

TERCERIZACIÓN EN LA REFORMA DEL ESTADO

por
Carlos Labaure Aliseris

Sumario

Introducción. a) Reforma del Estado; b) Concepto de tercerización. 2. Objeto de la tercerización. a) Cometidos sustantivos; b) Cometidos no sustantivos. 3. Sujetos de la tercerización. a) Entes Públicos; b) Terceros. 4. Formas y procedimientos. a) Formas contractuales; b) Procedimientos.

1. INTRODUCCIÓN

a) Reforma del Estado

La tercerización es uno de los cauces por los que corre la denominada Reforma del Estado, conjuntamente con la privatización y la desregulación.

Se ha entendido por Reforma del Estado, una serie de procesos que a partir de la década de los ochenta se han venido dando en distintos países, y en el nuestro fundamentalmente en la década de los noventa.

Mientras por privatización se entiende el pasaje de activos y actividades públicas al ámbito privado, por desregulación se entiende la eliminación de normas que traban la libre actividad de los particulares.

La tercerización, como forma de aproximación al tema podría decirse que consiste en la asignación a terceros de actividades no sustanciales.

En los últimos años se ha venido cuestionando el rol del Estado, en el sentido de limitar su actividad lo que resulta imprescindible, dejando a la sociedad lo que ésta pueda realizar por sí misma.

La necesidad de la Reforma del Estado, se vincula a fenómenos como los de la globalización, la competencia, y el déficit. Este último aspecto adquiere gran importancia, y por consiguiente se trata de instrumentar políticas que hagan posible una actividad más eficaz y eficiente del Estado.

Eficacia y eficiencia, constituyen una doble vertiente: la primera atañe al cumplimiento de los fines, en tanto la segunda refiere a los recursos a utilizar. Al respecto se ha

dicho que “Se es más eficaz si los resultados cumplen los fines”; mientras que “Se es más eficiente si se obtienen más resultados con menos recursos o sea a menor costo.”⁽¹⁾

Se entiende que el Estado, al desprenderse de ciertas actividades, puede concentrarse en aquéllas que resultan más importantes, y en las que es insustituible. Se ha dicho que la Reforma del Estado, significa dotarlo de mayor eficiencia, de nuevos instrumentos, haciéndolo más fuerte, un “Estado garante”, para combatir los desequilibrios sociales, la pobreza crítica, y proteger los derechos humanos.⁽²⁾

En el caso de la tercerización, esto es la contratación de terceros para la realización de ciertas actividades, se trata de un medio que si bien conocido, es empleado en mayor escala para lograr la transformación del Estado.

Se trata fundamentalmente de una técnica utilizada con éxito en el ámbito privado, y luego transplantada al ámbito público. Según el concepto de especialización productiva, se entiende que se cumple mejor con las actividades en que existe especialización, en tanto se contratan afuera actividades que no corresponden al giro principal o no se cumplen con eficacia.⁽³⁾

b) Concepto de tercerización

El término tercerización no existe en el diccionario, puede decirse que consiste en contratar con terceros la realización de una actividad, en la que el tercero deja de ser tal al relacionarse contractualmente.⁽⁴⁾

Puede diferenciarse de la subcontratación, en la que existe un contrato base del que deriva el subcontrato, pero este último tiene el mismo contenido económico y la misma naturaleza jurídica que el contrato base, porque el intermediario invierte su posición jurídica como en el caso del arrendamiento y el subarrendamiento, el mandato y el submandato, el depósito y el subdepósito.⁽⁵⁾

En el caso de la tercerización, se trata de un contrato entre la Administración y una empresa, que suministrará a ésta el producto, servicio a mano de obra requerida. En el primer caso el producto o servicio puede realizarse dentro o fuera del ámbito de la Administración, en tanto el segundo se realiza dentro, configurando una situación diferente, consistente en el suministro de mano de obra temporal, lo que constituiría un caso de subcontratación.⁽⁶⁾

1. AROZTEGUI, CESAR I. *Tercerización de servicios no personales* en “Actualidad de la Contratación Administrativa”, F.C.U. Montevideo 2000, p. 19.

2. CORREA FREITAS, RUBEN. *Lineamientos básicos de la Reforma del Estado contenidos en la Ley de Presupuesto de 1995* en Rev. Administración Pública Uruguaya N° 19, ONSC. Montevideo, enero de 1997, p. 29.

