

Nuevas formas de relacionamiento público- privado en el cumplimiento de los cometidos del Estado*

*Augusto Durán Martínez***

RESUMEN. El mundo de hoy nos muestra, por un lado, un tránsito de un Estado legislativo a un Estado constitucional y, por otro, un tránsito de un Estado de bienestar, que había sustituido al Estado liberal de derecho, a un Estado subsidiario. Esto lleva a una preocupación especial por el bien común y por la eficacia en la actuación estatal, lo que produce un cambio en los cometidos del Estado y en la forma de su consecución y muestra un relacionamiento público-privado distinto del que aparecía en otros tiempos. Ese cambio en el relacionamiento público-privado se percibe en las distintas modalidades de privatización, tanto en las negociales como en las institucionales, así como en la liberalización. En las dos primeras no aparecen novedades esenciales sino más bien accidentales o determinados énfasis cuantitativos. Las novedades más importantes aparecen en la liberalización y, sobre todo, en la postura del Estado y de la sociedad de cara al cumplimiento de los cometidos estatales en función de una perspectiva desde los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE. Estado constitucional. Liberalismo. Economía de bienestar. Privatización. Arrendamientos. Subsidios. Unidades reguladoras.

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 23 de abril de 2009. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 11 de agosto de 2009, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República. Diplomado en Derecho Público por el Institut International d'Administration Publique (París). Catedrático de Derecho Público (II y III) de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Decano emérito, director del Departamento de Derecho Administrativo y catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Dámaso Antonio Larrañaga.

ABSTRACT. Today's world is moving from a Legislative State to a Constitutional State on the one hand, and from a Welfare State, which had originally substituted the Liberal State, to a Subsidy State on the other hand. This causes particular concern over the common good and the efficiency of state actions, generating a change in the duties of the State and their attainment, and is evidencing a public-private relationship different from the one in the past. This change in public-private relationships is perceived in the different privatization types, both negotiable and institutional ones, as well as in the liberalization. The first two do not show any material changes; they are rather accidental or of a certain quantitative emphasis. The most important changes occur in the liberalization and especially in the place the State and society have taken when facing the fulfillment of the duties of the State, from the human rights point of view.

KEY WORDS. Constitutional State. Liberalism. Welfare Economy. Privatization. Leases. Subsidies. Regulatory units.

SUMARIO. **I.** Introducción. **II.** Razones del actual relacionamiento público-privado. Estado constitucional, Estado subsidiario. **III.** Privatización y sus modalidades. **IV.** Modalidades negociales. **V.** Modalidades institucionales. **VI.** Liberalización. **VII.** Apreciaciones finales.



INTRODUCCIÓN

- 1.** El título del tema que se nos ha sugerido presupone la existencia de nuevas formas de relacionamiento público-privado en el cumplimiento de los cometidos del Estado.
- 2.** Luego de meditar profundamente acerca de cómo encarar este tema, he pensado que lo más conveniente sería comenzar por referirme a las razones de esas nuevas formas de relacionamiento, luego a las principales formas de relacionamiento público-privado que se presentan en la actualidad para el cumplimiento de los cometidos del Estado, para finalmente ver si esas formas de relacionamiento son efectivamente nuevas.



RAZONES DEL ACTUAL RELACIONAMIENTO PÚBLICO-PRIVADO. ESTADO CONSTITUCIONAL, ESTADO SUBSIDIARIO

- 1.** El mundo de hoy nos muestra un derecho constitucional muy distinto del que veíamos en el Uruguay hasta hace muy pocos años.¹

¹ M. RISSO FERRAND, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo, FCU, 2008, p. 13.

Este fenómeno, conocido en general con el nombre de *neoconstitucionalismo*,² es de una relevancia tal que ha sido considerado por algunos como “la revolución teórica y práctica más importante que vive el Derecho Continental europeo”.³

2. Asistimos a un cambio de modelo de Estado. De un Estado legislativo pasamos a un Estado constitucional.⁴ Es decir, de un Estado basado en la soberanía de la ley pasamos a un Estado que tiene en la Constitución la norma jurídica de mayor valor y fuerza.

Y como las constituciones modernas, por lo menos en el mundo occidental, se basan en la dignidad de la persona humana, los derechos humanos pasan a ser el centro del ordenamiento jurídico.

3. Lo expuesto revela la existencia en la actualidad de una especial preocupación por los derechos humanos.

Se percibe una clara reacción frente al positivismo kelseniano. Pero aunque al neoconstitucionalismo se lo presenta a menudo como un movimiento antipositivista, la mayoría de sus cultores, al adoptar un positivismo inclusivo, no logran superarlo.

Creo que los derechos humanos son incorporados a las constituciones por fuerza de la dignidad humana y no al revés. Tanto es así que Gordillo habla de lo que se ha llamado la *supranacionalidad* y *supraconstitucionalidad* operativa de los derechos humanos internacionales.⁵ De todas maneras, a los efectos de nuestro tema no interesa discutir esta cuestión. Basta con indicar que, por lo menos, por estar recogida en la Constitución, la dignidad de la persona humana influye en todo el ordenamiento jurídico.

4. Las nuevas tendencias muestran lo que Guastini ha denominado la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*. Es decir:

[Asistimos a] un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.⁶

² A. DURÁN MARTÍNEZ, “En torno al neoconstitucionalismo”, en prensa.

³ P. P. GRÁNDEZ CASTRO, “Presentación”, en L. PRIETO SANCHÍS, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002. p. 11.

⁴ L. VAN ROMPAEY, “El rol del juez en la sociedad moderna”, en *Revista de Derecho Público*, FCU, Montevideo, 2008, n.º 34, pp. 14 ss.

⁵ A. GORDILLO, “La seguridad jurídica y la emergencia”, en A. DURÁN MARTÍNEZ (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008, p. 369.

⁶ R. GUASTINI, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, México: UNAM y Trotta, 2006, p. 49.

Para que se dé esta constitucionalización del ordenamiento jurídico, según este autor, se requieren las siguientes condiciones:

- a. una Constitución rígida;
- b. el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes;
- c. la fuerza vinculante de la Constitución;
- d. la *sobreinterpretación* de la Constitución;
- e. la aplicación directa de las normas constitucionales;
- f. la interpretación conforme a la Constitución;
- g. la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.⁷

5. De esas condicionantes, como las llama Guastini, la rigidez de la Constitución configura el presupuesto de esa constitucionalización del ordenamiento jurídico, y el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes constituye la garantía de la rigidez.

A los efectos de nuestro tema la condicionante que más nos interesa es la fuerza vinculante de la Constitución, de la que derivan las restantes, es decir, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme a la Constitución, la sobreinterpretación de la Constitución y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Esto hace que los valores de la Constitución se impongan directamente no solo a todos los órganos públicos sino a toda la sociedad, lo cual se garantiza a través del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes.

6. Este énfasis que hemos puesto en la fuerza vinculante de la Constitución y en las otras condicionantes que de ella derivan puede dejar un tanto perplejo al lector oriental puesto que, se me dirá, en Uruguay —por lo menos desde la Constitución de 1830, siguiendo el modelo de los Estados Unidos— hemos entendido que nuestra Constitución tiene fuerza vinculante, se aplica directamente a la sociedad y recoge una serie de valores que condicionan todo el accionar de los órganos públicos y de los particulares.

En cambio en Europa, hasta promediar el siglo XX, primó el concepto originado en la Revolución Francesa. Para los franceses, por influjo de las ideas de Rousseau, la ley es la verdadera y máxima norma jurídica; la Constitución no es propiamente una norma jurídica sino un conjunto de directivas políticas dirigido a las autoridades, en especial al Poder Legislativo, que son las que dictan las normas jurídicas.⁸

⁷ GUASTINI, o. cit., pp. 50 ss.

⁸ PRIETO SANCHÍS, o. cit., pp. 111 ss.

Pero ocurre que, pese a haber adoptado el concepto constitucional norteamericano, con total inconsecuencia en general actuamos como lo hacían los europeos antes del advenimiento del neoconstitucionalismo. En efecto, en general, salvo en oportunidad del proceso de constitucionalidad de una ley, actuamos con un casi total olvido de la Constitución. Y aun en el marco de la declaración de inconstitucionalidad de un acto legislativo, invocamos el inexistente principio de presunción de constitucionalidad de la ley e invertimos así totalmente la interpretación conforme a la Constitución.⁹

Por eso, esas novedades que aportan las tendencias constitucionales europeas son, en los hechos, también novedades para nosotros.

7. Como se comprenderá, este cambio de perspectiva influye en todas las ramas del derecho y especialmente en el derecho administrativo, considerado por Fritz Werner como “derecho constitucional concretizado”.¹⁰

Con gran precisión, la moderna doctrina alemana ha señalado:

[El] Gobierno no solo debe ejercer el poder observando los límites y requisitos externos constitucionalmente establecidos, sino que habrá de actuar también de conformidad con el sentido y espíritu de la Constitución. De ahí que el Derecho Administrativo haya de cimentarse sobre los principios y valores constitucionales tanto formales como sustantivos, sin caer jamás en su vulneración”.¹¹

Lo expuesto permite fortalecer el derecho administrativo como sistema, al decir de Schmidt-Assmann.^{12 13}

⁹ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Otra vez sobre la inexistente presunción de ilegitimidad del acto administrativo”, en *La Justicia Uruguaya*, t. 139, 2009, p. D.54; el mismo, “En torno al neoconstitucionalismo”, en prensa.

¹⁰ E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública y Marcial Pons, 2003, p. 15.

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*, pp. 17 ss.

¹³ SCHMIDT-ASSMANN ha expresado que este enfoque del derecho administrativo desde la perspectiva del derecho constitucional le ha permitido una válida base científica y ha hecho igualmente posible la fácil reconducción de los nuevos materiales que emergían de la parte especial hacia categorías más generales y abstractas, así como la integración de no pocas lagunas legales (*ibíd.*, pp. 15 ss.).

Sin perjuicio de lo expuesto, el citado autor señala también la influencia del derecho administrativo en el derecho constitucional. A modo de ejemplo indica que el principio de proporcionalidad pasó del derecho administrativo al constitucional. En tal sentido afirma: “[...] desde la perspectiva aplicativa y de la práctica jurídica, el Derecho administrativo representa el campo de verificación y experimentación del Derecho constitucional, es decir, donde han de contrastarse y ponerse a prueba los nuevos conocimientos, las reformas y los cambios; el lugar de encuentro y de confrontación de los criterios de actuación. La praxis administrativa ha de hacer operativos los grandes y abstractos conceptos constitucionales. Por último, bajo el perfil dogmático, el Derecho administrativo representa la base y el instrumento fundamental para la efectividad de tantas garantías constitucionales, señaladamente en el mundo de los derechos fundamentales: con base en la Constitución, en efecto, el Derecho administrativo ha de establecer los procedimientos, formas y organizaciones que resulten idóneas para su protección; los criterios de resolución de conflictos o colisión entre derechos fundamentales en las relaciones multilaterales; la determinación de sus límites, etc. Estas exigencias se hacen realidad en buena parte con la ayuda y la fuerza conformadora del Derecho administrativo” (*ibíd.*, pp. 17 ss.).

La posición subjetiva de la persona que la Constitución reconoce precede o es anterior a todos los poderes públicos e impregna y recorre el entero ordenamiento jurídico. “La garantía constitucional de la dignidad humana se sitúa en lo más alto de las fuentes positivas que disciplinan las relaciones del Estado con el hombre: el Estado no se ha hecho a sí mismo, no es fruto de su propia voluntad, sino que ha sido creado por los hombres, en su deseo de vivir con dignidad y seguridad.” La dignidad humana (art. 1 GG) determina, en consecuencia, la legitimidad del Estado y del Derecho a partir de los valores de la ética personal. El Estado requiere una justificación, esto es, una habilitación o legitimidad específica para poder actuar, lo cual remite a un proceso y a un resultado presididos en última instancia por la racionalidad.¹⁴

Esto provoca un importante cambio en el derecho administrativo, en el fondo y en la forma. La vertiente de defensa o libertad deviene insuficiente; la necesidad de obtener determinados resultados en la sociedad se vuelve imperiosa.¹⁵ Y por otro lado, sin desaparecer por supuesto la actividad unilateral de la Administración, aparece una nueva forma de actuación basada en el consenso y en la negociación que ha llevado a hablar incluso de una Administración cooperativa o Estado cooperativo o cooperador.¹⁶

Eso sin duda genera un nuevo relacionamiento entre lo público y lo privado.

8. Ese nuevo modelo de Estado, por algo llamado también por algunos Estado constitucional democrático,¹⁷ conlleva un cambio en los cometidos del Estado y en la forma de su realización.

Ese énfasis en lo *democrático* alude al *gobierno por el pueblo*,¹⁸ es decir, a la legitimidad de origen; pero no solo a eso, incluye también la legitimidad de ejercicio. Dicho de otro modo, el poder público se legitima no solo por su origen sino en la medida en que resulte eficaz para el logro del bien común.¹⁹

Esto nos lleva al concepto de *bien común* y al de *eficacia*.

