
CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA¹

Felipe Rotondo Tornaría, con la colaboración de Ruben Flores Dapkevicius

SUMARIO:

- I) INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE LA ORGANIZACIÓN.
 - A. NOCION GENERAL;
 - B. ELEMENTOS;
 - C. DEFINICION;
 - D. MATERIAS DE LA ORGANIZACIÓN;
 - E. ELEMENTOS DE LA ORGANIZACIÓN;
 - F. ADMINISTRACIÓN PUBLICA;

- II) ESTADO Y ADMINISTRACIÓN: ORGANIZACIÓN Y DERECHO.
 - A. PRINCIPIOS DE LA ORGANIZACIÓN;
 - B. ESTADO Y ORGANIZACIÓN;
 - C. LA INSTITUCION ADMINISTRACION PUBLICA

- III) PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS: TIPOS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS DE DERECHO PÚBLICO.
 - A. CLASIFICACION DE LAS PERSONAS JURÍDICAS;
 - B. CONTINUACIÓN. LAS PERSONAS JURIDICAS EN NUESTRO PAIS;
 - C. LA ADMINISTRACION PUBLICA Y EL DERECHO;

- IV. LA REFORMA O TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO
 - A. CONCEPTO;
 - B. COMPETENCIAS;
 - C. DESESTATIZACIÓN;
 - D. PROHIBICIONES, SUPRESIONES, FUSIONES Y EN SU CASO SEPARACIONES
 - E. PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y CONTROL;
 - F. APLICACIÓN DE CRITERIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN;
 - G. DESARROLLO DE LA DELEGACIÓN DE ATRIBUCIONES;
 - H. DESARROLLO DE LA DESCONCENTRACIÓN;
 - I. DESCENTRALIZACIÓN
 - J. ACENTUACIÓN DEL PODER EJECUTIVO COMO CONDUCTOR POLÍTICO
 - I) INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE LA ORGANIZACIÓN.

¹ El presente trabajo es un resumen, adaptado, del material y clases dictadas en el curso "Organización Administrativa", dictado en el Master de Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo

A. NOCION GENERAL

Las distintas actividades sociales de relevancia se cumplen a través de organizaciones muy variadas (culturales, de la salud, de la educación, económicas, religiosas, etc. y también las del Estado), con distinta naturaleza jurídica, diversidad de intereses predominantes y formas de funcionar.

Esto hoy está claramente desarrollado (se habla de la "era de la organización"), pero siempre hubo organizaciones, división de tareas y actuación de "directores o gerentes"².

La organización tiene una dimensión general de validez para todo tipo de empresa, en una visión especialmente interna, referente a aquella división.

B. ELEMENTOS

A.Posada³ refería a los elementos de la organización (territorio y población) y luego efectuaba la distinción entre la organización objetiva (las entidades u órganos) de la subjetiva (agentes o funcionarios).

H.Heller por su parte entendía la organización como : "1)el obrar social de un conjunto de hombres basado en una conducta recíproca, la cooperación de los cuales 2) se orienta regularmente en el sentido de una ordenación normativa cuyo establecimiento y aseguramiento 3)corre a cargo de órganos especiales".⁴

Cabe hacer referencia a los recursos humanos, los materiales(financieros, tecnológicos, de infraestructura) los objetivos-fines y un ordenamiento.

De la calidad e interrelación entre ellos depende la eficacia y eficiencia de la acción y también su configuración ("sistema").

C. DEFINICION

Organizar es esencialmente "ordenar" o sea poner cosas en orden, concierto y buena disposición. "Orden" es ese concierto de las cosas entre sí, "sometimiento de un conjunto de objetos a una regla o sistema de reglas, cuya aplicación hace surgir, entre dicho objetos, las relaciones que permiten realizar las finalidades del ordinante" (E. García Maynez). Orden es la "recta disposición de las cosas a su fin" (S.Tomás de Aquino).⁵

"Los fines determinan las estructuras" y "éstas orientan el funcionamiento; los fines deben ser, pues, los primeros en el orden de la explicación"⁶.

El sentido de las palabras es el indicado, según el Diccionario de la Real Academia Española. En efecto, "organización" es la acción y efecto de organizar u organizarse y en un sentido figurado, disposición, arreglo, orden. Implica objetos a ordenar, un criterio ordenador, una finalidad de quién ordena.

Organizar es establecer o reformar una cosa, sujetando a reglas el número, orden, armonía y dependencias de las partes que componen la organización; "es un obrar encaminado a promover y realizar aquellas acciones (u omisiones) necesarias para la existencia actual y constantemente renovada de una estructura efectiva ordenada (organización)", al decir de Heller.⁷

Por su parte "orgánico" es lo que tiene armonía y consonancia; también se dice "de lo que atañe a la constitución de corporaciones o entidades colectivas o a sus funciones o ejercicios"; "organismo", el "conjunto de oficinas, dependencias o empleos que forman un cuerpo o institución". Hemos seguido el diccionario citado en el párrafo que precede.

Insistimos sobre esta noción. Organización es "la acción concreta de dar forma a la cooperación de individuos y grupos que participan en el todo, mediante la supra -, sub-, y coordinación de ellos". "Toda

² Ante ciertos acontecimientos o eventualidades, procede una conducta de anticipación y -entonces- se desarrollan previsión y organización, por ejemplo, para la irrigación del Río Nilo en el antiguo Egipto.

³ Cit. por A.Méndez. Principios de Organización Administrativa. Rev.Fac.Der. Año II No.3 1951, p.585.

⁴ Teoría del Estado. Fondo de Cultura Económica, México 1977, p.249.

⁵ H.Frugone Schiavone.Consideraciones generales sobre la Ciencia de la Organización y algunas de las teorías actuales. Estudios de D.Administrativo. Univ.de la República. T.II, 1979, p.179.

⁶ Georges Langrod. Tratado de Ciencia Administrativa. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid 1977, p.295.

⁷ H.Heller. Teoría del Estado.op.cit., p.249.

organización humana perdura en cuanto constantemente renace”, subrayándose la “efectividad del orden” (H.Heller).

Se trata de “un conjunto formado por partes diferentes que cooperan”⁸.

D. MATERIAS DE LA ORGANIZACION

El ordenamiento supone reglas de derecho y otras pautas –esencialmente técnicas– que establecen criterios de orden y uno o muchos “elementos motores” que lo dirigen, en forma armónica.

Por lo mismo, los estudios de la organización provienen, precisamente, de dos grandes campos, el del Derecho – esencialmente el Público,⁹– y de la Ciencia de la Administración, con desarrollo en el ámbito de la vida industrial y en la Economía.

Del primer campo surge el concepto de los sistemas de organización, la noción de las relaciones orgánicas, todo lo que se vincula con la estructura del órgano y la regulación jurídica de la actividad.

En la segunda vertiente la atención recae en la organización del trabajo, la dirección de empresas, el ordenamiento material de los medios y el instrumental mecánico para lograr un manejo más perfecto de la respectiva administración.

Suele dársele un carácter interdisciplinario ya que incluye aspectos políticos, empresariales, sociológicos, etc.¹⁰

E. ELEMENTOS DE LA ORGANIZACIÓN

1. Los aspectos organizacionales dicen relación con el diseño estructural, con la determinación de quién o quiénes toman las decisiones principales (jerarcas); cómo se agrupan las actividades y a cargo de quiénes están, la ubicación de unidades de control y las de planificación. Se trata de la consideración de la “Administración técnica”.

Gulick mencionó los siguientes “elementos funcionales” de la administración¹¹:

Planificación: aclaración en términos generales de las cosas que deben hacerse y los métodos de hacerlas, para lograr los propósitos fijados a la empresa;

Organización; establecimiento de la estructura formal de autoridad mediante la cual se ordenan, definen y coordinan las subdivisiones para un objetivo determinado;

Administración de personal (staffing): función de conseguir, y adiestrar las personas y mantener condiciones favorables de trabajo;

Dirección: tarea continua de adoptar decisiones y formularlas en órdenes e instrucciones, generales y específicas, sirviendo como líder de la empresa.

Coordinación: deber de interrelacionar las diversas ramas del trabajo;

Informar (reporting): mantener informados sobre lo que está pasando a aquéllos ante quienes el ejecutivo es responsable, lo que presupone mantener dicha condición para sí mismo y sus subalternos, mediante estudios e inspecciones, etc;

Presupuestar (budgeting): todo lo relacionado con los presupuestos en forma de planificación fiscal, contabilidad y control.

Esa lista dio origen al término Posdcorb, formado por las iniciales de las palabras destacadas, en inglés.

Muñoz Amato observa, respecto de lo que se viene diciendo, que “se excluyen los fundamentos culturales y políticos y también la influencia determinante de los propósitos sustantivos; por otro lado, que no se

⁸ A.Lalande, Vocabulario técnico y crítico de la Filosofía París 1962, cit. por G. Langrod op.cit.p.344.

