

## TRANSFORMACIONES EN LA ACTIVIDAD DE LOS ENTES PÚBLICOS

Mariano R. BRITO

SUMARIO: I. *La redefinición de los cometidos*. II. *¿Regulación de derecho privado para los entes públicos?* III. *Nueva clasificación legal. Su alcance*. IV. *Algunas precisiones consecuentes*.

### I. LA REDEFINICIÓN DE LOS COMETIDOS

Henri Hude describe el funcionamiento del libre cambio —buscada meta de una economía de mercado— “como un sistema de vasos comunicantes”. Y añade: “El problema está en conseguir que el mercado financiero sea ‘sutil’, es decir, que las posibilidades de unos no conlleven pérdidas importantes en las comunidades más vulnerables. El intercambio equitativo debe enriquecer a todos. Por eso, si queremos salvar la dinámica de la sociedad libre hay que poner más orden, más razón y más justicia en el funcionamiento del mercado. Si no, volverán las revoluciones sociales. Europa se deshará, tomarán auge las fórmulas nacional-socialistas en sus versiones modernas y llevaremos al mundo al caos”.<sup>1</sup>

Sirva la opinión transcrita como acicate removedor a la hora del examen de la cuestión del título de este capítulo: transformaciones en la actividad de los entes públicos. Necesario es advertir la trascendencia de la cuestión comprometida: el realismo una vez más debe informar la evaluación del régimen jurídico al respecto.

Es una categoría conceptual aceptada con globalizada uniformidad que se opera contemporáneamente transformaciones en la actividad de

<sup>1</sup> Hude, Henri, “Entre el Estado y el mercado, la solidaridad responsable”, *Aceprensa*, Madrid, año XXVIII, núm. 17, 8 de mayo de 1996.

los entes públicos y que ellas se procuran como bienes apetecidos. Toda vez y en tanto ellas se desenvuelven para conseguir un resultado —el bien último perseguido es el más general enriquecimiento—, llevan consigo procurar “más orden, más razón y más justicia en el funcionamiento del mercado”,<sup>2</sup> haciendo éste más abierto, sin presencias dominadoras de los entes del Estado a través de regímenes monopolísticos.

Y, entonces, sobreviene al quehacer del derecho de la regulación económica, poner más orden, más razón y más justicia, con el inevitable tránsito por la revisión de los cometidos estatales. La reforma del Estado, en buena medida, se afina en estos objetivos.

Meta alta y estimulante, pero erizada de dificultades, porque

como el cambio continúa operándose tanto en la normativa como en la jurisprudencia, en la realidad como en la doctrina, aun la referencia al presente seguirá teñida hasta del pasado inmediato y resultará de inevitable modificación en el futuro próximo. Ni qué decirlo, también influyen en la propia evolución del proceso político, alineamientos y realineamientos del pensamiento político, etcétera.<sup>3</sup>

Una vez más, irrumpe la “movilidad esencial” del derecho administrativo.<sup>4</sup>

Las dificultades propias de esa movilidad se hacen presentes para la actividad que es cometido o tarea, reclamo de operación con inmediatez de respuesta a la necesidad. Aquéllas se acrecientan, porque se está ante un fenómeno político de primer rango: es el propio de un llamado “Estado de transición” que parece abrir paso al Estado subsidiario. Cassagne apunta que

es evidente que no puede dejar de advertirse el cambio radical operado por este proceso que destraba las vinculaciones autoritarias entre la sociedad y el Estado, y que, mediante diferentes técnicas jurídicas y económicas, procura desplazar, en forma gradual —a veces— frontalmente, el principio que tornaba posible que intervención estatal en la economía fuera una ley creciente, intervención que sólo se justifica ahora en forma subsidiaria.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> *Idem.*

<sup>3</sup> Gordillo, Agustín, *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, 1996, pp. 1-3.

<sup>4</sup> Meilan Gil, José Luis, *El proceso de la definición del derecho administrativo*, Madrid, 1967, pp. 41 y ss.

<sup>5</sup> Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, 2a. ed., Buenos Aires, 1994, p. 108.

No es la menor de esas técnicas jurídicas y económicas la que, asumiendo los cometidos estatales, encara su transformación, su descongelamiento y reducción, vía desregulación, privatización y tercerización, según los casos, para concurrir a la reforma del Estado. Sin embargo, antes que achicamiento sin más del *jus normatum* administrativo, se muestra crecientemente la introducción de un nuevo fenómeno jurídico, de importancia y expansión constantes: el control de las actividades. Tal vez ya se revela el beneficio de la aplicación del que Gordillo llama “principio rector”, señalado por Brandeis: “La luz del sol es el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica, el mejor policía”.<sup>6</sup>

Muy pronto se comprueba que a nivel jurídico constitucional y administrativo, la cuestión de la transformación de las actividades de los entes públicos en el sentido referido tiene el interés de un esfuerzo para la adecuación a los andariveles constitucionales y principios generales del derecho informadores del ser y hacer del Estado —sus roles siempre instrumentales—, para la salvaguarda de la libertad y del protagonismo originario de la persona humana. Aquí radica la afirmación contemporánea vigorosa de la misión subsidiaria del Estado.<sup>7</sup> Pero, porque está en juego simultáneamente el bien público más general, no se resuelve exclusivamente, en operación libre del poder económico, sin otra precisión. Se vuelve ineludible<sup>8</sup> y se expande el control.

La investigación jurídica —por la vía de la doctrina y la jurisprudencia— tiene en el control, ante sí, un riquísimo objeto para la aplicación de su esfuerzo de conocimiento y sistematización.

Es necesario destacar que cuando se postula la reforma del Estado vía transformación de sus actividades no se halla exclusivamente en juego el restablecimiento del ámbito de la libertad de la persona humana y la proyección necesaria de ésta en el quehacer económico, ni sólo el papel subsidiario del Estado. También se halla siempre presente otra piedra angular: el fin público del Estado y sus entes. Éste, supraordenado, reclama aquel control comentado,<sup>9</sup> y aun cierta actividad económica a cargo de

6 Gordillo, Agustín, *op. cit.*, nota 3, pp. 1-31.

7 Cagnoni, José A., *Estado y sociedad: el principio de subsidiaridad*, CLAEH, Centro Latinoamericano de Economía Humana, núm. 29, enero-marzo de 1984, pp. 30-40.

8 Brito, Mariano R., “Las nuevas formas de gestión de los cometidos estatales”, *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, t. VI, 1998, pp. 9 y ss.

9 Cagnoni, José A., *Introducción a la teoría del control*, Montevideo, 1996, pp. 35 y 38.

los entes públicos. Pero también es necesario insistir, con reiteración sin pausa, que aun los cometidos cuya titularidad (con la doctrina y jurisprudencia tradicionales del país) se reserva al Estado y sus entes, fueron creados para satisfacer necesidades de la comunidad de los ciudadanos y de las instituciones intermedias, y por tanto su transformación nunca podrá ir en detrimento de ese fin, sin adecuación al derecho.

## II. ¿REGULACIÓN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ENTES PÚBLICOS?

Lo hasta aquí acotado abre las puertas para la consideración de un tema relevante y permanente, no sólo actual, pero que coyunturalmente convoca a la reflexión: ¿regulación de derecho privado, que no de derecho público para los entes públicos?

