

DIVERSIFICACIÓN ACTUAL DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Carlos E. DELPIAZZO (*)

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Dificultad actual para definir al servicio publico*. III. *Formas clásicas de participación privada*. IV. *Formas “fugitivas” de participación privada*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La determinación del alcance y los límites de la participación privada en la prestación de los servicios

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Derecho Administrativo e Informática Jurídica, Director del Instituto de Derecho Administrativo y Director del Instituto de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Profesor de Derecho Administrativo y de Derecho Informático, Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Autor de varios libros y múltiples trabajos sobre temas de su especialidad. Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Asociación Andrés Bello de juristas franco latino americanos, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, y de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

CARLOS E. DELPIAZZO

públicos presenta actualmente un doble orden de dificultades para su adecuado tratamiento:

a) la propia delimitación conceptual de la noción de servicio público; y

b) la incidencia de la denominada “huída del derecho administrativo” en las formas de prestación del mismo.

Por lo tanto, la primera cuestión a considerar debe ser la definición misma del servicio público en nuestros días.

Despejado lo anterior, la segunda cuestión a encarar son las formas actuales de participación privada en la prestación de los servicios públicos, a cuyo efecto conviene distinguir entre formas clásicas y resultantes de la mentada fuga del derecho público que viven hoy muchos países.

II. DIFICULTAD ACTUAL PARA DEFINIR AL SERVICIO PÚBLICO

1. *Variación evolutiva*

Como ya lo he señalado en anteriores oportunidades,⁽¹⁾ la definición del servicio público y la consecuente identificación de su régimen jurídico, se ins-

⁽¹⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Derecho Administrativo Especial*, A.M.F., Montevideo, 2009, volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 489 y sigtes.; *Derecho de las Telecomunicaciones*, U.M., Montevideo, 2005, pág. 18 y sigtes.; y “Deberes y derechos de los usuarios de servicios públicos en Uruguay”, en A.A.V.V. “Derecho Administrativo Iberoamericano”, Florida, 2009, volumen 2, pág. 451 y sigtes.

DIVERSIFICACIÓN ACTUAL DE LA PARTICIPACIÓN...

cribe en una evolución del concepto requerida de una reconstrucción histórica y conceptual. ⁽²⁾

A comienzos del siglo XX, necesidades prácticas y no meras especulaciones teóricas fueron las que llevaron a la doctrina francesa a intentar superar la ausencia de textos claros que deslindaran la competencia de los tribunales administrativos frente a los tribunales judiciales comunes mediante un principio general que permitiera reconocer cuáles son los litigios de competencia del juez administrativo, trazando la frontera con la jurisdicción judicial.

En ese contexto, se afirmó una noción amplísima de servicio público, moldeada en base a los elementos teleológico, orgánico y formal, y que se erigió en su época como criterio definidor del derecho administrativo y, por ende, de la jurisdicción administrativa. ⁽³⁾

A mediados del siglo XX, la amplitud de tal noción encerró el germen de su crisis, conduciendo a la posterior caracterización del servicio público en sentido estricto como el conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas imposterables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público, según la definición que adquirió mayor difusión en nuestro país.

De tal definición ajustada se desprende la vinculación de la noción de servicio público con la de exclusividad (o monopolio en sentido económico) ya que se trata de "actividades desarrolladas por entidades estatales (solución de principio) o por su

⁽²⁾ Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 17.

⁽³⁾ Silva Cencio, Jorge, *Servicio público y concesión de servicios*, A.M.F., Montevideo, 1980, pág. 15 y sigtes.

CARLOS E. DELPIAZZO

mandato expreso" (solución de excepción efectivizada a través de concesiones). Aunque no es este el lugar para profundizar en la distinción entre monopolio y exclusividad,⁽⁴⁾ lo cierto es que ambos conceptos traducen la supresión de la libre competencia. Sin embargo, mientras que el concepto de monopolio se asocia a la actividad estatal en el campo de los servicios de libre prestación, la noción de exclusividad se vincula a la exclusión de otros prestadores del servicio público respectivo ya que la "publicatio" apareja su retiro del campo de la libertad de los particulares.

A fines del siglo XX, las restricciones propias del régimen clásico de los servicios públicos - económicamente monopolísticos, de mínimos, uniformes- aparejaron su crisis⁽⁵⁾ y el afloramiento del llamado "nuevo modelo de servicios públicos competitivos".⁽⁶⁾

Es así que en la puerta del nuevo siglo comienza a acuñarse la noción de servicio universal, especialmente en los países de la Unión Europea.⁽⁷⁾

Según la misma, el disfrute de las prestaciones propias del mismo por todos los ciudadanos debe ser garantizado sobre la base de principios tales co-

⁽⁴⁾ Delpiazso, Carlos E., *Manual de Contratación Administrativa*, Montevideo, 1993, tomo II, pág. 93 y sigtes.; y *Contratación Administrativa*, U.M., Montevideo, 1999, reedición 2004, pág. 412 y sigtes.

