

PERSONAS PÚBLICAS NO ESTATALES: ¿CRISIS O DUCTILIDAD DE LA CATEGORÍA?

Dra. Graciela Ruocco

SUMARIO

1. Introducción. 2. Conceptualización. 3. In/Definiciones de los caracteres de la figura. 4. Origen y desarrollo. 5. Crisis de la categoría. 6. Auge y desdibujamiento. 7. Replanteo de la doctrina clásica. 8. Conclusiones.

Introducción:

Qué mejor para encarar este homenaje, que hacerlo evocando a quien fue el creador de esta categoría de personas jurídicas, el Maestro Enrique SAYAGUÉS LASO.

CAGNONI, en su recordado trabajo sobre la evolución del régimen jurídico de las personas públicas no estatales, luego de constatar una realidad que evidenciaba una verdadera transformación de la figura, expresaba: “...no podemos seguir repitiendo, enseñando, aquellos principios o elementos de organización de las personas públicas no estatales, cuando tenemos que reconocer que hay otras personas públicas no estatales cuya existencia no podemos dudar, porque el imperio legislativo es muy claro, y que no obedecen ya ni a los criterios básicos ni a los elementos configurantes que han sido clásicos en nuestra investigación, en nuestra enseñanza.”¹

Es cierto que los elementos que SAYAGUÉS LASO señalaba como característicos de estas entidades se han ido desdibujando y aún desapareciendo. Pero no es menos cierto que la voluntad legislativa pone de manifiesto su indudable existencia.

De ahí que advertimos diversas iniciativas de replanteo del tema, que comenzando por SAYAGUÉS y siguiendo a CAGNONI han avanzado en su reformulación, a saber, KORZENIAK ², analizando la situación de sus empleados, CAJARVILLE ³, enfrentando las dificultades que plan-

¹ CAGNONI, José A. Evolución del régimen jurídico de las personas públicas no estatales. Revista de Derecho Público. Nº 1. F.C.U. Montevideo. 1992. p. 31

² KORZENIAK, José. Situación de los funcionarios paraestatales. Cursillo sobre el Derecho del Trabajo y los funcionarios públicos. Biblioteca de Derecho Laboral. Nº 5. Montevideo 1977, pp. 124 y ss.

³ CAJARVILLE PELUFFO, Juan P. Sobre Reforma del Estado y Derecho Administrativo. Personas Públicas no Estatales, Cuadernos de Derecho Público Nº 5. Ed. Universidad. Montevideo. 1996, pp. 29 y ss.

tea el tema, DURÁN MARTÍNEZ⁴, cuestionando la naturaleza jurídica de CONAPROLE, DELPIAZZO⁵, analizando las diversas creaciones ocurridas hasta el año 2006, ROTONDO⁶, actualizando el régimen jurídico general y particular para algunas de ellas, vigente hasta 2007.

También resulta de cita obligada el estudio realizado por OLIÚ⁷, que efectuó una clara sistematización de la evolución de la figura, marcando diversas etapas –fundacional, de formulación, de desviación, del gobierno de facto, de concertación y del reencuentro- hasta 1996, fecha en la que BRITO⁸ hizo notar las innovaciones introducidas en el sector público a propósito de estas entidades.

Teniendo en cuenta todos los aportes mencionados, intentaremos caracterizar a las personas públicas no estatales desde su esencia, y completar hasta hoy su evolución, concluyendo en su indudable ductilidad.

Conceptualización:

Entendemos con DURÁN MARTÍNEZ, que la esencia de la figura -en el sentido aristotélico de la expresión⁹- está en la definición de SAYAGUÉS LASO invocada por KORZENIAK, “...como aquellas entidades regidas en todo o en parte por el derecho público, pero que no integran el Estado, o el aparato estatal, o la estructura estatal”.¹⁰

El punto de partida para la conceptualización esencial de las personas públicas no estatales radica, pues, en la doble distinción evocada por DELPIAZZO, entre **personas públicas y privadas** por una parte, y **personas estatales y no estatales** por otra.¹¹

La diferencia entre **públicas y privadas**, se funda en razón del **régimen jurídico aplicable**: si se regulan primordialmente por el **Derecho Público**, serán públicas; si se regulan primordialmente por el **Derecho Privado**, serán privadas. Lo que nos coloca en posición de abordar los consabidos criterios de distinción del Derecho Público y Privado.

A su vez el deslinde entre personas **estatales y no estatales**, está dado por su **pertenencia a la organización jurídica de la colectividad, es decir, el Estado aparato**, en la terminología de KORZENIAK¹², por oposición al “Estado Nación” de BENOIT.¹³

⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Naturaleza Jurídica de CONAPROLE. Casos de Derecho Administrativo. Volumen III. Montevideo. 2003.

