas negras" de los frigoríficos, donde el Ministerio de Ganadería de Agricultura y Pesca (MGAP) acordó con el Instituto Nacional de Carnes (INAC - persona pública no estatal).

El caso de la empresa DASA en principio, y luego DUCSA, también puede interpretarse como un ejemplo de la "huida" del Derecho administrativo en Uruguay, por cuanto su cometido principal consiste en la distribución del combustible a todo el país, siendo el 99% del total del paquete accionario propiedad de la Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland (ANCAP) y el 1% de la Corporación Nacional para el Desarrollo.

Recientemente otras señales del fenómeno de la huída del Derecho Administrativo surgen de diversas disposiciones de la *Ley de Rendición de Cuentas N° 18.172* de fecha 31 de Agosto de 2007. Así, el Artículo 108 de la citada ley, agrega un Literal u) al Artículo 33 del TOCAF mediante el cual se amplían las excepciones al principio "general" de contratación administrativa mediante el procedimiento de la licitación pública, cuando se trata de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados cuando actúan en régimen de libre competencia. Es decir, se extiende la excepción consagrada en el Artículo 33 Literal s) del TOCAF, estatuida en sus orígenes en forma exclusiva para la Administración Nacional de Telecomunicaciones, a todos los entes del dominio industrial, comercial y financiero del Estado, con lo cual deja un margen muy amplio para la inaplicación de los principios de contratación administrativa y del marco garantista que proporciona el Derecho Administrativo.

Una disposición similar se prevé en el caso de la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP) para adquirir, ejecutar, reparar bienes o contratar servicios destinados al mantenimiento y mejoras de infraestructura de locales de enseñanza bajo su dependencia (Literal v.-) del Artículo 108 de la Ley 18.172).

Por otra parte, la mencionada ley de Rendición de Cuentas, también en el Artículo 108 Literal u, deroga el principio general consagrado en el Artículo 62 del TOCAF referente al efecto suspensivo que producía la interposición de los recursos administrativos interpuestos contra los actos administrativos dictados en el curso de un procedimiento de contratación administrativa.

Otro problema vinculado a los hechos antes referidos, es el que se plantea respecto a los órganos de contralor donde el dinero para realizar las obras y/o servicios se hacían con una transferencia a un privado sin más e incluso la supresión de las facultades de control previos de dichos órganos de control (vide Artículo 276 de la Ley 18.172).

También el fenómeno comentado, se manifiesta en el Artículo 343 de Ley 18.172, por el cual se autoriza a la Administración de las Obras Sanitarias del Estado (OSE) a constituir con la Corporación Nacional para el Desarrollo, Gobiernos Departamentales y otras instituciones públicas; sociedades comerciales o consorcios a los efectos exclusivos de realizar obras de infraestructura vinculadas o que se consideren necesarias para la construcción y mantenimiento de obras de saneamiento, así como obras de infraestructura para el abastecimiento de agua potable. Esto sin perjuicio de la eventual inconstitucionalidad de la norma anteriormente referida.

En virtud de lo antes expuesto vemos que Uruguay no escapa a la tendencia que se registrara en el primer mundo años atrás referida al fenómeno de la huída del Derecho Administrativo. No podemos dejar de volver a remarcar que en países del primer mundo más que de "huída del Derecho Administrativo" se está produciendo el "regreso al Derecho Administrativo" debido a las nefastas consecuencias prácticas que aparejó dicho fenómeno, sobre todo en cuanto fomentara los más graves casos de corrupción registrados en el ámbito de la contratación administrativa.

Consideramos que, previo a continuar con la tendencia de la huída del derecho administrativo, nuestro país debería recoger la experiencia negativa que ha provocado la misma en el ámbito de los países desarrollados y reformular las normas del derecho vigente para adecuarlas a las actuales tecnologías y necesidades, pero sin perder nunca el marco garantista que solo proporciona la aplicación del Derecho Administrativo.

Como muestra de la aludida y posible reformulación, podemos citar en España, ante la proliferación de las entidades instrumentales de la Administración, la creación del concepto de "*sociedad mercantil estatal*"

recogido en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas de 3 de Noviembre de 2003. Según el Artículo 166.1 Literal c) de la referida ley española, son *sociedades mercantiles estatales* aquellas en que tenga una participación directa o indirecta superior al 50% una – o varias conjuntamente – de las entidades que integran el sector público estatal conforme a la Ley General Presupuestaria.²⁴

O sea, en dicho ordenamiento, la participación superior al 50% en una sociedad mercantil por una de esas entidades administrativas, o por varias conjuntamente, la convierte en sociedad mercantil estatal. Pero lo más importante son las consecuencias que conllevan aquellas sociedades que se encuadran dentro de dicha clasificación. Las sociedades mercantiles estatales se rigen por el Derecho Administrativo, en lo que les sea aplicable en los aspectos presupuestales, contabilidad, control financiero, patrimonio y contratación; en lo demás, se les aplica el Derecho Privado. Por tanto, no pueden disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.²⁵ Y, algo que no es menor, parte de la doctrina española²⁶ entiende que las consecuencias que se hayan de extraer sobre el alcance instrumental de su personalidad jurídica deben extenderse a cuantas sociedades son controladas por el Estado, sea por la vía de la participación en el capital o por cualquier otra.

V - LA APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO UTILIZADAS POR EL ESTADO EN FORMA INSTRUMENTAL PARA EL CUMPLIMIENTO DE SUS COMETIDOS.

V.I - Desarrollo Teórico.

En tanto el Derecho Administrativo gira en torno a la presencia de la Administración o del Estado como persona jurídica, cabe plantearse la necesidad u oportunidad de levantar el velo de las personas jurídicas instrumentales de estos. A diferencia de lo que pueda suceder en el Derecho Privado, el fin último de la aplicación del disregard en este caso, no es solo verificar la existencia del Estado, sino que también radica en lograr la sumisión al Derecho Administrativo de la actividad que la Administración realiza a través de una interpuesta persona.

A los efectos de la aplicación del levantamiento del velo en el Derecho Administrativo, Santiago ORTÍZ VAAMONDE considera que es esencial comenzar por distinguir dos conceptos que muchas veces tanto doctrina como jurisprudencia confunden.

Estos conceptos son los de dependencia e instrumentalidad.

La dependencia es la situación en la que una persona jurídica ostenta un control potencial sobre otra, mientras que el término instrumental hace referencia a la identidad material entre dos personas jurídicas formalmente distintas y que se encuentran en relación de dependencia; es instrumental entonces la entidad dependiente a través de la cual actúa la dominante. Por ello sostiene el referido autor que: *“No cabe hablar de instrumentalización de la personalidad si no existe una situación de dependencia; pero sí cabe que una entidad dependiente de otra no tenga carácter instrumental. La actuación de la entidad instrumental ha de imputarse a la matriz para evitar el perjuicio a un tercero (levantamiento del velo). En el ámbito de las personas dependientes de las Administraciones públicas, la principal consecuencia no es tanto la responsabilidad subsidiaria de la Administración matriz por deudas de la dependiente cuanto la sumisión de la actuación de la dependiente al ordenamiento propio de la Administración.”*²⁷

Según expresa el citado autor, es el criterio de la actuación al margen de las reglas del mercado un criterio fundamental para determinar cuando la Administración actúa a través de una entidad mercantil instrumental y cuando actúa una entidad mercantil en mano pública. Se parte de la base de que una persona jurídica dependiente es instrumental si su actividad forma parte de la actividad de la matriz, si desarrolla una actividad y persigue un interés cuyo titular es la persona jurídica dominante. Y las actividades propias de la Administración pública son aquellas que no se guían por criterios económicos o que

24 ORTIZ VAAMONDE Santiago, “El Levantamiento del Velo en el Derecho Administrativo” pág. 138.

25 ORTIZ VAAMONDE, Santiago, “El Levantamiento del Velo en el Derecho Administrativo” Pág. 139

26 ORTIZ VAAMONDE, Santiago Op, Cit, Pág. 141.

27 ORTIZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.”, LA LEY, Madrid, 2004, página 79.

están al margen de la libre competencia en el mercado (tanto por disfrutar de derechos exclusivos como por obedecer a criterios no económicos).

En lo que tiene relación con quienes poseen *legitimación para solicitar el levantamiento del velo*, vimos en capítulos anteriores que puede ser invocada por aquellos terceros que hayan padecido un perjuicio ya que nuestro Derecho no consagra la acción popular (artículo 11 del Código General del Proceso).

Dentro de estos terceros encontraremos, en primer lugar, a los acreedores de la entidad instrumental, ya sea por obligaciones de naturaleza contractual como extracontractual.