⁽⁵⁾ Comadira, Julio Rodolfo, "El servicio público como título jurídico exorbitante", en *Rev. El Derecho*, Buenos Aires, 2003, N° 10.912, pág. 1 y sigtes.; y Mairal, Héctor A., "La ideología del servicio público", en *Rev. de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1993, Año 5, N° 14, pág. 359 y sigtes.

⁽⁶⁾ Ariño Ortiz, Gaspar, y otros, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 25 y sigtes.

⁽⁷⁾ Pouillet, Yves, y otros, "Servicio universal público en la política europea de telecomunicaciones", en *Rev. Iberoamericana de Derecho Informático*, Mérida, 1996, N° 12-15, pág. 827 y sigtes.

DIVERSIFICACIÓN ACTUAL DE LA PARTICIPACIÓN...

mo la no discriminación o la transparencia. Ello ha llevado a que la distinción entre las prestaciones de mercado y las prestaciones de servicio universal se funde en que estas últimas son modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo al que todos tienen derecho.

En tal sentido, la apertura de los servicios a la competencia y a las leyes de mercado (frente a la idea tradicional de que todo servicio público, como actividad reservada, confiere exclusividad), se caracteriza básicamente por las siguientes notas ⁽⁸⁾:

a) la no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto sino sólo de algunas tareas o actuaciones concretas dentro de aquél, de modo que, en lugar de declarar servicio público al todo, se precisa cuáles son las obligaciones o cargas de servicio universal que hay que garantizar a todos;

b) el abandono del concepto de reserva, con todo el régimen jurídico que este concepto lleva consigo (de titularidad de la actividad a favor del Estado); y

c) la sustitución de un régimen cerrado (de exclusividad) por un régimen abierto a la entrada en el sector (mediante concesión o autorización) y de imposición (unilateral o contractual) de cargas u obligaciones destinadas a garantizar determinadas prestaciones al público, que se impondrán de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector (con la consiguiente compensación económica).

⁽⁸⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Derecho Administrativo Especial*, cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 491 y sigtes.; y *Derecho de las Telecomunicaciones*, cit., pág. 19 y sigtes.

CARLOS E. DELPIAZZO

Consecuentemente, lo que define al servicio universal es la ordenación de la actividad de que se trate en procura de tres objetivos:⁽⁹⁾

a) un reparto equitativo de las cargas del servicio entre todos los operadores que actúan en el sistema;

b) la configuración de un bloque de prestaciones básicas para todos los usuarios, que deben existir sea cual sea el grado de rentabilidad y el interés que puedan tener los operadores por invertir en ellas y mantenerlas; y

c) el establecimiento de normas sobre costos y demás aspectos que sean necesarios para fijar el contenido básico de las prestaciones que debe ofrecer cada operador.

Quiere decir que la prestación de determinados servicios es garantizada por el Estado, el cual, sin embargo, no se reserva la titularidad de esas actividades ni acude a modos de gestión directa, de modo que las actividades consideradas como servicio universal son básicamente privadas pero sometidas al control estatal. Dicho control se manifiesta mediante el carácter obligatorio de las actividades consideradas servicio universal, lo que implica que los prestadores están obligados a realizar esas actividades en igualdad de condiciones a todos los usuarios que las requieran. La nota que caracteriza a las actividades consideradas servicio universal es su accesibilidad: trátase de un conjunto definido de prestaciones que deben ser accesibles para todos los usuarios con independencia de su ubicación geográfica y de las condiciones económicas desfavorables para el operador.

⁽⁹⁾ Muñoz Machado, Santiago, *Servicio público y mercado*, Civitas, Madrid, 1998, tomo II, págs. 116 y 117.

DIVERSIFICACIÓN ACTUAL DE LA PARTICIPACIÓN...

Ahora bien: la determinación de cuáles actividades deben ser consideradas servicio universal no es una cuestión sencilla ni susceptible de generalizaciones o traspolaciones de un lugar a otro. Por eso, bien se ha dicho que el de servicio universal es “un concepto popular pero fugitivo” ya que “se requiere un importante trabajo de análisis e interpretación para traspasar el concepto primario y llegar a determinar exactamente qué es el servicio universal en términos regulatorios y cómo esa definición general se compatibiliza con una implementación práctica específica”,⁽¹⁰⁾ especialmente cuando el servicio es extremadamente heterogéneo, como ocurre en materia de telecomunicaciones.