⁹ El Derecho Administrativo tiene como esencia la adecuación de la administración al derecho y la protección del particular frente al ejercicio del poder. “Sólo donde el equilibrio entre las necesidades estatales y la libertad individual se realiza por medio de decisiones y distinciones específicamente jurídicas, las funciones estatales se elevan del nivel de los actos de mera ejecución y participan en la dignidad del Derecho. Así se caracteriza la sustancia del derecho administrativo. De hecho no es misión de éste exponer teorías sobre el mejor modo de administrar”. E.Forsthoft. De todos modos, la administración (pública) supone una organización servicial y lo será si está “bien” organizada.

¹⁰ Para Dimock “el emplazamiento de los estudios sobre Administración Pública debe situarse dentro de la ciencia política, ya que es una de las ciencias sociales que se encuentra en conexión estrecha con todas las otras (...) deben tomar en préstamo conocimientos propios de otras especialidades como finanzas públicas, técnicas presupuestarias, administración de personal, ingeniería, derecho (...)”.

¹¹ Science, Values and Public Administration, en Papers on the Science of Administration, N.York 1937, cit. por Pedro Muñoz Amato, Introducción a la Administración Pública F.C.E. México 1954, p.18-19.

destacan suficientemente las relaciones humanas en la administración¹², que no se tiene en cuenta —adecuadamente— el factor humano en sí.

2. Técnicamente cuando se organiza un servicio, corresponde establecer la estructura más afín a la naturaleza de la función y regular, de acuerdo con ello, las relaciones de los componentes del conjunto, la posición relativa de los elementos en éste: la actividad es el fin, la organización, el medio.

“El fin varía para cada industria o servicio, pero la organización, aún adaptándose a la diferencia de la actividad, responde a principios permanentes, invariables”, según explica A.Méndez¹³.

Se configura la “racionalización administrativa” de los servicios, la que fue precedida de la “racionalización del poder”: adecuación del funcionalismo estatal y adopción de garantías de la regularidad de la acción del Estado y de protección de los derechos fundamentales de las personas.

F. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. La organización se inserta en un medio o entorno. En el caso de las que conforman la Administración Pública, ese entorno será, en primer lugar el Estado (aquí entendido como conjunto de entidades estatales) y en un ámbito más amplio, la sociedad a la que aquél debe servir (que incluye – a su vez— diversos grupos sociales y la esencia de todo, que es la persona humana).

La organización estatal existe para cumplir cometidos que sirven a la sociedad en la que está inserta, tiene un carácter servicial. Es una realidad, pero instrumental y, por tanto, es un sistema “abierto” a las necesidades que busca satisfacer.

Por esa misma razón le rigen principios de materialidad y flexibilidad en vez del formalismo y rigidez; el finalismo en vez del ritualismo; la adopción de procedimientos y formas de actuación que eviten un “centralismo” exagerado, lo que se proyecta en aspectos de funcionamiento, más allá de los organizacionales¹⁴.

Inciden el marco territorial en que se ubica la organización, si la población es rural o urbana, el nivel de desarrollo de la sociedad, etc.

El carácter “abierto” lleva a que las transformaciones en el sistema sean permanentes, lo que debe ser asumido como tal.

La Teoría de la Organización considera la potestad de organización y su desarrollo, a través de la actividad organizadora y las normas de organización.

En el caso de la Administración Pública, esa potestad es una expresión del poder estatal, expresada formalmente a través de actos jurídicos de diversa naturaleza (en especial constitucionales y legislativos, si bien materialmente serán, en todo caso, constituyentes).

En cuanto a las normas de organización son “instrumentales”, categoría en la que figuran –también– las de procedimiento. Se distinguen de las normas “de relación” o intersubjetivas, por su objeto¹⁵.

2. Organización administrativa, es la relativa a la administración, acción de administrar. Esta según el Diccionario citado es 1. Gobernar, regir, aplicar; 2. Servir o ejercer algún ministerio o empleo”.

Administración Pública es, la “acción del gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos, y al resolver las reclamaciones a que dé lugar lo mandado”.

Para que sea organización, debe caracterizarse por ser:

- a. unidad determinante de coherencia, lo que no significa necesariamente centralización;
- b. básica uniformidad, al no tener variantes muy significativas;
- c. singularidad, en tanto las organizaciones administrativas deben tener vida propia, diferenciada, originándose así los criterios de descentralización;
- d. responsabilidad, por cumplimiento de su misión;
- e. precedencia o, al menos, simultaneidad con las necesidades a satisfacer¹⁶.

¹² Op.cit. pág. 19

¹³ Principios cit., p.594.

¹⁴ W. Taylor, en Principios de la Administración Científica resumió las nuevas formas de organización industrial: se adoptan los elementos que facilita la Ciencia; se enfatiza en la armonía de los componentes de la empresa, la cooperación de las individualidades, el rendimiento máximo y la formación del personal. Fayol, por su parte, distingue en la empresa operaciones de dos tipos, técnicas (producción, fabricación, transformación) y administrativas (previsión, organización, dirección y coordinación). V.Fernando Garrido Falla. Tratado de Derecho Administrativo Vol.I Parte General Madrid 1980, p.222 y A. Méndez, Principios cit., p.591-592.

¹⁵ “En todo ordenamiento, junto a una norma de conducta, existe otro tipo de normas, que se suelen llamar de estructura o competencia. Son aquellas normas que no prescriben la conducta que se debe o no observar, sino que prescriben las condiciones y los procedimientos mediante los cuales se dictan normas de conducta válidas”. Norberto Bobbio. Teoría General del Derecho. Bogotá1987, p.147 y s. cit. por Daniel H.Martins. Objeto, contenido y método del Derecho Administrativo, cit., p.35-36.

¹⁶ Héctor Jorge Escola. Compendio de Derecho Administrativo. Vol I Bs.As.1984, p.244.

3. La organización administrativa (estatal) debe adecuarse a la Constitución y a la Ley, así como a los principios que constituyen reglas de derecho¹⁷ pero - a la vez- seguir un modo de gestión en el que pasan a ocupar un lugar preponderante las “tres E” (economía, eficiencia y eficacia), con recepción incluso a nivel constitucional, a través de una “buena administración”¹⁸.

En los años 1990, “irrumpe en el campo de la organización y gestión, un conjunto de teorías caracterizadas por su mayor humanismo y participación en la gestión tanto de empleados como consumidores”, lo que se conoce como la “cultura de la corporación” o la “gestión de la calidad total”, centradas en la atención del “cliente” y la mejora de la calificación hombre en todas sus dimensiones, no sólo en la dimensión económica”; se exige primerísimamente una ética administrativa¹⁹.

En nuestro país se destaca la ley 17.060 de 23-XII-1998, con una definición del interés público en su art. 20, y las Normas de Conducta en la Función Pública del decreto 30/003.

II) Estado y Administración: organización y derecho.

A. PRINCIPIOS DE LA ORGANIZACION

“Los problemas jurídicos surgen principalmente en vertiente externa del complejo organizado”, cuando se quiere dar unidad al conjunto y localizar, además, centros de decisión susceptibles de obligar a la totalidad de la organización²⁰.

El derecho de organización es el de la creación de los órganos, el de su estructuración y competencias, el de la coordinación y el control intra e interadministrativos; comprende la determinación de los procedimientos de selección de las personas físicas que actúan por la organización.

Méndez define la Organización administrativa como el “Ordenamiento orgánico y funcional en consideración a actividades y medios determinados”; entiende que no corresponde hablar de “Derecho de Organización” sino de “Principios de Organización”, en los que el Derecho tiene un puesto importante.

Anota los procedimientos en la materia:

a) período preparatorio, que comprende la valoración de los factores determinantes de la iniciativa, la elección del sistema orgánico y estructura adecuados y la determinación de los medios humanos, jurídicos, técnicos, económicos y materiales.

b) período de creación propiamente dicho, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

c) período de instalación que “es la instancia final en que se pone la organización en condiciones de funcionamiento”²¹.

B. ESTADO Y ORGANIZACION

1. Administración es sustantivamente una actividad y en sentido subjetivo una organización que desarrolla tal actividad, dentro del Estado. Es el Estado “actuando en función administrativa”²².

“El Estado no es meramente una realidad física caracterizada por la convivencia de hombres sobre un determinado territorio; es, fundamentalmente, una organización o empresa que persigue fines de interés común, sólo válidos en cuanto tengan por mira el pleno desarrollo del ser humano”²³; es, por cierto, una organización formal que ejerce poder.

“El género próximo del Estado es la organización, la estructura de efectividad organizada en forma planeada para la unidad de la decisión y la acción”, distinguiéndose por su calidad de “dominación territorial soberana”, que le permite “dotar a su ordenación normativa de una validez particular”²⁴.

¹⁷ Art.23 “a” del decreto-ley 15.524 de 9-I-1984.

¹⁸ Arts. 60 y 311 del máximo código.

¹⁹ V. Jaime Rodríguez-Arana. Ética y valores del servicio público en el proyecto de Estatuto de la Función Pública de España. Rev. De Derecho Administrativo. No.30/31 Año 11 Buenos Aires 1999, p.133.

²⁰ Ramón Martín Mateo. Manual de Derecho Administrativo. I.E.A.L. Madrid 1985, p.143-144.