⁵ DELPIAZZO, Carlos. Derecho Administrativo Especial. AMF. Montevideo. 2006 Volumen I, pp. 153 y ss.

⁶ ROTONDO, Felipe. Actualización de esquema sobre Personas Jurídicas de Derecho Público no Estatal. Anuario de Derecho Administrativo. Tomo , Montevideo. 2007. p. 619 y ss

⁷ OLIÚ, Alfredo. “Personas de Derecho Público no Estatal” en Revista de Derecho Público, n° 13. Montevideo. 1998, pp. 61 y ss.

⁸ BRITO, Mariano - “Algunas innovaciones en el sector público: Personas Públicas no Estatales en la Ley n° 16.736” en ADA T.V, Montevideo. pp. 11 y ss.

⁹ DURÁN MARTÍNEZ, A. op. cit., nota 36, p. 256.

¹⁰ KORZENIAK, J. op. cit. p. 125, citado por DURÁN MARTÍNEZ, A. op. cit. p. 250

¹¹ DELPIAZZO, Carlos - “Reforma del Estado” en Derecho Administrativo de la Regulación Económica. UM. 1998, p. 50; “Actividad empresarial del Estado”, publicado en la R.U.D.C.P. Tomo VII, N° 39, pp. 213 y ss.; Derecho Administrativo Especial...cit, pp.153-154. Cabe señalar que tales criterios de clasificación doctrinarios han sido consagrados positivamente por la Ley N° 17.040 de 11.12.1998, en su artículo 1º, al referirse a “Las empresas públicas o de propiedad estatal, con actividad comercial e industrial,.....”

¹² KORZENIAK, J. op. cit. p. ; cfr. DURÁN MARTÍNEZ, A. op. cit. p. 260.

¹³ BENOIT, F.P. citado por DURÁN MARTÍNEZ, A. op. cit. p. 259.

Atendiendo a las clasificaciones entre entidades públicas y privadas, y personas estatales y no estatales, fundadas en criterios diversos, DELPIAZZO establece una tipología con 4 categorías resultantes: **a) personas públicas estatales**: como son el Estado (Persona Pública Mayor) y cada uno de los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales; **b) entidades públicas no estatales**, objeto de nuestro análisis; **c) entidades privadas no estatales**, esto es, las personas jurídicas civiles y comerciales; y **d) entidades privadas estatales** (empresas de naturaleza privada que han sido incorporadas al patrimonio estatal, sea por adquisición o por expropiación, o instituidas como tales por ley).

En cuanto a la condición de “**públicas**” de estas entidades SAYAGUÉS las caracteriza como tales porque se rigen por el Derecho Público.¹⁴ KORZENIAK indica la dificultad con que tropieza inmediatamente esta definición, cual es la de distinguir el Derecho Público del Derecho Privado, existiendo a esos efectos tantos criterios como autores han escrito sobre el punto.

CAJARVILLE, seguido por DURÁN MARTÍNEZ, señala que al menos debemos ponernos de acuerdo en qué es el Derecho Público a los efectos de definir a las Personas Públicas no Estatales. Y en atención a esa orientación coinciden en que a esos efectos Derecho Público es el que “...confiere a determinados sujetos poderes exorbitantes y correlativamente los somete a sujeciones exorbitantes, entendiéndose por exorbitante en ambos casos soluciones que van más allá de las que se aplican al común de los mortales, a todos nosotros.”¹⁵

Al respecto, presentaremos dos precisiones. En primer lugar, que estas entidades son públicas y por ello se rigen por el Derecho Público. Y en segundo lugar, porque son públicas y se rigen por el Derecho Público, cuentan con esas facultades exorbitantes.

De manera que para el intérprete de una ley de creación de esas Personas Jurídicas, resulta trascendente la consagración de tales poderes y sujeciones exorbitantes a fin de determinar la naturaleza jurídica de la entidad, cuando la ley no la definió.

Ahora bien, en el momento de creación de la entidad es el legislador quien debe definir su naturaleza jurídica, y en tal caso cabe preguntarse qué aspectos debe atender para darle o no la naturaleza de una entidad pública, y consecuentemente asignarle poderes exorbitantes y sujetarla a mayores controles que a las privadas. En otras palabras, la consagración de poderes y sujeciones exorbitantes constituye una consecuencia de la naturaleza pública de la entidad, y no a la inversa.

Para definir, pues, su condición de pública, creemos con SAYAGUÉS que es imprescindible determinar cuáles actividades o situaciones afectan principal e inmediatamente los intereses generales comprometidos en la gestión de la nueva persona jurídica. El autor, siguiendo a PRESUTTI, afirma que “*Esa determinación está sujeta a los puntos de vista jurídicos, políticos, sociales y económicos que predominan en un momento dado en cada país*”.¹⁶ De manera que, el legislador de un determinado lugar, en un momento determinado, efectuará la valoración de la actividad objeto de los cometidos a asignar a la entidad a crear, y si considera que se afectan con su desarrollo intereses generales en forma inmediata y directa, la calificará de pública y preverá las facultades y sujeciones exorbitantes propias del poder público.