Al presente, sin que haya caído en desuso la expresión “servicio público” y cuando todavía el concepto de servicio universal no ha terminado de decaer, aparece la noción de servicio económico de interés general, singularizado por tratarse de actividades, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades competentes y sujetas por ello a que su prestación se realice con continuidad, igualdad de acceso, universalidad y transparencia ⁽¹¹⁾, es decir, cumpliendo los atributos del servicio público en sentido estricto y del servicio

⁽¹⁰⁾ Cerisola, Andrés M., *Las telecomunicaciones en un mundo en competencia*, Eudeba, Buenos Aires, 2000, pág. 121 y sigtes.

⁽¹¹⁾ Martín Rebollo, Luis, “Sociedad, economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro de homenaje al Prof. Sebastián Martín Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 640; MARCOU, G., *De l' idée de service public au service d' interet general*, en *L' idée de service public dans le Droit des Etats de l' Union Européenne*, Harmattan, Paris, 2001, pág. 375 y sigtes.; y Zegarra Valdivia, Diego, *El servicio público. Fundamentos*, Palestra, Lima, 2005, pág. 229 y sigtes.

CARLOS E. DELPIAZZO

universal, pero sin “publicatio” y sin exclusión de la competencia.

2. Situación actual

De lo que viene de decirse se desprende que, en nuestros días, lo que importa es cuáles son los servicios que los administrados deben poder usar, garantizando que los mismos sean prestados con igualdad, regularidad, generalidad y eficacia, con independencia de quien sea el prestador, de modo que la nueva categoría de servicios económicos de interés general implica una expansión conceptual abarcativa no sólo de los servicios públicos en sentido estricto sino también de algunos de los llamados servicios sociales y de algunos de los resultantes de las actividades privadas a cargo de la administración, de acuerdo a la clasificación vernácula de los cometidos estatales según su régimen jurídico, que distingue entre cometidos esenciales, servicios públicos (en sentido estricto), servicios sociales, actividades privadas asumidas por la administración y aspectos administrativos de la regulación de la actividad privada.⁽¹²⁾

Así, en el derecho positivo uruguayo, en ausencia de definiciones normativas del servicio público, las referencias a esa expresión contenidas en la Constitución (arts. 6º, 24, 47, 51, 65, 86, 188, 211, lit. B, 249, 273, num. 8º, y 275, num. 4º) tienen un sentido sumamente amplio ⁽¹³⁾ que, a menos que se dis-

(12) Delpiazzo, Carlos E., *Derecho Administrativo Uruguayo*, Porrúa - UNAM, México, 2005, pág. 321 y sigtes.

(13) Cajarville Peluffo, Juan Pablo, “Apuntes sobre la noción de servicio público en la Constitución uruguaya”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Daniel Hugo Martins*, F.C.U., Montevideo, 2008, pág. 203 y sigtes.

DIVERSIFICACIÓN ACTUAL DE LA PARTICIPACIÓN...

tingan diferentes significados de la expresión en los textos incorporados a la Carta al través del tiempo, la misma no impone un régimen jurídico de contenido más o menos determinado aplicable a actividades con ciertos rasgos que permitan su agrupamiento dentro del género de las prestaciones.

Por eso, parece conveniente hablar de “Administración prestacional”⁽¹⁴⁾ para, superando las matizaciones derivadas de la evolución sucintamente descrita, poder abarcar el conjunto de servicios de diverso contenido prestados por la administración o por su encargo, direccionados individualmente a cada habitante, comprendidos en la moderna expansión conceptual antes aludida.

Bajo tal perspectiva, es posible identificar una serie de rasgos diferenciadores de los tradicionalmente denominados servicios públicos.⁽¹⁵⁾

En primer lugar, cabe señalar la posibilidad de que puedan participar en su prestación tanto la administración como los particulares habilitados para ello mediante concesión, debido a que el campo de los mismos, originariamente, corresponde a la acción administrativa.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, los servicios públicos están regulados predominantemente por el derecho público, aún cuando en su funcionamiento puedan regir normas de derecho privado.

En tercer lugar, la determinación de un servicio público como tal requiere de un acto legislativo, tanto desde el punto de vista material como formal por cuanto implica sustraer la actividad respectiva del

⁽¹⁴⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Derecho Administrativo Especial*, cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 487 y sigtes.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, págs. 493 y 494.