3. RACCIATTI MARINI, OCTAVIO. *Reestructura y tercerización en la administración pública*. Recopilación de conferencias y exposiciones realizadas en UTE. Montevideo 1999, p. 28.

4. RACCIATTI MARINI, OCTAVIO. Ob. cit., p. 27.

5. GAMARRA, JORGE. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XV. Montevideo 1973, pp. 23-234.

6. El inc. 1° del art. 3°, Ley 10.449 de 12/9/1943, establece: “Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas o intermediarios permanecerá, no obstante, obligado subsidiariamente al pago de los salarios mínimos fijados.”

Puede darse también un tipo de tercerización, que no es la que se debe perseguir, consistente en la contratación de empresas unipersonales, que esconden una relación de trabajo que no se formaliza.⁽⁷⁾ En dicho caso se estaría ante un arrendamiento de servicio, situación que debe distinguirse del contrato de función pública, regido por el derecho público, y que implica incorporación a la Administración⁽⁸⁾.

2. OBJETO DE LA TERCERIZACIÓN

a) Cometidos sustantivos

Una primer cuestión a determinar es cuáles servicios son tercerizables. Al respecto, antes de la existencia de normas expresas al respecto, se admitió la posibilidad como una forma de contratación más.

De la tercerización, quedan indudablemente excluidas, aquellas actividades que por Constitución o por ley su actividad debe prestarse directamente por el Estado. Tal es la situación de los denominados cometidos esenciales y servicios sociales cuya prestación la Constitución encomienda a organismos estatales.

Al respecto se ha señalado, que los cometidos esenciales son inherentes al Estado y deben ser ejecutados en forma directa por éste, al igual que los servicios sociales cuando se hallen asignados constitucional o legalmente a entidades estatales, los que no podrán ser tercerizados.⁽⁹⁾

La Ley de Presupuesto N° 16.736 de 5/1/1996, vino a establecer una norma genérica respecto a las tercerizaciones que faculta a los organismos comprendidos en el Presupuesto Nacional, a “contratar con terceros la prestación de actividades no sustanciales o de apoyo en la forma que establezca la reglamentación...” (art. 13).

Dicha norma se sanciona en un contexto que prevé la reestructura de organismos públicos. En relación a ello el Dec. 255/995 de 11/7/1995, que estableció las bases para la formulación del presupuesto quinquenal en su Considerando IV, refería a la necesidad de “adoptar medidas de reforma administrativa que eliminen redundancias y adecuen la estructura organizativa y la asignación de recursos basada en el logro de metas de gestión, lo que a su vez permitirá liberar recursos para jerarquizar y profesionalizar la función pública.”

El logro de las metas de gestión refiere a la eficacia, cuestión que en principio no se controla, sino la legalidad. A tales efectos el Decreto (Anexo 1, III, 5), habla de la medición de desempeño, a través de un conjunto de indicadores sujetos a evaluación periódica por los organismos de control del Estado, referencia a la luego creada “Auditoría Interna de la Nación” (art. 49 de la Ley N° 16.736).⁽¹⁰⁾

7. RODRÍGUEZ, RENÁN, en “2 Congreso Relaciones Laborales en el Uruguay”. UCUDAL, Montevideo 1996, p. 82.

8. Cfc. DELPIAZZO, CARLOS. *Contratación Administrativa*. Universidad de Montevideo 1999, p. 434.

9. BRITO, MARIANO. *Las nuevas formas de gestión de los cometidos estatales* en Anuario de Derecho Administrativo, T. VI, F.C.U. Montevideo 1998, pp. 13-14.

10. BRITO, MARIANO. *Ob. cit.*, p. 10.

La norma legal que refiere a las privatizaciones ya citada, fue desarrollada por el Decreto 186/986 de 16/5/1996, que la reglamenta. Dicha norma, define a los cometidos sustantivos, como “las actividades referidas a la formulación de políticas, las de regulación y las de control, asignadas al Estado por la Constitución o la ley” (art. 16).