¹⁴ SAYAGUÉS LASO, E. Tratado... cit. Tomo II, p. 234; cfr. DELPIAZZO, C. Derecho Administrativo Especial... cit. p. 153.

¹⁵ CAJARVILLE, J.P. op. cit. p. 42; cfr. DURÁN MARTÍNEZ, A. op. cit. p. 258.

¹⁶ SAYAGUÉS LASO, E. Tratado... cit. Tomo I, p. 20.

La segunda característica de la esencia de estas personas públicas es la de “**no estatales**”, esto es la de no pertenecer al Estado. Pero debemos analizar qué entendemos por Estado en este caso; o más precisamente, en qué sentido estamos utilizando la expresión Estado.

A este respecto, con KORZENIAK y DURÁN MARTÍNEZ, utilizando en parte la terminología de BENOIT, preferida por este último, diremos que resulta claro que no se trata del Estado en el sentido de Nación o país, con los elementos y presupuestos propios de la organización política de la colectividad. Estamos refiriéndonos a la estructura, a la forma cómo se organiza jurídicamente la colectividad para el cumplimiento de los cometidos que le asigna el Derecho, a lo que se denomina “Estado Aparato”. Y en este sentido, el Estado está integrado por la Persona Pública Mayor (esto es, los tres Poderes y los tres órganos de contralor) y las personas públicas menores (cada Gobierno Departamental, cada Ente Autónomo y cada Servicio Descentralizado).¹⁷

Si el legislador, en el momento de la creación, considera que no debe pertenecer a ninguno de los sistemas de organización de las mencionadas personas jurídicas, entonces la entidad creada no pertenecerá a la estructura del Estado y podrá ser calificada como “**no estatal**”.

In/Definiciones de los caracteres de la figura

No es el propósito de este trabajo ingresar a los orígenes de la doctrina de SAYAGUÉS. Baste con decir que analizó la doctrina francesa e italiana de su tiempo, descartando la primera, y recogiendo con variantes la italiana, que destaca de esta figura los siguientes elementos:

- 1º) de creación estatal;
- 2º) con derechos de poder público;
- 3º) obligación del Ente hacia el Estado de cumplir con el fin asignado;
- 4º) Tutela del Estado o, al menos, una vigilancia continua y más intensa que a las entidades privadas.

Sin duda la vigencia del pensamiento de SAYAGUÉS es unánimemente aceptada, en cuanto a la existencia de estas entidades. Lo primero a lo que debe atenderse es a la voluntad, al criterio afirmado por el legislador en forma expresa o tácita en las respectivas leyes de creación.

En cuanto a su caracterización, señaló los siguientes elementos constitutivos:

a) **Creación por ley**, con limitaciones. En efecto, el Poder Legislativo no puede, por su sola voluntad, atribuir la etiqueta de persona pública no estatal a cualquier organización.¹⁸ Por ejemplo no podría crearse una persona del tipo, para el ejercicio de la función jurisdiccional, porque esa es una función exclusiva del Estado. El otro límite a la ley se encontraría en el principio de igualdad: en la medida que se le reconoce a estas personas jurídicas poderes exorbitantes, su actividad debe estar signada por el interés público, el mismo que justifica la creación de una categoría legal con la desigualdad que supone el otorgamiento de un privilegio.¹⁹

b) **Cumplen actividades reputadas cometidos públicos o de interés público**. Este es el

¹⁷ Vé. DURÁN MARTÍNEZ, A. op. cit. pp. 259 a 263; cfr. DELPIAZZO, C. Derecho Administrativo Especial... cit. p. 153.

¹⁸ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. Las Personas Públicas no Estatales y la Constitución en RDP n° 1. FCU. Montevideo 1992. p. 16.