Bien común es “el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y fácil de la propia perfección”.²⁰ En suma, el bien común es el estado de hecho apto para el desarrollo de la persona humana.²¹

¹⁴ SCHMIDT-ASSMANN, o. cit., p. 18.

¹⁵ *Ibídem*, pp. 25 ss.

¹⁶ *Ibídem*, pp. 36 ss.

¹⁷ R. ALEXY, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en CARBONELL (ed.), o. cit., p. 31.

¹⁸ F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 115; SCHMIDT-ASSMANN, o. cit., p. 101.

¹⁹ SCHMIDT-ASSMANN, o. cit., p. 110.

²⁰ PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, Montevideo, Librería Editorial Arquidiocesana, 2005, p. 78.

²¹ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Importancia política de la defensa nacional y las Fuerzas Armadas”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, Montevideo, 2008, vol. II, p. 68.

La eficacia consiste en *hacer bien las cosas*, lo que supone determinar bien los fines y elegir los medios adecuados para su consecución.²²

Aunque en el ámbito de la ciencia económica o administrativa se distinguen los conceptos de *eficacia* y *eficiencia*, en el lenguaje corriente son términos que suelen usarse indistintamente. Así, por ejemplo, estimo que el término *eficacia* que figura en el artículo 103 de la Constitución española de 1978 incluye a *eficiencia*, y el término *eficiencia* que figura en el artículo 37 de la Constitución de Brasil vigente comprende a *eficacia*. Advierto, por otro lado, que en el ámbito de la doctrina social de la Iglesia también se emplea estos términos indistintamente. Así, en la encíclica *Quadragesimo anno*, cuando se hace referencia al principio de subsidiaridad, en un mismo párrafo se emplean los términos *eficazmente* —derivado de *eficacia*— y *eficiencia* en un mismo sentido.²³ En la encíclica *Mater et magistra*, Juan XXIII vuelve sobre el principio de función subsidiaria enunciado por Pío XI y emplea el término *eficacia*.²⁴ Juan Pablo II, al retomar el tema en la encíclica *Centesimus annus*, acude al vocablo *eficiente*.²⁵

Tomo pues, a los efectos de este estudio, los términos *eficacia* y *eficiencia* como sinónimos. Esto por cierto no implica desconocer la solidaridad, puesto que “la dimensión moral de la economía hace entender que la eficiencia económica y la promoción de un desarrollo solidario de la humanidad son finalidades estrechamente vinculadas, más que separadas o alternativas”.²⁶

La legitimidad funcional del accionar del Estado depende, así, de la correcta determinación de los fines y de la correcta elección de los medios para la configuración del estado de hecho necesario para el adecuado desarrollo de la persona humana. En términos de Bacellar Filho, la legitimidad del Estado-Administración depende de su eficiencia en la prestación de los servicios esenciales para la protección de los derechos fundamentales.²⁷

²² A. DURÁN MARTÍNEZ, “Principio de eficacia y estado subsidiario”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. II, p. 7.

²³ “Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás, perdería mucho tiempo, con lo cual lograría realizar más libre, más firme y más *eficazmente* todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que solo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvando este principio de función ‘subsidiaria’, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no solo la autoridad, sino también la *eficiencia* social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación” (cursivas agregadas). *Quadragesimo Anno* (80), en J. IRIBARREN y J. L. GUTIÉRREZ GARCÍA, *Once grandes mensajes*, 15.ª ed., Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1993, p. 93.

²⁴ *Mater et Magistra* (54), en IRIBARREN y GUTIÉRREZ GARCÍA, o. cit., p. 145.

²⁵ “La actividad económica, en particular la economía de mercado, no puede desenvolverse en medio de un vacío institucional, jurídico y político. Por el contrario, supone una seguridad que garantiza la libertad individual y la propiedad, además de un sistema monetario estable y servicios públicos *eficientes*. La primera incumbencia del Estado es, pues, la de garantizar esa seguridad de manera que quien trabaja y produce pueda gozar de los frutos de su trabajo y, por tanto, se sienta estimulado a realizarlo *eficiente* y honestamente” (cursivas agregadas). *Centesimus Annus* (48), en IRIBARREN y GUTIÉRREZ GARCÍA, O. CIT., p. 805.

²⁶ PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ, o. cit., p. 159.

²⁷ R. F. BACELLAR FILHO, “A natureza contractual das concessões e permissões de serviço público no Brasil”, en R. F. BACELLAR FILHO y L. A. BLANCHET (coords.), *Serviços públicos. Estudos dirigidos*, Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 13.

Las más modernas constituciones recogen expresamente el principio de eficacia. Es el caso, por ejemplo, de la española de 1978 (artículo 103, inciso 1) y la brasileña vigente (artículo 37 según redacción dada por enmienda de 1998). Nuestra Constitución no recoge expresamente ese principio, pero su admisión se desprende implícitamente²⁸ por la mención que el artículo 60 realiza a la “administración eficiente”,²⁹ por la recepción del concepto de buena administración que efectúa el artículo 311 de la Carta al admitir la nulidad de actos administrativos contrarios a la buena administración³⁰ así como por la declaración genérica del artículo 72.³¹

Tan importante es este aspecto que Schmidt-Assmann ha indicado que el derecho administrativo ha de satisfacer una doble finalidad: “la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la *eficacia* y efectividad de la acción administrativa”.³²

9. Desde otra perspectiva, se puede decir que ha existido también una evolución del Estado liberal de derecho hacia lo que Cassagne llamó Estado subsidiario,³³ previo pasaje por el Estado de bienestar.

Para superar las falencias del Estado liberal apareció el Estado de bienestar y, ante su fracaso, surgió otro modelo, el Estado subsidiario.

Muchos han sido los cuestionamientos al Estado de bienestar.

Con acierto Ariño Ortiz expresó:

El individuo queda en manos del Estado, que le ofrece seguridad a cambio de su libertad. El ciudadano queda cada vez más dependiente de sus dueños, de los que le proveen de servicios gratis. El resultado es una situación triste de aletargamiento del individuo y de la sociedad que Stigler denunció en este famoso texto:

“Incluso si el Estado fuese siempre sabio y benevolente con nosotros sería triste orientar nuestras vidas hacia él. Una sociedad sana no debe asemejarse a un gran rebaño de gente bien alimentada. Antes bien, debe orientarse al principio de que hay que dar a cada individuo el máximo posible de responsabilidad sobre su vida y el máximo posible de libertad para hacer frente a dicha responsabilidad”.

²⁸ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Principio de eficacia...”, o. cit., pp. 9 y 15 ss.

²⁹ J. P. CAJARVILLE PELUFFO, “Introducción al procedimiento administrativo uruguayo”, en CAJARVILLE PELUFFO, *Sobre derecho administrativo*, 2.ª ed. ampliada, Montevideo, FCU, 2008, t. II, p. 183.

³⁰ A. DURÁN MARTÍNEZ, *Contencioso administrativo*, Montevideo, FCU, 2007, pp. 295 ss.

³¹ Con acierto expresó Guariglia que la eficacia constituye un derecho-deber de la Administración que fundamentalmente forma parte de los derechos inherentes a la persona humana o que derivan de la forma republicana de gobierno, conforme lo dispone el artículo 72 de la Carta (C. E. GUARIGLIA, *Misión y visión del Estado contemporáneo. El reto de la responsabilidad*, Montevideo, Polo, 2003, p. 258).

³² SCHMIDT-ASSMANN, o. cit., p.26.

³³ J. C. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, t. I, pp. 61 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, “Principio de eficacia y estado subsidiario...”, o. cit., pp. 16 ss.

Ese Estado social benefactor se convierte en un Estado dominador porque tiene el gran poder de gastar y de satisfacer las necesidades de sus súbditos, que resulta difícilmente controlable por el derecho.³⁴

La visión de Forsthoff es coincidente:

La tentación de dominar allí donde se ayuda, fomenta, o subvenciona es demasiado grande para poderla resistir siempre, en el supuesto de que se deseara. El individuo, que conoce su dependencia del Estado no está en situación de oponerle resistencia, y no lo está, en primer lugar, porque la Constitución del Estado de Derecho, tal y como es la Ley Fundamental, no tiene normas protectoras frente a un tal comportamiento. En segundo término, porque tampoco el particular está animado de una voluntad de resistencia frente al Estado, a pesar de que en casos concretos tenga a su disposición instrumentos jurídicos idóneos. Con mucha frecuencia el jurista, cuyo consejo se recaba en estos casos o en otros semejantes, experimenta que los afectados renuncian a recurrir bajo la idea de que una tal victoria jurídica sería una victoria pírrica, ya que hoy es más sensato estar en buenas relaciones con el Estado, de quien se depende constantemente, que obtener justicia en un caso concreto. Se teme que el Estado tome represalias, y con frecuencia encontrará ocasión para hacerlo, dada la complejidad de las leyes. Esta situación se agudiza por el hecho de que las tareas sociales del Estado en sentido amplio son llevadas a cabo por los funcionarios que en tanto que empleados del poder público, carecen del ethos del funcionariado profesional.³⁵

En esta misma línea, Cea Egaña manifiesta que el Estado benefactor no fue nunca Estado social de derecho, “deviene en opuesto a la libertad en sociedad, por la sumisión a que es reducida la persona y las asociaciones intermedias”.³⁶ Y citando al jurista alemán Ernst Benda expresa:

El Estado Social se puede y se debe concebir como una comunidad continuamente preocupada por el bienestar de sus ciudadanos. Pero un Estado Providencia que libere de toda preocupación a los hombres y mujeres no sería un Estado Social sino que un Estado tutor o nodriza de sus habitantes.³⁷

Feo La Cruz advirtió que el Estado de bienestar reposa en un modelo burocrático y elitista.³⁸

En el marco del EB la confianza en la burocracia estatal derivaba de su capacidad para dar respuestas. Así que se consideraba autosuficiente, estableciéndose una orientación vertical en la que la sociedad tenía un rol pasivo, recipiendaria de las medidas adoptadas desde la estructura estatal.

³⁴ G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de derecho público económico*, Granada, Fundación de Estudios de Regulación y Comares, 2004. 3.ª ed. ampliada, p. 99.

³⁵ Citado por ARIÑO ORTIZ, o. cit., pp. 99 ss.

³⁶ J. L. CEA EGAÑA, “Presente y futuro del Estado social de derecho”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Montevideo, 2005, n.º VII, p. 211.

³⁷ *Ibidem*, p. 212.

³⁸ M. FEO LA CRUZ, “La participación de la sociedad civil en el proceso de gestión pública. Retos y desafíos”, en A. ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, t. I, p. 415.

El espacio de lo público se entendía como exclusivo del Estado, por lo que se justificaba el intervencionismo sin requerir de ningún tipo de justificaciones para la toma de las medidas de políticas públicas, ni la participación del mercado o de otros actores sociales. Este modelo burocrático fundado en el desarrollo teórico weberiano le daba a la estructura organizativa de la Administración Pública una rigidez y un distanciamiento con respecto a la sociedad. Esta organización administrativa del Estado, desarrollaba su actividad partiendo de conceptos jurídicos elaborados en el contexto del derecho administrativo del Estado, que se convierte en su instrumento ideológico que pretende ocultar la función política y cambiante que se realiza en ese marco de actuación.³⁹

En la encíclica *Centesimus annus*, Juan Pablo II escribió:

Al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos. Efectivamente, parece que conoce mejor las necesidades y logra satisfacerlas de modo más adecuado quien está próximo a ellas o quien está cerca del necesitado. Además, un cierto tipo de necesidades requiere con frecuencia una respuesta que sea no solo material, sino que sepa descubrir su exigencia humana más profunda.⁴⁰

En nuestro medio, ya Real, aludiendo al Estado de bienestar, observaba:

[...] al imponer al Estado prestaciones positivas y no meras abstenciones como bajo el individualismo liberal, determinaron un gigantesco desarrollo de aparatos burocráticos, capaces de nuevas opresiones o posibilidades de opresión, al volver al administrado más dependiente del Estado, de la cuna a la tumba, en su educación o su ignorancia, en su trabajo o en su desempleo, en su jubilación o en su miseria o en su agenda social, y aún en el goce o carencia de servicios públicos, teléfono, vivienda o crédito para obtenerla, etc., etc.⁴¹

Y ante esto, más acá en el tiempo, Brito planteó con agudeza las siguientes interrogantes:

¿Sirve a la libertad el actual sistema organizado y prestacional del Estado y sus Entes? ¿O es que hay algo de tributación a una suerte de principio carismático de la autoridad del Estado cuando se ha postulado su actuación para la prestación de los servicios públicos, el desarrollo de servicios asistenciales, educativos, de seguridad social, industriales y comerciales, amén de aquellos que hacen a sus cometidos esenciales? ¿Se corresponde todo esto con el ámbito de preservar para la aptitud creadora reconocidamente prevista en el hombre y su entorno social?⁴²

³⁹ Ibídem, p. 416.

⁴⁰ En IRIBARREN y GUTIÉRREZ GARCÍA, o. cit., p. 807.

⁴¹ Citado en M. R. BRITO, *Derecho administrativo. Su permanencia - contemporaneidad - prospectiva*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2004, p. 245.