En segundo lugar, también están los terceros que en su relación con la Administración ven disminuidas sus garantías y derechos en virtud de que no fue de aplicación el Derecho Administrativo. En este grupo se encuentran los terceros que pretenden contratar con la Administración a quienes solo la aplicación del Derecho Administrativo les garantiza que las ofertas sean valoradas y analizadas en pie de igualdad y objetividad, publicidad y aplicando el principio de concurrencia conforme a un procedimiento de selección del mejor oferente establecido con anterioridad.

En tercer lugar, tendríamos a las personas que aspiran a ser contratadas por la Administración y con los cuales se creará una relación de trabajo.

Las *consecuencias del levantamiento del velo* de la entidad instrumental en el Derecho Administrativo son dos:

a.-) en primer lugar, la responsabilidad subsidiaria de la Administración frente a la entidad instrumental.

b.-) en segundo lugar, y consideramos que es la consecuencia de mayor trascendencia y que distingue al *disregard* del Derecho Privado del *disregard* del Derecho Administrativo, es la posibilidad de someter la actividad de la entidad instrumental al régimen jurídico de la Administración, es decir, al Derecho Administrativo. Esta consecuencia es el resultado de que la aplicación del Derecho Privado genera un perjuicio a los intereses públicos o a los intereses de los particulares que se relacionan o vinculan con la Administración. Pero para el primer caso, es decir, la lesión al interés público, la Administración no reviste el carácter de tercero por lo que no operaría el levantamiento del velo de la persona jurídica sino que la solución deberá provenir de la ley o de la misma Administración. Es importante destacar que entre los eventuales terceros perjudicados que pueden solicitar el levantamiento del velo en la hipótesis de la existencia de un perjuicio, se encuentra todo el campo de quienes aspiren a contratar con la entidad instrumental, por cuanto el Derecho Privado (Derecho Civil y Comercial) no garantizan un procedimiento de contratación en el cual se tutelen principios de la contratación administrativa básicos como ser el de concurrencia, el de publicidad y el de igualdad. Es más, más allá de la aplicación de estos principios, el tercero perjudicado podría solicitar la aplicación de los procedimientos administrativos de garantía ante un órgano jurisdiccional.

V.II - Análisis de un caso Jurisprudencial registrado en los países de la Unión Europea.

En la Jurisprudencia austriaca podemos citar el caso "*Mannesmann Anlagengestaltung Austria AG y otros c. Strobal Rogationsdruck GesmbH*", en donde se plantea la problemática de una sociedad mercantil en mano pública que goza de ciertos derechos exclusivos y que controla a su vez diversas sociedades mercantiles que operan plenamente en un marco de libre competencia. La sociedad mercantil "Imprenta Estatal Austriaca" es regida por un órgano en el que son mayoría los representantes del Gobierno, está sujeta a fiscalización del Tribunal de Cuentas y el paquete accionario pertenece en su mayoría al Estado. Tiene asignado como "obligación de servicio público y con carácter exclusivo" la producción de material impreso de carácter confidencial o sujeto a normas de seguridad (como pasaportes, Diario Oficial, entre otros). Por otra parte, la entidad puede actuar libremente en el mercado ejerciendo actividades de imprenta en régimen de libre competencia y participar en sociedades mercantiles. El litigio giraba en torno a si estaba sujeto o no a la Directiva *obras* un proyecto relativo a las instalaciones técnicas de la Imprenta Estatal Austriaca, el cual había sido en una primera instancia, objeto de licitación pública, para luego ser asignado directamente a una de las sociedades mercantiles filiales de aquella –SRG- con el claro objetivo de eludir la aplicación de las normas de la Directiva correspondiente. El Tribunal entendió que la mercantil filial no debía entenderse sometida a la Directiva, y ello en el entendido de que "No basta que una empresa haya sido creada por un órgano de contratación o que sus actividades sean financiadas mediante recursos financieros derivados de las actividades ejercidas por un órgano de contratación para que ella misma sea considerada órgano de

contratación; dicha empresa debe además constituir un organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.”²⁸

Analizando la referida Sentencia **ORTIZ VAAMONDE**, plantea la posibilidad de que se arribe a una solución contraria fundada en otra razón, como ser, **la intención fraudulenta con que ha sido creada o adquirida la sociedad, en el propósito deliberado de eludir las reglas de la Directiva por parte del “organismo de derecho público”**. En este sentido cita la opinión del Abogado general quien expresa lo siguiente: *“corresponde al Juez que conoce del litigio controlar la realidad de los motivos invocados en el origen de la creación del organismo que celebra el contrato litigioso (...) Así, es útil que el Juez verifique en cada caso si una empresa no ha sido constituida por un poder adjudicador para concluir contratos de obras con el solo fin de eludir la aplicación de la legislación comunitaria (...) lo que justificaría la aplicación de la Directiva. El poder adjudicador puede también optar por dirigirse a una empresa ya constituida. En este caso, el fraude a la ley parece más difícil de discernir (...) El Juez verificará si existe algún vínculo entre las obras encargadas y el objeto social de la empresa. Está claro que si una empresa celebra un contrato para la realización de obras que no contribuyen a su propia actividad debe presumirse que actúa por cuenta de otra.”²⁹*

No obstante la solución arribada por el Tribunal, éste entendió que una entidad que depende de la Administración y goza de derechos exclusivos posee una personalidad jurídica meramente instrumental, que no puede ser invocada en perjuicio de terceros (como es el empresario aspirante a participar en la contratación de la entidad). El Tribunal se basa en el fin para el cual ha sido creada la entidad, entendiendo en este sentido que si la entidad posee un derecho exclusivo atribuido por ley, aunque actúe en régimen de libre competencia en el mercado, debe ser considerada para la satisfacción de necesidades de interés general que no detentan la calidad de sociedad mercantil, otrora, si una sociedad mercantil filial de la anterior, no goza de tales derechos exclusivos, se entiende que ha sido creada para satisfacer necesidades de carácter mercantil.

Afirma **ORTIZ VAAMONDE** que las consecuencias de este postulado teórico son las siguientes: *“toda entidad instrumental de una Administración territorial puede eludir fácilmente las Directivas comunitarias en cuanto a la parte de su actividad que se desarrolla en régimen de plena competencia: le basta con crear una o varias personas de Derecho privado carentes de derechos exclusivos (...) que adjudiquen libremente contratos.”* El referido autor entiende que *“la Imprenta Estatal Austriaca es un brazo más de la Administración que la controla: si ésta ha de aplicar las normas contenidas en la Directiva no debe eludirlas mediante la simple creación de una persona jurídica sujeta a Derecho privado que desarrolla una actividad de su titularidad en virtud de los derechos exclusivos que le ha otorgado.”*

La solución que plantea el fallo en cuestión, es detectar en cada caso la existencia o ausencia de fraude y mala fe por parte de los Organismos Públicos, para determinar la aplicabilidad o no de las Directivas a las contrataciones que las sociedades filiales realicen.³⁰

V.III - Vías para exigir la aplicación de las normas de contratación pública a una entidad instrumental de la Administración en el Derecho Comunitario.

El empresario que aspira a contratar con una entidad que entiende instrumental de la Administración y que no aplica las normas de contratación pública, tiene a su alcance, en los países de la Unión Europea, dos vías posibles para imponerle la observancia de esas normas: *el Derecho Comunitario y la invocación del LEVANTAMIENTO DEL VELO.*

V.III.I - El Derecho Comunitario.

Haciendo una breve referencia respecto a la aplicación del Derecho Comunitario, y al eventual procedimiento a llevar a cabo, un particular no puede demandar a un Estado miembro ante el Tribunal de Justicia. Por tanto, aquella persona física o jurídica que considere que un “poder adjudicador” ha celebrado o va a celebrar un contrato, sin respetar las Directivas Comunitarias sobre contratación pública, puede

28 **ORTIZ VAAMONDE** Santiago, “El levantamiento del Velo en el Derecho Administrativo”, pág. 286 a 295) (el resaltado nos corresponde).

29 **ORTIZ VAAMONDE** Santiago, “El levantamiento del Velo en el Derecho Administrativo”, pág. 286 a 295.

30 **ORTIZ VAAMONDE** Santiago, “El levantamiento del Velo en el Derecho Administrativo”, pág. 286 a 295.

denunciar el hecho ante la Comisión Europea, solicitando su intervención (si ésta no interviene ya por propia iniciativa).