¹⁹ Cfr. CASSINELLI MUÑOZ, H. op. cit. p. 17

elemento que destacamos como definitorio y que da razón de ser a sus prerrogativas especiales típicas de poder público.

c) **Elemento coactivo en cuanto a la afiliación y la integración de capital.**

d) Sus **empleados no revisten la calidad de funcionarios públicos**, regulándose por el Derecho Laboral.

e) Su **presupuesto es proyectado y aprobado por la propia entidad**, sin perjuicio de controles más o menos intensos según los casos.

f) Sus **decisiones no son actos administrativos** y las **contrataciones que realice no se encuentran alcanzadas por la normativa general** aplicable a las Administraciones Públicas.

g) Tienen **patrimonio propio**.

h) Son dirigidas de diversas formas según las previsiones de cada ley de creación, pero en general, presentan cierto grado de intervención de las autoridades estatales con representación de los sectores privados interesados. Lo que ha dado en llamarse **administración mixta**.

i) El Estado ejerce un **contralor intenso sobre sus actividades**, mediante sus órganos y mecanismos de contralor, con relación a los que despliega respecto de la actividad privada. Pero se afirma en la doctrina tradicional un **tenue control del Estado** si lo comparamos con el control sobre las entidades estatales.

j) Cuentan con **potestades exorbitantes** propias del poder público, por ejemplo: exoneraciones tributarias, inembargabilidad de sus bienes, los testimonios de sus resoluciones constituyen título ejecutivo, facultades inspectivas o de supervisión, poder sancionatorio

El desarrollo de la doctrina tradicional tiene un punto de inflexión crítico en la década del 70, manifestado en múltiples intervenciones administrativas y supresiones. Después de la restauración democrática tuvieron un nuevo auge, especialmente a instancia del propio Estado. La persistencia de este impulso llevó a un desdibujamiento de las características clásicas descritas por SAYAGUES.²⁰

CAJARVILLE llega a decir que la única condición requerida para ser persona de derecho público no estatal es su creación por acto legislativo y su adecuación a la Constitución, entendida como su pertenencia o no al tipo de actividad que debe ser prestada por el Estado de acuerdo al concepto de estatalidad manejado en la Carta.

Las características tradicionalmente señaladas, pues, no han sido, uniformes a través del tiempo, por lo que se impone repasar su evolución a la luz del estudio realizado por OLIÚ hasta 1996, siguiendo luego la evolución planteada por DELPIAZZO en 2006, y el esquema actualizado por ROTONDO hasta 2007, complementando el análisis hasta nuestros días.

Origen y desarrollo de la categoría:

1º) Etapa fundacional: En esta etapa se funda la categoría y se sientan las bases del concepto.

²⁰ DELPIAZZO, C. Derecho Administrativo Especial...cit. p. 155-162.

CAGNONI destacaba que esta etapa se caracteriza por el fuerte impulso gremial dado a este tipo de personas. Ello se evidencia con la creación de los siguientes organismos:

a) La Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de las Instituciones Bancarias y Bolsa de Comercio por la Ley N° 7.830 de 14 de mayo de 1925, sustituida posteriormente por el Decreto Ley N° 10.331 de 20 de enero de 1943, que define a la Caja Bancaria como “un instituto gremial privado con fines públicos”, ampliada luego por la Ley N° 16.565 de 24 de agosto de 1994, y modificada por la Ley N° 16.998 de 9 de setiembre de 1998.

b) el Frigorífico Nacional por Ley N° 8.282 de 6 de setiembre de 1928. Se prevé un régimen cooperativo para el capital del Instituto, la administración mixta, y la mayor representatividad de los ganaderos en el órgano directivo;

c) La Cooperativa Nacional de Productores de Leche (CONAPROLE) por ley N° 9.526 de 14 de diciembre de 1935, con numerosas modificaciones posteriores, aunque se ha cuestionado su naturaleza jurídica.²¹

d) La Caja Notarial se crea por Ley N° 10.062, de 15 de octubre de 1941. Presenta elementos similares a la Caja Bancaria y actualmente regulada por la Ley N° 17.437, de 20 de diciembre de 2001.

2º) Etapa de formulación: en 1945 aparece el trabajo de SAYAGUES en que se crea y se caracteriza la categoría con la denominación que se ha impuesto desde entonces. Según CAGNONI la presencia, existencia y operatividad de estas personas marcó un cambio en el relacionamiento entre el Estado y la Sociedad determinando una nueva forma de vinculación de los intereses sectoriales y los intereses generales.

Crisis de la categoría:

3º) Etapa de desviación: en esta etapa se crean nuevas personas con la denominación del tipo, pero que ya no responden en todos sus términos a la caracterización elaborada por SAYAGUES.

La nota que más se ha desdibujado a partir de 1967, en que se crea el Fondo para la Erradicación de la Vivienda Insalubre Rural, es la forma de designación de sus autoridades, en la que participa el Poder Ejecutivo; se excluye la participación en la Dirección de los propios interesados aunque mantiene una finalidad social.²² Tampoco hay aportación de los beneficiarios sino que la financiación proviene de impuestos, desapareciendo la base gremial.

En 1969 se crea el LATU por el art. 97 de la Ley N° 13.737. La Dirección y la aportación no son de los interesados, no existe afiliación obligatoria y tampoco posee un fin social. Está destinado más a la regulación de la actividad privada y a la actividad de fomento.