A continuación el mencionado decreto, establece que en los casos que un servicio sea cumplido por la misma unidad organizativa que lo regula y lo controla, debe reorganizarse para separar la actividad normativa y fiscalizadora de la prestacional, priorizando las actividades de regulación y fiscalización, explícita que se entiende por actividad de regulación que sería la normativa, y de control que sería la fiscalizadora (art. 19).

A la vez la formulación de políticas, es una noción que no plantea dificultades, constituyendo una actividad propia del Estado el formular las políticas a aplicar.

A los efectos de determinar las actividades tercerizables, el decreto determina la prestación directa de los servicios por el Estado, “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” (art. 17).

La norma citada, en este aspecto, hace referencia a dos cuestiones. En primer término cuando la prestación por los particulares no garantiza la equidad, en que el Estado concurre con los particulares, realizando al efecto una actividad subsidiaria por mandato constitucional.⁽¹¹⁾

Tal sería el caso de los servicios sociales como salud y educación, en que importa asegurar un acceso universal e igualitario y oportuno, ya que es un derecho, la adecuada prestación de los servicios.⁽¹²⁾

Para el último supuesto, se trata de servicios que plantean una relación inadecuada entre costo y beneficio, por lo que no resulta útil su cumplimiento.

b) Cometidos no sustantivos

Con respecto a los cometidos no sustantivos, se realiza una enumeración, comprendiendo los siguientes: talleres, imprentas, limpieza, mantenimiento, vigilancia, transporte, arquitectura, certificaciones médicas, extensión técnica y científica, investigación asociada a la extensión, laboratorios, cantinas y similares, cabiendo en caso de duda la consulta al C.E.P.R.E.⁽¹³⁾ (art. 18).

Los cometidos no sustantivos, serían aquellos que sólo tienen razón de ser por ser accesorios a una tarea principal e independiente.⁽¹⁴⁾ La norma los distingue de los cometidos de apoyo, considerando tales, los que sin ser sustantivos, son necesarios para el desempeño

11. VÁZQUEZ, CRISTINA. *Marco normativo de la Reforma del Estado. Ley N° 16.736 y disposiciones reglamentarias* en Rev. Derecho Público N° 11-12. F.C.U. Montevideo 1997, p. 109.

12. JURUENA VILLELA SOUTO, MARCOS. *Desestatização, privatização, concessões e tercerizações*. 3ª Ed. Lumen-juris, Río de Janeiro 2000, p. 203.

13. Comité Ejecutivo para la Reforma del Estado, creado por el art. 703 de la Ley N° 16.736.

14. BRITO MARIANO. Ob. cit. p. 14.

de los mismos (art. 20). Entre los cometidos de apoyo, podrían señalarse: la administración de recursos financieros y materiales, la administración de recursos humanos, la actividad jurídico-notarial y de asesoramiento.⁽¹⁵⁾

De acuerdo al art. 708 de la Ley 16.736, sólo podrán constituir unidades organizativas, las que tengan a su cargo cometidos sustantivos, con excepción de las Direcciones de Secretaría o su equivalente, las que agruparán la totalidad de los servicios de apoyo.

El Decreto prevé la tercerización de los cometidos no sustantivos, así como los sustantivos y de apoyo cuya ejecución directa no se justifique de acuerdo a lo establecido en dicha norma (art. 21).

La norma al respecto es suficientemente amplia, admitiendo la tercerización de cometidos sustantivos y no sustantivos, cuando su ejecución directa no se justifica, con las limitaciones ya citadas, referentes a que sean impuestos al Estado, sean necesarios para asegurar el acceso universal a los servicios, o la relación costo-beneficio no lo justifique (inc. 2º del art. 17).

El art. 21 citado, impone la tercerización de dichos servicios, con lo que va más allá de la norma legal, al establecerla en forma preceptiva.⁽¹⁶⁾

3. SUJETOS EN LA TERCERIZACIÓN

a) Entes Públicos

Una de las partes en la tercerización de actividades de la Administración, que puede encomendar su prestación a terceros, cuando el marco normativo lo habilite.

Tratándose de un contrato, rigen al respecto los principios generales, con las salvedades formuladas en cuanto al carácter de las actividades y la necesidad de su prestación directa o no.