Si considera que el contrato debe adjudicarse según el procedimiento regulado en una de las Directivas, la Comisión puede demandar al Estado miembro ante el Tribunal de Justicia para que declare el incumplimiento, conforme el Artículo 226 CE.³¹

Señala S. ARROWSMITH que, cuando un ente adjudicador de un contrato, reviste forma de Derecho Privado, al estado solo se le podrá imputar un incumplimiento por sus acciones si tiene alguna responsabilidad en la particular función de la que deriva el incumplimiento (en este caso, la adjudicación de contratos públicos).³²

Continúa diciendo ORTIZ VAAMONDE³³ que la posibilidad de imputar un incumplimiento al Estado, no depende de la forma de Derecho privado o público que tenga la entidad a contratar, sino de que constituya o no un poder adjudicador. La jurisprudencia comunitaria confirma la responsabilidad del Estado por irregularidades en la contratación de los poderes adjudicadores. Así la STJCE de 28 de Octubre de 1999, Comisión c. Austria (as.328/96, Rec. 7503) señala en su apartado 75: *“Por lo que se refiere a la cuestión de si puede considerarse a la República de Austria responsable del comportamiento de NOPLAN como poder adjudicador, basta con señalar que las disposiciones comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos quedarían privadas de efecto útil si el comportamiento de un poder adjudicador como Noplan, no fuera imputable al Estado miembro de que se trate.”*

V.III.II.-) El levantamiento del Velo.

La otra vía para imponer la observancia de las normas de contratación pública por parte de un tercero, es el llamado *levantamiento del velo* que puede ser invocado ante los Tribunales nacionales, reclamando la sumisión del contratante a las normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) cuya inaplicación le origina un perjuicio. El recurso ante los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos con base en el levantamiento del velo, tiene un carácter residual, esto es, en contratos de personas instrumentales de la Administración no sujetos a la LCAP ni a los Decretos Comunitarios. Los criterios que mueven al legislador comunitario se asientan en un concepto funcional de Estado a efectos de la contratación pública. Por eso suele hablarse de “levantamiento de velo” en términos muy amplios.

José María GIMENO FELIÚ³⁴ razona que el Derecho comunitario impone un concepto funcional de poder público, lo que nos permite *“levantar el velo de la personalidad de los entes instrumentales sujetos al Derecho privado, descubrir su verdadera condición de poderes públicos (...) y sujetar al Derecho administrativo los actos separables de su actividad privada”*; y afirma que la solución a la huida del Derecho de la contratación pública le ofrece al Derecho comunitario, *“...a través del levantamiento del velo de estos entes instrumentales a fin de poder aplicar...”* las Directivas sobre obras, servicios y suministros.

Por su parte ORTIZ VAAMONDE³⁵ afirma que cuando existen discrepancias entre el ordenamiento interno y el ámbito subjetivo de las Directivas de contratación pública definido por el Tribunal de Justicia, no hace falta invocar ante el Tribunal Nacional la doctrina del levantamiento del velo, deben utilizarse los mecanismos a través de los cuales puede hacerse valer la prevalencia del Derecho comunitario. Dado entonces el carácter residual que tiene el levantamiento del velo (respecto al Derecho comunitario), solo tendrá sentido acudir a él cuando no resulten aplicables las Directivas comunitarias sobre contratación.

Como destaca J. M. BAÑO LEÓN³⁶, el legislador español ha incorporado las Directivas de contratación de los procedimientos de adjudicación de todos los contratos administrativos, incluidos o no en el ámbito objetivo de las Directivas.

Una de las consecuencias de la actuación de la Administración a través de entidades con personalidad jurídica instrumental es la elusión de las normas de contratación administrativas. Por tanto, el criterio que inspira el levantamiento del velo en esta clase de sociedades comerciales es relevante cuando el derecho

31 E. COBREROS MENDEZONA *“Incumplimiento del Derecho Comunitario y Responsabilidad del Estad”*, Civitas. Madrid 1995. R. Alonso García, *“La Responsabilidad de los Estados miembros por infracciones del Derecho Comunitario”*, Civitas. Madrid 1997, Apud ORTIZ VAAMONDE, ob. cit.

32 ENFORCING THE PUBLIC PROCUREMENT RULES: LEGAL REMEDIES IN DE COURT OF JUSTICE AND THE NACIONAL COURTS” en *Public Procurement in the European Community*; vol IV, “Remedies for enforcing the public procurement rules”. A.A.V.V; Edited by Sue Arrowsmith, Earlsgate Press, 1993, Capítulo 1º, pág. 23. Cita en este sentido la opinion del abogado general O. Lenz en el as.247/89. Comisión c. Portugal, apartado 19, Apud ORTIZ VAAMONDE, ob. cit, pág. 402.

33 ORTIZ VAAMONDE, ob. cit, pág. 403.

34 GIMENO FELIÚ JM, “Una valoración crítica sobre el procedimiento...”. Rap nº. 144, 1997.cit, págs, 160 y 162.

35 ORTIZ VAAMONDE Santiago, ob. cit, pág. 446 a 452.

36 “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas” RAP nº 151. 20000, págs. 12 y ss. Afirma que la consecuencia es que la interpretación que el TJCE haga de las Directivas, afectarán en España tanto a los contratos sujetos a ellas como a los no sujetos. “ Si al definir el ámbito subjetivo o los requisitos de capacidad del contratista, o los criterios de resolución del concurso, nuestra Ley de Contratos recoge conceptos del Derecho comunitario, no pueden la Administración o el Juez al aplicarla prescindir de su significado en ese ordenamiento”, Apud ORTIZ VAAMONDE, ob. cit, pág. 449.

positivo no protege al tercero eventualmente perjudicado, y cuando es necesario interpretar el alcance de un concepto material del Estado más allá de la forma jurídica que se haya utilizado.

Afirma ORTIZ VAAMONDE³⁷ que el problema de fondo es claro: el empresario (o sociedad empresaria) que pretende celebrar contratos con entidades instrumentales sujetas a Derecho Privado no cuenta con la protección que le brindaría el Derecho Administrativo. Éste regula un procedimiento de selección de los contratistas de las Administraciones Públicas que garantiza la publicidad, la libre concurrencia y objetividad en beneficios de los terceros aspirantes.

En España, ya en el año 1975, el Reglamento de Contratación del Estado, en su disposición transitoria 2ª señalaba que *las empresas nacionales, entidades con participación estatal mayoritaria y entes públicos que se rigen por el Derecho Privado, procurarán respetar en su actuación una serie de principios, entre los que se incluía la elaboración rigurosa de proyectos y pliegos, publicidad y concurrencia en la adjudicación como regla general... etc.*

La legislación española, al incorporar las Directivas Comunitarias, profundizó y amplió la normativa relativa a los contratos públicos y el carácter instrumental de ciertas personas dependientes de las Administraciones y, por tanto, la salvaguarda del interés de los terceros que se relacionan con aquéllas.³⁸

Ello se vio plasmado en la última reforma de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas del 30 de diciembre de 2003, que en su artículo 2.1 se refiere a las sociedades de Derecho Privado que cumplan con los mismos requisitos que las entidades de Derecho Público íntegramente sujetas a la Ley, si dichas sociedades celebran los contratos que señala, se aplican las normas de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas sobre preparación y adjudicación; si celebran otros contratos, se aplican los principios de publicidad y concurrencia.

Dicha Ley de Contratos de Administraciones Públicas establece que quedan sujetos a sus normas sobre capacidad, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, los contratos de obras y sus accesorios, siempre que concurren dos circunstancias: que su *f fuente de financiación proceda en más del 50% de subvenciones directamente otorgadas por la Administración, y que su importe alcance ciertos umbrales*³⁹.-

O sea, que el común denominador que justifica la aplicación del Derecho Administrativo en una relación privada entre particulares, consiste en la utilización de dineros públicos.

En efecto, gran parte de la doctrina europea⁴⁰ entiende que la financiación con fondos públicos es el elemento definitorio de toda actividad administrativa, determinante por tanto de la aplicación del régimen jurídico propio de ésta y del sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa.⁴¹

Por tanto, en el Derecho Comunitario el alcance de las normas de contratación administrativa abarca tanto las personas de Derecho Público como las de Derecho Privado (cuando éstas hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por la administración pública) , y es en relación con éstas últimas donde resultan útiles la aplicación de los principios de objetividad, igualdad y concurrencia que salvaguardan los derechos de los co-contratantes y aspirantes a contratar con dichas sociedades.

V.III.III - Invocación del levantamiento del velo ante los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos.