²¹ La teoría del órgano.A.M.F. Mdeo.1971, p.233.

²² Renato Alessi. Instituciones de Derecho Administrativo t.1, Barcelona 1970 (traducción de la 3ª.edic.italiana), dice que Administración Pública “es el conjunto de centros de la función administrativa, es decir de órganos estatales a los que está atribuida en forma normal y característica el desarrollo de dicha función; en una palabra, el aparato administrativo”, p.38.

²³ H.Giorgi. La nueva administración pública Mdeo. 1965, p.11

²⁴ H.Heller, op.cit. p.255.

Ello sin perjuicio de la reconfiguración del Estado, en tanto “se reproducen las organizaciones sociales a su lado, dentro del Estado, supra o transnacionalmente”, lo que implica o puede implicar una atomización del poder político²⁵.

De todos modos, el Estado puede ser considerado aún la “forma política de lo social”²⁶, y sigue dotado de un poder fundado y dirigido al interés general, el cual en una dimensión ética puede asimilarse al bien común.

Tiene un régimen jurídico que se basa en disposiciones fundamentales y cuenta con una estructura y un cuerpo de funcionarios que garantiza un orden cuyo criterio fundante es dicho interés.

Debe reconocer –a su vez– que ese interés se satisface, en múltiples formas, por las actividades a cargo del sector privado.

2. El Estado “es la personificación jurídica de la política” dirigida por órganos o autoridades permanentes que integran un aparato; “la realidad estatal está formada por una cierta unidad, llamada unidad de orden, que la configura como ‘realidad organizacional y permanente’ (Jiménez de Parga) o ‘ente social con una ordenación estable y permanente’ (Biscaretti di Ruffia)”²⁷

“Es la organización del poder político dentro de una comunidad nacional, mediante instituciones objetivas que declaran el derecho y lo sostienen, conservando el orden mediante una dirección política y un cuadro administrativo diferenciado”²⁸.

En el Estado de Derecho, cuya actividad se regula y somete al Derecho y se reconocen los derechos fundamentales de las personas, por se, el poder estatal es institucionalizado y constituye un “deber”, “porque sus administradores están obligados a ejercerlo, y a ejercerlo legítima y adecuadamente”²⁹.

C. LA INSTITUCION ADMINISTRACION PUBLICA

1. La Administración Pública (la organización administrativa del Estado) se configura en el ámbito del “Estado persona”, en nuestro país en el de las diversas personas estatales.

“La teoría de la institución –concebida como un organismo que posee fines e instrumentos propios, para ejercitarlos de modo que superen en poder y duración a las personas físicas que la integran– proporciona la explicación más adecuada acerca del origen, funcionamiento y extinción de las personas morales (...)” Así ellas “no resultan una creación del legislador sino una realidad social que el derecho positivo no puede avasallar y que el Estado está obligado a respetar”

“El Estado concebido como persona jurídica es la institución por excelencia, perfecta y soberana, (...)”³⁰.

2. La Administración Pública configura un complejo de rodajes coordinados: el conjunto, la institución global, es el Estado (administrador) y cada rodaje es una institución particular con distintas denominaciones, según su naturaleza³¹

Dado lo expuesto, resulta necesaria una precisión; no procede identificar institución con persona jurídica. Garrido Falla³² indica las notas definitorias de una institución:

- a) realiza en su actuación una apropiación de los fines que persigue (...), la Administración es medial en cuanto al conseguimiento de los fines” públicos pero en tanto “asume como propios los fines que persigue, entonces estamos institucionalizando la Administración”;
- b) actúa con una fuerza propia para alcanzar sus fines”. Agrega que la Administración tiene esa fuerza, “si se quiere rutinaria, que la hace funcionar sola y que le da un movimiento de inercia con el que se consigue nada menos que lo siguiente: superar las crisis políticas de Gobierno”;
- c) la institución se rige por reglas propias de comportamiento, que es cosa distinta a decir que la institución (o concretamente la Administración Pública en cuanto institución) está sometida a Derecho.

Por el hecho de ser institución tiene sus propias reglas de conducta; es predecible lo que va a pasar.

Conociendo bien una institución son previsibles sus reacciones a la vista de un hecho concreto. Lo que

²⁵ Conf. Carmen L. Antunes Rocha. Constituição, soberania e Mercosul en A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional Año 1 No.2 Curitiba, Brasil 1999.

²⁶ Giorgio Del Vecchio. Filosofía del Derecho. Ed. Bosch. Barcelona 1974, p.423.

²⁷ José Roberto Dromi. Instituciones de Derecho Administrativo. Bs.As. 1973, p.10-12.

²⁸ Carlos S. Fayt. Derecho Político. Tomo I Gherzi Editor Bs.As. 1982, p. 166.

²⁹ Héctor Frugone Schiavone. Algunas premisas fundamentales para el estudio del Derecho Administrativo. R.U.E.A. T.1-Mdeo.1981, p. 63.

³⁰ Juan C. Cassagne. Derecho Administrativo t.I 5ª.edic. Bs.As. 1996, p.215.

³¹ Se sigue el planteo de Hauriou, que expone Manuel María de la Bandera. La teoría de la institución. R.U.E.A. T.1 1981, p.56

³² Fernando Garrido Falla. La posición constitucional de la Administración Pública en La Administración y la Constitución. Estudios Constitucionales Madrid 1980, p.10 y sigs.

puede ocurrir en el Ejército, por ejemplo, cuando un militar profesional tiene un comportamiento, o la reacción de la Universidad ante la conducta de un profesor (...)."

En general, también se identifica "ente" con persona jurídica, y –sin embargo– por ejemplo en algunas de las teorías institucionalistas, "ente" significa un "ser" (cosa que es) que tiene su propia estructura y organización y, por tanto, un orden (...)y que reduce a la unidad a los individuos así como a los otros elementos que lo componen, adquiriendo frente a ellos una vida propia y formando un cuerpo en sí mismo".³³

3. "(...)La organización, más acentuadamente de lo que sucede quizá en el campo del derecho privado, es para la Administración, un prius lógico, un antecedente, es decir, si no existe una organización jurídica legítima, no puede haber una actuación administrativa válida"³⁴.

La regulación de la organización de la Administración Pública, a través de las distintas personas estatales en que se verifica, es un aspecto relevante del Derecho Administrativo.

III) PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS: TIPOS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS DE DERECHO PÚBLICO.

A. CLASIFICACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS

Las personas jurídicas pueden clasificarse de la siguiente manera:

1. Públicas o privadas. El criterio de distinción surge de acuerdo a si se encuentran regidas por el derecho público o privado.

Los criterios de distinción son, esencialmente, los siguientes:

- a. forma de creación;
- b. cometidos a su cargo;
- c. fin propio de la organización;
- d. origen y disposición del patrimonio;
- e. presencia de prerrogativas y sujeciones especiales;
- f. modos de actuación (actos y procedimientos),
- g. régimen del personal;
- h. formas de control;
- i. responsabilidad;
- j. jurisdicción competente a su respecto.

En todo caso si "no es nueva la existencia de ideas en permanente pugna acerca de la exacta separación de lo público y lo privado", ni tampoco el que "entre ambas categorías, haya un número considerable de confusiones", "en la época actual, el conflicto público-privado presenta gran intensidad y nuevos aspectos, y el desarrollo de una zona <gris> grande y compleja, están dando lugar a una situación nueva en la sociedad y la administración"³⁵

2. Estatales o no. El criterio clasificatorio se resume a la pertenencia, o no, a la organización político-jurídica de la comunidad.

³³ Santi Romano, cit. por H.Frugone Schiavone. Introducción al estudio de la organización administrativa, R.U.E.A., t.1977, p.43 y sigs. La cita figura en pág.66 y también en Frugone, La actividad financiera del Estado. Temas de D.Administrativo 2, F.C.U. No.3, 1982, p.38. Agrega que, desde este punto de vista, "un órgano también es un ente, en cuanto tiene una estructura y organización propia y constituye un 'ordenamiento jurídico' (aunque parcial o sectorial o institucional)".

³⁴ R. Martín Mateo, op. cit., p.147.

³⁵ Dwight Waldo. La Administración Pública del cambio social. ENAP España 1974, p.18. El autor agrega que "se va hacia la administración y al mismo tiempo se huye de ella. Se tiende a publicar lo privado y a la vez a privatizar <reprivatización> dirían algunos, lo público. El resultado, cuando se combina con cambios tecnológicos y sociales de consideración, es la expansión de un área en la que lo público y lo privado, tal y como se han concebido convencionalmente, se entrecruzan en formas nuevas y muy frecuentemente extraordinariamente complejas", p.19-20.

B. Continuación. Las personas jurídicas en nuestro país.

La interrelación de los tipos incluidos en los apartados precedentes, permite las siguientes categorías:

1. Públicas estatales.

Ellas integran la organización del Estado.