La norma que prevé la tercerización de las actividades estatales, refiere al Poder Ejecutivo y los demás organismos comprendidos en el Presupuesto Nacional, esto es los del art. 220 de la Constitución, que comprende al Poder Judicial, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Corte Electoral, el Tribunal de Cuentas, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, con excepción de los industriales y comerciales (art. 13, Ley 16.736).

Para el ámbito de los organismos previstos en el art. 220 de la Constitución, ellos mismos reformulan sus unidades organizativas, mediante resolución fundada y previo dictamen del CEPRE, y comunicación a la Asamblea General (art. 731, Ley 16.736).

En esas áreas también deberán identificarse los cometidos sustanciales, a fin de proceder a la tercerización de los no sustanciales, de acuerdo a la autonomía del respectivo jerarca. El Dec. 255/995 de 11/7/1995, que aprobara las bases para la formulación del Presupuesto, establecía como exhortación a los organismos del art. 220 de la Constitución, que

15. Instructivo N° 6 del CEPRE de 23/7/1996, III, en Anuario de Derecho Administrativo T. V, F.C.U. Montevideo 1996, p. 14.

16. Ibidem, ob. cit. p. 15.

adoptaran similares medidas a las propuestas para la presentación al Poder Ejecutivo de sus respectivos presupuestos (art. 14).

Se trata de una exhortación ya que los entes descentralizados industriales o comerciales o no, tienen autonomía para aplicar los mecanismos de tercerización, que estimen convenientes, sin perjuicio, cuando corresponda, del control del Poder Ejecutivo sobre la descentralización previsto en el art. 197 de la Constitución.

En lo que refiere a los Gobiernos Departamentales, la Ley 16.885 de 14/11/1997, habilitó a los mismos, a adoptar en lo pertinente el régimen previsto en el art. 13 de la ley 16.736, ya comentado (art. 2º).

b) Terceros

Quien cumpla las actividades tercerizadas pueden ser funcionarios, ex funcionarios, o propiamente terceros, constituyendo al efecto una empresa unipersonal o una persona jurídica.

Ello es acorde con el desarrollo de dicha forma de prestación en el ámbito privado, en que la reducción de la empresa trae aparejada, a veces, para los empleados la opción de transformarse en empresarios, con lo que pueden desarrollarse, atendiendo al antiguo empleador y a clientes propios.⁽¹⁷⁾

Dicha posibilidad está prevista en el citado art. 13 de la Ley 16.736, que incluso prevé una preferencia para las empresas formadas por ex funcionarios o funcionarios con cargos excedentarios, estos últimos que hayan ingresado al régimen de reinserción laboral y empresarial y no opten por renunciar a la función pública (art. 14, Ley 16.736). Se trata de funcionarios cuyos cargos fueron declarados excedentarios, y que no optaron por abandonar la función pública, los que no tienen obligación de asiduidad (art. 729, Ley 16.736).⁽¹⁸⁾

4. FORMAS Y PROCEDIMIENTOS

a) Formas contractuales

La tercerización implica un acuerdo de voluntades, que debe instrumentarse en un contrato que puede ser de arrendamiento, de suministro o de concesión, o también configurar un contrato innominado.

Dichos contratos pueden agruparse bajo el término de contratos de servicios no personales por oposición a los de servicios personales, pudiendo asumir una gran variedad.⁽¹⁹⁾

17. FERNÁNDEZ TUNEU, RAÚL. *La dirección de recursos humanos, desafíos para el nuevo milenio* en Rev. Administración Pública Uruguaya Nº 25, ONSC, Montevideo, enero 1999.

18. Ampliar en LABAURE ALISERIS, CARLOS, *Excelencia y disponibilidad* en "Los funcionarios públicos en la Ley de presupuesto Nº 16.736". Cuadernos de Derecho Público Nº 7, Ed. Universidad. Montevideo 1997, pp. 34-35.

19. DELPIAZZO, CARLOS. Ob. cit. p. 372.

El contrato de arrendamiento se encuentra caracterizado en el Art. 1776 del Código Civil, como aquel “en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el uso y goce de una cosa, o a ejecutar una obra o a prestar un servicio, y la otra a pagar por este uso, goce o servicio un precio determinado”.