En España, una entidad instrumental de la Administración puede contratar al margen de las reglas que rigen la contratación de la matriz al amparo de los Artículos 1 y 2 de la LCAP, o de una ley que expresamente **afirme que contratará con arreglo al Derecho privado**. En cualquier caso, señala ORTIZ VAAMONDE⁴², la norma que concede personalidad jurídica a la entidad instrumental debería de considerarse norma de cobertura, a cuyo amparo se genera un resultado contrario al ordenamiento. Las normas defraudadas serían las que regulan el procedimiento, conforme al cual han de prepararse y adjudicarse los contratos públicos, garantizando la igualdad y objetividad con que ha de actuar la Administración. En efecto, los actos de la entidad instrumental de la Administración son atribuibles al Estado en cuanto sea preciso evitar el perjuicio a un tercero. En principio, la entidad está autorizada a contratar con

37 ORTIZ VAAMONDE, Santiago Op. Cit. Pág. 161.

38 ORTIZ VAAMONDE, Santiago; Op. Cit. Pág. 165

39 ORTIZ VAAMONDE, Santiago; Op. Cit. Pág. 168

40 FERNANDEZ FARRERES, Germán. "Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas" en "Derecho de los Contratos Públicos" Barcelona. 1995, pág. 239. Melangés Trotabas, LGDJ, París 1970. págs. 111-134.

41 ORTIZ VAAMONDE, Santiago Op. Cit. Pág. 169

42 ORTIZ VAAMONDE Santiago, ob. cit, pág. 451 Y 452.

arreglo al Derecho Privado, pero si un tercero se opone, la entidad no podrá invocar su personalidad jurídica separada y el régimen singular que de ella deriva. Desde el punto de vista procesal, el recurso contencioso-administrativo parte de la base de que el contrato que ha celebrado o va a celebrar la entidad instrumental (de Derecho privado) es atribuible a la administración matriz; esto permite afirmar que la actuación recurrida es actuación de una Administración (realizada a través de una personificación instrumental) y sujeta a Derecho Administrativo. Termina diciendo **ORTIZ VAAMONDE** que: **cuando el recurso contra la actividad contractual de una entidad instrumental de la Administración se funda en el levantamiento del velo, es aconsejable dar primero a la Administración matriz (a la que se imputa la actividad contractual de la filial) la oportunidad de pronunciarse. La resolución expresa o tácita de la reclamación administrativa dirigida al órgano de contratación de la matriz deja la vía judicial expedita y libre de riesgo de excepciones procesales.**

V.IV - SUSTENTO NORMATIVO DE LA APLICACIÓN DEL DISREGARD EN EL DERECHO URUGUAYO.

En nuestro derecho patrio, no se encuentra regulado a texto expreso el levantamiento del velo respecto de las entidades instrumentales utilizadas por la Administración.

Sin perjuicio de ello creemos que sí existe sustento normativo para fundamentar la aplicación de la teoría del disregard a las entidades instrumentales del Estado, siempre y cuando a través de la utilización de las mismas se cause un perjuicio a un tercero.

En este sentido podríamos invocar el Artículo 24 de la Carta Magna que establece: *“El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados, y en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección.”* Asimismo resultan de aplicación los Artículos 7, 8, 72 y 332 de la Constitución donde se consagran verdaderos principios generales de derecho inherentes a la personalidad humana y a la forma republicana de gobierno.

El Estado, al utilizar en forma instrumental personas sujetas al Derecho Privado, no puede dejar de lado el principio de responsabilidad del estado y de tutela jurisdiccional, por cuanto, si dicha persona de derecho privado controlada total o parcialmente por un organismo estatal provoca un daño a un tercero, debería utilizarse la herramienta del levantamiento del velo, a los efectos de vincular la dirección de dicha sociedad con el organismo en cuestión.

En el ámbito de la contratación administrativa respecto a los eventuales terceros aspirantes a contratar con el Estado, damnificados o perjudicados, son de aplicación los principios de la contratación administrativa, consagrados positivamente en el *Artículo 131 del TOCAF* y en el *Artículo 2 del Decreto 500/991*, entre los cuales se encuentran los de Igualdad de los Oferentes, Publicidad, Concurrencia, Transparencia, Buena Fe, que sin duda alguna fundamentarían la pretensión del levantamiento impetrada por el particular.

No debemos olvidar la expresa consagración del disregard para las sociedades mercantiles establecida en los *Artículos 189 a 191 de la Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060*, donde se expresa que podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los terceros.

Asimismo, sería de aplicación la teoría del Abuso del Derecho, recogida a texto expreso en nuestro derecho positivo en el *Artículo 1321 del Código Civil*

Las normas antes referidas son entonces las que, a nuestro juicio, fundamentarían una acción judicial que procure el levantamiento del velo de una entidad instrumental del Estado promovida por un tercero perjudicado. Creemos asimismo, que también serían de aplicación a los efectos de fundamentar dicha acción, los conceptos elaborados por la doctrina y jurisprudencia europeas de “poder público” o “poder adjudicador”; “equivalencia funcional”, “instrumentalidad” y “actos separables”, citados precedentemente.

No obstante lo expuesto en los capítulos precedentes respecto a la inexistencia de un marco normativo específico y sistemático (como sí existe en el Derecho Comunitario) en el cual se podría amparar la eventual acción de “disregard administrativo”, hemos detectado en nuestro derecho ciertas normas que se dirigen a imponer controles especiales aplicables a las empresas de propiedad estatal con actividad comercial e industrial. En este sentido podemos citar el *Artículo 1° de la Ley 17.040* de 20 de Noviembre de 1998, que obliga a las empresas de propiedad estatal, con actividad comercial e industrial a publicar su balance general antes de un año de vencido el ejercicio contable, previo dictamen de auditoría del Tribunal de Cuentas que se expresará y responsabilizará respecto de la razonabilidad y consistencia de los mismos. Dicha publicación se realizará en, al menos, dos periódicos de circulación nacional y estará a disposición de los medios de comunicación que la soliciten.

También el *Artículo 7° de la Ley 17.292* de 25 de Enero de 2001 establece limitaciones a la participación de Entes Autónomos o Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado, en emprendimientos o asociaciones con entidades públicas o privadas, imponiéndoles la obligación de la existencia de un órgano de control interno.

Finalmente, el *Artículo 25 de la Ley 17.555* de 18 de Setiembre de 2002, dispone *“Las sociedades comerciales respecto de las cuales un órgano del Estado, incluyendo Entes Autónomos, Servicios Descentralizados o Gobiernos Departamentales o cualquier persona pública no estatal, sea tenedor de acciones o sea titular de participaciones, cualquiera fuere el porcentaje de las mismas dentro del capital social, deberán inscribirse en el Registro de Valores del Banco Central del Uruguay, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 3° y*

4º de la Ley No. 16.749, de 30 de mayo de 1996. La información contable suministrada a ese Registro estará sujeta a las mismas condiciones de publicidad y requisitos de auditoría externa exigidos a los emisores de valores."

Asimismo el Artículo 26 de dicho cuerpo normativo dispone la publicación completa de los estados contables auditados, en el Diario Oficial y en las páginas Web de los Órganos Estatales, debiendo ser controlado el cumplimiento de esta obligación por el Tribunal de Cuentas.

No obstante la existencia de las normas de control antes referidas, consideramos que el alcance y contenido de las mismas son harto insuficientes, encontrándose siempre latente, en caso de perjuicio de un tercero, la posibilidad de solicitar el levantamiento del velo de la personalidad jurídica al amparo de las normas y principios referidos en el presente capítulo.

VI - CONCLUSIONES.

Mediante entidades con personalidad propia bajo su control, la Administración puede ejercer sus funciones al margen del Derecho Administrativo.

La doctrina europea es conteste en la necesidad de frenar la huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado, ya que es el Derecho Público, el Derecho Administrativo, el ordenamiento que contiene las garantías de los derechos individuales frente a los poderes públicos.

Existen diversas señales acerca del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado en el Uruguay.

Las fórmulas que se proponen en el Derecho Comparado para la reconducción al Derecho Administrativo son diversas: la concepción material del Derecho administrativo; su necesaria aplicación a las entidades que ejerzan potestades administrativas cualquiera que sea su forma de personificación; la negación de la libertad de la administración para elegir formas organizativas, y por ende, regímenes jurídicos; la existencia de una reserva constitucional de derecho administrativo que impediría a la Administración convertirse en persona de Derecho privado salvo cuando actúe sujeta íntegramente a las reglas del libre mercado; y el levantamiento del velo de la persona jurídica instrumental.

Para determinar la aplicación del "disregard administrativo" es preciso determinar cuándo desarrolla la persona dependiente una parte de la Administración pública, es decir, cuando la entidad de Derecho Privado opera como una persona instrumental de la Administración. Para ello será importante analizar si la actividad desarrollada se guía por criterios económicos o si está fuera de la libre competencia en el mercado.