Dromi explica que “en toda organización administrativa subyace una determinada organización política”. La centralización o descentralización políticas refieren a la estructura del Estado, a su “constitución orgánica”, “pero no determinan necesariamente la centralización o descentralización administrativa (...)”.³⁶

En el Uruguay –Estado unitario- tenemos:

- a) el Estado en sentido estricto (persona “pública mayor Estado”), al que pertenece lo que en algunos países se llama “Administración directa”;
- b) los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, que pueden configurar sociedades de economía mixta de acuerdo con el art.188 incs.1y 2 de la Carta.
- c) los Gobiernos Departamentales.

Las entidades incluidas en a) y b) son personas estatales menores, descentralizadas respectivamente por servicios y por territorio; conforman lo que en algunos sistemas se denomina “Administración indirecta”.

Los caracteres de las personas estatales (mayor y las menores) son:

- Creación por Constitución o ley;
- Deben guiarse por el interés general, cualquiera fuere el cometido que les asignen las normas³⁷;
- Sus bienes integran el dominio público o el fiscal;
- Su presupuesto se elabora según normas constitucionales;
- Su contratación se rige por el TOCAF;
- Sus actos administrativos son controlados y pueden ser anulados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo;
- Su responsabilidad se rige por el art.24 de la Carta;
- Sus agentes son funcionarios públicos;
- Están sometidas al control financiero externo del Tribunal de Cuentas y al control interno que corresponde;
- Poseen prerrogativas (expropiatorias, presunción de legitimidad de sus actos, etc.) y –a la vez- sujeciones especiales (deben motivar sus actos, la publicidad es la regla en sus actuaciones³⁸, etc.).

Entre estas distintas entidades, existen “lazos de articulación” jurídicamente estipulados (por ejemplo arts.197, 313, etc.de la Constitución), pero muchas veces de “vigencia real baja”, ya que “la realidad supera el modelo formal”³⁹.

2. Públicas no estatales: figura aumentada en número y desdibujada en su perfil original, de manera que actualmente su naturaleza deriva de la voluntad del legislador⁴⁰.

Los caracteres de aquel perfil son básicamente los siguientes:

- Creación por ley;
- Cumplimiento en general de cometidos de interés público;
- Ejercen prerrogativas (exenciones, facultades inspectivas y sancionatorias);
- Poseen patrimonio propio⁴¹, con fondos de origen público (pueden tener asignación legal de recursos) o privado;

³⁶ Roberto Dromi. Derecho Administrativo. 4ª.edic. Bs.As.1995, p.457.

³⁷ La ley17.060 de 23-XII-1998, art.20 establece que “el interés público se expresa en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad en las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos”.

³⁸ Art.7 de la ley citada en nota anterior: “Los actos, documentos y demás elementos relativos a la función pública pueden ser divulgados libremente, salvo que por su naturaleza deban permanecer reservados o secretos o hayan sido declarados tales por ley o resolución fundada. En todo caso, bajo la responsabilidad a que hubiese lugar por derecho”.

³⁹ Bernardo Kliksberg. ¿Cómo reformar el Estado?. O.N.S.C.Mdeo. 1987, p.15. Propicia una organización con los rasgos de flexibilidad, incluso dejando “ámbitos amplios de superposición para dar posibilidad al buen funcionamiento de proyectos interinstitucionales y a la capacidad de reestructuración rápida frente a los cambios en la realidad” y estímulo a la innovatividad a través de equipos con integrantes provenientes de diversas áreas

⁴⁰ V. Juan P.Cajarville Peluffo. Sobre reforma del Estado y Derecho Administrativo. Personas públicas no estatales. Cuadernos de Derecho Público No.5. Ed.Universidad.1996.

⁴¹ No perteneciente al Estado; “la ley que quisiera extraer de una persona pública no estatal una parte de su patrimonio, tendría que hacerlo con las mismas garantías que cuando se trata de entidades privadas”, como expone Horacio Cassinelli Muñoz. Las personas pública no estatales y la Constitución. Rev. De Derecho Público No.1-Mdeo.1992, p.13.

- Administración desarrollada por los propios interesados⁴²;
 - Sus modos de actuación derivan de aquel interés (fin debido de los actos, existencia de motivos válidos, publicidad);
 - Están sometidas a un control específico; en general sus actos son anulables por parte de órganos del Poder Judicial⁴³;
 - Su contratación no se rige por el art.33 y siguientes del TOCAF;
 - Las reglas de su personal son las del derecho laboral.⁴⁴
- Tienen actualmente cometidos muy variados y pueden constituir corporaciones, fundaciones, o ser "ejecutoras de políticas del Poder Ejecutivo"⁴⁵.
- En la relación con las estatales, también se dan problemas de articulación, incluso con ausencia de procedimientos para su solución.

3. Privadas no estatales de interés público.

Sus cometidos son de interés público, lo que determina una específica regulación, por ejemplo sobre procedimientos de control o de fomento, mediante colaboraciones, exoneraciones, etc.

En ese sentido téngase presente las instituciones de enseñanza y culturales, instituciones de asistencia médica colectiva, cooperativas de vivienda, etc..

Pueden también ser concesionarias de servicios públicos o realizar obras públicas o cumplir otros cometidos estatales, a través de distintas formas de tercerización.

4. Personas privadas. Se incluyen aquí las que no desarrollan actividades específicamente catalogables de interés público, como las sociedades comerciales.

5. Privadas estatales.

Cassagne expresa que "los fines que persigue el Estado al acudir a las formas jurídicas del derecho privado son bastante concretos y ellos consisten básicamente en dotar de una gestión ágil a la empresa, sometiéndola a las leyes y usos mercantiles (...)y otorgándole mayores posibilidades de financiación en cuanto a los créditos de terceros"⁴⁶.

Entre ellas se ubican las sociedades privadas de economía mixta.

En el Uruguay existen las referidas sociedades privadas de economía mixta, de acuerdo con el art. 188 incisos 3 y 4 de la Carta.

La ley presupuestal No. 17930 de 19-XII-2005, precisamente, en su art. 206 autoriza a A.F.E. "a participar de una sociedad anónima a ser constituida por la Corporación Nacional para el Desarrollo (...) para el transporte de cargas de modo ferroviario", remitiéndose expresamente a las disposiciones constitucionales antes citadas.

Agrega que esa sociedad "podrá intervenir en la rehabilitación de la infraestructura ferroviaria y también podrá adquirir material rodante"

Se reitera lo que dispone la Constitución: AFE deberá participar en la dirección de la empresa.

Se aprecia en esta disposición -lo ya hecho por anteriores actos legislativos- en cuanto a aludir al art. 188 incisos 3 y 4 de la Constitución en relación con un Ente Autónomo (o con un Servicio Descentralizado) en lugar de referir al Estado Central. También que se le autoriza a participar en actividades determinadas de empresa/s a constituir.

Cabe señalar que el Proyecto de Presupuesto remitido el 31-VIII-2005, art. 180 era más amplio, en tanto refería a la actividad de "construcción, conservación y explotación del modo ferroviario", "por intermedio de una o más sociedades anónimas (...)".

⁴² La dirección está a cargo de órganos en los que la mayoría está integrada por los sectores interesados, sin perjuicio de una posible minoritaria delegación estatal.

⁴³ En todo caso a su respecto es competente ese Poder y, en ningún caso, el T.C.A.

⁴⁴ Felipe Rotondo. Esquema sobre personas de derecho público no estatal A.D.A. T.VI-1998, p.51.

⁴⁵ José A. Cagnoni. Evolución del régimen jurídico de las personas públicas no estatales. Rev.Derecho Público No.1-1992, p.27 y sigs. Felipe Rotondo. Visión actual de las personas públicas no estatales. Rev.Derecho Público No.18-2000, p.87.

⁴⁶ Cassagne, op.cit.t.1, p.364, alude también a "la limitación de responsabilidad propia de algunas formas societarias" y concluye que "aparte de lo cuestionable que resulta (...)eliminar -en tales supuestos- la responsabilidad del Estado por los actos de una sociedad mercantil de su propiedad (o que administra) creemos que el Estado, en cuanto asociación perfecta o soberana, no puede guiarse en este aspecto por finalidades propias de quienes privadamente unen sus capitales para la realización de un negocio o negocios mercantiles" Más adelante indica que el régimen comercial "no significa que no puedan coexistir conjuntamente algunas relaciones de derecho público que impliquen una derogación o excepción al régimen común que las caracteriza. Tal acontece, por ej., con el acto de designación o revocación del mandato de los miembros del Directorio por el Estado en una S.A. el cual puede regirse por el derecho administrativo".

⁴⁷ La ley 17.556, art. 152 autoriza al Ente PLUNA a enajenar las acciones que tiene en Pluna S.A. a empresas nacionales o ciudadanos uruguayos.

Sobre el tema interesan también las leyes: No.16.211, art.6 (PLUNA)⁴⁷; No.16.832, art.22 (UTE)⁴⁸; No.17.243, art.20 (ANP)⁴⁹; No.17.443 (ANTEL)⁵⁰.

La ley 17.292, art.7, exige que la “sociedad a constituir” por los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado, debe admitir jurídicamente la existencia de un órgano de contralor interno, integrado” por representantes de los Entes descentralizados participantes, “en forma proporcional a su participación”.