⁴² Ibídem, pp. 244 ss.

El Estado subsidiario precisamente configura una reacción ante las falencias indicadas. Su nombre deriva del principio de subsidiariedad enunciado por la Iglesia Católica sobre todo a partir de la encíclica *Quadragesimo anno*⁴³ y desarrollado luego por otros documentos pontificios, en especial por la encíclica *Centesimus annus*.

Sintetizando su pensamiento con relación al principio de subsidiariedad, la Iglesia Católica, en el *Compendio*, expresó:

Conforme a este principio, todas las sociedades de orden superior deben ponerse en una actitud de ayuda ('subsidium') —por tanto de apoyo, promoción, desarrollo— respecto a las menores. De este modo, los cuerpos sociales intermedios pueden desarrollar adecuadamente las funciones que les competen, sin deber cederlas injustamente a otras agregaciones sociales de nivel superior, de las que terminarían por ser absorbidos y sustituidos y por ver negada, en definitiva, su dignidad propia y su espacio vital.

A la subsidiariedad entendida en sentido positivo, como ayuda económica, institucional, legislativa, ofrecida a las entidades sociales más pequeñas, corresponde una serie de implicaciones en negativo, que imponen al Estado abstenerse de cuanto restringiría, de hecho, el espacio vital de las células menores y esenciales de la sociedad. Su iniciativa, libertad y responsabilidad, no deben ser suplantadas.⁴⁴

El principio de subsidiariedad protege a las personas de los abusos de las instancias sociales superiores e insta a estas últimas a ayudar a los particulares y a los cuerpos intermedios a desarrollar sus tareas. Este principio se impone porque toda persona, familia y cuerpo intermedio tiene algo de original que ofrecer a la comunidad. La experiencia constata que la negación de la subsidiariedad, o su limitación en nombre de una pretendida democratización o igualdad de todos en la sociedad, limita y a veces también anula, el espíritu de libertad y de iniciativa.

Con el principio de subsidiariedad contrastan las formas de centralización, de burocratización, de asistencialismo, de presencia injustificada y excesiva del Estado y del aparato público.⁴⁵

La función de suplencia del Estado solo es admitida en forma excepcional.⁴⁶

⁴³ En esta Encíclica, el principio de subsidiariedad es enunciado de la siguiente manera: "[...] como no se puede quitar a los individuos y darlo a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos.

⁴⁴ "Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás, perdería mucho tiempo, con lo cual lograría realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que solo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función 'subsidiaria', el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no solo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación" (IRIBARREN Y GUTIÉRREZ GARCÍA, o. cit., pp. 92 ss.).

⁴⁵ PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ, o. cit., pp. 88 ss.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 89.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 90.

Con este principio se valorarán la participación,⁴⁷ la solidaridad,⁴⁸ la libertad y la eficacia.⁴⁹

Por influjo del principio de subsidiariedad se produce un cambio importantísimo en el relacionamiento Estado-sociedad. Expresa Feo La Cruz:

Del complejo de superioridad de la Burocracia del Estado y la baja autoestima ciudadana se pasa, en el contexto de la crisis del Estado Providencia, al resurgimiento del concepto de sociedad civil y a la recuperación de territorios y responsabilidades en la solución de sus propios problemas.⁵⁰

10. El *principio de eficacia* es a mi juicio de esencia en todo Estado, pero adquiere una relevancia especial en el Estado subsidiario.

En el Estado liberal de derecho, fundado en la dimensión individual del hombre, la actitud prescindente del Estado en la vida social hace que la importancia del *principio de eficacia* se diluya.

En el Estado benefactor, que pone su acento en la dimensión social del hombre, al presuponer erróneamente que las riquezas son inagotables y al minimizar la dimensión individual del ser humano y desconocer su dimensión trascendente, el *principio de eficacia* también se diluye.

En cambio, en el Estado subsidiario —basado en la triple dimensión humana, individual, social y trascendente— el *principio de eficacia* cobra toda su magnitud. Es que el pleno desarrollo de la persona humana se logra únicamente en el respeto de su triple dimensión. De lo contrario, se quiebra la naturaleza del hombre.

Es que el Estado es un ser instrumental finalizado al logro del bien común; es decir, “el Estado debe existir para la perfecta suficiencia de la vida humana, fin que no pueden alcanzar los hombres por sí solos o aisladamente, y ni siquiera las otras sociedades menores”.⁵¹ En suma, está al servicio de la persona humana en toda su dimensión. Si su accionar no sirve para esto, es *ineficaz* y por tanto ilegítimo.

Es por esto que, cuando el Estado de bienestar comienza a ceder paso al Estado subsidiario, en las modernas constituciones se recibe a texto expreso el *principio de eficacia*. Y

⁴⁷ Ibídem, pp. 90 ss.

⁴⁸ Ibídem, pp. 92 ss.

⁴⁹ DURÁN MARTÍNEZ, “Principio de eficacia y...”, o. cit., pp. 6 ss.

⁵⁰ FEO LA CRUZ, o. cit., p. 420.

⁵¹ J. H. SARMIENTO GARCÍA, “Servicios públicos y prudencia gubernativa”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2006-III (número especial “Desafíos de la regulación”), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 88.

por eso en nuestro país la noción de *buena administración* abandona la zona del mérito para ingresar en la de la legitimidad.⁵²

11. El Estado liberal de derecho coincide, por lo menos en Europa, con el Estado legislativo. El Estado benefactor, tránsito del Estado liberal al subsidiario, no se acomoda muy bien con el Estado legislativo ni con el constitucional. El Estado subsidiario calza a la perfección con el Estado constitucional.

Ese *principio de eficacia* debemos verlo así con toda la connotación que implica el Estado subsidiario y con toda la connotación que implica el Estado constitucional.



PRIVATIZACIÓN Y SUS MODALIDADES

1. *Privatización*, término demonizado en nuestro país que se aferra a un Estado de bienestar agotado,⁵³ es la palabra clave en el actual relacionamiento Estado-sociedad que exhibe el mundo occidental. Privatización impulsada precisamente por la eficacia.⁵⁴

2. En términos generales, podemos decir que privatización es el pasaje de algo del sector público al privado.

Ese algo puede comprender tanto cosas (bienes de cualquier naturaleza, ya sea muebles o inmuebles, corporales o incorporeales) como actividades. Y ese pasaje, que puede ser total o parcial, se efectúa por medio de procesos de privatización o modalidades que pueden incluir hasta la adopción de determinadas formas institucionales.⁵⁵

3. La privatización se efectúa para un mejor cumplimiento de los cometidos del Estado.

4. Esa privatización se efectúa por medio de:

- a. diversas formas contractuales o negocios jurídicos en general;
- b. diversas formas institucionales, o
- c. una liberalización.

⁵² DURÁN MARTÍNEZ, "Principio de eficacia y...", o. cit., p. 19.

⁵³ Aunque en el Uruguay la resistencia al cambio, en este aspecto, es particularmente pronunciada, esta dificultad se ha visto también en otros lados. Lo que ocurre es que la reorientación de las relaciones Estado-sociedad en el sentido marcado por el Estado subsidiario, como expresa Feo La Cruz, "supone un cambio cultural importante que no es de fácil asimilación. Las organizaciones públicas inmersas en una cultura organizacional que le asigna un rol autoritario y una enorme autosuficiencia para toma de decisiones, les cuesta aceptar una relaciones horizontales con sus clientes o administrados" (FEO LA CRUZ, o. cit., p. 420).

⁵⁴ A. DURÁN MARTÍNEZ, "Transformaciones en el sector público", en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, Montevideo, 1999, p. 197.

⁵⁵ A. DURÁN MARTÍNEZ, "Procesos de privatización", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, o. cit., p. 161; A. DURÁN MARTÍNEZ, "Tamaño del Estado y privatizaciones", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, o. cit., pp. 170 ss.

5. Referiré brevemente, en el orden expuesto, a esas nuevas formas de relacionamiento público-privado que se efectúan a través de las modalidades negociales y formas institucionales indicadas, así como en el marco de la liberalización apuntada.

IV.

MODALIDADES NEGOCIALES

1. El contrato más común, en lo que refiere al tema en estudio, es la concesión. También puede efectuarse una concesión por medio de un acto administrativo unilateral, pero centraré mi atención en el contrato, por su mayor relevancia.

Por este contrato, según Sayagués Laso,

[...] se confiere a una persona (física o jurídica, privada o pública) un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la trasmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la administración.⁵⁶

Según su objeto, la concesión puede conferir el derecho al uso de un bien o al ejercicio de una determinada actividad.

El bien cuyo uso se concede puede ser de cualquier naturaleza, dominial o privado, mueble o inmueble, corporal o incorporeal. La actividad concedida puede ser de lo más variada. La concesión más conocida es la de servicio público, pero también se emplea para actividades privadas del Estado o servicios sociales.

También por su objeto vemos concesiones mixtas, es decir, que confieren el derecho al uso de un bien y el derecho al ejercicio a una determinada actividad; es el caso de la concesión de obra pública.⁵⁷

La concesión, pues, otorga un derecho subjetivo perfecto al uso del bien o al ejercicio de la actividad concedidos, o a ambas cosas, durante la duración de aquella.

Cuando de la concesión no emerge un derecho subjetivo perfecto al uso del bien o al ejercicio de la actividad sino un derecho debilitado, el derecho positivo normalmente emplea otra terminología. A veces se habla de *permiso*⁵⁸ o *permisario* para referirse al titular

⁵⁶ E. SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. I, p. 421.

⁵⁷ A. DURÁN MARTÍNEZ, "La concesión. Concepto, tipos y perspectivas", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. I, pp. 14 ss.

⁵⁸ En este sentido se ha entendido que *permiso* es una concesión sin plazo determinado (H. CASSINELLI MUÑOZ, *Derecho público*, Montevideo, FCU, 1999, p. 341; DURÁN MARTÍNEZ, "La concesión...", o. cit., pp. 10 ss.).

de la concesión (artículo 275, numeral 4, de la Constitución; artículo 11, literal B, numeral 1.º, de la ley n.º 16246, de 8 de abril de 1992) y otras veces de *autorización*⁵⁹ (artículo 7.8 del reglamento para la autorización de servicios regulares de transporte por carretera, aprobado por el artículo 2 del decreto n.º 228/991, de 24 de abril de 1991; artículo 20 del decreto-ley n.º 14335, de 23 de diciembre de 1974).⁶⁰

Normalmente, los *permisos* o *autorizaciones* se otorgan a través de un acto administrativo unilateral, pero esto no siempre ocurre; a veces derivan de un contrato. Lo importante es que en esencia son una especie de concesión.

En todos los casos indicados —concesión en sentido estricto, permiso o autorización— asistimos a un especial relacionamiento público-privado para el uso de un bien o el ejercicio de una actividad. La titularidad del bien o de la actividad pertenece al Estado, pero el uso del bien o el ejercicio de la actividad se efectúan por un particular.

En el derecho brasileño, aparte de las clásicas concesiones de servicios públicos o de obra pública, también se emplean los términos *permiso* y *autorización*. Pero, además, la legislación recoge expresamente otras especies de concesión. Una de ellas son las llamadas *parcerias público-privadas*,⁶¹ conocidas comúnmente con la sigla PPP.⁶²

La ley n.º 11079, de 30 de diciembre de 2004, prevé dos modalidades de PPP: la concesión patrocinada y la concesión administrativa. En efecto, el artículo 2 de la ley indicada establece: “parceria público-privada es el contrato administrativo de concesión, en la modalidad patrocinada o administrativa”.⁶³

La concesión patrocinada es una especie de concesión de servicio público o de obra pública que se caracteriza por que el concesionario obtiene su remuneración, además de una tarifa percibida de los usuarios, de una contraprestación pecuniaria abonada por el *parceiro público*.⁶⁴ La tarifa es lo básico, la contraprestación del *parceiro público* es un plus.

⁵⁹ El término *autorización* está tomado en el sentido que le asigna Méndez. Para este, la autorización “habilita para la edición de un acto, ejercicio de una actividad o aprovechamiento de un bien, que están fuera del uso o goce del solicitante” (A. MÉNDEZ, “La descentralización. Concepto y caracteres”, en *Estudios de derecho administrativo*, Montevideo, Universidad de la República, 1979, t. I, pp. 273 ss.). Muy distinta es por cierto esta acepción de la que Sayagués Laso le asigna al término. En efecto, para Sayagués Laso la *autorización* es el acto “que habilita a una persona física o jurídica, privada o pública para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente” (SAYAGUÉS LASO, o. cit., t. I, pp. 414 ss.). Sobre los diversos sentidos con que nuestro derecho positivo ha empleado el término *autorización*, véase A. DURÁN MARTÍNEZ, *Casos de derecho administrativo*, Montevideo, 2007, vol. V, pp. 106 ss.

⁶⁰ DURÁN MARTÍNEZ, “La concesión...”, o. cit., pp. 10 ss.

⁶¹ M. S. ZANELLA DI PIETRO, *Parcerias na administração pública*. 5.ª ed., San Pablo, Atlas, 2006, pp. 158 ss.; BACELLAR FILHO, o. cit., pp. 40 ss.