4º) Etapa del gobierno de facto: se mantienen algunos de los elementos formales de este tipo de personas, pero su carácter de organismo no estatal choca con la filosofía autoritaria que impera en los gobernantes de este período (se manifiesta por intervenciones administrativas y supresiones). Ello queda de manifiesto en el denominado Acto Institucional N° 9 y por las intervenciones

²¹ DURÁN MARTÍNEZ, A. op. cit. pp. 263 y ss.

²² CAGNONI, J.A. op cit. p. 30

de estas entidades por parte del Poder Ejecutivo. Sólo subsistieron CONAPROLE y las Cajas Bancaria, Notarial y Profesional, aunque bajo el régimen del Acto Institucional N° 9. Se crean el Instituto Nacional de Carnes (ver art. 216 de la Ley N° 17.296), y el Instituto Nacional de Medicina Altamente Especializada, el Fondo Nacional de Recursos (DL 15.617) y ANSE (Administración Nacional de los Servicios de Estiva), hoy suprimida.

Auge y desdibujamiento de la categoría:

5°) Etapa de la concertación: Con posterioridad al restablecimiento de la institucionalidad democrática, se verificó un nuevo empuje de creación de personas públicas no estatales a impulso del Estado más que de los sectores involucrados, desdibujándose nuevos rasgos de la primera época.²³

Tal rebrote obedece a transformaciones de órganos estatales, y además de no apreciarse la afiliación obligatoria que mostraban las propias del área social, ni la representatividad sectorial en los órganos de conducción, el control estatal fue perdiendo el carácter de “tenue”, para acercarse cada vez más a la intensidad de los controles a los que se encuentra sometida la Administración estatal.

Se crea la Corporación Nacional para el Desarrollo (Ley 15.785 en 1985): su razón de ser fue la de reactivar a aquellas empresas consideradas viables y que habrían colapsado por los efectos de la crisis de noviembre de 1982. También se crea: el Instituto Nacional de Vitivinicultura (INAVI- Ley 15.903 en 1987), el Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria (INIA- Ley 16.065 en 1989), la Comisión Honoraria de Lucha contra el Cáncer (Ley 16.097 en 1989), el Fondo Nacional de Solidaridad (Ley 16.524 en 1994); el Fondo Nacional de Música (Ley 16.624 en 1994) y la Comisión Honoraria para la Salud Cardiovascular (Ley 16.626 en 1994).

6°) Etapa del encuentro entre estatistas y no estatistas, que prefiero llamar de **transformación**. La Ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996 marca un camino hacia la reducción del aparato estatal, producto de la reforma del Estado, tendiente a la mejora de la eficiencia y la reducción del gasto público.

Se crea cinco nuevas entidades de esta naturaleza, creación signada por el propósito de fomento y prevención, que no constituyen verdaderas creaciones sino transformaciones de unidades que pertenecían al Estado.

BRITO²⁴ destaca que con esta transformación es donde se hace patente la definitiva pérdida de la dimensión institucional social. Las personas jurídicas creadas se constituyen en instrumentos institucionales aplicados a objetivos presupuestales, de reducción del aparato estatal. También son formas institucionales generalmente operadoras al servicio del Estado, con rasgos vigorosos de derecho público y responden a fines públicos y políticos definidos por la ley o el Poder Ejecutivo. Tienen un régimen de contralor vigoroso, que responden a razones de mérito o de juridicidad.

7°) Etapa de reformulación y proliferación: Con el comienzo del nuevo Siglo se reformuló el régimen jurídico de personas públicas no estatales ya existentes, y se crearon nuevas.

²³ DELPIAZZO, C. Derecho Administrativo Especial... cit. p. 160

²⁴ BRITO, M. op. cit. p.

Se aprobaron leyes modificativas de la **Corporación Nacional para el Desarrollo** (Leyes 17.243 de 2000 y 17555 de 2002), el **Instituto de Promoción de la Inversión y las Exportaciones de Bienes y Servicios** (Ley 17.296 de 2001), el **Instituto Nacional de Vitivinicultura** (Leyes 17.295 de 2001, 17.458 de 2002 y 18.147 de 2007), la **Caja Notarial** (Ley 17.437 de 2001), la **Administración del Mercado Eléctrico** (cuyo régimen jurídico reglamentario fue modificado en los años 2002 y 2003) la **Caja de Profesionales Universitarios** (Ley 17.738 de 2004); la **Caja Bancaria** (Leyes 17.613 de 2002 y 17.841 de 2004), el **Consejo de Capacitación Profesional** (Ley 18.133 de 2007), **CONAPROLE**²⁵ (Leyes 17.243 de 2000 y 17.292 de 2001), el **Fondo de Solidaridad** (Ley 17.451 de 2002), el **Fondo Nacional de Música** (Ley 17.801 de 2004), y el **Fondo Nacional de Recursos** (Ley 17.930 de 2005).