De acuerdo a lo sostenido por la doctrina europea, sólo cuando concurren las notas de dependencia de la Administración y actuación al margen de las reglas del mercado (por disfrutar de derechos exclusivos u obedecer a criterios no económicos), cabe admitir que existe una personalidad jurídica instrumental cuyo velo deberá levantarse en beneficio del tercero perjudicado por ella. Este criterio ha sido plasmado en el Derecho Comunitario y empleado por la jurisprudencia a la hora de configurar un concepto funcional de Estado como poder adjudicador.

La consecuencia de la aplicación del levantamiento del velo es que las entidades instrumentales de las Administraciones públicas sólo pueden obviar el Derecho Administrativo cuando de ello no resulte perjuicio para un tercero, en fraude a la ley, al orden público o a la buena fe.

Los terceros que podrían verse perjudicados por la actuación de la Administración a través de entidades instrumentales son: a.-) por un lado, los acreedores de la entidad instrumental; y b.-) por otro lado, los que, en sus relaciones con la Administración, ven mermados sus derechos y garantías como consecuencia de la inaplicación del Derecho Administrativo.

El levantamiento del velo de la entidad instrumental a instancia del acreedor determina: a.-) la responsabilidad subsidiaria de la Administración por deudas de aquella; y b.-) el aspirante a contratar con la entidad instrumental (sociedad comercial) podría exigirle que aplique las normas sobre contratación administrativa (TOCAF) que velan por la existencia de la publicidad y aseguran la concurrencia y el trato igualitario a los empresarios interesados.

El levantamiento del velo es una técnica que sólo se concibe para la protección de terceros. No puede solventar los eventuales perjuicios que sufra el interés público de la Administración a raíz de la inaplicación del Derecho Administrativo (la Administración no es un tercero respecto de la unidad material que de hecho forma con su entidad instrumental). Esta técnica permite que el aspirante a contratar con la entidad instrumental exija la sumisión de ésta a las normas administrativas que, al regular tanto en la fase preparatoria como en las subsiguientes, en los contratos públicos, velan por la existencia de publicidad

y aseguran la concurrencia y el trato igualitario a los empresarios interesados. Las normas de Derecho Administrativo que principalmente elude la Administración cuando actúa a través de entidades con personalidad instrumental, son las relativas, fundamentalmente a la preparación de los contratos. Pero asimismo podrían verificarse elusiones en la fase de ejecución de los contratos, y del control estatal.

Por último, y en virtud de todas las consideraciones expuestas, consideramos que en nuestro Derecho existe suficiente fundamento normativo para que prospere una acción de levantamiento del velo de una persona instrumental de la Administración, siempre que exista un tercero perjudicado.

VII - BIBLIOGRAFÍA

ANUARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, F.C.U.

ANUARIO DE DERECHO COMERCIAL, F.C.U.

"Aspectos Legales y Socio – económicos de la Desregulación y Privatización" Ciclo de Conferencias organizadas por el Instituto de Investigación Jurídica del "Centro Universitario MONTEFARO" FCU. 1991.

- BRITO, Mariano, "Derecho Administrativo su permanencia, contemporaneidad, prospectiva.", Universidad de Montevideo, 2004.

- CARRILLO, Fernando, "Las peculiaridades del procedimiento administrativo en la función regulatoria. El sector público en América Latina.", publicado en Internet www.iadb.org/sds/doc/sgc-Doc63-S.pdf.

- DELPIAZZO, Carlos, "Estado Actual de la contratación Administrativa" Revista de Derecho Público Nº 17.

- DELPIAZZO, Carlos, "Derecho Administrativo Uruguayo", Editorial Porrúa- Universidad Autónoma de México, año 2005.

- DELPIAZZO, Carlos, "Transparencia en la Contratación Administrativa", en "Liber Amicorum Discipulorumque" CAGNONI José Aníbal, FCU, Montevideo, año 2005.

- DELPIAZZO, Carlos, "Contratación Administrativa.", Universidad de Montevideo, Montevideo, 2000.

- DELPIAZZO, Carlos, "Normas y principios de la Contratación Administrativa.", F.C.U., Montevideo, 2002.

- GIMENO FELIÚ, José María, "El Control de la Contratación Pública.", Civitas, Madrid, 1995.

GIMENO FELIU, José María "Los Sujetos Contratantes: Alcance del Concepto Poder Adjudicador" www.seminari.fmc.cat.

GIMENO FELIU, José María, "Una valoración crítica sobre el procedimiento...". Rap nº. 144, 1997.

- GONZÁLEZ MARIÑAS, Pablo, "De nuevo sobre la huída del Derecho Administrativo: a propósito de la sentencia del TSJG en el caso de la Fundación Semana Verde de Galicia", publicado en Internet <https://www.rexurga.es/colabora.asp?tipo=categoria-110k>.

HERRERA OREGGIA, Nicolás, "Teoría del Disregard of Legal Entity: un enfoque basado en el abuso de derecho"; Anuario de Derecho Comercial, Tomo I, Año 1984.

- LA JUSTICIA URUGUAYA.

LÓPEZ MENUDO, "El Derecho Administrativo como derecho 'especial' y 'excepcional' de algunos entes públicos. Consecuencias.", Libro Homenaje al Prof. Clavero, página 566; Apud GIMENO FELIÚ, José María, "El Control de la Contratación Pública.", Civitas, Madrid, 1995.

- ORTIZ VAAMONDE, Santiago, "El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.", LA LEY, Madrid, 2004.

- REVISTA DE DERECHO PÚBLICO, F.C.U.

RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Libardo, "Las vicisitudes del Derecho Administrativo y sus desafíos en el siglo XXI.", Ponencia presentada en el Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo celebrado en Méjico durante los días 28 y 29 de Noviembre de 2000, publicado en Internet www.bibliojuridica.org/libros/1/316/9

SABORÍO VALVERDE Rodolfo, "Retos de la Organización administrativa costarricense" en Publicaciones Jurídicas Venezolanas-

SAYAGUÉS LASO, Enrique. "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo I Sexta Edición. FCU 1988.-

VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ Patricia, "Sociedades Mercantiles y Realización de Obras Públicas: Incumplimiento de la Normativa Comunitaria de Contratación, Extralimitación del Margen Constitucional de Reserva de Derecho Administrativo e Incongruencia en el Empleo de las Técnicas de Autoorganización para la Gestión de Actuaciones Administrativas, www.fiscalización.es

-VILLAR ROJAS, Francisco José, "La huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud.", ponencia presentada en las XIV Jornadas de Economía de la Salud, (Santiago de Compostela, Junio de 1994), publicado en Internet www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2002/Vo10201-10.

ANEXO NORMATIVO - CONSTITUCIÓN

CAPITULO I

Artículo 7º.- Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

Artículo 8º.- Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.

Artículo 24.- El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.

Artículo 72.- La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

Artículo 190.- Los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados no podrán realizar negocios extraños al giro que preceptivamente les asignen las leyes, ni disponer de sus recursos para fines ajenos a sus actividades normales.

Artículo 332.- Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

TOCAF - Sección 2

DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO

Artículo 33.- Todo contrato se celebrará mediante el procedimiento de la licitación pública, cuando del mismo se deriven gastos de funcionamiento o de inversión o salidas para el Estado, y por remate o licitación pública cuando se deriven entradas o recursos.

No obstante podrá contratarse:

- 1) Por licitación abreviada cuando el monto de la operación no exceda de \$ 700.000 (pesos uruguayos setecientos mil).
- 2) Directamente cuando el monto de la operación no exceda de \$ 35.000 (pesos uruguayos treinta y cinco mil).
- 3) Directamente o por el procedimiento que el ordenador determine por razones de buena administración, en los siguientes casos de excepción:
 - A) Entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales;
 - B) Cuando la licitación pública, abreviada o remate resultaren desiertos, o no se presentaren ofertas válidas o admisibles, o que las mismas sean manifiestamente inconvenientes.