Encomienda a la Auditoría Interna de la Nación el dictado de “las normas técnicas generales a las que deben someter su actuación los representantes” de esos Entes; la Auditoría dictó resolución al respecto el 5-IX-2001.

Por su parte, aquellos Organismos deben someter al control *directo* del Tribunal de Cuentas la creación de sociedades comerciales con su participación, según la Ordenanza No. 78 dictada por ese Tribunal el 25-IV-2001.

Delpiazzo estima que “la sola presencia del Estado (en sentido amplio) califica en todos los casos a la institución de que se trate, cualquiera sea el quantum de su aporte”⁵¹; se comparte ese criterio, pero procede tener en cuenta que para otros autores, la calificación de (privada) estatal será válida si ese aporte es total o mayoritario.

- Encontramos, por otra parte, las sociedades anónimas estatales, con regulación por acto legislativo, por ejemplo ley 16.713, arts.92 y 94: Administradora estatal de Fondos de Ahorro Previsional (la AFAP República)⁵².

Lo fueron también entidades privadas expropiadas en su momento por el Estado. También

Cassinelli Muñoz considera, con razón, “leyes de cuestionable legitimidad constitucional”, las que permitieron sociedades comerciales de derecho privado, íntegramente estatales⁵³.

La realidad es –utilizando términos de Hauriou– que “la actividad administrativa no se manifiesta solamente por la creación y la gestión de servicios públicos propiamente dichos, según los procedimientos del Derecho Público; se manifiesta también por la creación de obras administrativas que son administradas por procedimientos de derecho privados. Y, en lo venidero, habrá cada vez más servicios privados al lado de servicios públicos”⁵⁴.

C. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO

1. En el ámbito de las personas públicas estatales se configura la “Administración Pública”^{55/56}.

Esta implica la existencia de diversas maneras de atender la satisfacción del interés general, con medios que exorbitan a la actividad privada; esa Administración puede ser nacional, municipal (local) y también internacional o, en su caso, correspondiente al derecho de integración.

⁴⁸ Puede participar en empresas de capital mixto, público o privado, siempre que las mismas tengan por objeto principal la instalación de nuevas plantas generadoras o la realización de nuevas líneas de transporte, ampliando el sistema de transmisión para interconectar con los países de la región. Ello con autorización del Poder Ejecutivo y mediante procedimientos que aseguren la publicidad e igualdad de trato a los oferentes, y cuya decisión debe fundarse en un estudio de factibilidad de la inversión resultante.

⁴⁹ Le autoriza a participar, en sociedad con capitales privados, “en la administración, construcción, conservación y explotación de una terminal de contenedores en el Puerto de Montevideo”, a través de una sociedad anónima constituida por la Corporación Nacional para el Desarrollo (decreto 137/00 y resolución del Directorio de la ANP 519.3/218 de 14-XI-2001).

⁵⁰ La admisión de capitales privados o la venta de acciones en la prestación de telefonía celular terrestre de ANTEL exige autorización legislativa según art. 188 de la Constitución.

⁵¹ Op.cit., p.60.

⁵² El art. 81 de esa ley le asigna el cometido de “constituir y organizar, con independencia del patrimonio del Ente y en régimen de derecho privado, actuando solo o en forma conjunta con instituciones financieras del Estado, una entidad administradora de fondos de ahorro previsional”. Los arts. 92 y 94 que actuando separada o conjuntamente con los Bancos República, Hipotecario y de Seguros del Estado, podrán formar AFAPs, “de las cuales serán propietarios”.

⁵³ Derecho Público, Mdeo. 1999, p.308-309 Refiere a las leyes que han admitido que personas estatales sean accionistas de empresas organizadas como sociedades comerciales, cuyo capital es totalmente estatal, en las cuales “el control estatal” sobre el funcionamiento “se hace a través de los mecanismos internos de la sociedad. Si el Estado recibiera por donación o herencia el 100% de las acciones de una anónima, “la situación, de acuerdo a la Constitución, no puede permanecer (...)”.

⁵⁴ “La jurisprudencia administrativa desde 1892 a 1929”, cit. por D.H. Martins, Objeto, contenido y método del D.Administrativo, ya mencionado, p.206.

⁵⁵ “El conjunto de órganos y entes estatales estructurados orgánicamente para desempeñar con carácter predominante la función administrativa conforma la Administración Pública, considerada desde el punto de vista orgánico”. J.C.Cassagne, op.cit. T.I, p.318

⁵⁶ Garpar Ariño Ortiz. La Administración Institucional (Bases de su régimen jurídico) 2ª.edic. Madrid, 1974, pág. 24 dice que “ninguna persona con forma de sociedad puede adquirir la cualidad de ente público ni ser considerada jurídicamente como Administración-sujeto (lo cual no quiere decir que no estén vinculadas, y muy estrechamente, a la Administración (...)).”

Por los fines o medios en juego, la administración también puede ser “semi pública”, caso de las personas públicas no estatales.⁵⁷

El art.191 de la Constitución alude a los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados “y, en general, todas las administraciones autónomas con patrimonio propio, cualquiera sea su naturaleza jurídica”: tales administraciones, pese a ser “autónomas”, no configuran Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.⁵⁸

En una acepción estricta, si integran una entidad estatal, serán “Administración Pública “ y más aún, podrán serlo en la Administración Central, como es el caso de la Dirección General de Casinos del Estado

2.Dado el panorama ya trazado, de personas estatales de diversa naturaleza, como principio cabe seguir afirmando que “el Estado es siempre persona pública, aun cuando penetra en la esfera de las relaciones en que se mueven los entes o las personas privadas. La Administración es siempre persona de derecho público que realiza operaciones públicas, con fines públicos y dentro de los principios y de las formas del derecho público, aunque revista sus actos también con formas que son comunes al derecho privado y use de los medios que éste autoriza y para objetos análogos”⁵⁹

Por su parte, con respecto a los actos reglados por el derecho privado

(art.27 num.4 del decreto-ley 15.524 de 9-I-1984, orgánico del T.C.A.)⁶⁰, Méndez ha señalado que son excepcionales y que, aun cuando para ciertos actos exista esa regulación, si la imposición normativa no es categórica, si la solución no es exclusiva, la Administración puede disponer y aplicar sus normas⁶¹

3. García de Enterría y Fernández⁶² expresan que “en lo que se refiere al Derecho de la Organización, puede observarse que la Administración Pública utiliza en ocasiones formas organizativas que son propias del Derecho privado.

Así, por ej., la forma de sociedad mercantil (...) Lo mismo ocurre con las formas privadas de contabilidad para evitar los rigores de la contabilidad pública que dificultan gravemente la realización de ciertas actividades”. Ello significa que “las formas del Derecho Privado se han objetivado y constituido en técnicas independientes que pueden utilizarse de una manera puramente instrumental por los entes públicos.

Este carácter instrumental (...)se pone de relieve por el hecho de que siempre encontramos en el fondo de dicha utilización un núcleo público, una previa decisión de carácter público. Así, por ejemplo, aun cuando las llamadas sociedades estatales estén constituidas como sociedades anónimas y actúen en el tráfico de acuerdo con el Derecho Privado, es siempre preciso para poder constituir las que se tome previamente una decisión, un acto de carácter público administrativo, al que se llega después de haber seguido un procedimiento también administrativo”.

Refieren al error de las corrientes doctrinales “para las que la aplicación

de técnicas de Derecho Público o Privado carece hoy de contenido sustancial”, “ya que entre unas y otras técnicas hay una diferencia fundamental, que consiste precisamente en que ese núcleo primero irreductible de Derecho Público que acompaña o precede inexcusablemente a toda actuación de derecho privado de la Administración es la expresión del centro subjetivo último de la Administración como organización política, el que somete, domina e instrumentaliza todas las manifestaciones orgánicas y funcionales de la Administración, de modo que en la aplicación al mismo del Derecho Administrativo podemos y debemos hablar de un verdadero límite sustancial”.

⁵⁷ La ley 17.060 de 23-XII-1998, art.8, modificó el art.175 del Código Penal, incluyendo en el concepto de funcionarios públicos—a los efectos de ese cuerpo normativo— a los funcionarios de esas entidades.

⁵⁸ Horacio Cassinelli Muñoz. Una nueva categoría institucional: el organismo descentralizado especial del art.190. Rev.D.J.A. T.62 No.6-7-8, p.121 y sigs. Recuerda que en la Cámara de Representantes se pensó en las Comisiones Nacionales de Educación Física, de Turismo, Honoraria para la Lucha Antituberculosa, Cajas de Compensaciones por Desocupación y las de Asignaciones Familiares, ante lo cual el miembro informante Dr.Ciasullo logró que el artículo volviera a Comisión para excluir “esa clase de organismo”: Las Cartas de 1934 y 1943, arts. 187 y 184 respectivamente, aludían a “todas las administraciones autónomas”, las que podían identificarse con los EEAA y los SSDD, mientras que el texto vigente desde 1952 permite concluir en “formas de descentralización atípicas”, que podrían constituir situaciones de desconcentración o también entidades como las públicas no estatales. Con respecto a este punto, del mismo autor, Las personas públicas no estatales y la Constitución, Rev.Derecho Público No.1-1992, p.13 y sigs.