Las muestras legislativas de tal regulación se multiplican. Baste aquí citar, sin pretender agotar la nómina:

A) Aunque sólo de modo implícito, se opera la extensión al derecho privado cuando, por el artículo 271 de la ley 16.462, del 11 de enero de 1994, se incorpora en el giro de todos los entes autónomos y servicios descentralizados, el prestar servicios de asesoramiento y asistencia técnica en las áreas de su respectiva especialidad, tanto en el territorio de la República como en el exterior, facultándoseles a tales fines a asociarse en forma accidental o permanente con otras entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras, así como contratar o subcontratar con ellas la complementación de sus tareas.

B) Igualmente, con muestra de innegable tránsito hacia la regulación jurídica de derecho privado, por el artículo 272 de la ley citada se aprobó además, aunque no se llevó a la práctica —pero es realmente una forma de apuntar hacia la coparticipación público-privada en el financiamiento de los organismos estatales— la posibilidad de que las empresas públicas emitieran obligaciones negociables o debentures para financiar sus proyectos de inversión... Posteriormente ampliada a las personas públicas no estatales por el artículo 27 de la ley 16.749, del 30 de mayo de 1996.<sup>10</sup>

C) Personas privadas estatales<sup>11</sup> tales como la AFAP República, creada conforme al régimen del artículo 92, inciso 2o., de la ley 16.713, del 3

<sup>10</sup> V. numeral III de este trabajo.

<sup>11</sup> V. numeral IV de este trabajo.

de septiembre de 1995, la cual, aunque perteneciente al sector público (artículo 94, inciso 3o., *in fine*) es persona jurídica de derecho privado (artículo 92, inciso 1o. ley citada).

D) “Personas públicas no estatales” o “personas jurídicas de derecho público no estatal”, según las variadas denominaciones que emplea la ley 16.736, pero por cuyo régimen jurídico actual “no obedecen ya ni los criterios básicos ni a los elementos configurantes que han sido clásicos en nuestra investigación, en nuestra enseñanza”.<sup>12</sup>

A su respecto, pudimos decir que “Ese proceso tiene en la ley 16.736 nuevas y agudas manifestaciones. No es la menor de esas innovaciones la reiterada remisión generalizada al derecho laboral común (artículo 765, inciso 3o.); la sujeción al régimen de funcionamiento de la actividad privada, inclusive en cuanto a su contabilidad, control general, régimen de su personal y contratos que celebre...; al Estatuto de sus funcionarios, que en lo previsto se regulará por las normas de Derecho Común...”. Todo esto nos llevaba a decir: “Lo ya visto habilitaría una afirmación: en todo lo no previsto de modo y con alcance diverso por la ley de Presupuesto comentada, las personas públicas creadas o transformadas se regirán en su funcionamiento por las normas de derecho privado y de derecho laboral común”.<sup>13</sup>

La reforma del Estado —con las connotaciones que son propias del proceso contemporáneo— abarca frecuentemente la búsqueda de la regulación de derecho privado, procurando soluciones de conveniencia. En el orden señalado, cabe citar las normas antes referidas, y entre otras, también aquellas conducentes a la Contratación de Alta Especialización y Prioridad y el Sistema de Alta Gerencia (TOFUP, libro I, título I, cap. V y VI, respectivamente).<sup>14</sup> En todos los casos se opera la incorporación de personal mediante la contratación.<sup>15</sup> Particularmente reveladoras de la conducta citada son las reglas relativas a remuneración: “El jerarca de cada in-

<sup>12</sup> Cagnoni, José A., “Evolución del régimen jurídico de las personas públicas no estatales”, *Revista de Derecho Público*, Montevideo, núm. 1, 1992, pp. 27 y ss.

<sup>13</sup> Brito, Mariano R., “Algunas innovaciones en el sector público: personas públicas no estatales en la ley No. 16.736”, *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1996, t. V, p. 12 y cap III, 2, p. 14.

<sup>14</sup> TOFUP (texto ordenado de normas sobre funcionarios públicos, anotado y concordado por la Oficina Nacional de Servicio Civil, aprobado por Decreto de Poder Ejecutivo del 18 de junio de 1997).

<sup>15</sup> TOFUP, libro I, título I, cap. V, artículo 28.

ciso sugeriría a la Comisión la remuneración correspondiente a cada función de alta especialización. Dicha remuneración deberá tener un nivel competitivo con las remuneraciones del mercado de trabajo para tareas de requerimientos y responsabilidad similares”.<sup>16</sup>

El tránsito primero, y el afincamiento después, de la actividad de los entes públicos en la regulación de derecho privado, conduce inevitablemente al planteo de una interrogante fundamental: ¿no se configura en la especie un paralogismo de falsa oposición, una falsa suposición, consistente para el caso, en pretender la existencia de sujetos —el Estado y los entes públicos susceptibles de aquella regulación por oposición al derecho público?

En el punto no es de menor cuantía recordar que la verdad en el entendimiento es la conformidad de éste con el objeto del mismo, y que luego de prolongado tránsito de la regulación de los cometidos estatales por el derecho público se vuelve necesario o por lo menos oportuno —ante la buscada y afirmada regulación, por el derecho privado— advertir qué razones haya a favor de la solución por la que se discurre, sabiendo que aun cuando el juicio contara a su favor con razones graves, “pero no tales que produzcan completa certeza, se le llama (a ese juicio) probable, y más frecuentemente toma el nombre de opinión”.<sup>17</sup>

Parecería que se avanzó y sigue avanzando en un sofisma: cuando se advierte que los entes públicos desarrollan actividad económica (comercio e industria) se concluye que han de hacerlo a la manera o según las reglas propias de la actividad económica privada (reglas de derecho privado). Y aquí es del caso plantearse, por lo menos la duda, de si no se incurre gradual y crecientemente en aquel sofisma del cual sea propio decir que es la argumentación en que se saca una consecuencia ilegítima con apariencias de legitimidad.<sup>18</sup>

La verdadera y previa cuestión radica en 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, artículos 7, 10 y 36).

<sup>16</sup> TOFUP, libro I, título I, cap. VI, artículo 49.

<sup>17</sup> Balmes, Jaime, *Lógica y ética*, Buenos Aires, 1945, p. 48.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 59.

La investigación de la cuestión en examen no parece llegar a buen resultado cuando se parte del reclamo circunstancial o coyuntural, erigiendo entonces la respuesta en mera cuestión pragmática. El derecho de la regulación económica se hallaría, entonces, más que ante la movilidad indicada, en el reino de la incertidumbre. Por el contrario, con Vaz Ferreira, deberá recordarse que el raciocinio —también para nuestro objeto

...es legítimo y sumamente útil en la práctica, siempre que concurren ciertas condiciones: primera de ellas, que los que razonan o discutan se encuentren más o menos en el mismo plano; segunda, que su espíritu no esté unilateralizado, ni prevenido intelectual o afectivamente por sistemas (en este caso, puede decirse que el raciocinio es inútil, que no sirve sino tal vez para falsear más el espíritu unilateralizado); y tercero espacialísimamente, que razone y se discuta para averiguar la verdad...<sup>19</sup>

Delimitado el objeto de investigación, precisemos que se trata sólo de su examen desde el ángulo jurídico —lo nuestro es el derecho de la regulación económica— y no en términos precisamente, de la ciencia económica, de la política económica o de la filosofía política, sin menoscabo de las relaciones resultantes de la consideración del objeto común: la actividad económica.