⁶² ZANELLA DI PIETRO, o. cit., p. 21.

⁶³ *Ibidem*, pp. 159 ss.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 161 ss.

En la concesión de servicio público común, no existe esa contraprestación pecuniaria del *parceiro público*. La remuneración del *parceiro privado* proviene de la tarifa o de otro ingreso derivado de la explotación del servicio. En tal sentido, Zanella Di Pietro definió la concesión de servicio público como:

[...] o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente de exploração do serviço.⁶⁵

En la concesión patrocinada, el *parceiro privado* obtiene su remuneración por dos vías: a) de la explotación del servicio y b) del *parceiro público* a modo de complemento.

La concesión administrativa refiere a actividades que no constituyen servicio público y se caracteriza por que la contraprestación del *parceiro público* es la forma básica de remuneración del *parceiro privado*.⁶⁶

En suma, en la concesión patrocinada se concede un servicio público o una obra pública; en la concesión administrativa, se concede una actividad que no constituye servicio público. En la concesión patrocinada la tarifa es la forma básica de remuneración del *parceiro privado*; el aporte del *parceiro público* es un plus. En la concesión administrativa, la contraprestación del *parceiro público* es la forma básica de remuneración del *parceiro privado*.

La ley brasileña n.º 8955, de 15 de diciembre de 1994, regula expresamente la franquicia (*franquia*).

La ley considera la franquicia como una modalidad de contrato de concesión. Es un contrato en virtud del cual el *franqueador* o concedente otorga al *franqueado* o concesionario una licencia de uso de una marca para que este produzca o distribuya determinados bienes o preste servicios específicos siguiendo los métodos del concedente. Normalmente el contrato prevé la prestación de asistencia técnica. La franquicia puede tener por objeto la distribución de productos o prestación de servicios o producción de bienes.⁶⁷

Como se percibe, no existe inconveniente alguno en recibir en nuestro derecho la concesión patrocinada, la concesión administrativa y la franquicia como especies de concesión, aunque nuestro derecho positivo sea distinto.

2. Otra modalidad de privatización por vía contractual es el arrendamiento de obras o de servicios.

⁶⁵ Ibídem, p. 93.

⁶⁶ Ibídem, pp. 166 ss.

⁶⁷ Ibídem, pp. 214 ss.

En otra oportunidad recordé que Frugone Schiavone, invocando a Sayagués Laso, mencionaba esta forma de actuación como una modalidad de prestación directa, y la diferenciaba por tanto de la concesión.⁶⁸

En efecto, Frugone Schiavone señalaba los siguientes modos de prestación de servicios: la explotación directa y la indirecta a través de concesionarios, de sociedades de economía mixta, y de personas públicas no estatales.

Respecto a la explotación por administración directa, se ha olvidado que Sayagués Laso enseñaba que: la Administración puede recurrir a la colaboración de particulares, sin que de ninguna manera desaparezca la administración directa, y sin que esos particulares se conviertan en concesionarios de servicio público.

¿Cómo? A través de un contrato de arrendamiento de servicios. Así, por ejemplo —y estoy transcribiendo textualmente a Sayagués Laso— en algunos países extranjeros el servicio de limpieza y barrido de calles, está explotado directamente por la Administración; pero esta contrata con particulares para que recojan la basura domiciliaria, o efectúen la limpieza en determinados sectores de la ciudad, y de la misma manera que todo contrato un buen día se rescinde, se busca a otra persona.

A través de este procedimiento, la Administración se procura la actividad que puedan prestar esas personas, sin colocarlas como empleados públicos, vinculándose a ella por medio de un arrendamiento de servicio, pero manteniendo en todo momento la dirección, organización y explotación directa del servicio.

Concluía el maestro, con gran visión de futuro:

Es interesante puntualizar esto, porque a veces no se ve bien la diferencia, y los particulares estiman que configuran una nueva modalidad de concesionarios de servicios públicos y no lo son.⁶⁹

Algunos textos de derecho positivo recogen expresamente esta modalidad de prestación directa. Es lo que ocurre por ejemplo en el artículo 11, literal *b*, numeral 2, de la ley n.º 16246, de 8 de abril de 1992. Pero si no existe una prohibición expresa al respecto, nada impide al órgano competente de la correspondiente prestación de servicios acudir a un arrendamiento de servicios para cumplir su cometido si razones de buena administración así lo aconsejan. Recuerdo, por otra parte, que esta fue la modalidad empleada por Antel

⁶⁸ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Prestación de servicios portuarios”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, o. cit., p. 180.

⁶⁹ H. FRUGONE SCHIAVONE, “Enfoque de Derecho Administrativo sobre la desregulación y la privatización”, en *Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización*, Montevideo, FCU, 1991, p. 71.

cuando en un comienzo explotó el servicio de telefonía celular conocido con el nombre de Movicom.⁷⁰

También configura un arrendamiento de servicios (que suele ser acompañado por un arrendamiento de bienes inmuebles y muebles) el mal llamado Sistema Mixto de Explotación de Casinos regulado por el artículo 37 del decreto n.º 488/008, de 15 de octubre de 2008. Digo *mal llamado* porque, como se ha visto, este sistema es una forma de explotación directa de la actividad, por lo que no se trata en puridad de un sistema mixto. Lo que ocurre es que el Estado, para el cumplimiento de dicho cometido, acude al arrendamiento de determinados servicios.⁷¹

Esta modalidad de prestación de una actividad a través de un arrendamiento de servicios a veces se conoce con el nombre de *tercerización*.⁷²

3. Otra modalidad que interesa citar es el *fideicomiso*.

Fernández Formigo ha expresado:

[...] el *fideicomiso* consiste en un instituto donde se conforma un negocio de confianza mediante el cual una persona, entrega ciertos bienes que integran su patrimonio para que sean administrados a favor de otra u otras personas a quienes desea beneficiar.⁷³

Y en razón de lo expuesto lo ha definido como:

[...] un negocio jurídico, en virtud del cual se destinan ciertos bienes o derechos para aplicarlos a un fin lícito y cierto, por parte de una persona física o jurídica.⁷⁴

⁷⁰ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Competencia de Antel”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. 1, p. 217.

⁷¹ Este sistema de explotación de casinos se ha utilizado en Montevideo en el Hotel Radisson, en Carmelo, en Colonia, en el Hotel Mantra en la Barra de Maldonado, entre otros. Precisamente, cuando la instalación del último casino citado, la empresa Baluma S. A., concesionaria del casino que funciona en el Hotel Conrad de Punta del Este, lo cuestionó por entender que afectaba su exclusividad, ya que al otorgarse la concesión el Poder Ejecutivo se obligó a no otorgar nuevas concesiones en la zona a menos que se cumplieren determinados requisitos que no se darían en el caso. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo rechazó correctamente la pretensión de Baluma S. A., advirtiendo que a lo que el Poder Ejecutivo se comprometió fue a no otorgar nuevas concesiones, pero no a explotar directamente casinos en el área, cosa que es lo que ocurre con una explotación a través de un arrendamiento de servicios (sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo n.º 163, de 18 de abril del 2007, recaída en autos caratulados “BALUMA S. A. c/ Estado. Poder Ejecutivo. Acción de Nulidad”, n.º 75/03).

En reciente pronunciamiento el Tribunal de Cuentas de la República, en oportunidad de estudiar un proyecto de contrato para la explotación del Casino Nogaró de Punta del Este en régimen del llamado sistema mixto, expresó acertadamente que esa modalidad configura un arrendamiento de servicios (resolución del Tribunal de Cuentas de la República de 18 de febrero del 2009, carpeta n.º 190055-PA-Entradas n.ºs 140 y 910/09, considerando 11).

⁷² ZANELLA DI PIETRO, o. cit., pp. 228 ss.

⁷³ G. FERNÁNDEZ FORMIGO, *Estudio sobre el fideicomiso*, Montevideo, FCU, 2008, p. 9.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 9.

Más allá de sus remotos antecedentes romanos, el *fideicomiso* se ha desarrollado fundamentalmente en el derecho anglosajón.⁷⁵ En los países latinoamericanos es de recepción más tardía.⁷⁶

En Uruguay, sin perjuicio de las escasas y restrictivas normas del Código Civil y alguna otra disposición aislada, este instituto fue regulado genéricamente por la ley n.º 17703, de 27 de octubre de 2003.

El artículo 1.º de esta ley lo define como:

[...] el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario.

Conforme al artículo 2.º, el *fideicomiso* puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. El mismo artículo en el siguiente inciso expresa que el *fideicomiso* por acto entre vivos es un contrato.

No obstante lo expresado precedentemente, el artículo 25 de la citada ley prevé una modalidad especial: el *fideicomiso* financiero. El 2.º inciso de este artículo establece que este fideicomiso podrá constituirse por acto unilateral.

De lo expuesto se desprende que el *fideicomiso* es sí un negocio jurídico, pero no siempre un contrato.

La ley aludida regula el *fideicomiso* en términos generales, pero contiene algunas disposiciones de aplicación específica en el sector público, por ejemplo, artículos 3 y 26.

El artículo 3 refiere a fideicomisos que tengan por fin la realización de una obra pública municipal. En este caso, las intendencias podrán constituirlo mediante la cesión de derechos de créditos de tributos departamentales, dando cuenta a la Junta Departamental.

El artículo 26 prevé expresamente que el Banco de la República Oriental del Uruguay y el Banco Hipotecario del Uruguay puedan constituir o integrar como accionistas sociedades fiduciarias en un fideicomiso financiero.

4. Siguiendo en el ámbito convencional procede mencionar los convenios.

En materia de ejecución de obra pública es esta una modalidad muy usada desde larga data. De esta forma se logra la ejecución de determinadas obras públicas con la colaboración

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 7 ss.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 25 ss.

del sector estatal con grupos de vecinos u otras entidades privadas que tengan especial interés en la obra.⁷⁷

5. Todos estos negocios jurídicos, por emplear una expresión más amplia que contrato, y otros que no he mencionado, quedan comprendidos en lo que en el mundo anglosajón se denomina *public private partnerships* o también con la sigla *PPP* o *P3*.⁷⁸

Echevarría Petit, al referirse al concepto de estos PPP, expresa que alude a la participación del sector público y privado “y que abarca una gran diversidad de contratos que van desde la mínima participación privada en el riesgo (contrato de obra pública) hasta la total privatización que separa al Estado del rol prestacional para desempeñar un rol exclusivamente regulatorio y de control”.⁷⁹

Como se percibe, la legislación brasileña, al adoptar el término *parceria público-privada* y la sigla *PPP*, se inspiró claramente en el derecho anglosajón. Pero el concepto brasileño es mucho más restringido puesto que estas *parcerias* se limitan a dos especies de concesión.

Echevarría Petit, al estudiar el régimen canadiense, destaca que esta cooperación se basa en la experiencia de cada parte.

Se parte de la base que cada parte tiene su fortaleza, su expertise: el sector público conoce la administración, conoce el servicio que tiene que prestar y conoce muchas veces mejor que nadie las necesidades públicas insatisfechas; a su vez, el sector privado tiene otras fortalezas, tiene mejor acceso al financiamiento, en muchos casos una mayor ductilidad derivada de su sujeción al derecho privado y muchas veces, goza de una mayor eficiencia como consecuencia de lo anterior.

[Por tal razón, en Canadá] la asociación entre sector público y privado, o P3 (Public Private Partnership), es definida como “el emprendimiento de cooperación entre sectores público y privado, basado en la experiencia de cada socio, que satisface de mejor forma necesidades públicas bien definidas, a través de la distribución adecuada de los riesgos, recursos y recompensas”.⁸⁰

Todas las modalidades de PPP canadienses, contrato de diseño y construcción, de operación y mantenimiento, de diseño, construcción y operación, de arrendamiento, desarrollo y operación, de construcción, operación y transferencia, de privatización y de

⁷⁷ C. VÁZQUEZ, *Modalidades de ejecución de la obra pública*, Montevideo, Universidad de la República y Editorial Universidad, 1992, pp. 111 ss.

⁷⁸ J. L. ECHEVARRÍA PETIT, “Participación conjunta del sector público y del sector privado en proyectos de infraestructura en la experiencia canadiense”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, año II (2003), n.º 3, p. 73; R. FERRÉS RUBIO, “Hacia un nuevo concepto de servicio público: liberalización y competencia”, en DURÁN MARTÍNEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje...*, o. cit., p. 349.

⁷⁹ ECHEVARRÍA PETIT, o. cit., p. 73.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 73.

financiamiento,⁸¹ son jurídicamente admisibles en nuestro país aunque no empleemos esas denominaciones contractuales.

También, por cierto, es admisible en nuestro medio la filosofía canadiense al respecto y la finalidad perseguida en estos contratos. En efecto, a través de estos emprendimientos lo que se procura es un mejor servicio con un mejor precio, todo ello en aras del desarrollo de la sociedad aprovechando lo mejor del sector público y del sector privado. Esto calza perfectamente con la filosofía de nuestra Constitución, con la noción de buena administración que recoge el artículo 311 e impone que se destierre ese enfrentamiento, que muy a menudo vemos en el Uruguay, entre lo público y lo privado. Lo importante es la conjunción del esfuerzo de todos en aras del bien común.