En esta etapa también se crean personas públicas no estatales nuevas, como transformación de unidades pertenecientes al Estado, o bien como creaciones originarias.

Ejemplo de las primeras son el **Instituto Nacional de Calidad** (sucesor del Comité Nacional de Calidad dependiente de la Secretaría de la Presidencia primero y del MIEM después -Ley 17.930 de 2005-), el **Fondo de Financiamiento y Desarrollo Sustentable de la Actividad Lechera** (Ley 18.100 de 2007- que de alguna manera viene a sustituir al Fondo de Financiamiento de la Actividad Lechera del MGAP y MEF), el **Instituto Nacional de la Leche** (Ley 18.242 de 2007, que en alguna medida es sucesor de la Junta Nacional de la Leche, cuya naturaleza jurídica presentó siempre dudas a la doctrina en tanto funcionaba en la órbita de la entonces SEPLA-CODI), la **Corporación para la Protección del Ahorro Bancario** (Ley 18.401 de 2008 que en lo que refiere a la liquidación de Instituciones de Intermediación Financiera sucede al Banco Central), el **Instituto Nacional de Empleo y Formación Profesional** (sucesor de la Junta Nacional de Empleo del MTSS -Ley 18.406 de 2008), la **Agencia Nacional de Desarrollo Económico** (Ley 18.602 de 2009 que viene a sustituir algunas competencias de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y de la Corporación Nacional para el Desarrollo), el **Centro para la Inclusión Tecnológica y Social** (Ley 18.640 de 8 de enero de 2010) sustituido por el **Centro Ceibal para el Apoyo a la Educación de la Niñez y la Adolescencia** (Ley 18.719 artículo 838 de 27 de diciembre de 2010), que viene a sustituir los siguientes programas: Programa Nacional para la Promoción de la Salud Bucal Escolar de la Presidencia de la República, al Programa Escolar de Educación para la Salud Ocular de la Administración Nacional de Educación Pública y al Programa para la Conectividad Educativa de Informática Básica para el Aprendizaje en Línea; y el **Instituto Nacional de Logística** (Ley 18.697 de 3 de diciembre de 2010) que viene a sustituir los cometidos de las dependencias de los Incisos 05 (Ministerio de Economía y Finanzas), 06 (Ministerio de Relaciones Exteriores) y 10 (Ministerio de Transporte y Obras Públicas) del Presupuesto Nacional con competencia en materia de promoción y gestión del sector logístico y/o la inversión en infraestructuras de transporte.

Ejemplos de creación originaria serían el de la **Agencia Nacional de Investigación e Innovación** (Leyes 17.930 de 2005 y 18.084 de 2006), el **Centro Uruguayo de Imagenología Molecular** (Ley 18.172 de 2007), el **Fondo de Cesantía y Retiro para los Trabajadores de la Construcción** (Ley 18.236 de 2007), el **Parque Científico y Tecnológico de Pando** (Ley 18.362 de 2008), el **Instituto Nacional de Cooperativismo** (Ley 18.407 de 2008), el **Instituto Nacional de Evaluación Educativa** (Ley 18.437 de 2008), el **Colegio Médico del Uruguay** (Ley 18.591 de 2009), el **Centro para la Inclusión Tecnológica y Social** (Ley 18.640 de 30 de diciembre de 2009).

²⁵ Con las salvedades que destaca DURÁN MARTÍNEZ al negarle la naturaleza jurídica de persona pública no estatal. DURÁN MARTÍNEZ, A. op. cit. pp. 263 y ss.

Replanteo de la doctrina clásica:

a) **Creación por ley.** La doctrina tradicional presenta este elemento configurante como una creación *ex novo*, es decir que por acto de imperio del Estado se asigna un determinado cometido a una entidad del tipo.

En la actualidad, esta característica se mantiene aunque en determinados casos no estamos estrictamente ante creaciones, en cuanto realidades, sino transformaciones provenientes de secciones de la Administración estatal.²⁶

b) **Cumplen actividades de interés público.** Esta característica se mantiene en todos sus términos en cuanto se trata, como dijimos, de la esencia de la categoría, no obstante lo cual, esa finalidad no necesariamente será de carácter social, sino que han proliferado entidades del tipo con cometidos de promoción, y de regulación y control de la actividad privada.

c) **Elemento coactivo en cuanto a la afiliación y la integración de capital.** Son escasos los supuestos en que se mantiene este elemento constitutivo, el que se ha ido perdiendo, desde que obedecía a una característica sociopolítica que consistía en responder a grupos de intereses gremiales bien definidos socialmente. En la medida que muchas de las creaciones han sido iniciativa del propio Estado y no de grupos de interés, se ha ido desdibujando la organización con elementos coactivos.