Y en aquel ámbito jurídico la respuesta no entraña la actuación estatal siempre, universalmente, como regla de principio, aunque sí supone la posibilidad de esa actuación. Se ve que el derecho positivo determina la actuación estatal en el campo económico, con rango preceptivo, mandato constitucional, cuando prescribe que el Estado orientará el comercio exterior de la República protegiendo las actividades productivas cuyo destino sea la exportación o que reemplacen bienes de importación (artículo 50). Y agrega: “La ley promoverá las inversiones destinadas a este fin y encauzará preferentemente con este destino el ahorro público”.<sup>20</sup>

A eso siguen múltiples textos constitucionales,<sup>21</sup> operación que reconocen el papel necesario del Estado y sus entes en la economía.

Su operación se confirma en el plano de los

<sup>19</sup> Vaz Ferreira, Carlos, *Lógica viva*, 3a., Buenos Aires, 1945, pp. 191 y 192.

<sup>20</sup> Giorgi, Héctor, “Las condiciones jurídicas y éticas de la actividad del Estado”, *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1996, t. V, p. 46.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 48.

Pactos Internacionales de Derechos Humanos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles y Políticos, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, el 16 de diciembre de 1966 y por nuestro país por ley No. 13.751, de 11 de julio de 1969.

Pactos cuyos textos fueron reproducidos en la Convención Americana de Derechos Humanos firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y ratificados por Uruguay en el artículo 15 de la ley No. 15.737 de 8 de marzo de 1985.

Los Estados que ratificaron estos pactos, reconocen en virtud de ello, que tienen la obligación de fomentar el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos, específicamente el derecho de toda persona al trabajo, a un salario justo, al seguro social así como su derecho a la salud y la educación. Igualmente consideran que conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.

Con respecto a los derechos garantizados por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Estado podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática (artículo 4).<sup>22</sup>

El Estado, conforme a su ser y misión instrumentales, debe brindar la seguridad y el marco para el desarrollo de la economía en libertad.

En el sentido expuesto es particularmente relevante la conducta imitada por el Tratado de Asunción —a los Estados partes— apuntando a la Constitución del Mercado común del Sur; cuando por su artículo 1o. determina para ellos el respeto a “La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente”.

La referida acción aparecerá con carácter imperativo cuando los intereses comprometidos traspasen el campo de las comunidades humanas menores, para asumir los correspondientes a los fines vitales esenciales de la acción estatal.

<sup>22</sup> Brito, Mariano R., “Instrumentos de la intervención del Estado en el dominio económico”, *Orden económico y derecho administrativo*, Montevideo, 1980, pp. 132 y ss.

La medida de la actuación de los cuerpos sociales se ultrapasa cuando afectan el bien común más general, comprometiendo las otras fuerzas del conjunto social (especialmente a individuos no asociados o a los consumidores). Entonces la intervención del Estado obra para el restablecimiento de las reglas operativas del mercado en libertad, asumiendo todas las formas de poder estático, aún las limitadoras, las sancionadoras o las coercitivas.<sup>23</sup>

Aún queda reservado al Estado un campo para su acción instrumental en el dominio económico. Ella se desenvuelve también sobre la base de una armadura de conceptos, principios, criterios finalísticos y pautas de valor, encadenados entre sí para el respeto del justo orden natural. Se dan aquí los instrumentos básicos de la regulación normativa defendiendo las reglas de juego de la actividad económica con la consecuente delimitación de zonas de actuación, defensa de la concurrencia y rectificaciones de las fallas del mercado. A ellos se agregan la política, el gobierno y dirección de la moneda, la dirección del comercio exterior, el gobierno de los tipos de cambio, y el del crédito y ahorro públicos. Bástenos aquí citar por su particular relevancia ilustrativa de los instrumentos mencionados los que resultan de la legislación y reglamentaciones banco-centralistas, y los múltiples mecanismos directivos en que ellas se desarrollan.<sup>24</sup>

Debe entenderse aquí que el cumplimiento de esa actividad estatal es manifestación también de aquello que con la doctrina tradicional del país denominamos “cometidos fundamentales del Estado” en tanto se trate de regulación de la actividad privada.<sup>25</sup>

Aun —en desarrollo de la respuesta a la cuestión de la presencia estatal en el campo económico— se halla un capítulo particularmente relevante en el ordenamiento jurídico uruguayo: las reglas de la sección XI de la Constitución, que —ya desde el título que la encabeza— impera un supuesto ineludible: la existencia de “diversos servicios del dominio industrial y comercial del Estado”, para los que en el plano institucional preceptúan las formas, entes autónomos y servicios descentralizados, en

23 Delpiazzo, Carlos E., *El Banco Central de Uruguay*, Montevideo, 1983, pp. 20 y ss.

24 La Ley de Presupuesto, núm. 16.736, del 5 de enero de 1996, crea la Unidad Ejecutora “Dirección General de Comercio” fusionando sendas unidades ejecutoras anteriores (Dirección Nacional de Zonas Francas y Dirección General de Comercio Exterior). Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, 5a. ed., Montevideo, 1987, pp. 53 y 54.

25 V. Decreto-ley núm. 15.524, del 9 de enero de 1984, artículo 27, núm. 4.

grado de descentralización variable por la voluntad del constituyente con las bases que la Constitución determina. Todo sin perjuicio de las formas asociativas previstas por el artículo 188 de la carta.

Los entes estatales actúan en concurrencia con los particulares y empresas privadas, sin otra eventualidad que el monopolio que a favor de una u otras se estableciera por ley, con la observancia del quórum especial previsto por el artículo 85.17, o la erección de la actividad en servicio público por ley. Síguese del régimen constitucional que el Estado podrá actuar (pero si decide hacerlo será a través de las formas institucionales mencionadas o de las previstas en el artículo 188 de la Constitución) para satisfacer necesidades de la población y conseguir el desarrollo mediante actividades económicas. El deber de actuación, en cambio, aparece regulado para la obtención de los bienes de la solidaridad social (*v. gr.* medidas necesarias para que la infancia y la juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso); el Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y asistencia a los indigentes o carentes de recursos suficientes; a ellos también les dará asilo cuando por inferioridad física o mental estén inhabilitados para el trabajo.

De todo lo cual se concluye en los siguientes asertos:

La actitud general del Estado es la propia conducta protectora y aseguradora de la libertad personal y del mercado (artículos 7o., 36 y 53, inciso 1o., de la Constitución).

Al Estado corresponde en la actividad económica un general papel de acción subsidiaria, reconocedora del protagonismo originario de la persona humana y sus variadas formas de acción social concertada.

La conducta reseñada en párrafo anterior se vuelve imperativa, trascendiendo el estímulo y fomento, para erigir las actitudes estatales de regulación e intervención aseguradoras de aquellas libertades, con las formas e intensidades diseñadas *supra*.