La contratación deberá hacerse con bases y especificaciones idénticas a las del procedimiento fracasado y, en su caso, con invitación a los oferentes originales, además de los que estime necesarios la Administración;

- C) Para adquirir bienes o contratar servicios cuya fabricación o suministro sea exclusiva de quienes tengan privilegio para ello, o que sólo sean poseídos por personas o entidades que tengan exclusividad para su venta, siempre que no puedan ser sustituidos por elementos similares. La marca de fábrica no constituye por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre que no hay sustitutos convenientes. De todas estas circunstancias se dejará constancia en el expediente respectivo;

Los montos fueron establecidos por Resolución del Instituto Nacional de Estadística, vigencia setiembre-diciembre de 1996. (***) Ver Nota

- D) Para adquirir, ejecutar o restaurar obras de arte, científicas o históricas, cuando no sea posible el concurso de méritos o antecedentes o deban confiarse a empresas o personas especializadas o de probada competencia;
- E) Las adquisiciones de bienes que no se produzcan o suministren en el país y que convenga efectuar por intermedio de organismos internacionales a los que esté adherida la Nación;
- F) Las reparaciones de maquinarias, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo resulte oneroso en caso de llamarse a licitación.
Esta excepción no podrá aplicarse a las reparaciones comunes de mantenimiento, periódicas, normales o previsibles;
- G) Los contratos que deban celebrarse necesariamente en países extranjeros;
- H) Cuando las circunstancias exijan que la operación deba mantenerse en secreto;
- I) Cuando medien probadas razones de urgencia no previsibles o no sea posible la licitación o remate público, o su realización resulte seriamente el servicio;
- J) Cuando exista notoria escasez de los bienes o servicios a contratar;
- K) La adquisición de bienes que se realicen en remates públicos. El precio máximo a pagar será el que surja de la tasación previamente efectuada;
- L) La compra de semovientes por selección, cuando se trate de ejemplares de características especiales;
- M) La venta de productos destinados al fomento económico o a la satisfacción de necesidades sanitarias, siempre que la misma se efectúe directamente a los usuarios o consumidores siempre que la misma se efectúe directamente a los usuarios o consumidores;
- N) La adquisición de material docente o bibliográfico del exterior cuando el mismo se efectúe a editoriales o empresas especializadas en la materia;
- Ñ) La adquisición de víveres frescos existentes en mercados, ferias o directamente a los productores;
- O) La adquisición en el exterior de petróleo crudo y sus derivados, aceites básicos, aditivos para lubricantes y sus respectivos fletes;
- P) Las adquisiciones que se realicen en el marco de acuerdos intergubernamentales o con entidades estatales extranjeras que involucren un intercambio compensado con productos nacionales de exportación.
- Q) Para adquirir, ejecutar, reparar bienes o contratar servicios destinados a la investigación científica por parte de la Universidad de la República, hasta un monto anual de U\$S 2.000.000 (dos millones de dólares de los Estados Unidos de América).
- R) Las compras que realice la Presidencia de la República para el Sistema Nacional de Emergencias a efectos de atender situaciones de emergencia, crisis y desastres excepcionales, dando cuenta a la Asamblea General.
Las contrataciones directas indicadas en las excepciones precedentes deberán ser autorizadas por los ordenadores primarios quienes podrán delegar en los ordenadores secundarios dicha competencia en los casos que determinen fundadamente.
Las contrataciones referidas en el literal A) no podrán incluir la participación, directa o indirecta de empresas privadas. Las realizadas al amparo del literal I), deberán contar con la certificación del Ministerio de Economía y Finanzas tanto de la configuración de los extremos que habilitan la causal, como los precios y condiciones que corresponden al mercado.
Para el Poder Judicial y Universidad de la República e Intendencias Municipales, dicha certificación la realizará el Tribunal de Cuentas.
Las contrataciones que contravengan esta disposición son nulas (artículo 8° del Código Civil). (*)
- S) Para adquirir bienes o contratar servicios cuya producción o suministro esté a cargo de una cooperativa social, debidamente acreditada ante el Ministerio de Desarrollo Social, hasta el monto establecido para la licitación abreviada. (LITERAL AGREGADO por el artículo 8 de la Ley No. 17.978)
Fuente: Ley No. 15.903 de 10/nov/987, artículo 482 con el TEXTO DADO por el artículo 653 de la Ley No. 16.170 de 28/dic/990 y por el artículo 738 de la Ley No. 16.736 de 5/ene/996.
(*) Literal Q) AGREGADO por el artículo 6° de la Ley No. 17.088 de 30/04/999. Literal R) AGREGADO por el artículo 27 de la Ley No. 17.296 de 21/02/001.
Ver artículos 41, 55 y 106 de este TOCAF.
Ver artículo 27 de la Ley No. 17.243 de 29/06/000, artículos 404 y 494 de la Ley No. 17.296 de 21/02/001, artículos 8°, 9° y 11 del Decreto No. 90/000 de 3/03/000, artículo 2° del Decreto No. 108/000 de 12/04/000 y Decreto No. 172/000 de 9/06/000, Decreto No. 328/000 de 14/11/000, artículo 3° del Decreto No. 66/002 de 26/02/002, Decreto No. 232/003 de 9/06/003.

Artículo 131.- Los principios generales de actuación y contralor de los organismos estatales en materia de contrataciones serán:

- a) flexibilidad;
- b) delegación;
- c) ausencia de ritualismo;
- d) principio de la materialidad frente al formalismo;
- e) principio de la veracidad salvo prueba en contrario;
- f) publicidad, igualdad de los oferentes y la concurrencia en los procedimientos competitivos para el llamado y la selección de las ofertas.

Los principios antes mencionados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes.

Fuente: Ley No. 16.170 de 28/dic/990, artículo 659, literal VI.

CÓDIGO CIVIL

Artículo 1321. El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable.

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Artículo 11.- Derecho al proceso.

11.1 Cualquier persona tiene derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal y el Tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones.

11.2 Para proponer o controvertir útilmente las pretensiones, es necesario invocar interés y legitimación en la causa.

11.3 El interés del demandante puede consistir en la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, aun cuando éste no haya sido violado o desconocido, o de una relación jurídica, o de la autenticidad o falsedad de un documento; también podrá reclamarse el dictado de sentencia condicional o de futuro.

11.4 Todo sujeto de derecho tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones.

LEY 16.060 SECCION XV

De la inoponibilidad de la personalidad jurídica

Artículo 189. (Procedencia).- Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.

Se deberá probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados.

Cuando la inoponibilidad se pretenda por vía de acción, se seguirán los trámites del juicio ordinario.

Artículo 190. (Efectos).- La declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad, sólo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada.

A esos efectos, se imputará a quien o a quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad.

En ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe.

Lo dispuesto se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades personales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos.

Artículo 191.- (Inscripción).- El Juez interviniente en un proceso en el cual se pretenda la prescindencia de la personalidad jurídica de una sociedad, ordenará, si correspondiera, la inscripción del testimonio de

la pretensión en la Sección Reivindicaciones del Registro General de Inhibiciones, a los efectos previstos en el artículo 38 de la Ley No. 10.793, de 25 de setiembre de 1946; sin perjuicio de otras medidas cautelares que pueda adoptar. (*31)

Nota: (*31) Ver artículo 35 de la Ley No. 16.871

LEY 17.040

Artículo 1º.- Las empresas públicas o de propiedad estatal, con actividad comercial e industrial, publicarán su balance general, expresado en los estados de situación patrimonial y de resultados, confeccionados conforme a lo dispuesto por los artículos 88 a 92 de la Ley No. 16.060, de 4 de setiembre de 1989, antes de un año de vencido el ejercicio contable, previo dictamen de auditoría del Tribunal de Cuentas que se expresará y responsabilizará respecto de la razonabilidad y consistencia de los mismos.

La publicación, que se realizará en el menos dos periódicos de circulación nacional, estará a disposición de los medios de comunicación que la soliciten.

Exceptúanse al Banco de la República Oriental del Uruguay y al Banco Hipotecario del Uruguay, quienes se atenderán a las disposiciones que regulan la actividad bancaria.

Artículo 2º.- La publicación deberá incluir notas que expresen los siguientes aspectos:

A) Número de funcionarios, detallando becarios y situaciones similares, y la variación de los últimos cinco ejercicios.

B) Ingresos, desagregados por división o grupos de servicios y de bienes de la actividad de la empresa.

C) Informe que refiera a utilidades y costos, incluyendo eventuales subsidios cruzados, desagregados de la misma forma.

D) Información respecto de los impuestos pagos por concepto de Impuesto el Patrimonio (PAT), Impuesto a las Rentas de la Industria y Comercio (IRIC) e Impuesto a la Compra de Moneda Extranjera (ICOME), y el monto recaudado como agente de retención, o de otros impuestos que gravan su actividad.

E) Transferencias a Rentas Generales.

La reglamentación que se dictará dentro de los noventa días de la promulgación de la presente ley establecerá los aspectos que deberá cumplir esta información para que el usuario no especializado pueda formarse un juicio cabal del servicio y su tarifa.

(Pub. D.O. 11.12.98)

LEY 17292 - SECCION II FISCALIZACION DE SOCIEDADES COMERCIALES EN LAS QUE PARTICIPEN LOS ENTES AUTONOMOS Y SERVICIOS DESCENTRALIZADOS

Artículo 7º.- Los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado autorizados legalmente al efecto, sólo podrán participar en emprendimientos o asociaciones con entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras, cuando el consorcio o sociedad a constituir admita jurídicamente la existencia de un órgano de contralor interno, integrado por sus representantes y en forma proporcional a su participación.