Así podrá ubicarse, por ejemplo, la Comisión del Fondo Nacional de Música (ley 16.624 de 10-XI-1994), a la cual por decreto 362/996 se ha dado naturaleza de persona pública no estatal.

A veces se han pretendido colocar bajo ese manto, Comisiones insertas en Ministerios: por ej. el art.436 de la ley 16.170 de 28-XII-1990 estableció que el P.E. puede crear comisiones honorarias con el único cometido de administrar y ejecutar proyectos previstos en el Plan de Inversiones Públicas, las que deben cumplir con el art.138 TOCAF; se integran por personas de reconocida solvencia moral y cívica, atendiendo sugerencias de organizaciones sociales con personalidad jurídica, representativas en la respectiva zona.

⁵⁹ Informe de la Comisión que proyectó el Código de procedimientos administrativos y de lo contencioso administrativo, publicado en 1905, que cita Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo T.I Mdeo.1963, p.160-161, nota 3.

⁶⁰ Excluidos de la jurisdicción de dicho órgano.

⁶¹ A. Méndez. Lo contencioso de anulación en el Derecho uruguayo, Mdeo. 1952, p. 15).

⁶² Curso de Derecho Administrativo Madrid 1981, T.I, p.41-48.

En el “Derecho Patrimonial”; dichos autores aprecian algo similar: “también en este caso existe un núcleo último irreductible de carácter público (la decisión de celebrar un contrato privado, la selección del contratista, la inserción del patrimonio privado en la organización público a los fines de su servicio instrumental).”

Dada la índole de la cuestión, importa subrayar –en palabras de dichos autores– que “el Derecho Administrativo no es un Derecho privilegiado. Junta a los privilegios, en más y en menos, que componen el estatuto singular de las administraciones públicas donde existe todo un cuadro de garantías para los ciudadanos, que tiende a perfilar una situación de equilibrio”.

Más adelante⁶³ indican que la utilización del Derecho privado no puede extenderse “al núcleo político de la Administración, como organización y como actividad. Es más: veremos que en uno y otro aspecto la instrumentalidad de los entes que se personifican o funcionan iure privato remite su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también, y no puede dejar de serlo, el ámbito interno de las relaciones que conexian a dichos entes con la Administración de la que dependen”.

También⁶⁴ que con la utilización por la Administración de la forma de sociedad anónima en la que entra como socio único se excede notoriamente el funcionalismo propio de esta forma de personificación. Una sociedad mercantil responde al principio corporativo o asociativo (...). En la técnica de sociedades de economía mixta la Administración “se adecua “a ese principio básico”; si –en cambio- aparece como socio exclusivo “se pone en marcha el principio institucional de personificación. La sociedad aparece como una simple forma (...) para encubrir la creación de un ente filial puro y simple, esto es una organización convencional con fines instrumentales de gestión de algo que es propio y no de un conjunto de personas (...)”.

Tal sociedad en su relaciones con terceros va a regirse por el Derecho privado, “pero internamente es realmente una pertenencia de la Administración (...) un ente institucional propio de la misma. Ad intra, en las relaciones entre la sociedad y su ente matriz, esta realidad se impone, de manera que el gobierno que sobre la misma efectúa dicho ente no se limita a lo que deriva de su status jurídico privado de socio, sino que cae de lleno en la regulación jurídico pública (...)”.

4. En la doctrina nacional, Brito ha expuesto que “no se trata, sin más, de la actuación” del Estado “mediante el dictado de actos de derecho privado, extremo legítimo y admisible”, antes, de su gobierno (organización y funcionamiento) con ajuste al derecho privado. ¿No supondría esto una contradicción in terminis, porque el Estado y sus entes son constitutivamente –por razón de ser– entes ‘públicos’, para el ‘público’?”.

Agrega de inmediato que “este extremo es exigencia derivada de la forma democrática republicana adoptada por la Nación para su gobierno (art.82 de la Constitución)”; también que el Estado, como ente servicial o vicarial, para el bien colectivo, nunca podrá hallarse en situación de libertad, “connotación propia del Derecho privado”, “(...) las suyas serán situaciones jurídicas de deber en orden a la consecución de los fines públicos –bien de la comunidad– a su cargo”.

Antes había planteado la cuestión fundamental, “saber si los entes públicos han de desarrollar actividad económica –por regla de principio- o si antes bien, no será necesario adecuar ese quehacer restableciéndolo predominantemente para el campo propio de la libertad, que atañe o es de los privados (Constitución de la República, arts.7, 10 y 36)”⁶⁵.

5. OTROS REGÍMENES.

Veamos lo que sucede en otros derechos:

5.1 Francia.

En Francia son personas jurídicas públicas, el Estado, las entidades territoriales (departamentos, comunas) y los establecimientos públicos (que incluyen las regiones, distritos que agrupan diversas comunas, sindicatos de comunas, comunidades urbanas)⁶⁶. También tienen esa calidad las organizaciones de los servicios administrativos que reciben liberalidades (de asistencia, culturales), aquéllos que gozan de especial

⁶³ García de Enterría y Fernández, op. cit. T.1, p.348.

⁶⁴ op.cit., p.350

⁶⁵ Mariano R. Brito. Transformaciones en la actividad de los entes públicos. Cap.V de la obra “Derecho Administrativo de la Regulación Económica”, cit.Mdeo.1998, en especial, p.73-79.

⁶⁶ Jorge Silva Cencio. Algunos aspectos del actual derecho administrativo francés. Rev.Fac.Der- Año XXIII-1975 Nos.3-4, p.381 y sigs. anota que “las fórmulas jurídicas superan incluso el dualismo descentralización territorial (departamentos, comunas)- descentralización por servicios (establecimientos públicos), puesto que justamente la descentralización territorial (en sentido amplio) se realiza habitualmente mediante la figura del establecimiento público, que tradicionalmente era considerado como la propia de la descentralización por servicios”

autonomía (universidades), los “establecimientos públicos comerciales e industriales”, y posteriormente, personas “innominadas” de derecho público (Ordenes Profesionales, Agencia France Presse, Conjuntos Urbanos). En este caso, pese a que la creación proviene de la iniciativa privada, se rigen por el derecho público.

En líneas generales, de todos modos se sigue la calificación legal; de no existir ésta, se toman en cuenta el origen, las prerrogativas, la organización y el control, de modo conjunto.

Los “establecimientos públicos” se siguen distinguiendo, pues, respecto de los establecimientos (privados) de interés público que no cumplen un “servicio público”, pero que poseen un determinado interés relevante.

Se ha dicho que “la administración no está más solamente dentro de la administración”. “Determinar si se trata de personas públicas o privadas no preocupa demasiado (...) ya que el criterio rector de la competencia y el derecho aplicables se determina por otras reglas (el principio del servicio público, la participación en el servicio, la misión de servicio público, etc.)”⁶⁷.

5.2 En Italia son personas jurídicas públicas, el Estado, las regiones, provincias, comunas, consorcios de entes públicos (autárquicos), corporaciones profesionales, sindicatos, instituciones de beneficencia⁶⁸ y los establecimientos para-estatales⁶⁹.

Los elementos definitorios que se toman en cuenta son básicamente el ejercicio del poder público, la creación y un fin de interés público, en conexión con el control, pero sin exigirse la configuración de todos estos aspectos.

5.3 En Portugal M.Caetano⁷⁰ señala que la Administración Pública comprende a los órganos de las personas jurídicas que tengan competencias para desarrollar de modo constante la iniciativa considerada necesaria a la realización de las finalidades específicas de seguridad y bienestar incluidas en las atribuciones de esas personas.

Los elementos que se toma en cuenta son –en líneas generales– los ya vistos, sin considerarlos taxativos.

5.4 En Argentina la organización administrativa nacional, comprende la administración pública central y la descentralizada, sea territorial o institucional. Esta comprende entidades autárquicas, con cometidos administrativos no industriales o comerciales, caso de las universidades; empresas del Estado y entidades descentralizadas atípicas.

En base a los arts.2 de la Constitución y 33 del C.Civil, la Iglesia Católica tiene calidad de persona jurídica pública.⁷¹

También se tienen personas públicas no estatales creadas, excepcionalmente, “por contrato o acto constitutivo privado, pero estando ligada la entidad al Estado por un vínculo de derecho público, v.gr., universidades privadas” o a ellas el Estado les confiere competencias de derecho público, “como imponer aportes obligatorios, asociación obligatoria, poder disciplinario sobre sus miembros, control de matrícula. Es el caso de los colegios o consejos profesionales”.⁷²

Se configuran sociedades comerciales de propiedad o control del Estado, de derecho privado, a las que –a veces– se les engloba como “entes estatales descentralizados”.

⁶⁷ Silva Cencio, op.cit.,p. 401-402.

⁶⁸ Creadas por particulares y con fondos privados.