CARLOS E. DELPIAZZO

campo de la libertad propia de la actividad privada. En función de tal exigencia, corresponde formular dos puntualizaciones importantes.

Por un lado, en la medida que la “publicatio” determinante de la calificación de una actividad como servicio público debe realizarse por ley, la enumeración de los mismos es esencialmente variable y cambiante, no sólo de un ordenamiento jurídico a otro, sino dentro de un mismo país a través del tiempo.⁽¹⁶⁾

Por otro lado, dicho requisito ha permitido distinguir entre servicios públicos propios e impropios, considerando como servicios públicos impropios aquellos que tienen de común con los propios la satisfacción en forma continua de necesidades colectivas pero que, en la medida que no han sido determinados como tales por ley formal, no son prestados ni concedidos por el Estado.⁽¹⁷⁾

En cuarto lugar, se señalan como características propias del servicio público, su continuidad, regularidad, igualdad o uniformidad y satisfacción de necesidades colectivas, las que se atienden normalmente “uti singuli”.

En quinto lugar, la propia regulación predominante por el derecho público y la satisfacción de necesidades colectivas consideradas prioritarias, determinan que la administración ejerza sobre estos servicios, aún cuando sean prestados por particulares, un control relativamente intenso, el que modernamente sue-

⁽¹⁶⁾ Delpiazzo, Carlos E., “Regulación y control de los servicios públicos”, en *Rev. de Derecho Público*, Montevideo, 2004, N° 26, pág. 31 y sigtes.

⁽¹⁷⁾ Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1964, tomo I, pág. 459.

DIVERSIFICACIÓN ACTUAL DE LA PARTICIPACIÓN...

le ejercerse a través de órganos u organismos reguladores dotados de independencia técnica.⁽¹⁸⁾

III. FORMAS CLASICAS DE PARTICIPACION PRIVADA

1. *La concesión de servicio público*

La admisión clásica de la participación privada en la prestación de los servicios públicos ha estado dada por la concesión.⁽¹⁹⁾

En efecto, dependiendo del alcance de la “publicatio”, la concreta ejecución de un servicio público puede estar a cargo de la administración que lo tiene asignado como cometido (prestación directa) o puede ser confiada a terceros (prestación indirecta).

En el primer caso, sea que el servicio público haya sido atribuido en exclusividad o no a la administración respectiva, la unicidad de prestación pública determinó en su origen que fuera la misma administración la que regulara, desarrollara y controlara el servicio.

En cambio, en la segunda hipótesis, mediante concesiones, aparecerán otros prestadores del servicio, que concurrirán con la administración concedente o no (según ésta continúe prestando el servi-

⁽¹⁸⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Desafíos actuales del control*, F.C.U., Montevideo, 2001, pág. 30 y sigtes.; y Brito, Mariano R., y Delpiazzo, Carlos E., *Derecho Administrativo de la Regulación Económica*, U.M., Montevideo, 1998, pág. 61 y sigtes.

⁽¹⁹⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Derecho Administrativo Uruguayo*, cit., pág. 308 y sigtes.

CARLOS E. DELPIAZZO

cio o no) y con otros concesionarios (para el caso de que haya más de uno).

Al respecto, cabe señalar que, en el derecho uruguayo⁽²⁰⁾ y en otros regímenes comparados,⁽²¹⁾ la concesión comprende tanto actos como contratos creadores de derechos.

En su modalidad contractual y referida a servicios en general y a servicios públicos en particular, es un contrato de la Administración sometido a un régimen predominante de derecho público, mediante el cual la entidad estatal que lo tiene cometido sin exclusividad (concedente), acuerda con uno o más terceros (concesionarios) la ejecución del mismo, con prescindencia de los aspectos de organización y funcionamiento, con plazo, por cuenta y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y control de la administración y percibiendo como retribución la contraprestación que pagarán los usuarios del servicio.⁽²²⁾

En estos supuestos, mientras en una etapa anterior los poderes de regulación y control eran desenvueltos por la misma administración concedente, modernamente esa realidad ha cambiado como consecuencia de la aparición de los aludidos órganos y organismos reguladores y de control.

Dicha mutación ha incidido en el alcance y límites de la participación de los particulares en la prestación del servicio público, la que ya no dependerá sólo

⁽²⁰⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Manual de Contratación Administrativa*, cit., tomo II, pág. 71; y *Contratación Administrativa*, cit., pág. 382.

⁽²¹⁾ Soto Kloss, Eduardo, "La concesión de servicio público. Notas para una precisión conceptual en el Derecho chileno", en *Ius Publicum*, Santiago de Chile, 2002, N° 9, pág. 111 y sigtes.