El Estado puede concurrir con los particulares en el desarrollo de actividades económicas, pero sólo en su dominio industrial y comercial —acotado y definido necesariamente por ley, y en virtud de habilitación legal— por cuanto ello importa necesariamente limitación de la libertad, a cuyo ámbito y por principio constitucional explícito pertenecen aquellas actividades.

La presencia estatal en el dominio industrial y comercial sólo podrá ser excluyente de la actividad privada en virtud de monopolio, conforme al ar-

título 85.17 de la carta o cuando la ley erigiera la actividad industrial o comercial en servicio público y fuera reservado al Estado por la ley.

En cualquiera de los supuestos referidos aquella presencia deberá revestir la forma institucional ente autónomo y servicio descentralizado, con el grado de descentralización que fije la ley sobre las bases constitucionalmente determinadas, sin perjuicio de las formas asociativas previstas por el artículo 188 de la Constitución.

Y llegados a lo hasta aquí expuesto en este capítulo, corresponde reintroducimos en el que llamaremos antes (*supra* núm. 9) tema relevante y permanente: ¿regulación de derecho privado, no que de derecho público para los entes públicos?

No se trata, sin más, de la actuación mediante el dictado de actos de derecho privado, extremo legítimo y admisible,<sup>26</sup> antes bien de su gobierno (organización y funcionamiento) con ajuste al derecho privado. ¿No supondría esto una *contradictio in terminis*, porque el Estado y sus entes son constitutivamente —por razón de ser— entes “públicos”, para “el público?”

Este extremo es exigencia derivada de la forma democrática republicana adoptada por la nación para su gobierno (artículo 82 de la Constitución).

La connotación propia del derecho privado y su ámbito operativo suponen la libertad —propia del fuero personal (del hombre)— con su carga de autodeterminación, y derechos inherentes perfectos, adquiridos, o no perfectos, autonomía de la voluntad, salvo imposiciones, privaciones y limitaciones determinadas por la ley (artículos 7o. y 10 de la Constitución). Fuera de tales condicionantes, en su ámbito, sólo cabe la coordinación, cuya forma expresiva es el contrato (instrumento jurídico regulador de la relación entre sujetos equiordenados, ley de las partes, artículo 1291, Código Civil).

Cuando sin otra precisión se traslada el ámbito normativo y de principio del derecho privado al quehacer del Estado en el campo económico, cabe interrogarse si no se incurre en la *contradictio in terminis*, antes planteada: el Estado supone siempre, constitutivamente, un ente servicial vicarial, para el bien colectivo. En términos tales resulta excluida la adjectivación de derecho privado para la regulación de su quehacer, con las connotaciones que lo singularizan.

<sup>26</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1960, pp. 181 y 182.

Pero todavía, la opción por la regulación de derecho privado pura y exclusivamente puede ocasionar el paralogismo de falsa oposición que hemos mencionado antes.

De algún modo se presenta esa confrontación en términos de un dualismo irreductible, y se opta por el sometimiento al régimen de derecho privado.

No se trata, por nuestra parte, de un rechazo de la distinción en función de la advertencia de la teoría pura del derecho, que no cree ver allí más que un caso particular del problema general de la formación del derecho, observando cómo

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro, una producción autocrática...

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho, resulta de ello que “los actos públicos” del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos y sobre todo la manifestación de la voluntad que constituye el hecho creador del derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría Pura del Derecho que se coloca siempre en punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición de derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer a un derecho un Estado que es distinto de aquél.<sup>27</sup>

Frente a esa relación resuelta tradicionalmente en términos de antinomia —procurada superar por la teoría pura del derecho en la forma expuesta— es necesario volver sobre la solución de la confrontación mediante aquella actitud intelectual, que por la influencia cierta de la escolástica se resolvía

<sup>27</sup> Soto Kloss, Eduardo, *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, Santiago, 1996, t. 1, p. 224.

luminosamente en una armoniosa coordinación: pues quien busca el bien común de la multitud también busca de manera consecuencial su propio bien particular, y esto por dos razones, porque el bien particular no puede subsistir sin el bien común de la familia, de la ciudad o de la patria, y porque siendo el hombre parte de una casa y de una ciudad, debe buscar lo que es bueno para él por el prudente cuidado en torno al bien de la multitud, ya que la recta disposición de las partes depende de su relación con el todo (Suma Teol. II-II, 47, 10ad. 2, *vid.* También I-II, 92, 1 ad 3).<sup>28</sup>

En suma, con el autor citado,

no hay sino dos modos, posiciones, que sirven para estudiar el Derecho, no dos derechos: y es más, esta distinción misma —que no es sino metodológica a fin de mejor explicar el derecho— es dudosa, puesto que lo privado no sólo interesa a la *singulorum utilitatem*, sino también, indirectamente, a lo público, como asimismo, —y esto es aún más obvio— el *ius publicum*... también interesa a la utilidad particular, pues repercute muy a menudo en su posición.<sup>29</sup>

Como pudimos decir antes, no se trata ya de las “fórmulas superlativas de un jusnaturalismo liberal, reveladoras de un individualismo amputado de la proyección social de su titular, la persona humana”.<sup>30</sup> Por el contrario, surgieron las formulaciones reconocedoras de derecho subjetivo por antonomasia —el derecho de propiedad—, pero advirtiendo su función social con explícita recepción del pensamiento jurídico y social cristiano. Baste al respecto citar el artículo 153 de la Constitución de Weimar, por el que “La propiedad obliga”. “Su uso debe de servir al mismo tiempo al interés común”, o la ley Fundamental de Bonn; la Constitución italiana, en su artículo 42, reiterando la función apuntada con igual precisión, o a la Constitución brasileña, cuyo artículo 5o., XXIII, preceptúa que “a propiedad atenderá a sua função social”.

En tales condiciones no cabe la confrontación o dualismos en términos de oposición; antes bien, cabe rescatar que en ambos —derecho público y derecho privado— hay concurrencia al bien común. Sin embargo, en tanto que en el último se da esa concurrencia en grado de participa-

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> Brito, Mariano R., “Acción de expropiación irregular”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 26 de septiembre de 1979, núm. 5117.

ción —en cuanto el privado o particular es beneficiario— necesita de la comunidad para el logro de su bien particular, el bien común cuya satisfacción procura el Estado y sus entes es, existe a su respecto, con razón de necesidad, porque por él y para él son aquéllos.

Sería equívoco plantear el problema que nos ocupa en los términos absolutos de una opción adversativa<sup>31</sup> según lo expuesto, pero debe reconocerse para aquellos entes el ineludible fin público —como dijéramos, con razón de necesidad—, con lo cual sería una falacia su sujeción al derecho privado sin más. Tal conclusión se impone particularmente cuando se advierte que nunca el Estado y sus entes podrán hallarse en situación de libertad: las suyas serán situaciones jurídicas de deber en orden a la consecución de los fines públicos —bien de la comunidad— a su cargo.

Lo expuesto anima la conclusión sobre la improcedencia de una general sujeción de la actividad de los entes públicos al derecho privado, sin otras precisiones, y especialmente si ello connotara la eliminación de los constreñimientos —“privilegios en menos”, bien lo ha llamado la doctrina administrativista— que también atañen a la ejecución de los cometidos estatales.