V.

MODALIDADES INSTITUCIONALES

1. Entre las formas de relacionamiento público-privado de tipo institucional podemos mencionar:

- a. las sociedades de economía mixta de derecho público (incisos 1 y 2 del artículo 188 de la Constitución);
- b. las sociedades de economía mixta de derecho privado (incisos 3 y 4 del artículo 188 de la Constitución);
- c. personas públicas no estatales.⁸²

2. Las sociedades de economía mixta de derecho público no son sino una variante de los entes autónomos y servicios descentralizados. En efecto, en estos casos los referidos entes se limitan a recibir un aporte de capital no estatal (público o privado) o privado (estatal o no estatal) en su patrimonio y de representantes de ese capital en el directorio de las empresas.

No existe ninguna sociedad de economía mixta de esta categoría y no creo que ningún particular tenga interés en una inversión de este tipo, por lo que la modalidad prevista en los incisos 1.º y 2.º del artículo 188 de la Constitución parece solamente virtual.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 75 ss.

⁸² DURÁN MARTÍNEZ, "Procesos de privatización", o. cit., p. 163.

3. Las personas públicas no estatales son llamadas así por estar regidas por el derecho público y por no integrar la organización estatal, es decir, no se relacionan con el Estado conforme a los vínculos caracterizadores de la centralización, descentralización y acentralización.⁸³

Su régimen jurídico es muy heterogéneo. Últimamente han proliferado, pero sus características difieren, en general, de las primeras, y da la impresión de que su existencia obedece a una verdadera intención de fuga del derecho administrativo. Su fin, así, parece ser muy distinto de los modernos relacionamientos público-privados que hoy nos ocupan.

4. Más interesan las sociedades de economía mixta de derecho privado previstas en los incisos 3.º y 4.º del artículo 188 de la Constitución.

La doctrina que las ha estudiado ha sido bastante parca al referirse a su régimen jurídico.

Barbé Pérez, uno de los primeros comentaristas de la Constitución de 1967, al referirse a los incisos tercero y cuarto del artículo 188 precisamente introducidos en esta Carta consideró que constituían una innovación fundamental:

Tan fundamental que podríamos decir que puede alterar la orientación de la intervención del Estado en el ámbito económico y social, sobre todo en el industrial y comercial.⁸⁴

Pero más allá de decir que estas empresas son privadas y no estatales, no dice mucho acerca de su régimen jurídico.⁸⁵

Prat fue más lacónico en el punto. En tal sentido expresó:

Estimamos pues que el texto no es lo suficientemente claro y preciso como para emitir opinión definitiva. Es pues necesario que las leyes a dictarse en el futuro para regular la participación estatal, fijen claramente su alcance y sus proyecciones.⁸⁶

Por su parte, Korzeniak escribió:

Cabe preguntarse, finalmente, si estas empresas de economía mixta serían “públicas”, ya que, en principio, puede pensarse que la regulación de su actividad entraría en alta medida en el campo del derecho privado. Sin embargo, no parece que el tema pueda analizarse en abstracto; la ley o las leyes que se dicten reglamentando o aplicando estos incisos 3.º y 4.º del artículo 188 de la

⁸³ DURÁN MARTÍNEZ, “Naturaleza jurídica de Conaprole”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Casos de derecho administrativo*, o. cit., vol. III, pp. 262 ss.

⁸⁴ H. BARBÉ PÉREZ, *Aspectos administrativos en la reforma constitucional uruguaya*, Montevideo, Centro de Estudiantes de Notariado, 1967, p. 53.

⁸⁵ *Ibídem*, pp. 55 ss.

⁸⁶ J. A. PRAT, *Los entes autónomos en la descentralización funcional uruguaya*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1971, p. 175.

Constitución, tienen un ancho campo de latitud para establecer un predominio del derecho público o del derecho privado. Por otra parte, la experiencia de otros países demuestra que la intervención económica y directriz del Estado en las empresas privadas, provoca inexorablemente una “publicación” de su régimen jurídico.⁸⁷

En posición parecida, Delpiazzo indicó:

[...] según la proporcionalidad de los aportes respectivos, podrán existir en nuestro país sociedades de economía mixta regidos por el Derecho común con participación estatal minoritaria o mayoritaria, aunque es dable pensar que en este segundo caso se dará una cierta “publicación” de su régimen y estructura.⁸⁸

Cassinelli Muñoz, luego de referirse a los dos primeros incisos del artículo 188 de la Constitución, manifestó:

La situación inversa, también prevista en el mismo artículo a partir de 1967, es la de una empresa privada que sigue siendo privada aunque reciba aportes estatales.⁸⁹

Y a mayor abundamiento explicó:

La sociedad que reciba capital estatal seguirá siendo una empresa, como les decía privada: aunque tenga participación estatal, podrá por ejemplo seguir despidiendo empleados en la misma forma en que despide un empleado una empresa privada, no tendrá que hacer los trámites de destitución de los funcionarios públicos porque no será un Ente Autónomo ni un Servicio Descentralizado; sus resoluciones no serán actos administrativos sino que serán decisiones privadas, actos de sujetos particulares.⁹⁰

Rotondo Tornaría, al estudiar el tema, dijo:

Estas sociedades de economía mixta estarán regidas por el derecho comercial en su actividad laboral en cuanto a sus empleados, “sin perjuicio de las posibles normas especiales que establezcan las leyes que autoricen la participación estatal, pero previo convenio” y de que los representantes del Estado se rijan por las normas aplicables a los directores de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.⁹¹

Finalmente, para terminar con esta reseña doctrinaria, Biasco, al referirse a estas sociedades previstas en los incisos 3 y 4 del artículo 188 de la Constitución, expresó que estas empresas privadas con participación de capital estatal no cambian su naturaleza ni su régimen originarios: se siguen regulando sustancialmente por el derecho privado.⁹²

⁸⁷ J. KORZENIAK, *Primer curso de derecho público. Derecho constitucional*, Montevideo, FCU, 2001, p. 596.

⁸⁸ C. E. DELPIAZZO, “Las sociedades de economía mixta en el marco de nuestro derecho público”, en *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*, Montevideo, Acali, 1978, n.º 2, p. 26.

⁸⁹ H. CASSINELLI MUÑOZ, *Derecho público*, Montevideo, FCU, 1999, p. 115.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 117.

⁹¹ F. ROTONDO TORNARÍA, *Manual de derecho administrativo*, Montevideo, Ediciones Del Foro, 2000, p. 93.

⁹² E. BIASCO, “Las participaciones estatales en la Constitución uruguaya”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, FCU, 2000, t. VIII, pp. 57 ss.

Aunque no comparto en sus lineamientos generales el trabajo de Biasco aludido, considero que la afirmación que él hace en el punto y a la que he referido precedentemente es plenamente compatible y la más precisa de todas, y que por cierto no es incompatible con lo expresado por Cassinelli Muñoz y Rotondo.

Véase que si la empresa privada que recibe el capital estatal continúa siendo privada, como decía Cassinelli Muñoz, si continúa rigiéndose por el derecho comercial, como decía Rotondo, si el aporte del capital público no implica un cambio de naturaleza de la empresa ni de su régimen originario, como decía Biasco, no se puede decir que el legislador tenga un ancho campo de latitud para establecer su régimen jurídico como decía Korzeniak, ni que la cierta *publicación* del régimen jurídico prevista por Delpiazzo pueda ser intensa.

El régimen jurídico en estas sociedades continúa siendo de derecho privado. Los aspectos de derecho público son excepcionales y son únicamente aquellos derivados de la Constitución o los estrictamente necesarios para posibilitar la participación de capital estatal en una empresa privada, en virtud de la naturaleza pública de aquel.

Tal vez las sociedades de economía mixta de este tipo más conocidas sean Pluna S. A. y Terminal Cuenca del Plata S. A. En ambos casos, la ley que las previó hizo referencia expresa al inciso tercero del artículo 188 de la Constitución (artículo 6 de la ley n.º 16211, de 1.º de octubre de 1991, y artículo 20 de la ley n.º 17243, de 29 de junio del 2000).

Remarco esta mención expresa que estas leyes efectúan al inciso 3.º del artículo 188 de la Constitución porque la doctrina se encuentra dividida en cuanto al sentido de la palabra *Estado* contenida en este inciso. En efecto, mientras algunos han sostenido que el término *Estado* está tomado aquí en su acepción restringida, limitado a la persona jurídica estatal mayor,⁹³ otros en cambio hemos entendido que el término debe tomarse en sentido amplio, comprensivo de todas las personas jurídicas estatales de derecho público.⁹⁴ Se ve claro, así,

⁹³ J. P. CAJARVILLE PELUFFO, *Régimen jurídico administrativo de la industria eléctrica*, Montevideo, Acalí, 1979, *Estudios de derecho administrativo. Segundo curso*/3, p. 53, en especial nota 87; J. P. CAJARVILLE PELUFFO, "Empresas privadas con participación del Estado. Significado de la palabra *Estado* en los incisos 3.º y 4.º del artículo 188 de la Constitución", en *Revista de Derecho Público*, Montevideo, FCU, n.º 26, 2004, pp. 9 ss.; C. E. DELPIAZZO, *Contratación administrativa*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1999, p. 498; C. E. DELPIAZZO, *Derecho administrativo uruguayo*, México: UNAM y Porrúa, 2004, pp. 141 ss. M. RISSO FERRAND, "La participación estatal en empresas privadas en la Constitución uruguaya", en *Revista de Derecho Público*, n.º 26, pp. 23 ss.

⁹⁴ A. DURÁN MARTÍNEZ, "Prestación de servicios portuarios", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, o. cit., Montevideo, 1999, p. 181; A. DURÁN MARTÍNEZ, "Transformaciones del sector público", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, o. cit., p. 200. En este último trabajo, la argumentación que realizo para la interpretación de la expresión *en cada caso*, que figura en el inciso 4 del artículo 188 de la Constitución, presupone el sentido amplio del término *Estado* que figura en el inciso 3 de ese artículo; DURÁN MARTÍNEZ, *Casos de derecho administrativo*, o. cit., vol. V, pp. 324 ss.; C. LABAURE ALISERIS, *Estudios sobre la reforma del Estado*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2002, pp. 62 ss.; G. RUOCCO, "Sociedades de economía mixta de derecho privado. Artículo 188 de la Constitución: Incisos 3 y 4", en *Liber amicorum discipulorumque José Aníbal Cagnoni*,

que el legislador tomó la expresión *Estado* del inciso 3.º del artículo 188 de la Constitución en su acepción lata.

VI. LIBERALIZACIÓN

1. La liberalización muestra un relacionamiento público-privado muy distinto del existente en la época de apogeo del Estado de Bienestar.

2. Esta liberalización puede producirse formalmente, sea por la derogación de la ley que declara como servicio público una actividad, por la supresión de la exclusividad del servicio público sin que se suprima la declaración de servicio público, o por la derogación de una ley que dispone un monopolio.

3. Cuando referí al servicio público, lo hice en el sentido que Sayagués Laso asigna a esta expresión, es decir, para referirme al “conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público”.⁹⁵

4. Como la declaración de una actividad como servicio público supone una *publicatio*, es decir lleva esa actividad del ámbito privado al público, lo que implica sustraerla del ámbito de la libertad, requiere ley, en sentido orgánico formal (artículo 7 de la Constitución). Por eso la liberalización aludida se efectúa por ley.

Si bien he referido al servicio público en el libro de Sayagués Laso, advierto que la *publicatio* es también una característica del servicio público en el sentido tradicional más amplio originado en la doctrina y jurisprudencia francesas.⁹⁶

Montevideo, FCU, 2005, pp. 333 ss.; F. ROTONDO TORNARÍA y R. FLORES DAPKEVICIUS, *Novedades recientes en el derecho público. Comentarios de las leyes de Presupuesto y del Consejo de Economía Nacional*, Montevideo, FCU, 2006, p. 19; GUARIGLIA, o. cit., p. 269. Cagnoni también ha sostenido que el término *Estado* en ese tercer inciso debe tomarse en un sentido comprensivo de la persona pública estatal mayor y de las demás personas públicas estatales menores, en una exposición inédita formulada en el marco de un seminario sobre las transformaciones del sector público organizado por el Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, celebrado en la sede del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

⁹⁵ SAYAGUÉS LASO, o. cit., t. I, p. 65.

⁹⁶ ARIÑO ORTIZ, o. cit., pp. 565 ss.; J. C. CASSAGNE, “El futuro de los servicios públicos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2006-III (número especial “Desafíos de la regulación”), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 19 ss.

5. Existiendo servicio público, la actividad solo la pueda prestar la Administración. Para que el particular pueda ejercerla requiere concesión. En estos casos, pues, en la concesión asistimos —como se ha visto— a un especial relacionamiento público-privado para el cumplimiento del cometido. La concesión es una típica PPP en el sentido anglosajón y algunas de ellas en el sentido brasileño.