⁽²²⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Manual de Contratación Administrativa*, cit., tomo II, págs. 71 y 72; y *Contratación Administrativa*, cit., pág. 383.

DIVERSIFICACIÓN ACTUAL DE LA PARTICIPACIÓN...

de las previsiones incluidas en la concesión sino del marco regulatorio de la actividad respectiva.⁽²³⁾

2. *La participación público privada*

Sin perjuicio de la concesión de servicio público, la prestación del mismo también puede ser desenvuelta a través de “figuras asociativas”⁽²⁴⁾ susceptibles de posibilitar múltiples formas de coparticipación entre entidades estatales y particulares.

Por eso, al estudiar las sociedades de economía mixta en el marco de la organización administrativa nacional, he señalado que las mismas admiten ser enfocadas, al menos desde dos puntos de vista:⁽²⁵⁾ bajo un primer enfoque, puede distinguirse una noción teórica y una noción positiva de sociedad de economía mixta, en tanto que bajo una segunda óptica, es posible diferenciar entre aquellas que tengan origen contractual y aquellas que puedan nacer de un acto jurídico distinto a un contrato.

En primer lugar, *desde el punto de vista conceptual*, la definición teórica de sociedad de economía mixta se alcanza a través de la doble exigencia de la coparticipación económica y administrativa de las entidades estatales y particulares participantes.

En cambio, *desde el punto de vista de nuestro derecho positivo*, tradicionalmente sólo se consideran tales las reguladas en el art. 188 de la Constitución,

⁽²³⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Regulación y control de los servicios públicos*, cit., pág. 31 y sigtes.

⁽²⁴⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Manual de Contratación Administrativa*, cit., tomo II, pág. 153 y sigtes.; y *Contratación Administrativa*, cit., pág. 495 y sigtes.

⁽²⁵⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Derecho Administrativo Uruguayo*, cit., pág. 137 y sigtes.; y *Derecho Administrativo Especial*, cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 185 y sigtes.

CARLOS E. DELPIAZZO

de modo que sería lógicamente concebible la existencia de otras sociedades de economía mixta (porque reunieran las características definitorias de la categoría) que no se ajustaran a los requisitos reclamados por dicho art. 188 en el marco de normas atributivas de competencia en supuestos diversos a los contemplados por el texto constitucional.

Por otra parte, *atendiendo a su origen*, las mismas pueden nacer de un contrato en el que se regula su funcionamiento, pero también es lógicamente posible la hipótesis de que una entidad de economía mixta -que pueda llamarse genéricamente sociedad aunque no lo sea en sentido estricto (dado que la sociedad es un contrato)- sea creada por acto unilateral. Ello puede ocurrir, por ejemplo, en la situación prevista en los incs. 1º y 2º del art. 188 de la Carta, de acuerdo a los cuales podría crearse o ampliarse el patrimonio de un ente autónomo o de un servicio descentralizado por la vía de "admitir capitales privados", a través de una ley que regulara íntegramente todos los aspectos relativos a los aportes, a la organización y al funcionamiento de la entidad a crearse o transformarse.

Consecuentemente, cabe imaginar figuras asociativas que no sean sociedades de economía mixta en el sentido del art. 188 de la Constitución pero que traduzcan un fenómeno de coparticipación económica y administrativa, así como también otras sociedades en las que participen administraciones públicas, y diversas figuras afines. Todas ellas podrán tener origen contractual -en cuyo caso se estará ante una manifestación de contratación administrativa- o ser consecuencia de actos no contractuales.

DIVERSIFICACIÓN ACTUAL DE LA PARTICIPACIÓN...

IV. FORMAS “FUGITIVAS” DE PARTICIPACION PRIVADA

1. *Las fugas regulatorias*

La observación de la realidad muestra hoy que, junto a las figuras concesionales y de participación público privada en el desenvolvimiento de los servicios públicos, algunas administraciones institucionales de nuestros países procuran migrar hacia el derecho común,⁽²⁶⁾ lo que concretan de dos maneras: ⁽²⁷⁾ mediante el recurso por parte de la administración pública en su actuación al ordenamiento jurídico privado y a través de la constitución de formas organizativas de derecho privado.