### III. NUEVA CLASIFICACIÓN LEGAL. SU ALCANCE

#### 1. *Base normativa*

Las reflexiones que siguen atienden a una óptica fundamental: exigen la constante referencia normativa, de rango legal, aunque no exclusivamente tal: la Ley de Presupuesto Nacional, núm. 16.736, del 5 de enero de 1996, normas de carácter reglamentario (decreto del Poder Ejecutivo núm. 255/995, del 11 de julio de 1995, y 186/996, del 16 de mayo de 1996) e instructivos del Comité Ejecutivo para la Reforma del Estado (CEPRE).

La nueva concepción del Estado —inmersa en un proceso de globalización de la economía, promoción de la iniciativa e inversión privada y andadura del quehacer económico del Estado dejando los ámbitos difusos del Estado benefactor para circunscribir sus roles— pasa por cierta vertiente que ya han adquirido denominación propia entre nosotros:

<sup>31</sup> Brito, Mariano R., “Los instrumentos de la intervención del Estado en la economía”, *Arquitos del Ministerio de Justicia*, Brasilia, 1980, p. 38, citando a Miguel Basañez Langlois.

- “achicamiento del Estado”
- “retroceso del Estado omnipotente”
- formulación de programas de acción, metas y objetivos de la gestión administrativa, que buscan “mejorar la calidad de los servicios y jerarquizar las funciones sustantivas que faciliten la inserción competitiva del país en la región”.<sup>32</sup>

Cara los cometidos estatales, se abre paso una nueva clasificación legal. Tarea del intérprete es el examen y determinación de su alcance.

La lectura del régimen normativo se encuadra en el contexto de una convicción colectiva, adueñada de las mayorías gobernantes: la crisis del Estado providencia. ¡Cuánto del quehacer transformador en términos de misión y función social había quedado por el camino!

La dogmática constitucional, enriquecida con la aportación de las reglas programáticas del constitucionalismo social, habría de chocar al cabo de pocas décadas —poco más acá de mediados de siglo XX— con los fenómenos y efectos de un proceso inflacionario persistente, la pauperización de grandes contingentes de población, el endeudamiento externo asfixiante, la inacabada e insuficiente seguridad social, con el fracaso de los sistemas de retiro animados por la distribución solidaria, y la retahíla de males sociales contemporáneos (de los cuales el déficit fiscal no ha sido menor).

Tal vez, por su inequívoca repercusión social, pocos sectores de la vida nacional revelaron el fracaso del Estado benefactor como aquel propio del sistema de cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y sobrevivencia (IVS. Se ha observado correctamente que

los desequilibrios del sistema IVS intentaron ser paliados a través de procedimientos indirectos que dieron lugar a tres respuestas patológicas:

- i. La pauperización del nivel de los beneficios;
- ii. El no-cumplimiento del pago de las prestaciones de legal forma y su escamoteo ilegítimo;
- iii. La generación del déficit fiscal para afrontar los compromisos financieros.<sup>33</sup>

Un panorama asaz similar se advertía en importantes sectores de la acción social del Estado, tales como la educación y salud.

<sup>32</sup> Decreto 255/995, del 11 de julio de 1995, considerando III.

<sup>33</sup> Saldain, Rodolfo, *Reforma jubilatoria. El nuevo modelo provisional. Ley núm. 16.713, del 3 de septiembre de 1995*, Montevideo, 1995, p. 20.

Con todo eso su secuela resultante: la crisis del Estado providencia.

¿Hacia dónde va ahora el Estado? ¿Cuál será su rol de aquí en más? Sin duda la Ley Presupuestal 16.736 ensaya —mejor, afirma— una respuesta en términos de voluntad política normadora. Ya no es, sin más, mera cuestión pragmática cuya evaluación se vaya a hacer exclusivamente en términos de eficacia o según ponderaciones técnicas; hay allí un orden normativo vinculante.

Se advirtió que podría hacerse del Presupuesto Nacional un instrumento eficaz de las políticas de gobierno (considerando III del Decreto 255/95), y que esto reclamaba adoptar “medidas de reforma administrativa que eliminen redundancias y adecuen la estructura organizativa y la asignación de recursos basadas en el logro de metas de gestión” (considerando IV, D, cit.), a lo cual habría de seguir el establecimiento de sistemas de mediación de desempeño a través de un conjunto de indicadores sujetos a evolución periódica por los organismos del control del Estado” (Decreto cit., Anexo 1; III, 5).

Avanzando en la precisión del objeto de la reforma —ya en la ejecución de la ley 16.736— el Decreto reglamentario 186/96 consigna en orden a la reformulación de las estructuras organizativas, la relevancia de los cometidos —tareas asignadas— en los términos siguientes:

Considerando: I)...

II) que en tal sentido, es fundamental habilitar a que el Estado sea más eficaz en su acción reguladora y de control, y más eficiente como proveedor de servicios, aumentando su calidad sin aumento de costos;

III) que es deber del Estado garantizar el acceso equitativo de la población a los servicios a su cargo, regulando la provisión adecuada de los que sea ejecutados por el sector privado”, con lo cual ya se advierte un criterio corrector del utilitarismo en términos exclusivamente económicos;

IV) que el acelerado crecimiento tecnológico, la apertura de la economía y los compromisos derivados de la integración regional obligan al Estado a redefinir sus objetivos estratégicos para enfrentar una situación fiscal deficitaria conjuntamente con una alta relación del gasto público respecto del producto, todo ello con vistas a incrementar la competitividad del país.

Y así —consecuentemente— se anuncia

V) que adecuar la estructura del Estado requiere modificar el modelo burocrático tradicional de su Administración basado en el control de actividades

y procedimientos, hacia uno más gerencial centrados en los resultados de la gestión pública, que tiene como objetivo satisfacer las expectativas de los ciudadanos.

Y el epílogo necesario:

VI) que, en esa perspectiva, la reforma del Estado debe concentrarse en los cometidos sustantivos a su cargo, reasignando hacia ellos los recursos destinados a actividades de baja productividad o provenientes de aquéllas que no deben de ser prestadas directamente por el Estado, pudiendo ser contratadas con terceros.

## *2. Incremento de potestades. Disminución de las directas*

El ordenamiento normativo y su consecuente —el Instructivo 3 del CEPRE— muestran cuán cabalmente los cometidos del Estado son meros instrumentos (medios de acción, en la especie) para alcanzar los resultados que la reforma procura.

Antes que una innovación en la clasificación tradicional de los cometidos estatales, de clásica aceptación en la legislación, doctrina jurisprudencia uruguayas, se constata una definición de criterios y caracteres, básica para su operación y desarrollo. De ellos nos ocuparemos a continuación:

Sin perjuicio de la técnica usual de control de la administración, se atenderá a criterios de juridicidad, pero también de eficiencia y eficacia según corresponda por mandato legal (Ley 16.736, artículo 49, ya citado)

Consecuentemente, el modelo tradicional y burocrático de la administración, basado en el control de actividades y procedimientos, se adentra en uno más gerencial, centrados en los resultados de la gestión pública (considerando V del Decreto 186/96).