Los mencionados organismos deberán informar al Poder Ejecutivo sobre la configuración de tales extremos, con una antelación no menor a treinta días de la proyectada formalización del emprendimiento o asociación.

Asimismo, deberán informar anualmente al Poder Ejecutivo sobre la gestión de la sociedad o emprendimiento respectivo y remitirle toda otra documentación de carácter contable, jurídico o empresarial que sea sometida a su consideración, en un plazo no mayor a los treinta días de recibida la misma.

La Auditoría Interna de la Nación establecerá las normas técnicas generales a las que deberán someter su actuación los representantes de los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados del dominio indus-

trial y comercial del Estado que integren los órganos de contralor internos previstos en el inciso primero de este artículo.

Lo establecido en el presente artículo es sin perjuicio de lo dispuesto por la Ley No. 17.040, de 20 de noviembre de 1998.

Artículo 8º.- En caso de que los emprendimientos o asociaciones a que se alude en el artículo 7º de la presente ley, se hubieren acordado con anterioridad a la vigencia de la presente ley, los organismos involucrados deberán informar al Poder Ejecutivo sobre el grado de participación en el control interno y sobre los estados contables correspondientes, dentro del plazo de treinta días corridos a partir de su promulgación.

En todos los casos, la información será suministrada a través del Ministerio por el que se vincula el organismo con el Poder Ejecutivo.

LEY 17.555

Artículo 21º.- (Aeropuerto Internacional de Carrasco).- Autorízase al Poder Ejecutivo a contratar directamente con la Corporación Nacional para el Desarrollo, en el ámbito de sus cometidos establecidos en el artículo 11 de la Ley No. 15.785, de 4 de diciembre de 1985, para que ésta constituya una sociedad anónima abierta (artículo 247 de la Ley No. 16.060, de 4 de setiembre de 1989), que tendrá como objeto realizar la administración, explotación y operación, construcción y mantenimiento del Aeropuerto Internacional de Carrasco "General Cesáreo L. Berisso", en lo que refiere a las actividades aeroportuarias y no aeroportuarias, incluyendo actividades comerciales -comprendiendo el régimen de tiendas de venta libre de impuestos (tax free shops)- y de servicios que complementen dicha actividad aeroportuaria, en un plazo que no superará los 30 (treinta) años.

Quedan expresamente excluidos de esta autorización los servicios de tierra que se presten a las aeronaves y todos los servicios de seguridad, en especial aquellos relativos a los controles aéreos, de aduana, migración, meteorología, bomberos, sanitarios y de policía en la actividad aeroportuaria.

Artículo 22º.- La sociedad anónima que al efecto constituya la Corporación Nacional para el Desarrollo podrá subastar sus acciones, las que deberán ser nominativas, en la Bolsa de Valores, en los términos establecidos en la Ley No. 16.749, de 30 de mayo de 1996, y normas reglamentarias.

Artículo 23º.- (Puerto Libre).- Declárase aplicable al Aeropuerto Internacional de Carrasco "General Cesáreo L. Berisso", en lo pertinente, el régimen de puerto libre establecido en los artículos 2º y 3º de la Ley No. 16.246, de 8 de abril de 1992, debiendo la reglamentación establecer los límites territoriales respectivos.

Artículo 24º.- Declárase de interés nacional la explotación comercial del Aeropuerto Internacional "Teniente 2do. Mario Walter Parallada" de Santa Bernardina, departamento de Durazno, como terminal de cargas y depósito de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2º y 3º de la Ley No. 16.246, de 8 de abril de 1992, debiendo la reglamentación establecer los límites territoriales respectivos.

Facúltase al Poder Ejecutivo a utilizar para su adjudicación el procedimiento previsto en los artículos 21, 22 y 23 de la presente ley o cualquier otro legalmente precedente. (*1) Ver Nota Adjunta

Artículo 25º.- Las sociedades comerciales respecto de las cuales un órgano del Estado, incluyendo Entes Autónomos, Servicios Descentralizados o Gobiernos Departamentales o cualquier persona pública no estatal, sea tenedor de acciones o sea titular de participaciones, cualquiera fuere el porcentaje de las mismas dentro del capital social, deberán inscribirse en el Registro de Valores del Banco Central del Uruguay, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 3º y 4º de la Ley No. 16.749, de 30 de mayo de 1996.

La información contable suministrada a ese Registro estará sujeta a las mismas condiciones de publicidad y requisitos de auditoría externa exigidos a los emisores de valores.

Artículo 26º.- Los órganos estatales o paraestatales referidos en el artículo anterior deberán disponer la publicación completa de los estados contables auditados en el Diario Oficial y deberán disponer su inclusión en sus respectivas páginas "web" en Internet si éstas se hallaren en condiciones operativas. En ambos casos se incluirá una nota que deberá hacer referencia al porcentaje del capital social que pertenece al respectivo órgano estatal o paraestatal. El Tribunal de Cuentas controlará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, dando cuenta a la Asamblea General.

Artículo 27º.- Si los órganos estatales o paraestatales referidos en el artículo 25 de esta ley fueren tenedores de acciones o titulares de participaciones en personas jurídicas constituidas en el extranjero, que no actúen en el país por intermedio de sucursal, filial, agencia, establecimiento o representación permanente, deberán presentar al Poder Ejecutivo, con dictamen previo del Tribunal de Cuentas, los estados contables e informes de sindicatura de la persona jurídica del exterior, certificados, traducidos y legalizados en el

país de origen, con informes de auditor independiente y del órgano de dirección del organismo estatal o paraestatal, dentro del plazo de 120 días del cierre del ejercicio económico de la persona jurídica del exterior, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto por el artículo 26 de esta ley.

Artículo 28º. (Megaconcesión).- Autorízase a la Corporación Nacional para el Desarrollo a ceder totalmente el contrato de concesión o a enajenar, a empresas radicadas en el país, o a organismos internacionales de crédito de los que la República forma parte, hasta el 100% (cien por ciento) del capital accionario de la sociedad anónima formada por aquélla para actuar como concesionaria de la llamada "Megaconcesión", de acuerdo al Convenio Contrato suscrito con el Ministerio de Transporte y Obras Públicas el 5 de octubre de 2001, aprobado por el Poder Ejecutivo el 20 de diciembre de 2001, en las condiciones que se indican en los artículos siguientes. (*2) Ver nota Adjunta

Artículo 29º.- En el caso de cesión de la concesión a otra firma será necesario: (*2) Ver nota Adjunta

A) El previo consentimiento del concedente, el que sólo podrá darse si el nuevo concesionario ofrece seguridades y garantías no inferiores a las que se requieren en las concesiones de obra pública adjudicadas por el Poder Ejecutivo a privados por intermedio del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

B) El concesionario deberá constituir una sociedad anónima cuyas acciones serán nominativas y cuyo único objeto será la construcción, mantenimiento, explotación y administración de la concesión.

C) La cesión de la concesión o la enajenación del capital accionario no habilitará la modificación de las obligaciones asumidas en el contrato de concesión celebrado salvo lo dispuesto en el literal A) en materia de seguridades y garantías.

D) El cesionario deberá asumir las deudas contraídas a la fecha de la cesión por el cedente -sociedad formada por la Corporación Nacional para el Desarrollo- para el cumplimiento de los objetivos del Contrato mencionado en el artículo 28.

Artículo 30º.- En el caso de venta de acciones de la sociedad anónima concesionaria la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo en acuerdo con los Ministerios de Economía y Finanzas y de Transporte y Obras Públicas establecerá los términos, plazos y demás condiciones en que se concretará la enajenación mediante oferta pública, en los términos establecidos por la Ley No. 16.749, de 30 de mayo de 1996, y normas reglamentarias. (*2) Ver nota Adjunta

Artículo 31º.- El cumplimiento de los requisitos establecidos será verificado permanentemente por la Auditoría Interna de la Nación o por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas según corresponda.