A los efectos de este estudio, califico como “fugas regulatorias” a las primeras, que traducen un planteo no sólo contradictorio sino sorprendente⁽²⁸⁾ ya que lo propio de la actividad pública, regida por el principio de especialidad, no se corresponde con el derecho regulador de la actividad privada, presidido por el principio de libertad.⁽²⁹⁾ “Hay que subrayar que es la

⁽²⁶⁾ Delpiazzo, Carlos E., “Actividad administrativa y Derecho privado”, en *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Montevideo, 2002, Año I, N° 1, pág. 25 y sigtes.; y “Pasado, presente y futuro del Derecho Administrativo”, en *Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, 2007, Año XXIX, N° 348, pág. 243 y sigtes.

⁽²⁷⁾ Troncoso Reigada, Antonio, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 29.

⁽²⁸⁾ Muñoz, Guillermo Andrés, “Derecho público y Derecho privado en la organización de la Administración”, en Muñoz, Guillermo Andrés, y Grecco, Carlos Manuel, *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 459.

⁽²⁹⁾ Delpiazzo, Carlos E., “Los derechos fundamentales y la libertad económica”, en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, FUNEDA, Caracas, 2004, págs. 66 y 67.

CARLOS E. DELPIAZZO

legalidad -se ha dicho- y no la libertad lo que está en la base misma de la actuación de los poderes públicos, y que ello no es un prurito de los juristas, como alguien podría creer, sino una exigencia indeclinable del principio democrático mismo”.⁽³⁰⁾

Es que el derecho público está lleno de “privilegios en más” pero también de “privilegios en menos”⁽³¹⁾ ya que junto a un amplio contenido de régimen exorbitante -plasmado en prerrogativas de la administración, tales como la presunción de legitimidad de los actos administrativos, la ejecutoriedad, la actuación coactiva, el régimen procesal privilegiado, y la inembargabilidad de sus bienes- impone a la administración restricciones en su obrar a través de una actuación formalizada y uniformizada, sometida a controles y publicidad, con fines de garantía que no justifican su avasallamiento en aras de la sola eficiencia.⁽³²⁾

En rigor, como gráficamente se ha expresado, se actúa bajo “el mito de la eficacia como pretexto y la exoneración de controles como objetivo”.⁽³³⁾

Por eso, bien se ha dicho que “la supuesta huida al Derecho privado no es, en realidad, sino una huida del Derecho”⁽³⁴⁾ ya que “se trata de escapar de

(30) García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, tomo I, 12ª edición, págs. 410 y 411.

(31) Parejo Alfonso, Luciano, y otros, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1996, volumen I, 4ª edición, pág. 341 y sigtes.

(32) Delpiazzo, Carlos E., *Actividad administrativa y Derecho privado*, cit., pág. 26.

(33) Martín Retortillo, Sebastián, “Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo”, en *Rev. de Administración Pública*, Madrid, 1996, N° 140, pág. 36.

(34) Sala Arquer, José Manuel, “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, en *Rev. Española de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992, N° 75, pág. 399.

DIVERSIFICACIÓN ACTUAL DE LA PARTICIPACIÓN...

todo un ordenamiento, en concreto, huir de la legislación de contratos del Estado, del ordenamiento jurídico en materia de selección, promoción y control del personal, y enajenación de bienes”.⁽³⁵⁾

2. Las fugas organizativas

Adicionalmente a lo que viene de señalarse, es dable observar también la existencia de “fugas organizativas” impuestas con el argumento de que la buena marcha de determinadas actividades estatales -especialmente, las de carácter económico- requiere de unas organizaciones dotadas no sólo de cierta autonomía sino que se rijan por criterios de tipo empresarial y que se responsabilicen directamente de los resultados de su actividad, de modo de neutralizar el sobredimensionamiento de algunas estructuras estatales, el descrédito de lo estatal y su escasa eficacia.⁽³⁶⁾

Consecuentemente, “asistimos en los últimos años a un fenómeno de creación de entes instrumentales encargados de la gestión de amplios sectores de la actividad de la Administración que prescinden en su actuación de normas del Derecho Administrativo. Esta llamada huida del Derecho Administrativo ha supuesto la utilización instrumental del Derecho privado en las relaciones de tales entes con terceros e, incluso, en su propia organización y estructura. En síntesis, con invocación del principio constitucional de eficacia se trata de

⁽³⁵⁾ Villar Palasí, José Luis, “Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones públicas”, en A.A.V.V. - *Administración instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, tomo I, págs. 164 y 165.

⁽³⁶⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración*, U.M., Montevideo, 2009, pág. 77 y sigtes.