Se avanza en el desarrollo del “Estado subsidiario”, normando la necesidad de la desregulación y la depuración de su quehacer en cometidos no sustantivos, según se verá más adelante.

Los cometidos “sustantivos” constituyen el objeto de concentración de la reforma, procurando la asignación adecuada de los recursos presupuestales para su satisfacción.

Ya por el Decreto 255/95, artículo 1o., se dispuso la formulación presupuestal de los incisos 2 al 14 del Presupuesto Nacional con ajuste, entre otros, a los siguientes criterios:

a) se fortalecerán los cometidos sustantivos de cada Secretaría de Estado en la formulación de su misión y objetivos, políticos sectoriales y aspectos normativos, de regulación y control.

b) en idéntico sentido, entre los Principios Ordenadores del presupuesto quincenal, el Anexo 1, III determinó: “3. Se preverá la concentración de los recursos humanos y materiales de cada Inciso en sus actividades sustantivas”.

La relevancia de los cometidos sustantivos adquiere su acabada expresión mediante la Ley 16.736, artículo 708:

Sólo podrán ser unidades ejecutoras aquellas que tengan a su cargo cometidos sustantivos del Inciso, con excepción de las Direcciones Generales de Secretaría o su equivalente en el Inciso 02, las que agruparán la totalidad de los servicios de apoyo del mismo.

Más todavía: el régimen del artículo 708 es manifestación de un criterio básico, que creemos advertir en la reforma, habilitándonos a definirlo como sigue:

La organización administrativa y el régimen de la función pública son atendidos y determinados desde el cometido asignado y en virtud de éste.

Los artículos 709, incisos 1o. a 711, 714 y 715 de la ley presupuestal, conducen a ese resultado, sin perjuicio de anotar la relevancia del artículo 708, ya citado.

Es también ilustrativo al respecto el considerando VI del Decreto 186/96, el que —luego de haberse determinado la reforma de la administración del Estado en búsqueda de “un modelo más gerencial centrado en los resultados de la gestión pública que tiene como objetivo satisfacer las expectativas de los ciudadanos” (considerando V)— enfatiza “que, en esa perspectiva, la reforma del Estado debe concentrarse en los cometidos sustantivos a su cargo, reasignando hacia ellos los recursos destinados a las actividades de baja productividad o provenientes de aquellas que no deben de ser prestadas directamente por el Estado, pudiendo ser contratados por terceros” (considerando VI). Adecuadamente, el artículo 16 del Decreto dispone: “Los proyectos de reformulación de las estructuras organizativas de los Incisos deberán corresponderse con el desarrollo de sus cometidos sustantivos”.

El objetivo central de la reforma —radicado en la búsqueda de los resultados satisfactorios de la gestión pública— conduce seguidamente a

deslindar los cometidos no sustantivos o de apoyo, habilitando su contratación con terceros, con las precisiones que más adelante formularemos.

La reforma del Estado se desenvuelve y obra aquí —por operación de los textos legales y reglamentarios y el Instructivo 3 del CEPRE— por caminos de desregulación y privatización, o mejor aún, tercerización, por lo que se verá más adelante.

Se afirma —desde el Decreto 255/95— “que asimismo la reforma administrativa no requiere exclusivamente del instrumento legal sino que puede avanzarse por vía reglamentaria en aspectos no reservados al legislador” (considerando V).

La reserva o salvedad formulada es acorde con la viabilidad jurídica del principio conforme, al artículo 174 de la Constitución, por lo pronto, pero anuncia límites que hacen a la organización y competencia del Estado y los entes públicos del artículo 220 de la Constitución. A la luz de ellos debe examinarse la regularidad jurídica de las soluciones reglamentarias y actos jurídicos consecuentes (instructivo del CEPRE)

### 3. *Los cometidos sustantivos*

Si sustantivo es la “expresión substancial de una cosa”,<sup>34</sup> se entiende que, en la especie, cometido “sustantivo” será aquella tarea estatal que tiene existencia real, independiente.<sup>35</sup>

La proximidad de la referencia conceptual anotada a la propia del cometido esencial no debe llevar, sin más, a la asimilación de ambos en términos de identidad, cuando se trata del régimen de la ley 16.736 y acto antecedente (D. 255/95) y consecuentes (D. 186/96 e Instructivo del CEPRE)

Avancemos gradualmente para la investigación:

“Los cometidos esenciales son aquellos cometidos del Estado inherentes a su Calidad de tal, que no se conciben sino ejercidos directamente por él mismo: las relaciones exteriores, la defensa nacional, la seguridad en lo interior, la actividad financiera, etc.”<sup>36</sup> Y agregaba Sayagués Laso: “En los estados modernos no cabe imaginar que tales cometidos puedan

<sup>34</sup> Doezis, Michel, *Gran Diccionario de Sinónimos, Antónimos y Parónimos*, 10a. ed., Santiago, 1989, p. 473.

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, 5a., ed., Montevideo, 1987, t. I, p. 56.

estar a cargo de particulares, ni aún en carácter de concesionarios”.<sup>37</sup> “Esos cometidos son inherentes al estado y deber ser ejecutados por sí mismo, en forma directa”.<sup>38</sup>

El criterio mantenido reconoce su fundamento en textos constitucionales y aun reglas de principio determinantes para el quehacer del Estado derivadas de la forma republicana de gobierno.<sup>39</sup>

Dada su fuente y fundamento, la eventual privatización de tales cometidos configuraría una solución inconstitucional.

Cuando el artículo 17o. del D. 186/95 formula la noción de cometidos sustantivos la circunscribe a “aquellas actividades referidas a la formulación de políticas, las de regulación y las de control, asignadas al Estado por la Constitución o la ley”, y todo ello puede caber en el concepto antes enunciado de cometidos esenciales. No obstante, el inciso 2o. del mismo artículo añade:

La prestación efectiva de los servicios será realizada directamente por el Estado 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 exista una relación adecuada entre el costo del servicio y el resultado obtenido.

Ambas normas reglamentarias habilitan la distinción entre el cometido asignado y la prestación efectiva de los servicios respectivos. Para esta última restringe la ejecución directa de los servicios por el Estado sólo a los supuestos que enumera: “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 exista una relación adecuada entre el costo del servicio y el resultado obtenido”, en tanto que abre —fuera de esos casos— la prestación efectiva por terceros. Esta viene a ser, así, principio o regla.

La interpretación establecida se ve confirmada por la lectura del artículo 21 del Decreto 186/96: “Será contratada con terceros la prestación, así como la de aquellos cometidos sustantivos cuya ejecución directa no se justifique de acuerdo a lo establecido en este Decreto”.

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>39</sup> Constitución de la República, artículos 72 y 82.

De igual manera, el Instructivo del CEPRE, del 10 de junio de 1996, pregunta: “¿Dado un cometido que es sustantivo, es imprescindible que el Estado realice la prestación directa?”

Dicho de otro modo: “¿Cuándo el cometido sustantivo debe ser prestado por el Estado?”.