⁶⁹ Para Alessi, op.cit.p.54, “las entidades paraestatales (mera terminología a la que no correspondería distinta categoría jurídica) no son otra cosa que entidades dotadas de personalidad jurídica pública, de las que se sirve el Estado para la realización de servicios de carácter nacional frente a las entidades autárquicas de carácter local”.

⁷⁰ cit.por D.H.Martins, La ciencia del Derecho Administrativo ante el siglo XXI, inédito.

⁷¹ Eduardo Algorta del Castillo. Calificación jurídica del Estado uruguayo en materia religiosa. Universidad de Navarra. 1984, p.521, señala que en el sistema nacional “pueden existir confesiones que pretendan acceder al status de persona pública no estatal en base a la interpretación que nos sugiere la actual redacción del art.21 del Código Civil.en el contexto del derecho constitucional vigente. En este sentido, la cooperación entre el Estado y los grupos religiosos viene exigida por los principios de libertad religiosa, de laicidad y de igualdad”. Cabe indicar que bajo la Carta de 1830, y más con aquel art. 21, la Iglesia Católica Uruguayo fue una persona jurídica de derecho público.

⁷² Roberto Dromi. Derecho Administrativo. 4ª.edic. Bs.As.1995, p. 465.-467.

IV. LA REFORMA O TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO

A. CONCEPTO

En el informe sobre la Administración Pública uruguaya, formulado por la Comisión de Inversiones y Desarrollo Económico, en 1965⁷³ se afirmó que “la eficiencia administrativa (...) depende de determinadas condiciones que fueron elevadas a categoría de principios. Algunos de ellos sin duda contienen verdades fundamentales, que deben orientar la organización o reorganización estructural y el funcionamiento de los servicios públicos”. Incluía el de que “la administración debe operar bajo orientación y contralor centralizados y ejecución descentralizada (...) La descentralización operativa implica, fundamentalmente, la desconcentración del poder de decidir. Tan importante es este aspecto que fue considerado un principio en sí mismo: la responsabilidad conlleva la autoridad”

Obsérvese la referencia a diversos institutos de la organización administrativa que deben ser debidamente perfilados.

En la “reforma del Estado” uruguayo, por lo mismo, se comprenden –entre otros– aspectos estructurales que inciden en su organización, sin perjuicio de destacar también los relativos al funcionamiento.

La reforma o transformación del Estado es el proceso que tiene por objetivo reformularlo, en base a planes determinados basados en conceptos propios de la organización administrativa y que persiguen el fin de su transformación, con adaptación a las nuevas realidades, para lograr más eficaz y eficientemente el interés general

B. COMPETENCIAS

El art.60 de la Constitución refiere a la creación del Servicio Civil, “que tendrá los cometidos que (la ley) establezca para asegurar una administración eficiente”.

La ley 15.757 de 15-VII-1985 que crea la O.N.S.C.; le confiere la “atribución” de “asesorar” preceptivamente a la Administración Central y Organismos descentralizados por servicios y a los Gobiernos Departamentales que lo soliciten, sobre “la organización y funcionamiento de sus dependencias”(art.4 “b”); el decreto 114/997, de reformulación de esa Oficina, también alude a su cometido sustantivo de “asistir al Sector Público” en el “diseño organizacional”.

Por su parte el art. 69 de la ley 17930 de 19-XII-2005 dispuso que el Presidente de la República, actuando en Consejo de Ministros determinará la política de transformación del Estado con asesoramiento de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y de la Oficina Nacional del Servicio Civil⁷⁴.

El art. 703 de la ley 16736 de 5-I-1996 fue sustituido por el art. 70 de la ley 17930 eliminando, entonces, el Comité Ejecutivo para la Reforma del Estado (CEPRE). De esta forma se cometió a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y a la Oficina Nacional del Servicio Civil, que actuarán coordinadamente con el Ministerio de Economía y Finanzas, el programa de transformación del Estado otorgándose, asimismo, la tarea de verificar el cumplimiento de las metas fijadas al respecto.

La transformación se realiza para “implantar y dar continuidad al programa de modernización del Estado” y verificar sus metas; tiene como “cometidos”, los de “dictaminar sobre los proyectos de estructuras organizativas” y “promover el reordenamiento de las estructuras organizativas tendiendo al fortalecimiento de los cometidos sustanciales (...)”, art.706 de la ley 16736, en lo pertinente.

El art.730 de la ley 16736 prevé que los proyectos de reformulación de estructuras organizativas funcionales de los Incisos 02 al 14 del Presupuesto Nacional se aprueban por el Poder Ejecutivo. e informarán a la Asamblea General del Poder Legislativo, no pudiendo comenzar la ejecución hasta transcurridos 30 días de la remisión⁷⁵.

Por su parte el art.731 de la ley aludida en último término refiere a los restantes Incisos del Presupuesto Nacional.

⁷³ Programa de reforma administrativa. Publicación del Instituto Nacional del Libro Mdeo.1989. págs.36 y sigs.

⁷⁴ La asignación competencial en exclusividad al Consejo de Ministros no se adecua a lo dispuesto en el art. 160 de la Constitución.

⁷⁵ “(...) puede decirse que las principales transformaciones se están operando en el sistema orgánico Poder Ejecutivo”, conf.C.Delpiazzo, en el Cap.III Reforma del Estado. Derecho Administrativo de la Regulación Económica, Mdeo. 1998,p.53 y sigs.

C. DESESTATIZACIÓN:

Es el pasaje de actividades de las entidades estatales a públicas no estatales (casos de la Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales (ley 16.736, art.341), Institución Plan Agropecuario (ley 16.736, art.241), “sucesores” de reparticiones estatales específicas.

En el caso del Plan Agropecuario se prevé expresamente un “régimen de funcionamiento administrativo y comercial” según “normas del derecho privado y comercial” o “de la actividad privada”, en especial “en cuanto a su contabilidad, estatuto de personal y contratos”, a la vez que se establece el control estatal de la gestión y de los balances, así como la anulación de sus actos por tribunales civiles.

Con respecto al Instituto de Promoción de la Inversión y las Exportaciones de Bienes y Servicios (ley 16.736, art.202 y sigs.), se previó el pasaje de funcionarios que revistaran en dependencias de los Programas 02 a 14 del Presupuesto Nacional, con competencia en la materia de este Instituto.

En el sentido expuesto se observó la reciente creación, en forma de persona pública no estatal, del Instituto Nacional de Calidad (INACAL), art. 175 de la ley 17930 .

Este Instituto es competente para “orientar y coordinar las acciones de un Sistema Nacional de Calidad”. Viene a sustituir al Comité Nacional de Calidad, creado por decreto No. 177/991 de 1-IV-1991 en el ámbito del Inciso 02-Presidencia de la República, a cuya Secretaría se le asignó el “organizar, dirigir y coordinar el Programa Nacional de Calidad, en la producción de bienes y servicios del país”, en términos del decreto 380/997 de 10-X-1997; a posteriori, por decreto No. 175/001 de 15-V-2001 se estableció que dicho Comité funcionaría en la órbita del Ministerio de Industria, Energía y Minería, además de modificarse otros aspectos, como la integración del Comité, la creación de un Consejo Directivo dependiente de aquél, etc.

Se está ante una entidad pública estatal que se transforma en pública no estatal; la cual –como otras entidades de esta naturaleza en la etapa de su desdibujamiento– tiene un único director nombrado por el Poder Ejecutivo y una integración con origen del sector privado, en órgano asesor.

D. PROHIBICIONES, SUPRESIONES, FUSIONES y EN SU CASO SEPARACIONES.

Los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial, con excepción de los Bancos República, Central y de Previsión Social, “no desarrollarán actividades cuyos ingresos directos no sean suficientes para cubrir los gastos y amortizaciones que aquéllas ocasionen”, como regla (arts.5 “B” ley 16.211). Esta ley, art.15, suprimió el Servicios Descentralizado ILPE.

“Al proyectarse las nuevas estructuras organizativas, podrá disponerse (...) la fusión o supresión de las unidades ejecutoras de cada Inciso”, y “sólo podrán ser unidades ejecutoras aquellas que tengan a su cargo cometidos sustantivos” (arts.707 y 708 ley 16.736).

Al respecto procede citar los decretos 255/995 de 11-VII-1995 y 186/996 de 16-V-1996.

El primero de ellos, en su art.1 dispuso que en la formulación del Presupuesto Nacional (Incisos 02 a 14) debían fortalecerse “los cometidos sustantivos de cada Secretaría de Estado en la formulación de su misión y objetivos, políticas sectoriales y aspectos normativos, de regulación y de control”.

La atención en los “cometidos sustantivos” o “sustanciales”⁷⁶ incide en los cometidos a cargo de la Administración y, por lo mismo, en uno de los aspectos de la competencia orgánica.

La ley 17.930 de 19-XII-2005 parte de la base de la existencia de ese tipo de cometidos.

⁷⁶ Según el Diccionario de la Real Academia Española, “sustantivo” es “lo que tiene existencia real, independiente” y “sustancial”, “lo más esencial y más importante”. De acuerdo con el decreto 186/996, art.17 lo son “las actividades referidas a la formulación de políticas, las de regulación y las de control, asignadas al Estado por la Constitución o la ley”. La actividad de prestación de servicios no queda incluida, y el Estado la cumplirá “directamente” “sólo cuando ello esté impuesto por la Constitución o la ley, cuando su ejecución por los particulares no garantice la equidad en el acceso de la población a los mismos o cuando existe una relación adecuada entre el costo del servicio y el resultado obtenido”.

E. PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y CONTROL.

Existe, en nuestros días, de acuerdo con lo que puede observarse hasta el momento, una separación entre los cometidos prestacionales y la competencia de regulación y/o control, lo que tiene incidencia orgánica, a través de la: aparición de órganos con autonomía técnica.

El antes citado decreto 186/996, en su art. 19 estableció que “En todos los casos en que un servicio sea cumplido por la misma unidad organizativa que lo regula y lo controla, ésta deberá reorganizarse a fin de separar la actividad normativa y fiscalizadora de la prestacional, priorizando las actividades de regulación y fiscalización”.

La ley 16.736, en su art. 746, determinó especialmente la pertinencia de esa separación de competencias respecto de los servicios postales

De esta manera surge la creación de las Unidades Reguladoras de Servicios de Comunicaciones (URSEC)⁷⁷ y de Servicios de Energía y Agua (URSEA)⁷⁸..

Un rol similar tienen las Superintendencias de Seguros y Reaseguros, ley 16.246, art.6 y ley 16.696, arts 41 y 59 y de Instituciones de Intermediación Financiera, ley 16.696, arts.38 a 40⁷⁹ y del propio Banco Central, que integran esas Superintendencias, según ley 17.613⁸⁰ y ley 16.713, arts.134 a 136 respecto de las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional).

F. APLICACIÓN DE CRITERIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN.

En ese sentido:

-Los balances de las “empresas del Estado”, comerciales e industriales, se expresarán en los estados de situación patrimonial y de resultados, según leyes No.16.060 y 17.040.

-En el primer presupuesto de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados industriales y comerciales, de cada período de gobierno, con excepción del BROU, BCU y BPS, se acompañará con “un informe explicativo de los planes y metas” para el quinquenio, “con una proyección de las inversiones correspondientes”, así como de una “explicación de la vinculación del presupuesto con sus metas y programas”. Tales Organismos no desarrollarán como regla actividades no incluidas en sus presupuestos ni aquellas cuyos ingresos directos no sean suficientes para cubrir los gastos y amortizaciones (arts.4 y 5 ley16.211).

- El Poder Ejecutivo puede comunicar a esos Organismos “su criterio sobre la ejecución presupuestal de sus gastos de funcionamiento”, ley 17.243, art.23.

-Con autorización de ese Poder e informe del Banco Central, dichos Organismos pueden emitir obligaciones o debentures para financiar proyectos de inversión, ley 16.462, art.272.

-Las sociedades comerciales respecto de las cuales organismos estatales sean tenedores de acciones o titulares de participaciones, deben inscribirse en el Registro de Valores del Banco Central del Uruguay y publicarán estados contables auditados en el Diario Oficial y páginas web en Internet, con control del Tribunal de Cuentas, ley 17.555, art. 25.

-El incremento anual del “gasto primario corriente del Gobierno Central” debe dlimitarse para que no supere, en términos reales, un monto que afecte los parámetros de la estabilidad macroeconómica y la sostenibilidad de las cuentas públicas, ley 17.930, art. 32.

-El sistema presupuestario debe incluir, sin excepción, todos los ingresos y gastos de cada Inciso” presupuestal, figurando por separado y con sus montos íntegros, sin compensación entre sí, ley 17.930, art. 47.

⁷⁷ Creada por el art. 70 de la ley 17.296 y regulada por sus arts. 71 a 97, con modificaciones introducidas por ley 17.598, art. 23 y ley 17.930, art. 194; también ley 17.556, art. 89 y arts. 195 a 198 de la ley 17.930.

⁷⁸ Creada por la ley 17.598, sustituyendo a la Unidad Reguladora de la Energía Eléctrica creada por la ley 16.832, art. 2. La ley 17.598 tiene modificaciones introducidas por los arts. 189 y 192 de la ley 17.930, la cual trata de la Unidad en sus arts. 190, 191 y 193.

⁷⁹ El art. 39 modificado por la ley 17.613, art. 5.

⁸⁰ Su art. 1° prevé que ese Banco “ejercerá sus potestades normativas, de control y sancionatorias sobre las entidades de intermediación financiera que integren un grupo económico con otras empresas, teniendo en cuenta la existencia, solidez y solvencia de la entidad controlada (...)”.

G. DESARROLLO DEL INSTITUTO DE LA DELEGACIÓN DE ATRIBUCIONES

Es otro instrumento fundamental, desde el punto de vista del funcionamiento de la Administración, a los efectos del ejercicio adecuado de las competencias.

Se ha proyectado, incluso, fuera de la estructura jerárquica respectiva, caso del decreto 264/996 por el cual el Poder Ejecutivo delegó en el Directorio del Banco de Previsión Social la atribución de otorgar jubilaciones y pensiones civiles (art.168 ord.3 de la Constitución).

H. DESARROLLO DE LA DESCONCENTRACIÓN.

En ese sentido se destaca la desconcentración de origen reglamentario y la no privativa.

Ello sin perjuicio de la emergente de normas legales, como es el caso de la Unidad de Gestión Desconcentrada creada por la ley 17.902 en la Administración de las Obras Sanitarias del Estado, a quien corresponde el servicio público de saneamiento y abastecimiento de agua potable para el consumo humano en el departamento de Maldonado.

I. DESCENTRALIZACIÓN

Se observa un énfasis en la “descentralización” en un sentido más amplio que el orgánico.

Por ejemplo, en el decreto 255/995, art.1 “c”, se aludió a que “se descentralizarán funcionalmente las actividades de prestación de servicios, empezando por aquellas que puedan autofinanciarse con recursos propios (...)”

Ese sentido se ha constitucionalizado al preverse en el último inciso del art. 50 de la Carta, agregado en la reforma de 1996, que “el Estado impulsará políticas de descentralización, de modo de promover el desarrollo regional y el bienestar general”.

En el sentido específicamente orgánico, se destaca la materia propiamente “municipal”, correspondiente a la competencia de las “autoridades locales”, emergente de la reforma constitucional citada, art. 262 inciso 3°.

J. ACENTUACIÓN DEL PODER EJECUTIVO COMO CONDUCTOR POLÍTICO

Sin perjuicio de la atribución competencial analizada en el comienzo de este capítulo, el tema que se presenta se realiza mediante diversos instrumentos. Así, por ejemplo, a través de su intervención esencialmente mediante actos de autorización o aprobación⁸¹; también a través de la comunicación de criterios sobre determinados aspectos de gestión, caso del art.23 de la ley 17.243, citado en el precedente apartado “F”:

La ley 17.930, art. 33, exige la programación de la ejecución presupuestal y financiera del ejercicio siguiente, según metodología prefijada por el Ministerio de Economía y Finanzas y la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, para “establecer el nivel máximo de compromisos acorde con la evolución de la disponibilidad financiera”

⁸¹ Ejemplos: aprobación de contratos por los que ANCAP se asocie con otras empresas, en las fases de la operativa petrolera: ley 15.903, art.178; autorización para que AFE otorgue, por concesión, la realización de obras y prestación de servicios ferroviarios, dando cuenta a la Asamblea General: ley 16.736, art. 752 o para el uso de las vías férreas por empresas que cumplan requisitos técnicos y abonen un “peaje”: ley 17.243, art. 21; autorización para que ANTEL pueda prestar servicios fuera de fronteras, dando cuenta al Poder Legislativo: ley 16.828.

A su vez, la referida ley determina que el Poder Ejecutivo podrá fijar límites de ejecución en el presupuesto de gastos de funcionamiento y de inversiones, para “ajustar los desvíos producidos”, los cuales no podrán afectar a los salarios.

Este aspecto revela el énfasis del rol de conductor político del Poder Ejecutivo, lo cual no implica desconocer en su caso las autonomías sino que aquella conducción debe ejercerse según los preceptos de la Carta, cuando se refiera a órganos u organismos que poseen aquella calidad: será por la vía del art.197 o, en su caso, por la del 220 coordinado con el 214 de la Constitución.

Ese rol del Poder Ejecutivo y de la propia Presidencia de la República puede apreciarse, asimismo, con la creación efectuada por el art 58 de la ley 17930, de la “Unidad de Asesoramiento y Monitoreo de Políticas”, dependiente directamente de aquella, Unidad que asesorará en las áreas que el Presidente establezca y hará “el seguimiento de las determinaciones políticas del Poder Ejecutivo, cuando éste así lo establezca”.

Por otra parte, anteriormente se establecieron procedimientos, a nivel administrativo, tendientes a la aplicación de los controles conferidos a ese Poder por los arts.197 y 198 de la Constitución⁸².

Montevideo, marzo de 2006.

⁸² Decreto 155/000. En el caso de los decretos 157/002, 158/002 y 159/002 se destacan las instrucciones dadas a los Organismos del art.221 de la Carta