CARLOS E. DELPIAZZO

excluir los procedimientos de control del gasto y de la selección de contratistas y de funcionarios. Si bien debe tenerse en cuenta que la noción de eficacia no es la misma cuando se trata de la gestión pública que cuando se trata de actividad privada. La Administración no es una mera organización lucrativa como son las organizaciones empresariales privadas”.⁽³⁷⁾

En dicho marco, son conocidos como entes instrumentales de la administración aquellas personas jurídicas constituidas o creadas por una administración pública, dotadas de personalidad jurídica propia, y a las que se encomienda la gestión de alguna o algunas de las competencias de titularidades del ente matriz”.⁽³⁸⁾

Así, suele hablarse de “Administración instrumental” para referirse al “conjunto de personas jurídicas que una Administración Pública como competencias propias crea, para la mejor consecución de sus fines y sobre la que ejerce una posición superior de dependencia”.⁽³⁹⁾

Por lo tanto, dos son las notas esenciales que caracterizan a este fenómeno de “instrumentalización”, a saber:

⁽³⁷⁾ Fernández Montalvo, Rafael, “Régimen de contratación de la administración instrumental”, en A.A.V.V. *La Administración Instrumental. VIII Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Sevilla, 2005, págs. 123 y 124.

⁽³⁸⁾ Ballesteros Fernández, Ángel, “La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz” en *Rev. de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, Madrid, 2006, N° 300 – 301, pág. 565.

⁽³⁹⁾ Ortiz Mallol, José, “La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas”, en A.A.V.V. - *La Administración Instrumental. VIII Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Sevilla, 2005, pág. 192.

DIVERSIFICACIÓN ACTUAL DE LA PARTICIPACIÓN...

a) la personalidad jurídica propia de los entes instrumentales; y

b) su relación de instrumentalidad o dependencia con la administración que los crea y a cuyos fines sirven.

Por lo que refiere al primer aspecto, la “nota común en todos estos casos es que la instrumentalización se consigue a través de la fórmula de la concesión de personalidad jurídica”.⁽⁴⁰⁾ La personalidad jurídica distinta formalmente de la del Estado es el eje sobre el que gira la construcción de los entes instrumentales⁽⁴¹⁾ y constituye, por ende, el criterio básico para identificar la naturaleza de esa variedad de entes.⁽⁴²⁾

Precisamente, “es la utilización del concepto de persona jurídica lo que permite a estos organismos y, paradójicamente, al propio Estado, puesto que estos organismos son parte constitutiva del Estado, huir del Derecho Administrativo del Estado”.⁽⁴³⁾

En cuanto al segundo aspecto, los entes instrumentales se caracterizan por servir a una adminis-

⁽⁴⁰⁾ Garrido Falla, Fernando, “Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas”, en A.A.V.V. - *Administración Instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, tomo I, pág. 29.

⁽⁴¹⁾ Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio, “La huída del Derecho administrativo, la personalidad jurídicas de las administraciones públicas y el principio de eficacia. Reflexiones” en A.A.V.V. - *Administración Instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, tomo II, pág. 1006.

⁽⁴²⁾ Meilan Gil, José Luis, “La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica”, en A.A.V.V. - *Administración Instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, tomo II, pág. 975.

⁽⁴³⁾ Garrido Falla, Fernando, *Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 39.

CARLOS E. DELPIAZZO

tración pública que los crea para que cumplan con un fin o servicio propio de ésta, sometidos a su dirección y control.

Por ende, se trata de diferentes personas jurídicas, pero que sirven instrumentalmente a un mismo interés, que no puede ser otro que el interés general de la administración.⁽⁴⁴⁾ La personalidad jurídica de los entes instrumentales los convierte en centros de imputación de situaciones y relaciones jurídicas, pero esto no evita que el ente y el órgano estatal del cual depende constituyan un “complejo orgánico unitario”. La relación de dependencia con respecto al órgano estatal es entonces, y precisamente por esto, muy estrecha.

Por ende, las entidades instrumentales tanto pueden ser personas jurídicas públicas como privadas, y tanto pueden ser sociedades como no serlo. “De lo único que se puede estar seguro es, precisamente, de que son estatales. Es decir, ésta es su única realidad por encima de todos los camuflajes y formalismos”.⁽⁴⁵⁾

Al respecto, antes de ahora, partiendo de que la distinción entre personas estatales y no estatales está dada por su pertenencia o no a la organización jurídica de la colectividad (o sea, al Estado en sentido amplio por oposición al Estado en sentido estricto, entendido como persona pública mayor),⁽⁴⁶⁾ he sostenido que la estatalidad de las empresas reguladas por el derecho privado pero en las que participa

⁽⁴⁴⁾ Meilan Gil, José Luis, *La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica*, cit., pág. 988.