Reproduce en su respuesta los tres casos mencionados con ligera variante de texto, que no altera la regla. Comentando el primer criterio, dice: “En aquellos casos en que existen normas de carácter legal que definen la prestación directa por parte del Estado de algunos cometidos se respetará dicha disposición; si se considera que tal adjudicación de cometidos ya no es necesaria o conveniente, se propondrá su modificación legal”. Y concluye: “Siempre se debe distinguir, de manera cuidadosa, el mandato legal del cometido del mandato de prestación directa del mismo”.

Llegados a esta altura creemos procedente una afirmación radical: los cometidos de formulación de políticas, de regulación y de control, asignados al Estado por la Constitución y la ley son cometidos sustantivos, sí, con la noción arriba establecida (expresión sustancial del Estado), pero inequívocamente esenciales, en cuanto, por su objeto, sean de aquellos inherentes al Estado en su calidad de tal, “que no se conciben sino ejercidos directamente por él mismo”.<sup>40</sup> En la medida en que la figura cometido sustantivo, prevista en la ley (artículo 708), por su desarrollo reglamentario, admita ejecución por terceros en virtud de contratación, no podrá tratarse de esos que —con la doctrina tradicional— hemos llamado “esenciales”.

En otras palabras, cabe afirmar que la ejecución por terceros de los que la Ley de Presupuesto Nacional, el Decreto 186/96 y el Instructivo 3 del CEPRE llama “cometidos sustantivos” sólo podrá darse o contratarse en la medida en que no sean de aquellos que conocemos como “cometidos esenciales”. En lo que hace a estos últimos, no cabe la regla del Estado subsidiario, antes bien, sí la del Estado prestador directo y exclusivo.

Si se advirtiera la presencia de un cometido sustantivo (tarea estatal que tiene existencia real, independiente —no exclusivamente accesoria o medio para otra principal— pero que no responda a la noción del cometido esencial y tampoco a la enumeración anotada en el Decreto 186/96 e Instructivo 3 del CEPRE, entonces debe tener andamio la tercerización de la ejecución o prestación de aquel cometido.

<sup>40</sup> Sayagués Laso, Enrique, *op. cit.*, nota 37.

La preceptividad de la prestación por terceros se infiere del artículo 17, inciso 2o., del D. 186/96, y es señalada con tal alcance —“...la actividad debe ser prestada por terceros”— en el Instructivo 3, cap. 11, núm. 3.

Precisemos ahora que hemos empleado el vocablo “tercerización” para denominar la hipótesis descrita, compendiándola dentro de los llamados “*contracting out*, en que la Administración Pública celebra contratos de variados tipos para buscar la colaboración en el sector privado, como los contratos de obras y prestación de servicios. Es en esta fórmula que entra la tercerización”.<sup>41</sup>

En cuanto dice relación con los servicios públicos, y mantenida la noción generalmente admitida en forma pacífica por la legislación, doctrina y jurisprudencia nacionales, son de competencia del Estado y entes suyos. No obstante, se abrirá la tercerización de la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado, en los términos de la concesión de servicio público admitida por la Constitución (artículo 51) y en cuanto se den los supuestos que se infieren de los artículos 17.2 y 21 y desarrolla el Instructivo 3 en la forma ya citada.

Los servicios públicos ¿son cometidos sustantivos? Delimitados éstos conceptualmente por el ordenamiento positivo, como aquellas actividades referidas a la formulación de políticas, las de regulación y las de control, asignadas al Estado por la Constitución o la ley (artículo 17 del Decreto 186/96), va de suyo que los servicios públicos<sup>42</sup> no integrarían esa categoría.

En sentido material, el servicio público no es más que actividad industrial o comercial, sólo erigida en cometido estatal en virtud de ley atributiva de la titularidad al Estado, habilitado por ella a prestado por sí o por concesionario. Sin esa ley, con el alcance expuesto, la actividad permanecería en el quehacer privado, amparada por el principio de libertad (artículos 7o., 10o., inciso 2o. y 36 de la Constitución).

Pero en tanto la ley atribuye la prestación del servicio público al Estado, ocurrirá que seguirá siendo cometido estatal, con ejecución a su cargo por sí o por privados en virtud de concesión.<sup>43</sup> No está habilitada, en

41 Zanella di Pietro, María Silvia, “Terceirização dos serviços públicos”, *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, año 3, núm. 8, p. 38.

42 Sayagués Laso, Enrique, *op. cit.*, nota 37, p. 65.

43 Brito, Mariano R., “Concesión de servicio público”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, núm. 22.

cambio, su privatización, porque así como “no se concibe el contrato (de concesión de servicio público) sin término, pues el Estado no puede desprenderse o renunciar *sine de* a la ejecución de sus deberes primordiales”,<sup>44</sup> tampoco podría analógicamente admitirse algo aún más grave: que se desprendiera de la titularidad del servicio, que atribuida a él por la ley, lo coloca en situación de “deber-poder” a su respecto.<sup>45</sup>

Si se tratara de servicios sociales a cargo del Estado, deberá distinguirse: en tanto constituya cometido sustantivo (tarea estatal que tiene existencia real, independiente y no meramente accesorio a otra principal), y se halle asignado constitucional o legalmente al Estado o a determinados entes públicos estatales, éstos deberán desarrollarlos sin tercerización posible. Tal el supuesto de los entes de enseñanza pública (artículos 202 y 204 de la Constitución). Los privados, por su parte, desarrollarán —en la zona de la libertad— su actividad de enseñanza y educación conforme a la garantía constitucional (artículo 68).

Si el servicio social no responde a la precisión efectuada (no son sustantivos), su prestación efectiva —en los términos del decreto 186/96, artículo 17, inciso 2 y artículo 21, y del Instructivo 3 del CEPRE— deberá ser objeto de tercerización.

#### 4. *Los cometidos no sustantivos*

Los desarrollos formulados —con la permanente remisión a la ley 16.736, su antecedente D. 255/95 y sus consecuentes e Instructivo 3 del DEPRE— permiten la formación del concepto respectivo:

Cometidos no sustantivos son aquellos que sólo tienen razón de ser por accesoriedad a una tarea principal e independiente. Ya se sabe que accesorio es aquello que depende de lo principal o se le une por accidente. Cuando de tal manera se enuncia su concepto no se indica que necesariamente sean actividades de apoyo. Al respecto, es clara la referencia contenida en el artículo 18, literal b), del D. 186/96 (no se consideran sustantivos: “b) los que implican duplicaciones o superposiciones con otras unidades ejecutaras del mismo u otro inciso”).

<sup>44</sup> Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, núm. 424, del 7 de diciembre de 1987, *Anuario de Derecho Administrativo*, t. II, p. 90, caso 369.

<sup>45</sup> Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Curso de direito administrativo*, San Pablo, [s. e.], 1994, p. 45.

Los cometidos de apoyo son aquellos que, sin ser sustantivos, son necesarios para el desempeño de los mismos.<sup>46</sup> El Decreto 186/96 hace su enumeración, a título enunciativo, previendo, además, que ante consulta formulada en cada caso específico, el CEPRE podrá adelantar la opinión acerca de actividades que a su juicio no se consideran cometidos sustantivos.

Según lo expuesto, cabe la clasificación de los cometidos no sustantivos, distinguiendo los meramente accesorios y los de apoyo a los cometidos sustantivos.