d) **Sus empleados no revisten la calidad de funcionarios públicos,** regulándose por el Derecho Laboral. Es notorio que, si bien es cierto que sus empleados no son funcionarios públicos (artículo 765 de la Ley N° 16.736), no es menos cierto que cada vez son más las leyes que igualan la situación de ambos. A vía de ejemplo cabe citar las normas de conducta que surgen de la denominada Ley Anticorrupción N° 17.060, reglamentada por el Decreto N° 30/003, la que en su ámbito subjetivo de aplicación considera funcionarios públicos a los empleados de las personas públicas no estatales. En el mismo sentido el artículo 119 del TOCAF le hace aplicable el mismo régimen de responsabilidad que a los funcionarios públicos que realizan tareas vinculadas a la gestión del patrimonio. Asimismo la remuneración de los directores no podrá superar, en ningún caso, la de un Subsecretario de Estado (artículo 16 de la Ley N° 17.296).

e) **Su presupuesto es proyectado y aprobado por la propia entidad.** Esta característica se ha desdibujado también por cuanto el artículo 720 de la Ley N° 16.170 exige la presentación del presupuesto ante el Ministerio respectivo para ser incluido a título informativo en el Presupuesto Nacional, y en algunos casos exige incluso la aprobación por el Poder Ejecutivo (a vía de ejemplo cabe citar el caso del IMPO y la CPU)..

f) **Sus decisiones no son actos administrativos y las contrataciones que realice no se encuentran alcanzadas por la normativa general** aplicable a las Administraciones Públicas.

En lo que refiere a sus decisiones, conceptualmente sus actos no son administrativos porque no provienen de un órgano actuando en función administrativa, razón por la cual no le resultan aplicables las normas en materia de recursos administrativos y de la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En la generalidad de los casos las leyes de creación establecen un régimen, bastante uniforme, de impugnación de sus decisiones ante la propia entidad

²⁶ CAJARVILLE, J.P. op. cit. p. 30.

y luego con una demanda de anulación ante los Tribunales de Apelaciones en lo Civil (único supuesto de competencia en única instancia de estos tribunales). Para el caso de no existir previsión legal expresa de un sistema recursivo, sin perjuicio de que el pedido de revisión ante el mismo órgano que dictó el acto es de principio, DELPIAZZO sostiene que la competencia para juzgar la legitimidad de las resoluciones corresponde a los tribunales del Poder Judicial, por vía de una acción (declarativa o de condena) o como una excepción o defensa.²⁷

En materia de contrataciones no rige el TOCAF (artículo 2° aplicable “*En general todos los Organismos, Servicios o Entidades Estatales*”), salvo el artículo 52 que establece la preferencia de productos nacionales.

g) **Tienen patrimonio propio.** El artículo 138 del TOCAF le hace aplicable a estas entidades las normas de contabilidad de las entidades estatales. El artículo 199 de la ley N° 16.736 les impone presentar sus estados contables, con dictamen de auditoría externa, ante el Poder Ejecutivo y el Tribunal de Cuentas, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 138 del TOCAF y artículo 100 de la Ley N° 16.134, de 24 de setiembre de 1990, y ante la Auditoría Interna de la Nación. Anualmente publicarán estados que reflejen su situación financiera, los cuales deberán estar visados por el Tribunal de Cuentas. Todo ello con excepción de las Cajas Paraestatales de Seguridad Social, respecto de las que se mantendrá exclusivamente el régimen dispuesto por sus respectivas leyes orgánicas. Habiendo quedado desdibujada la aportación obligatoria, su patrimonio en general queda constituido por los bienes de las entidades transformadas (cuando no es una creación *ex novo*) o incluso subsidios del Estado.

h) **Administración mixta.** También este elemento constitutivo ha ido desapareciendo como tal, en la medida que se ha ido perdiendo el fundamento sociopolítico de estas entidades. En algunos casos se organizan incluso en forma unipersonal, como es el caso del IMPO y del INACAL

i) **El Estado ejerce un contralor intenso sobre sus actividades,** que es tenue si lo comparamos con el control sobre las entidades estatales. Como se ha venido señalando, cada vez son más intensos los controles, asimilándolos al que se ejerce respecto de las entidades estatales. Cabe agregar que en las respectivas cartas orgánicas es común encontrar disposiciones que imitan las previsiones que el artículo 197 de la Constitución establece para el control de mérito y legalidad que el Poder Ejecutivo ejerce sobre los entes descentralizados.²⁸

j) **Cuentan con potestades exorbitantes** propias del poder público, característica que se mantiene fundamentalmente con la previsión de privilegios y exenciones.