Pero la ley, al crear el servicio público, puede asignar competencia a un órgano del Estado para su prestación en exclusividad. En ese caso, solo él puede prestar el servicio, por lo que la concesión no es posible.

Si se suprime esa exclusividad por un acto jurídico del mismo o mayor valor y fuerza que el que la dispuso, la concesión es posible, por lo que se produce una tenue liberalización.

A veces esa exclusividad se confiere a un concesionario. Es lo que se previó por ejemplo en la industria eléctrica. Así, el artículo 6 del decreto-ley n.º 15031, de 4 de julio de 1980, establece que el concesionario tendrá exclusividad en el área geográfica que se le asigne.⁹⁷ Suprimida esa exclusividad, también en esos casos se produce una tenue liberalización.

Por cierto, la liberalización total se produce si se suprime la declaración de servicio público de la actividad.

6. Suprimida una declaración de servicio público, la actividad retorna al ámbito de la libertad; en consecuencia, el relacionamiento público-privado subsistirá, pero será muy distinto.

Esa *despublicatio* podrá ser con privación de competencia para prestar el servicio al órgano estatal que lo prestaba, o no.

Si el Estado pierde competencia en lo prestacional, su rol será de regulador y controlador. No existirá una relación contractual sino extracontractual con los prestadores del servicio.

Si el Estado conserva competencia en lo prestacional, además de ejercer el rol señalado de regulador y controlador prestará el servicio, pero ya no en exclusividad o junto con otros concesionarios sino como un operador más en régimen de libre concurrencia con los particulares.

Lo expuesto implica una *despublicatio*, lo que resulta incompatible con el concepto de servicio público de Sayagués Laso y con el más amplio, tradicional de la escuela francesa. Asistimos así a un nuevo concepto de servicio público, como luego se verá, basado en la

⁹⁷ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Segmentos del sector eléctrico: ¿servicio público?, ¿libre competencia?”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, o. cit., p. 227.

despublicatio.⁹⁸ En efecto, la *despublicatio* será la característica más importante del nuevo servicio público, lo que provocará un relacionamiento público-privado muy distinto al existente en los otros modelos de Estado de derecho.

7. Antes de continuar con las características del nuevo servicio público, conviene efectuar una breve referencia a la desmonopolización.

El monopolio requiere ley (artículo 85, numeral 17, de la Constitución), por lo que la desmonopolización requiere también ley, que derogue expresa o tácitamente la ley que lo instituyó.

El monopolio recae sobre una actividad privada, y si la asume el Estado, pasa a ser una de esas que Sayagués Laso llamaba *actividad privada a cargo del Estado*,⁹⁹ por oposición a los cometidos esenciales, los servicios públicos y los servicios sociales. De manera que, asumida por el Estado esa actividad, con monopolio o sin él, esta continúa siendo de naturaleza privada.¹⁰⁰

Suprimido un monopolio, esa actividad pasa a regirse enteramente por las reglas del derecho de la competencia aunque el Estado conserve competencia para prestar el servicio, a diferencia de lo que ocurre cuando se suprime la exclusividad sin que se suprima la declaración de servicio público, puesto que la actividad continúa siendo pública, por lo que en este caso no necesariamente regirán las reglas del derecho de la competencia. No debe confundirse monopolio, que, como se ha dicho, recae sobre una actividad privada, con exclusividad, que recae sobre un servicio público.¹⁰¹

Esas actividades desmonopolizadas pasan a ser reguladas y controladas de un modo especial, como ocurre en caso de la *despublicatio* de los viejos servicios públicos. Y el sector privado que comienza a desempeñar estas actividades lo hace en competencia entre sí y con el operador estatal en caso de que este conserve competencia.

⁹⁸ J. ARAÚJO-JUÁREZ, "Régimen jurídico de los servicios económicos de interés general", en ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ (coords.), o. cit., t. II, p. 170; R. FERRÉS RUBIO, "Hacia un nuevo concepto...", o. cit., pp. 353 ss.; V. R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, "La nacionalización de las actividades, los servicios y las empresas en Venezuela", en DURÁN MARTÍNEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje...*, o. cit., p. 471.

⁹⁹ SAYAGUÉS LASO, o. cit., t. I, pp. 80 ss.

¹⁰⁰ J. P. CAJARVILLE PELUFFO, *Dictamen publicado en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. X, febrero-marzo de 1994, n.º 59, p. 484; A. DURÁN MARTÍNEZ, "Nuevo Servicio Descentralizado: Correos", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, o. cit., pp. 209 ss.; A. DURÁN MARTÍNEZ, "Monopolios estatales y derecho de la competencia", en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. I, pp. 102 ss.

¹⁰¹ SAYAGUÉS LASO, o. cit., t. II, pp. 45 y 48; G. RUOCCO, "Monopolios y exclusividades en la contratación actual", en *La contratación administrativa en Uruguay y Argentina frente al Mercosur*, Montevideo, Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, 1993, pp. 81 ss.; CAJARVILLE PELUFFO, *Dictamen...*, o. cit., pp. 484 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, "Nuevo servicio descentralizado...", o. cit., pp. 209 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, "Monopolios estatales...", o. cit.

8. Los viejos servicios públicos y las actividades privadas a cargo del Estado, las ahora desmonopolizadas y las que nunca estuvieron monopolizadas, tienden a fusionarse en un nuevo concepto de servicio público que incluye hasta algunas de las actividades que Sayagués Laso consideraba servicios sociales.

Esto provoca también una superación de la clásica noción de servicio público que hemos conocido, adoptado y adaptado a través de la evolución de la jurisprudencia y doctrina francesa.¹⁰²

Como bien ha advertido Ariño Ortiz, la realidad que forjó el concepto tradicional de servicio público cambió. Esa nueva realidad exige un nuevo concepto de servicio público y una nueva regulación.¹⁰³

Efectivamente, se vive en Europa y, por su influencia, en los países iberoamericanos un tránsito de un concepto subjetivo de servicio público a uno objetivo.¹⁰⁴ De servicios prestados por el Estado en régimen de exclusividad o, en otra terminología, en forma monopólica, se ha pasado a un régimen prestacional por parte de personas estatales o no estatales privadas o no, en concurrencia.¹⁰⁵ De la *publicatio* característica de la época del servicio público clásico¹⁰⁶ se ha pasado a una *despublicatio*.¹⁰⁷ Más que de *servicio público* se tiende a hablar de *servicio al público*.¹⁰⁸ En lugar de la expresión *servicio público*, se prefiere la de *servicios de interés económico general*¹⁰⁹ o *servicios económicos de interés general*.¹¹⁰

9. En la expresión *servicios de interés económico general* o *servicios económicos de interés general* se incluyen actividades muy distintas. Díez-Picazo decía:

¹⁰² Sobre la noción de servicio público en el Uruguay, véase J. P. CAJARVILLE PELUFFO, “Apuntes sobre la noción de ‘servicio público’ en la Constitución uruguaya”, en A. DURÁN MARTÍNEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje...*, o. cit., pp. 201 ss.

¹⁰³ ARIÑO ORTIZ, o. cit., pp. 600 ss.

¹⁰⁴ A. EZQUERRA HUERVA, “El fenómeno de la liberalización de servicios públicos en España: el tránsito de un concepto subjetivo a un concepto objetivo de Servicio Público”, en *Revista de Derecho Público*, Montevideo, FCU, n.º 29, 2006, pp. 10 ss.

¹⁰⁵ ARIÑO ORTIZ, o. cit., pp. 604 ss. y 638 ss.; EZQUERRA HUERVA, o. cit., p. 17; P. CAIELLA, “Regulación de los servicios públicos y concurrencia”, en *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* n.º 12, Belo Horizonte, Instituto Paranaense de Direito Administrativo y Forum, abril-junio 2003, pp. 113 ss.

¹⁰⁶ J. ARAÚJO-JUÁREZ, “Régimen jurídico de los servicios económicos de interés general”, en ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ (coords.), o. cit., t. II, p. 1970.

¹⁰⁷ ARAÚJO-JUÁREZ, o. cit., p. 1972.

¹⁰⁸ ARIÑO ORTIZ, o. cit., p. 638.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 638; ARAÚJO-JUÁREZ, o. cit., t. II, pp. 1969 ss.; R. PARADA, “Los servicios públicos en España”, en ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ (coords.), o. cit., pp. 1859 ss.; L. M. DÍEZ-PICAZO, “La idea de servicios de interés económico general”, en L. COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Eudesa, Iber Caja y Civitas, 2003, pp. 677 ss.; L. MARTÍN REBOLLO, “Sociedad, economía y Estado. (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)”, en COSCULLUELA MONTANER (coord.), o. cit. p. 639.

¹¹⁰ EZQUERRA HUERVA, o. cit., p. 33.

Son servicios de interés económico general no solo aquellas actividades que conforman la infraestructura del sistema económico (energía, telecomunicaciones, correos, transportes, etc.), sino que pueden serlo también actividades cuya finalidad primaria no es empresarial (cultura, sanidad, asistencia social, etc.) siempre que se produzcan dentro del sistema económico. Lo decisivo no es, así, la presencia o ausencia de ánimo de lucro. Más bien, el rasgo distintivo de los servicios de interés económico general es que haya una obligación legal de llevar a cabo una actividad de prestación.¹¹¹

Como se percibe de la enumeración efectuada por Díez-Picazo, estos servicios comprenden actividades que en la concepción de Sayagués Laso configuran servicios públicos en sentido estricto (actividades de naturaleza privada por su origen pero que la ley torna públicas y solo son susceptibles de ser prestadas por particulares mediante concesión),¹¹² servicios sociales (actividades de naturaleza privada que puede asumir el Estado en ayuda de los particulares pero sin desplazarlos)¹¹³ y actividades privadas a cargo del Estado (actividades de naturaleza privada, normalmente de carácter industrial o comercial, que el Estado asume en concurrencia o excepcionalmente en forma monopólica).¹¹⁴

Lo expuesto no significa que el criterio de Sayagués Laso haya caído en desuso. Por el contrario, conserva utilidad, sin perjuicio de que sea admisible también el nuevo concepto de *servicio de interés económico general*.

10. Esos servicios de interés económico general, muy diversos por cierto, tienen en común que son regidos por el derecho de la competencia.

Martín Rebollo dice al respecto que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea es neutral desde el punto de vista de la propiedad. No impide que haya empresas estatales, pero sí que haya monopolios. Impone una liberalización, y una liberalización supone la ruptura de monopolios.¹¹⁵

En análogo sentido se expresa Muñoz Machado:

[...] da exactamente lo mismo para los países de Europa que la economía esté en manos públicas o privadas, que las empresas o los servicios públicos estén en una o en otra mano, lo importante es que estén donde estén se adecuen a las reglas del mercado. Y esas reglas del mercado, ¿qué es lo que exigen? Pues además del respeto a la propiedad privada, principio que está proclamado en el tratado constitutivo de la Comunidad Europea, artículo 222, que todas las empresas se sometan a las reglas de la libre competencia, sean empresas públicas o sean empresas privadas. Y el sometimiento a las reglas de la libre competencia supone por lo menos dos cosas: primero, que

¹¹¹ DÍEZ-PICAZO, o. cit., p. 679.

¹¹² SAYAGUÉS LASO, o. cit., t. I, p. 65.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 77 ss.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 80 ss.

¹¹⁵ MARTÍN REBOLLO, o. cit., p. 637.

estén prohibidos los monopolios comerciales, art. 37 del tratado de la Comunidad Económica Europea; no puede haber monopolios, esos monopolios están prohibidos y, en segundo lugar, están prohibidas las ayudas del Estado.¹¹⁶

11. Esa liberalización, que en mi concepto puede, en algunos casos, considerarse una especie de privatización,¹¹⁷ provocó una nueva regulación destinada a asegurar la competencia, llamada por algunos *neorregulación*,¹¹⁸ para marcar la diferencia con la tradicional.

Esa competencia se da entre personas jurídicas públicas estatales que antes desarrollaban esas actividades en exclusividad o en forma monopólica pero ahora deben hacerlo en régimen de concurrencia con los particulares, o entre particulares sin que intervenga el Estado en lo prestacional.

Desde luego, el tránsito del monopolio a la competencia no es sencillo. Para encarar estos aspectos que el mercado no puede resolver, se acudió: a) al corte vertical de actividades, separando las relacionadas con las infraestructuras, de difícil sujeción a las reglas de la competencia, de las demás,¹¹⁹ y b) a la creación del concepto de *servicio universal*, que supone la obligación legal de prestar un servicio con un determinado contenido con determinada calidad, al alcance de todos en todo el territorio nacional y a precios asequibles.¹²⁰

Ese corte vertical de actividades se efectúa en función de si ellas pueden o no ser competitivas. Una cosa son las actividades relacionadas con las infraestructuras y otra la actividad propiamente dicha. Por ejemplo, en materia de transporte aéreo, son perfectamente separables, por un lado, las flotas, los servicios y las rutas y, por otro, las necesarias infraestructuras terrestres y los servicios comunes a las compañías aéreas.¹²¹

¹¹⁶ S. MUÑOZ MACHADO, “La Constitución del Mercado Único Europeo de 1992 y los procesos de desregulación de la economía”, en *Primer seminario internacional sobre aspectos legales de la privatización y de la desregulación*, agosto 9-11 de 1989, Suplemento de Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1990, p. 98.