En el caso del arrendamiento el contratante con la Administración recibe un precio por lo que el riesgo queda en la Administración, en tanto en la concesión el riesgo para el contratante, quien percibe el precio de los usuarios.⁽²⁰⁾ En el caso de que el precio lo paguen los usuarios, su establecimiento o modificación, deberá ser autorizado por el Poder Ejecutivo, en cada caso, sin perjuicio del ajuste automático que se prevea por paramétrica en los pliegos de la licitación (art. 24, Dec. 186/996).

En lo que respecta a los contratos innominados puede ocurrir que se reúnan en un contrato elementos propios de un contrato y otros atípicos, siendo siempre el objeto de la asunción por un tercero, de la prestación de un servicio en la forma y condiciones pactadas.⁽²¹⁾

Como se expresara, el art. 13 de la Ley 16.736, además de establecer una preferencia a favor de ex funcionarios y funcionarios excedentarios, excluye a estos últimos de la prohibición de contratar con la Administración, prevista en el T.O.C.A.F. (num. 1° del art. 43).

La prohibición para contratar, refiere a los funcionarios públicos dependientes de los órganos de la Administración contratante, ya sea a título personal o como integrante de empresas a las que el funcionario está vinculado por razones de dirección o dependencia, con la salvedad de funcionarios que no tengan intervención en el proceso de adquisición, de lo que deberá dejarse constancia (art. 43 cit.)

La excepción a la prohibición, radica en que muchas veces la tercerización, como se viera, implica la asignación de la actividad tercerizada a los propios ex funcionarios que pasan a constituir una empresa.

A los efectos de favorecer dicha contratación, es que se establece la preferencia, que desarrolla el decreto reglamentario, previendo que la misma refiera a criterios cualitativos, cuantitativos o mixtos, debiéndose establecer expresamente en el pliego de condiciones particulares, no pudiendo ser el margen de preferencia cuantitativo superior al 10% (art. 22, Dec. 186/996).

Como se viera esta normativa se extendió a los Gobiernos Departamentales, previéndose su aplicación en lo pertinente, por parte de Intendencias y Juntas Departamentales, respecto a funcionarios presupuestados o contratados con dos años o más de antigüedad, también a ex funcionarios en las mismas condiciones que hubieran renunciado para presentarse llamado.

Véase que el régimen es diferente ya que admite la contratación de funcionarios en general, a diferencia del antecedente que lo limitaba a los excedentarios. En el caso de los funcionarios públicos, entendemos en virtud de ello, aplicable la prohibición establecida en el art. 43 del T.O.C.A.F.

20. AROZTEGUI, CESAR. Ob. cit., p. 25.

21. DELPIAZZO, CARLOS. Ob. cit., pp. 411-412.

b) Procedimientos

En cuanto a los procedimientos de contratación se deben seguir los procedimientos generales previstos en los arts. 33 y ss del T.O.C.A.F.⁽²²⁾

A tales efectos, la reglamentación prevé la aplicación en lo pertinente, del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para los contratos de Suministros y Servicios no Personales, contenido en el Dec. 53/993 de 28/1/1993 (art. 22, Dec. 186/1996). La aplicación parcial de dicho pliego general, puede resultar de la modalidad de contratación adoptada.

Respecto al pliego de condiciones particulares, ya se hizo referencia a la preferencia que debe incluir a favor de los ex funcionarios y funcionarios excedentarios.

En el caso de contrataciones con funcionarios excedentarios, cuando se realice en el marco de planes concertados de desarrollo empresarial, que no hagan posible la licitación pública, con la aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas, podrá realizarse la contratación en forma directa, de acuerdo al lit. I del art. 33 del T.O.C.A.F., que exceptúa dicho procedimiento entre otros casos, cuando no es posible la licitación, o su realización resienta seriamente el servicio (art. 23, Dec. 186/996).

En este último caso la contratación no puede ser por un plazo mayor de dos años, siendo renovable por igual plazo, cuando existan razones que lo justifiquen, en función de la índole de la inversión u otras características del programa concertado (art. cit. in fine).

Respecto a los Gobiernos Departamentales, la norma relativa a la tercerización, determina que la misma se instrumentará en el ámbito de la competencia de las Intendencias y Juntas Departamentales, respetando las reglas del debido proceso y procurando la igualdad de oportunidades (art. 3º, Ley 16.885).

22. Cfe. AROZTEGUI, CESAR I. Ob. cit., p. 26.