Conclusiones:

Se advierte en el derecho positivo nacional una gran variedad de cometidos y de organización de estas personas jurídicas.

Sin embargo, puede decirse con cierta generalidad, que se evidencian elementos propios de su carácter público, tales como el régimen jurídico de creación mediante el poder de imperium derivado de la ley, los fines de interés público, las prerrogativas y sujeciones exorbitantes, control intenso y responsabilidad.

²⁷ DELPIAZZO, C. op. cit. p. 167

²⁸ Cfr. DELPIAZZO, C. op. cit. p. 167

En tanto, su no estatalidad se manifiesta en su régimen patrimonial, en su régimen presupuestal (aunque ahora se requiere la aprobación del Poder Ejecutivo), y de contratación, en el carácter de sus decisiones que no son actos administrativos, y en su personal, que no son funcionarios públicos.²⁹

Podemos sin embargo advertir que cada vez se desdibuja más la última de las características reseñadas, como espejo de la mayor intensidad de los controles estatales respecto de la gestión de estas personas jurídicas. En efecto, se evidencia un control cada vez más vigoroso sobre estas entidades, al tiempo que se advierte una cada vez más profunda asimilación de sus empleados con los funcionarios públicos, fundamentalmente en lo que refiere a su conducta y actuación. Es numerosa la cantidad de disposiciones que con carácter general hacen aplicable a estos empleados las normas prohibitivas y de tipificación delictiva vigentes para los funcionarios públicos.

Destacamos de la evolución presentada que las competencias asignadas, previstas originalmente para cumplir cometidos de tipo social, y que aún se mantienen en actividades de distintas áreas, como la de seguridad social, se han distribuido y diversificado. En efecto, advertimos una cierta proliferación de estas entidades en el área agropecuaria, en el área económica, cultural y de enseñanza, en el área salud.

Atendiendo a sus características y variedad actuales, el siempre recordado Profesor CAGNONI³⁰ las clasificó en 3 categorías:

a) del tipo **corporación**, en las que hay intervención de los interesados en algunos casos, pero en un segundo grado; no hay una representación directa, sino que es indirecta a través de la designación de los representantes de las asociaciones que los agrupan.

b) del tipo **fundación**, es decir fondos especiales destinados a determinadas actividades o fines específicos.

c) del tipo **ejecutor de políticas sectoriales** trazadas por el Poder Ejecutivo.

De manera que, concluía CAGNONI, al analizar las personas públicas no estatales, primero se debía incluirlas en alguno de los tres tipos y luego asignarles los elementos propios de cada uno.

Finalmente, destacamos que con el criterio amplio utilizado por DURÁN MARTÍNEZ de relacionamiento público y privado para el cumplimiento de los cometidos del Estado, quedan comprendidas tanto modalidades negociales como institucionales, entre las que cabe incluir a las Personas Públicas no Estatales.³¹

El rol de Estado es el de dirigir, controlar, estimular, ayudar, coordinar e integrar a los particulares o sociedades intermedias, en la consecución de los cometidos a su cargo, y suplirlos sólo cuando aquéllos no quieren o no pueden prestarlos en condiciones que aseguren la finalidad de bien común perseguida.

²⁹ DELPIAZZO, C. Derecho Administrativo Especial...cit. p. 162

³⁰ CAGNONI, J.A. op. cit. pp. 32-33

³¹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. "Nuevas formas de relacionamiento público-privado en el cumplimiento de los cometidos del Estado," en *Revista de Derecho* (publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay). Universidad Católica del Uruguay "Dámaso Antonio Larrañaga"/ Konrad Adenauer Stiftung. Montevideo, 2009, N° 04, pp. 78 y ss.

Ese nuevo rol del Estado alienta la participación público privada en un marco de eficacia que asegure que la sociedad recibirá los servicios que demanda en forma regular y en condiciones de calidad suficientes para cubrir sus necesidades.

Por la vía de la creación de este tipo de entidades se “...logra una suerte de privatización, pues si bien estas personas jurídicas son consideradas de derecho público, no integran la estructura del Estado, se le da participación al sector privado y admiten ser reguladas en mayor o menor medida, según los casos, por disposiciones propias del derecho privado. La constitucionalidad de esta figura surge de lo dispuesto por el artículo 191 de la Constitución”³²

De esta forma se obtendrá la reducción del tamaño del Estado, ganando espacio la actuación del particular, la flexibilización de los rígidos modos de actuación de la Administración, para lograr mayor eficiencia y el fin de la Administración autoritaria y verticalizada por obra de la participación público - privada en el desempeño de los cometidos estatales, con indudable incidencia en el Derecho.

³² DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Procesos de Privatización”. Estudios de Derecho Administrativo. Parte Especial. Montevideo. 1999, p. 163.