¹¹⁷ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Procesos de privatización”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, Montevideo, 1999, p. 162.

¹¹⁸ F. J. BAUZÁ MARTORELL, *La desadministración pública*, Madrid, Consell de Mallorca y Marcial Pons, 2001, p. 42; ARIÑO ORTIZ, o. cit., pp. 604 ss.; A. DURÁN MARTÍNEZ, “¿Se puede limitar derechos humanos por actos administrativos dictados por órganos reguladores de la actividad privada? Especial referencia a las unidades de regulación creadas en Uruguay”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. I, pp. 365 ss.; R. FERRÉS RUBIO, *Autoridades reguladoras independientes. En el marco de la liberalización de los servicios públicos*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2005, pp. 67 ss.

¹¹⁹ ARIÑO ORTIZ, o. cit., p. 618.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 624; MARTÍN REBOLLO, o. cit., p. 641; J. O. SANTOFIMIO GAMBOA, “Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso”, en ARISMENDI y CABALLERO ORTIZ (coords.), o. cit., t. II, p. 1910; ARAÚJO-JUÁREZ, o. cit., t. II, pp. 1975 ss.; A. DURÁN MARTÍNEZ, “Los servicios públicos y los derechos de los usuarios. Tendencias actuales en el Uruguay”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. II, pp. 36 ss.

¹²¹ ARIÑO ORTIZ, o. cit., pp. 610 ss.

Esas actividades libradas a la competencia están sujetas a un régimen jurídico presidido por cuatro libertades fundamentales: a) libertad de entrada; b) libertad de acceso al mercado; c) libertad de contratación, lo que implica entre otras cosas formación competitiva de los precios; d) libertad de inversión.¹²²

La libertad de entrada supone la apertura del sector a la iniciativa privada, lo que posibilita una pluralidad de ofertas en los servicios. Cualquier operador que reúna los requisitos necesarios tendrá derecho a construir, explotar, comprar o vender las instalaciones necesarias para la actividad de que se trata.¹²³

La libertad de acceso al mercado implica el acceso a la red o, en general, a las infraestructuras necesarias para la práctica de esa actividad.

La mayoría de los servicios públicos operan en virtud de redes: oleoductos, gasoductos, vías férreas, estaciones, tendidos de electricidad, redes de telecomunicaciones (por cables o por ondas), acueductos, autopistas, aeropuertos, etcétera. Lo clave en el nuevo modelo son las condiciones para ejercer el acceso a las redes sin discriminaciones.¹²⁴

La libertad de contratación exige que las empresas en esta materia queden sujetas solo a aquellas restricciones generales a todos los operadores del mercado. Ello implica libertad para comprar o vender sus productos o servicios, libertad de importación y exportación, libertad para extender sus actividades a nuevas áreas o sectores conexos y sobre todo libertad de fijación de precios a sus clientes.¹²⁵

La libertad de inversión conlleva que ella queda al riesgo y ventura del inversor. No se limitan beneficios ni pérdidas.¹²⁶

Ese corte vertical de actividades lleva, según las tendencias actuales, a que el titular de las redes o de las infraestructuras de base quede al margen de los demás negocios de manera que no se identifiquen los intereses del titular de la red con los del resto del negocio. La no separación de la red del resto de las actividades ha perjudicado la competencia.¹²⁷

Lo expuesto es clave para la eficacia del servicio. El aspecto social de este se contempla con el servicio universal. La universalidad del servicio se relaciona, como se ha dicho, con la esencialidad de ciertas prestaciones, lo que varía según las coordenadas de espacio y tiempo, su accesibilidad en todo el territorio nacional y su asequibilidad de precio.¹²⁸

¹²² *Ibíd.*, pp. 613 ss.; SANTOFIMIO GAMBOA, o. cit., t. II, pp. 1905 ss.

¹²³ ARIÑO ORTIZ, o. cit., pp. 613 ss.

¹²⁴ ARIÑO ORTIZ, o. cit., pp. 615 ss.

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 617.

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 618.

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 631; FERRÉS RUBIO, o. cit., pp. 362 ss.

12. El derecho de la competencia se ha impuesto en Europa y se intenta imponer en nuestro país.

La libre competencia es, por lo menos, de raíz constitucional (artículos 7, 10, 36, 53 y 72 de la Constitución, entre otros),¹²⁹ pero no cabe duda de que en el apogeo del Estado de bienestar no rigió en muchos sectores. Por eso, sucesivas leyes sectoriales o generales, dictadas a partir de 1990, procuraron acercarse al modelo europeo. Entre las leyes sectoriales destaco: a) la n.º 16211, de 1.º de octubre de 1991, cuyo artículo 30 con relación a las actividades comprendidas en esta ley impone al Estado la adopción de las medidas necesarias para, entre otras cosas, promover el ejercicio de la libertad de elección de los consumidores, evitar en todo caso la formación de monopolios de hecho y, cuando ello no fuese posible, establecer las garantías que aseguren su control; b) la ley n.º 16246, de 8 de abril de 1992, que procura la libre concurrencia en todas las actividades portuarias; c) la ley n.º 16426, de 14 de octubre de 1993, que desmonopoliza los seguros; d) la ley n.º 16753, de 13 de junio de 1996, que desmonopoliza los alcoholes; e) la ley n.º 17296, de 21 de febrero de 2001 (artículos 70 ss.) en lo relativo a servicio de comunicaciones; f) la ley n.º 17598, de 13 de setiembre de 2002, referente a los servicios de energía y agua.

En cuanto a las leyes generales, destaco la ley n.º 17243, de 29 de junio de 2000 (artículos 13, 14 y 15), y la ley n.º 18159, de 20 de julio de 2007.

La ley n.º 17243 impone de una manera general el derecho de la competencia. Su artículo 13, que es por cierto el más importante, establece:

Las empresas que desarrollen actividades económicas, cualquiera fuere su naturaleza jurídica, están sujetas a las reglas de la competencia, sin perjuicio de las limitaciones que se establecieron por ley y por razones de interés general (artículos 7 y 36 de la Constitución de la República) o que resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate.

Como se percibe, este artículo 13 impone como un principio general las reglas de la competencia.

¿A quién se imponen estas reglas? La norma lo dice expresamente: “las empresas que desarrollen actividades económicas, cualquiera fuere su naturaleza jurídica”.

La redacción es muy amplia. Comprende cualquier empresa que desarrolle cualquier actividad económica, cualquiera sea su naturaleza. Vale decir que quedan incluidas

¹²⁹ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Las empresas públicas y las empresas mixtas con capital público ¿pueden someterse a la regulación para la competencia del mismo modo que los operadores privados?”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. II, p. 216; C. RODRÍGUEZ, “Los principios generales que rigen la nueva ley de promoción y defensa de la competencia”, en S. PEREIRA CAMPOS, D. RUEDA CRAMER y otros, *Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo*, Montevideo, FCU, 2008, p. 25.

todas las empresas, unipersonales o de forma societaria, sin personería jurídica o con ella, privadas o públicas, estatales o no estatales, nacionales o extranjeras que operen en nuestro mercado, cualquiera sea su actividad, con tal de que tengan un contenido económico.

De esta manera, cualquier empresa productora de bienes o servicios, privada o pública, queda sujeta a las reglas de la libre competencia.

Así, nuestra legislación se pone al día con el actual derecho europeo, para el que poco importa que una entidad que desarrolla una actividad económica sea pública o privada; lo importante es que todas ellas se adecuen a las reglas del mercado y se sometan a las reglas de la libre competencia.

Este principio tiene, por el mismo artículo que estamos comentando, dos limitaciones: a) las que se establezcan por ley y por razones de interés general; b) las que resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate.

La primera limitación es evidente, puesto que, conforme a los artículos 7 y 36 de la Constitución, expresamente citados por la ley en análisis, los derechos reconocidos por esas disposiciones son siempre pasibles de limitación por ley y por razones de interés general.

La otra limitación, es decir, la derivada del carácter de servicio público de la actividad, merece un detenimiento especial.

Ya he explicado en otra oportunidad —y a ese trabajo me remito—¹³⁰ que la expresión *servicio público* en el artículo 13 de la ley n.º 15243 está tomada en el sentido estricto de Sayagués Laso, pues de lo contrario la mención al servicio público en ese artículo significaría borrar con el codo lo que se escribió con la mano.

De lo expuesto se deduce que este artículo 13 de la ley n.º 17243:

- a. deroga los monopolios existentes;
- b. impone el derecho de la competencia con una generalidad tal que solo queda excluido en el caso de los servicios públicos, tomada esta expresión en el sentido estricto de Sayagués Laso, y aun en este caso cuando son prestados en exclusividad. En efecto, si existen concesiones y en virtud de ellas hay más de un prestador del servicio en el mismo ámbito territorial, resultan también aplicables las reglas de la competencia aunque uno de esos prestadores sea estatal.

¹³⁰ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Monopolios estatales y derecho de la competencia”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. I, pp. 112.

El derecho de la competencia tutela al productor de bienes y servicios, al asegurarle la libertad en la actividad. Pero también tutela al consumidor porque, gracias a la competencia, puede adquirir mejores productos o servicios y a mejores precios.¹³¹

Lo expuesto vale en términos generales. Con relación a los servicios públicos, no cabe duda de que el Estado no se siente cómodo con la competencia pues no está acostumbrado, de ahí la salvedad expresa efectuada por el artículo 13 indicado. Pero a medida que se va venciendo la resistencia de la burocracia y se va imponiendo el espíritu de la ley, no hay duda de que mejora la situación del usuario.

Esta ley demuestra también que se está produciendo un importante cambio en la perspectiva. En lo referente a los servicios públicos, se percibe una tendencia en el sentido de un traslado del centro de atención de la burocracia al ser humano.

La ley n.º 18159, de 20 de julio de 2007, derogó expresamente los artículos 13, 14 y 15 de la citada ley n.º 17243, pero continúa su tendencia; incluso avanza en el sentido de la competencia. Por eso, así como he sostenido la derogación de las leyes que establecían monopolios en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 de la ley n.º 17243, lo mismo he sostenido al tenor de la ley n.º 18159, sobre todo en virtud de lo dispuesto en los artículos 2 y 3.¹³²

El primer inciso del artículo 2 dice:

[Principio general] Todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general.

El artículo 3 dice:

[Ámbito subjetivo] Todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio uruguayo, están obligadas a regirse por los principios de la libre competencia. Quedan también obligados en idénticos términos, quienes desarrollen actividades económicas en el extranjero, en tanto estas desplieguen total o parcialmente sus efectos en el territorio uruguayo.

Como se percibe, la nueva normativa concibe un derecho de la competencia en términos más amplios que la ley derogada, ya que no efectúa la salvedad de los servicios públicos. De esta manera se extiende a ellos el derecho de la competencia, con lo que quedan derogadas tácitamente las normas que preveían exclusividad en materia de servicio público

¹³¹ A. DURÁN MARTÍNEZ, "Papel del Estado en el siglo XXI. Prestación de servicios públicos, explotación de actividades económicas y actividad regulatoria", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. II, pp. 51 ss.

¹³² A. DURÁN MARTÍNEZ, "La expropiación en el Uruguay desde la perspectiva del Estado Social y Democrático de Derecho", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. II, pp. 328 ss.; A. DURÁN MARTÍNEZ, "Novedades en materia de contratación administrativa en la ley n.º 18.172, de 31 de agosto de 2007", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. II..., pp. 396 ss. y 403.

como por ejemplo en el ámbito de la industria eléctrica (artículo 6 del decreto-ley n.º 15031, de 4 de julio de 1980).

Ante esta legislación, he opinado que se ha completado el tránsito de la noción subjetiva del servicio público a la objetiva, como ocurre en el moderno derecho europeo.¹³³ Un nuevo análisis del tema me lleva a atemperar esta afirmación. Sin duda se ha avanzado en la liberalización al suprimirse la mención a los servicios públicos que contenía el artículo trece derogado, con lo que se derogan las normas que prevén las exclusividades, pero no se derogan las declaraciones de servicio público efectuadas, con lo que no se produce una *despublicatio*.

El inciso final del artículo 2¹³⁴ y la referencia a los monopolios que efectúa el artículo 9¹³⁵ no son obstáculo para mi afirmación en el sentido de la supresión de los monopolios.

El inciso final del artículo 2, por la referencia a *prácticas anticompetitivas* y al *abuso de posición dominante*, revela que alude a una actividad que presupone en competencia. Esos derechos, facultades o prerrogativas excepcionales mencionados en la ley no son pues derivados de un monopolio, sino obtenidos en el marco de leyes promocionales como, por ejemplo, la de promoción industrial (decreto-ley n.º 14178, de 28 de marzo de 1974), o derivados de marcas o patentes de invención.

El artículo 9 refiere a monopolios de hecho o naturales.

En general se distinguen los monopolios de derecho y los de hecho.

Hay monopolio de derecho cuando este es dispuesto por la ley. Hay monopolio de hecho propiamente dicho cuando, sin haberlo dispuesto la ley, una sola persona, por determinadas razones fácticas —en general de imposible superación—, realiza una determinada actividad.