La radical distinción conceptual de los cometidos de apoyo se halla en que —si bien no son sustantivos— “son necesarios para el desempeño de los mismos” (artículo 20, D. 186/96). Concluyentemente afirma al respecto el Instructivo 6 que “Las actividades de apoyo que no se corresponden con los cometidos sustantivos del Inciso deben dejarse de realizar”.

El régimen de prestación genéricamente aplicable a los cometidos no sustantivos será el de la contratación con terceros (artículo 21 D. 186/96, Instructivo 6, cap. III).

La justificación requerida para la prestación directa de los cometidos de apoyo debe entenderse conforme a la regla del artículo 17 inciso 2, y artículo 20, del D. 186/96, no derivando, sin más, de su concepto mismo (aquellos necesarios para el desempeño de los cometidos sustantivos), porque —en todo caso— requerirán una justificación o fundamento fáctico: deberán servir con calidad de necesarios, accesoriamente, al cometido sustantivo.

Los servicios de apoyo se agruparán en las direcciones generales de secretaría o su equivalente en el inciso 2, conforme al artículo 708 de la ley 16.736.

Aún cabe señalar que en tanto el artículo 13 de la ley 16.736 faculta al Poder Ejecutivo “a contratar con terceros la prestación de actividades no sustanciales o de apoyo...”, el Decreto 186/96, artículo 21, avanza —excediendo el marco legal— cuando preceptúa, haciendo imperativa, su tercerización. De idéntica manera, el Instructivo 3 del CEPRE, cap. 11,1.1 —cuando responde negativamente las preguntas del párrafo 1— dice: “La actividad y los procesos para su realización no son sustantivos y deben ser suprimidos, trasladados o contratados con terceros”.

<sup>46</sup> Véase instructivo 3 del CEPRE, del 10 de junio de 1996, cap. II.

También agrega que el Estado debe dejar de prestar “Aquellos cometidos no sustantivos de apoyo a los sustantivos que el sector público decida no realizar más” (cap. 11, párrafo 6, numeral 6.2, del Instructivo citado).

Cabe aún advertir que la tercerización habilitada por el orden normativo examinado tampoco aquí es constitutiva de formas de privatización. Si se atiende a la implementación dispuesta por el CEPRE (Instructivo 3), se conocen ejemplos de modalidades de prestación de servicios por terceros que no son privados (*v. gr.* prestación por empresas públicas).

#### IV. ALGUNAS PRECISIONES CONSECUENTES

La adecuada comprensión del régimen de los cometidos estatales a partir de la Ley de Presupuesto Nacional 6.736 y los actos reglamentarios antecedente y consecuente, del Instructivo 3 del CEPRE, requiere su constante referencia conceptual a la reforma del Estado de la que la ley citada quiere ser medio operativo básico.

El ordenamiento normativo de los cometidos estatales que se introduce no trastorna su clásica clasificación de origen doctrinal, que cuenta con general aceptación legislativa y jurisprudencial en nuestro país.<sup>47</sup>

Si bien esto se verifica, deben ser destacadas algunas dimensiones fundamentales.

Los cometidos estatales ven entrar en acción a su respecto una fuerte nota o carga propia de lo contingente, desde una óptica de gestión gerencial presidida por exigencias de eficacia y eficiencia, con la consiguiente reasignación de recursos presupuestales. Todo en medio de la presión de una situación coyuntural de déficit fiscal e inflación cuya superación —con la consiguiente reducción del gasto público— presionan fuertemente.

<sup>47</sup> No obstante, véase Correafreitas, Rubén, “Lineamientos básicos de la reforma del Estado contenidos en la Ley de Presupuesto de 1995”, *Revista de Administración Pública*, Montevideo, Presidencia de la República, Oficina Nacional del Servicio Civil, núm. 19, enero de 1997 pp. 19 y 20, sostiene: “...nos encontramos con una nueva clasificación de los cometidos, tareas o actividades del Estado, en cometidos sustantivos y cometidos no sustantivos del Estado, clasificación que viene a sustituir de alguna manera a la ya tradicional formulada por el maestro Enrique Sayagués Laso hace más de cuarenta años en su ‘Tratado de Derecho Administrativo’, en cometidos esenciales, servicios públicos, sociales y actividad privada a cargo de la Administración, que fuera recogida expresamente por el artículo 2 de la Ley núm. 16.211 del 10. de octubre de 1991, conocida como Ley de Empresas Públicas, luego derogado por el referéndum de fecha 13 de diciembre de 1992”.

La innovación ineludible, desde los términos que fundan la decisión legislativa y por cuanto ésta establece, es la reducción o achicamiento del Estado, con la procura de la privatización y tercerización de aquellos cometidos que no resulten ser de ineludible prestación directa por el Estado, según unos criterios definidos a texto expreso (artículo 17, inciso. 2o. del Decreto 186/96).

El ordenamiento insiste en la distinción entre el mandato del cometido o atribución de competencia estatal a su respecto y el mandato de ejecución o prestación, de manera que —aun mediando el primero— habilita la prestación por terceros, incluso de los cometidos sustantivos, sin más reserva que la del inciso 2o. del artículo 17 del Decreto 186/96, para concluir haciéndola preceptiva en los términos del artículo 21 del mismo decreto.

Reiteramos aquí la improcedencia de tercerización en punto a los denominados cometidos esenciales, también para su ejecución.

La categorización —cometido sustantivo, no sustantivo y de apoyo— se abre a la acción definidora de conceptos jurídicos —para su verificación en cada situación jurídica de competencia atribuida—, y no será ello, sin duda, la menor fuente de dificultades.

La reformulación de las estructuras organizativas y funcionales de los incisos deberá responder al régimen de los cometidos estatales que se instaure (sección VIII, cap. II, de la ley 16.736).

Por su propia razón de ser, el achicamiento (reducción) del volumen del Estado requerirá la concurrencia de criterios que no pasan sólo por el reduccionismo económico. El reclamo de justicia y equidad y la paz social no serán, sin duda, los menos relevantes, a la hora de la instrumentación de las soluciones postuladas por el orden normativo comentado.

Cuando se afirma el reclamo citado —con su fuerte contenido— no se hace otra cosa que atender al ordenamiento constitucional y las reglas emergentes de tratados vinculantes para la República.<sup>48</sup>

<sup>48</sup> Cajarville, Juan P., *Sobre reforma del Estado y derecho administrativo*, en cap. 1: “Reflexiones sobre las transformaciones en el sector público y en el derecho administrativo”, Montevideo, ed. Cuadernos de Derecho público, núm. 5, 1996. Coincidimos con el autor citado en su convicción de que el orden jurídico uruguayo, sigue imponiendo al Estado una actitud positiva de conformación del orden social, en procura de la efectividad de los derechos sociales que la Constitución consagra. Sigue siendo cierto en el derecho positivo uruguayo, luego de estas transformaciones, que es deber del Estado asumir una actitud positiva en procura de la efectividad de esos derechos sociales, p. 23. Su afirmación, formulada en 1992 (véase nota 1, de la publicación citada) es también válida luego de la ley 16.736 y normas comentadas por nuestra parte.