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, el Poder Ejecutivo remitirá trimestralmente a la Asamblea General y ésta a ambas Cámaras o durante el receso a la Comisión Permanente, un informe pormenorizado sobre el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en los artículos 29 y 30 de la presente ley, con su opinión expresa sobre la forma como se cumple con la concesión y como se ejercen los correspondientes controles. (*2) Ver nota Adjunta

Artículo 32º.- El producto de la cesión o venta autorizadas en el artículo 28 quedará afectado y se destinará por la Corporación Nacional para el Desarrollo a invertir en proyectos de infraestructura del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, a cuyos efectos se mantendrá disponible. (*2) Ver nota Adjunta

Artículo 33º.- La intervención del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, una vez efectuada la cesión del contrato de concesión o la enajenación del capital accionario de la sociedad anónima mencionada en el artículo 28, será la que corresponde al concedente, según la normativa de la materia y el contrato de concesión. (*2) Ver nota Adjunta

Artículo 34º. (Concesión de depósitos de arenas negras).- La Corporación Nacional para el Desarrollo constituirá una sociedad anónima abierta (artículo 247 de la Ley No. 16.060, de 4 de setiembre de 1989), previa la autorización y la contratación que deberá realizar con el Poder Ejecutivo (artículo 11 de la Ley No. 15.785, de 4 de diciembre de 1985), que tendrá como objeto la prospección, exploración y explotación de los depósitos de arenas negras que se puedan desarrollar en el área de Reserva Minera establecida en el Decreto No. 183/002, de 23 de mayo de 2002, por un plazo de hasta 29 (veintinueve) años.

La reglamentación establecerá la forma de constitución de la sociedad referida, las condiciones que deberán reunir sus integrantes y los demás aspectos que correspondan. (*6) Ver Nota Adjunta

Artículo 35º.- La sociedad anónima referida al artículo anterior, que al efecto constituya la Corporación Nacional para el Desarrollo podrá subastar sus acciones en la Bolsa de Valores, en los términos establecidos en la Ley No. 16.749, de 30 de mayo de 1996, y normas reglamentarias. (*6) Ver Nota Adjunta

DECRETO 500/991

Artículo 2º.- La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales:

- a) imparcialidad;
- b) legalidad objetiva;
- c) impulsión de oficio;
- d) verdad material;
- e) economía, celeridad y eficacia;
- f) informalismo en favor del administrado
- g) flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos;
- h) delegación material;
- i) debido procedimiento;
- j) contracción;
- k) buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario;
- l) motivación de la decisión;

Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.

DECRETO NO. 383/002

VISTO: lo dispuesto por los artículos 28º a 33º de la Ley No. 17.555, de 18 de setiembre de 2002, que autorizaron a la Corporación Nacional para el Desarrollo a ceder o enajenar hasta el 100% (cien por ciento) del capital accionario de la Sociedad Anónima formada por aquélla para actuar como concesionaria de la llamada Megaconcesión.

RESULTANDO: I) que con fecha 5 de octubre de 2001 se celebró entre el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y la Corporación Nacional para el Desarrollo un Convenio - Contrato para la ejecución de obras y proyectos por el sistema de concesión de obra pública y la cooperación y asistencia técnica, semitécnica y especializada a tales efectos, aprobado previa intervención del Tribunal de Cuentas de la República, por Resolución del Poder Ejecutivo de 20 dl diciembre de 2001. Dicho Convenio - Contrato fue modificado en su Anexo I, con igual intervención previa del Tribunal de Cuentas de la República, el 17 de setiembre de 2002.

II) de acuerdo al artículo 28º de la Ley No. 17.555, de 18 de setiembre de 2002, Ley de Reactivación Económica, se autorizó a la Corporación Nacional para el Desarrollo a ceder totalmente el contrato de concesión o a enajenar a empresas radicadas en el país o a organismos internacionales de crédito de los que la República forma parte, hasta el 100% (cien por ciento), del capital accionario de la Sociedad Anónima formada por aquélla: Corporación Vial del Uruguay S.A.-

III) que según dispone el artículo 29º de la ley citada, se requiere para el caso de cesión de la concesión, entre otros: a) el consentimiento del concedente; b) que el concesionario ofrezca seguridades y garantías no inferiores a las que se requieren en las concesiones de obra pública adjudicadas por el Poder Ejecutivo a privados, por intermedio del Ministerio de Transporte y Obras Públicas; c) que el concesionario asuma las deudas contraídas por la sociedad concesionaria.

IV) que en el caso de venta de acciones de la Sociedad Anónima concesionaria, el Poder Ejecutivo establecerá los términos, plazos y demás condiciones en que se concretará la enajenación mediante oferta pública.

CONSIDERANDO: que corresponde al Poder Ejecutivo dar el consentimiento al concesionario para efectuar la cesión de la concesión en un todo de acuerdo con la normativa citada, así como establecer los términos, plazos y demás condiciones en que se concretará la enajenación del capital accionario de la Corporación Vial del Uruguay S.A.-

ATENTO: a lo precedentemente expuesto y a lo establecido en el artículo 168º numeral 4º de la Constitución de la República, lo dispuesto por la Ley No. 16.749 de 30 de mayo de 1996 y las facultades que otorgan los artículos 28º al 33º de la Ley No. 17.555 de 18 de setiembre de 2002.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DECRETA:

Artículo 1º.- Autorízase a la Corporación Nacional para el Desarrollo a enajenar mediante oferta pública, de acuerdo a lo establecido en la Ley No. 16.749 de 30 de mayo de 1996 y normas reglamentarias, a empresas radicadas en el país, o a organismos internacionales de crédito del que la República forma parte, el 100% del capital accionario de la Sociedad Anónima "Corporación Vial del Uruguay S.A.", que opera como concesionaria de la llamada Megaconcesión según Convenio - Contrato de 5 de octubre de 2001, aprobado por el Poder Ejecutivo el 20 de diciembre de 2001 y sus modificativos.

Artículo 2º.- La venta de las acciones de la mencionada Sociedad Anónima se efectuará en Bolsa de Valores habilitada por el Banco Central del Uruguay mediante oferta pública, al mejor postor y se adecuará a las exigencias del Decreto No. 344/996, de 28 de agosto de 1996, dando la más amplia publicidad al acto y brindando la información prevista en la normativa aplicable del mercado de valores. La venta se ajustará a las siguientes condiciones:

a) Comprenderá el 100% de las acciones de la compañía.

b) El adquirente de las acciones abonará en el acto el 20% (veinte por ciento) del precio resultante en efectivo, cheque o letra de cambio a satisfacción de la Bolsa de Valores y ejecutables en plaza, en dólares de los Estados Unidos de América y el saldo dentro de los diez días posteriores en la misma forma y moneda.

c) El procedimiento y las presentes condiciones de venta se anunciarán a más tardar dentro del término de 60 días contados a partir de la vigencia de este decreto y se concretará por la Corporación Nacional para el Desarrollo dentro del mes de marzo de 2003.

d) Previamente al anuncio del procedimiento de venta de las acciones, deberá estar celebrado y aprobado, con la intervención del Tribunal de Cuentas de la República, el contrato de cesión cuyos términos se autoriza por el artículo cuarto del presente decreto.

Artículo 3º.- La Corporación Nacional para el Desarrollo formalizará un Convenio con la Bolsa de Valores a los fines de viabilizar la venta en los términos expuestos.

Artículo 4º.- Autorízase a la Corporación Nacional para el Desarrollo a ceder a la Sociedad Anónima "Corporación Vial del Uruguay S.A." y ad referendum de la intervención del Tribunal de Cuentas de la República y de la aprobación del Poder Ejecutivo, todos los derechos y obligaciones emergentes del Convenio - Contrato de 5 de octubre de 2001 y sus modificativos suscrito entre el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y la citada Corporación para la ejecución de obras y proyectos por el sistema de Concesión de Obra Pública y para la cooperación y asistencia técnica, semitécnica y especializada de la llamada Megaconcesión. El Contrato de Cesión agregará a las obligaciones asumidas por el Concesionario en los citados documentos:

a) Iguales seguridades y garantías que las que requiere el Poder Ejecutivo a los concesionarios en todas las concesiones de obra pública, que adjudica por intermedio del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

b) El compromiso de asumir o cancelar todas las deudas contraídas a la fecha de la cesión por el cedente, Corporación Vial del Uruguay S.A., para el cumplimiento de los objetivos del Convenio - Contrato mencionado.

Artículo 5º.- Para el caso de que los adquirentes del 100% (cien por ciento) del capital accionario desearan aprovechar cualquier financiamiento que hubiera obtenido el concesionario con garantías o avales del Estado, sólo podrá hacerlo sustituyendo tales garantías o avales por otros que sean satisfactorios y se aprueben por los respectivos organismos de crédito que los hubieren otorgado.

Artículo 6º.- El producido líquido de las ventas de las acciones quedará afectado y se destinará por la Corporación Nacional para el Desarrollo a inversiones en proyectos de infraestructura del Ministerio de Transporte y Obras Públicas que dicha Secretaría de Estado identifique.

Artículo 7º.- Este decreto entrará en vigencia a partir de su publicación en dos diarios de circulación nacional.

Artículo 8º.- Comuníquese, publíquese, etc.