⁽⁴⁵⁾ Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio, *La huida del Derecho administrativo, la personalidad jurídicas de las administraciones públicas y el principio de eficacia. Reflexiones*, cit., pág. 1009.

⁽⁴⁶⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Derecho Administrativo Uruguayo*, cit., pág. 123 y sigtes., y *Derecho Administrativo Especial*, cit., segunda edición actualizada y ampliada, volumen 1, pág. 165 y sigtes.

DIVERSIFICACIÓN ACTUAL DE LA PARTICIPACIÓN...

alguna entidad estatal, está dada precisamente por esa pertenencia -total o parcial, cualquiera sea su proporción- a la colectividad organizada.⁽⁴⁷⁾ Por lo tanto, si bien se coincide en que el carácter estatal o no estatal viene dado por el capital o patrimonio, no se comparte la apreciación de que la persona jurídica privada será estatal sólo cuando su patrimonio pertenezca mayoritaria o íntegramente a una entidad estatal, en tanto que no lo será cuando esa participación sea minoritaria⁽⁴⁸⁾ ya que la sola presencia del Estado (en sentido amplio) califica en todos los casos a la institución de que se trate, cualquiera sea el quantum de su aporte.

Los problemas jurídicos derivados de la generación de entidades de derecho privado para vehiculizar un cambio de régimen de las actividades asignadas a administraciones públicas son múltiples y diversos, destacándose la inviabilidad de interponer recursos administrativos contra sus actos, la inaplicabilidad de las normas relativas a la contratación administrativa y la ausencia de control presupuestal, entre otros.⁽⁴⁹⁾

⁽⁴⁷⁾ Delpiazzo, Carlos E., "Actividad empresarial del Estado" en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, 1999, tomo VII, N° 39, pág. 229; y Brito, Mariano R. y Delpiazzo, Carlos E., *Derecho Administrativo de la Regulación Económica*, cit., pág. 60.

⁽⁴⁸⁾ Dromi, José Roberto, *Derecho Administrativo Económico*, Astrea, Buenos Aires, 1977, tomo I, págs. 36 y 37.

⁽⁴⁹⁾ Echevarría Petit, José Luis, "Actuación del Estado a través de personas de Derecho privado: la huida del Derecho público", en *Rev. de Derecho y Tribunales*, Montevideo, 2007, N° 5, pág. 121 y sigtes.

CARLOS E. DELPIAZZO

V. CONCLUSION

A modo de conclusión, frente a las mutables categorías de la doctrina y los vaivenes del derecho positivo, es necesario insistir en la centralidad de la persona como destinataria del quehacer estatal y foco para la interpretación de las relaciones emergentes de la variedad de servicios que la administración le brinda, sea en forma directa o indirecta.⁽⁵⁰⁾

Ese sujeto al que, a pesar de razonables críticas,⁽⁵¹⁾ seguimos llamado “administrado” -y aquí, “usuario”- es la persona considerada desde su posición privada respecto a la administración o sus agentes.⁽⁵²⁾

Por eso, el otro término de la ecuación debe ser la servicialidad administrativa que, a partir de la génesis etimológica de la palabra “administrar”, pone el acento en el carácter servicial de la administración para la procura del bien común, entendido como el conjunto de condiciones de la vida social que posibilitan a los individuos y a las comunidades intermedias que ellos forman el logro más pleno de su perfección.⁽⁵³⁾

Desde tal enfoque, el actual derecho administrativo debe poner el acento no sólo en la buena presta-

⁽⁵⁰⁾ Delpiazzo, Carlos E., “Régimen jurídico de los usuarios de servicios públicos y de interés general en Uruguay”, en Rodríguez Arana Muñoz, Jaime y Canosa Usera, Raúl, (Editores) *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*, Netbiblo, La Coruña, 2008, pág. 248 y sigtes.

⁽⁵¹⁾ Martins, Daniel Hugo, “No llamemos más administrados a las personas que habitan nuestro territorio”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1996, tomo V, pág. 61 y sigtes.

⁽⁵²⁾ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., tomo II, 9ª edición, pág. 19.

⁽⁵³⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Derecho Administrativo Uruguayo*, cit., pág. 7.

DIVERSIFICACIÓN ACTUAL DE LA PARTICIPACIÓN...

ción de determinados servicios de interés general sino primordialmente en garantizar su accesibilidad por todos con independencia de quienes los provean.

Ese es el desafío impuesto por la revalorización del quehacer estatal desde la perspectiva de los derechos fundamentales del hombre al que se debe y que debe iluminar como criterio rector el alcance y los límites de la participación privada en la prestación de los servicios públicos modernos.