Es obvio que lo que la ley puede derogar son las normas que disponen monopolios de derecho, pero no puede suprimir monopolios de hecho puesto que no puede derogar normas inexistentes. A lo sumo puede crear condiciones para evitar esos monopolios de hecho o, si ello es imposible, tratar de que las consecuencias de los monopolios de hecho sean lo menos perjudiciales posible para la sociedad. Eso es precisamente lo que han procurado el literal *b*

¹³³ DURÁN MARTÍNEZ, “Novedades en materia de contratación...”, o. cit., p. 403.

¹³⁴ “El ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa excepcional otorgada o reconocida por ley no se considerará práctica anticompetitiva ni abuso de posición dominante”.

¹³⁵ “Artículo 9 (Autorización de concentración monopólica). En los casos en que el acto de concentración económica implique la conformación de un monopolio de hecho, dicho proceso deberá ser autorizado por el órgano de aplicación. El análisis de estos casos deberá incorporar, entre otros factores, la consideración del mercado relevante, la competencia externa y las ganancias de eficiencia. Si el órgano de aplicación no se expidiera en un plazo de noventa días desde la notificación correspondiente, se dará por autorizado el acto.

”La autorización expresa o tácita por parte del órgano de aplicación, de una concentración monopólica de hecho, de ninguna forma constituirá un monopolio de origen legal de acuerdo a lo establecido en el numeral 17) del artículo 85 de la Constitución de la República. Dicha autorización no podrá limitar el ingreso de otros agentes al mercado, a los cuales les serán de aplicación las disposiciones de la presente ley”.

del artículo 30 de la ley n.º 16211 y el literal *B* del artículo 13 de la ley n.º 16246. También el artículo 9 de la ley n.º 18159 procura controlar los monopolios de hecho.

Aparte de los monopolios de derecho y los de hecho, en doctrina se habla de *monopolios naturales*. Se dice que “el monopolio natural tiene lugar en determinados sectores económicos en que la existencia de más de una empresa no resulta eficiente en términos económicos”.¹³⁶ Es lo que ocurre por ejemplo en algunos sectores de la industria eléctrica. En tal sentido, Vázquez Pedrouzo señala el caso del transporte de energía eléctrica y agrega:

[...] ya que no sería económicamente eficiente el tendido de líneas de transporte paralelas que compitieran entre sí. En estos casos, la demanda en un mercado puede ser satisfecha a un costo inferior, por la actuación de una sola empresa, que por la de dos o más de ellas. Resultando entonces imposible que el consumidor pueda elegir su proveedor entre varios, la regulación tratará de protegerlo de eventuales abusos del monopolista.¹³⁷

El monopolio natural es distinto del legal, pues no es impuesto por la ley. Tampoco coincide exactamente con el de hecho propiamente dicho porque no es impuesto por circunstancias fácticas insuperables, sino que deriva de circunstancias económicas. En el monopolio natural solo uno desempeña la actividad no por disposición de la ley ni por circunstancias fácticas insuperables, sino porque esa es la única forma de que esa actividad se realice en forma eficiente.¹³⁸ En definitiva, depende de la voluntad humana, porque nada impide que se actúe en forma ineficiente.

En consecuencia, esa ley que deroga genéricamente las normas que disponen los monopolios no afecta un monopolio natural, porque al no provenir de la ley no hay ninguna norma que derogar. La ley podrá plantear una cuestión de legitimidad, y ello dependerá de cómo esté regulado el tema en la ley.

El artículo 9 de la ley n.º 18159, al requerir autorización para concentraciones monopólicas, está admitiendo en determinadas condiciones los monopolios naturales. Claro está que en ese caso deben realmente existir las condicionantes necesarias para que se pueda hablar de un monopolio natural.

Lo dicho con relación al monopolio de hecho o natural cabe igualmente respecto a la exclusividad en los servicios públicos. Si la competencia es posible, la exclusividad es inadmisibles.

¹³⁶ M. C. VÁZQUEZ PEDROUZO, *Marco regulatorio del sector eléctrico en Uruguay*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2005, p. 49.

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 49 ss.

¹³⁸ En puridad, podríamos hablar de monopolios legales y no legales. Los no legales, por oposición a los legales, serían así de hecho. Estos monopolios de hecho en sentido amplio comprenden los de hecho en sentido estricto (los que son impuestos por circunstancias fácticas insuperables) y los naturales (los que son impuestos por las razones económicas que se han indicado).

Esa exclusividad solo sería posible si se dan las circunstancias equivalentes a un monopolio de hecho o natural.

Como se comprenderá, desde esta perspectiva, en el actual modelo de Estado se ha producido un cambio importantísimo en el relacionamiento público y privado para el cumplimiento de los cometidos estatales. Prima ahora un relacionamiento de competencia entre el sector público y privado para el ejercicio de estas actividades denominadas genéricamente *servicios de interés económico general*.

13. Para asegurar la libre competencia y los derechos de los usuarios aparecen órganos especiales denominados en general agencias, o unidades, o autoridades reguladoras.¹³⁹ Es que, como decía Muñoz, “si el Estado no cuida el mercado, nadie lo hará”.¹⁴⁰

A estos órganos en general se les asigna competencia en materia de regulación y control,¹⁴¹ además de que se les da, con intensidad variable, injerencia en materia de resolución de conflictos.

Esos entes reguladores son independientes de los prestadores públicos de los servicios y regulan y controlan tanto a los prestadores públicos como a los privados. Se tiende así a terminar con la aberrante solución que se imponía en épocas del apogeo del Estado de bienestar, cuando era el prestador público el que controlaba a sus escasos competidores privados.¹⁴²

En el derecho anglosajón, donde se originan las unidades reguladoras, se suele dar participación a los interesados en el marco de estos entes, tanto en lo que refiere a la regulación como al control. Vemos aquí, así, un interesante relacionamiento público-privado en el marco de los cometidos del Estado, ya no estrictamente en lo prestacional sino en la fijación de las reglas de juego y en el control de su cumplimiento.

La aludida participación se efectúa a menudo en audiencias públicas. Esto sin duda acrecienta, fortalece la democracia y configura un eficaz dique de contención frente a la frecuente tentación del regulador de convertirse en un indirecto prestador del servicio. Pero esas audiencias públicas tienen riesgos; en efecto, favorecen lo que se ha llamado la *captura*

¹³⁹ P. R. FERREIRA MOTTA, *Agencias reguladoras*, San Pablo, Marrale, 2003, pp. 54 ss.; R. FERRÉS RUBIO, *Autoridades reguladoras independientes en el marco de la liberación de los servicios públicos*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2005; BACELLAR FILHO, o. cit., pp. 19 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, “Los servicios públicos y los derechos...”, o. cit., pp. 33 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, “Papel del Estado...”, o. cit., pp. 53 ss.

¹⁴⁰ G. A. MUÑOZ, “Reflexiones en torno a la reforma del Estado”, en G. A. MUÑOZ y C. M. GRECO, *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 495.

¹⁴¹ En su oportunidad he cuestionado la reunión en un solo órgano de las potestades de regulación y control (A. DURÁN MARTÍNEZ, “Control de las actividades privatizadas”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. I, pp. 121 ss.).

¹⁴² B. ILDARRAZ, A. R. ZARZA MENSAQUE y C. M. VIALE, *Derecho constitucional y administrativo*, Córdoba, Eudecor, 2001, p. 554; DURÁN MARTÍNEZ, “Los servicios públicos y los derechos...”, o. cit., pp. 32 ss.

del regulador por grupos activistas movidos por intereses políticos o corporativos, o por sectores empresariales.¹⁴³ Claro que esa participación no necesariamente se efectúa en audiencias públicas.^{144 145}

14. En el marco de la liberación, en lo prestacional el relacionamiento público-privado para el cumplimiento de los cometidos del Estado se efectúa en términos de competencia y, en lo que refiere a la regulación y al control de las actividades por el Estado ese relacionamiento se efectúa a través de diversas formas de participación de los sectores interesados o de la sociedad civil.

En definitiva, todo tiende a un mejor cumplimiento de los derechos humanos. Se ha advertido la instrumentalidad de los servicios públicos en relación a los derechos humanos.¹⁴⁶

VII.

APRECIACIONES FINALES

1. De lo expuesto, estimo que en términos generales no podemos hablar de nuevas formas de relacionamiento público-privado en el cumplimiento de los cometidos del Estado en las modalidades negociales o institucionales.

No todas esas modalidades han aparecido ahora, y muchas de ellas son de larga data. A lo sumo, existen nuevas denominaciones o variantes accidentales que no se apartan de la esencia de las diversas figuras.

2. Se percibe, sí, un nuevo relacionamiento público-privado para el cumplimiento de los cometidos del Estado al producirse una liberalización.

3. Pero, por sobre todo, lo que aparece es una nueva, y por tanto distinta, actitud ante la ejecución de los cometidos del Estado.

¹⁴³ J. C. CASSAGNE, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, pp. 260 ss.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 260 ss.; BACELLAR FILHO, o. cit., pp. 22 ss.; J. P. CAJARVILLE PELUFFO, "Poder Público y participación ciudadana en el derecho público uruguayo", en CAJARVILLE PELUFFO, *Sobre derecho...*, o. cit., t. I, pp. 91 ss.

¹⁴⁵ La reciente legislación muestra una clara tendencia a admitir la participación de los particulares, tanto en la elaboración de la normativa como en los controles. Un claro ejemplo de ello lo vemos en el artículo 6 de la ley n.º 18.308, de 18 de junio del 2008.

¹⁴⁶ BACELLAR FILHO, o. cit., pp. 13 ss.; P. H. RIBAS, "O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais", en BACELLAR FILHO y BLANCHET (coords.), o. cit., pp. 93 ss.

Se ha advertido que estos en definitiva se encuentran finalizados al mejor desarrollo de la persona humana. Y para lograrlo, poco importa quién ejerce ese cometido. Lo que importa es que se ejerza de la mejor manera posible para la consecución del fin debido. Y para ello, lo mejor es aprovechar las fortalezas del sector público y del privado y que ambos actúen en forma coordinada para el cumplimiento del objetivo y no enfrentados como dos gallos de riña que terminan destruyéndose mutuamente, sin poder así cumplir adecuadamente su tarea.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, edición de Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Trotta, 2006.
- ARAÚJO-JUÁREZ, J., “Régimen jurídico de los servicios económicos de interés general”, en A. ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Thomson y Civitas, t. II, 2003.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de derecho público económico*, Granada, Fundación de Estudios de Regulación y Comares, 3.ª ed. ampliada, 2004.
- BACELLAR FILHO, R. F., “A natureza contractual das concessões e permissões de serviço público no Brasil”, en R. F. BACELLAR FILHO y L. A. BLANCHET (coords.), *Serviços públicos. Estudos dirigidos*, Belo Horizonte, Fórum, 2007.
- BARBÉ PÉREZ, H., *Aspectos administrativos en la reforma constitucional uruguaya*, Montevideo, Centro de Estudiantes de Notariado, 1967.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J., *La desadministración pública*, Madrid, Consell de Mallorca-Marcial Pons, Madrid, 2001.
- BIASCO, E., “Las participaciones estatales en la Constitución uruguaya”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VIII, Montevideo, FCU, 2000.
- BRITO, M. R., *Derecho administrativo. Su permanencia - contemporaneidad - prospectiva*, Montevideo, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2004.
- CAIELLA, P., “Regulación de los servicios públicos y concurrencia”, en *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n.º 12, Belo Horizonte, Editora Forum e Instituto Paranaense de Direito Administrativo, abril-junio del 2003.

- CAJARVILLE PELUFFO, J. P., “Apuntes sobre la noción de ‘servicio público’ en la Constitución uruguaya”, en A. DURÁN MARTÍNEZ (coord.), *Estudios hechos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008.
- *Dictamen publicado en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. X, n.º 59, febrero-marzo de 1994.
- “Empresas privadas con participación del Estado. Significado de la palabra *Estado* en los incisos 3.º y 4.º del artículo 188 de la Constitución”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 26, Montevideo, FCU, 2004.
- “Introducción al procedimiento administrativo uruguayo”, en J. P. CAJARVILLE PELUFFO, *Sobre derecho administrativo*, 2.ª ed. ampliada, t. I, Montevideo, FCU, 2008.
- “Poder Público y participación ciudadana en el Derecho Público uruguayo”, en J. P. CAJARVILLE PELUFFO, *Sobre derecho administrativo*, 2.ª ed. ampliada, t. I, Montevideo, FCU, 2008.
- *Régimen jurídico administrativo de la industria eléctrica*, Montevideo, Acali, 1979.
- CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.
- *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.
- “El futuro de los servicios públicos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2006-III (número especial “Desafíos de la regulación”), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- CASSINELLI MUÑOZ, H., *Derecho público*, Montevideo, FCU, 1999.
- CEA EGAÑA, J. L., “Presente y futuro del Estado social de derecho”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, n.º VII, Montevideo, 2005.
- DELPIAZZO, C. E., *Contratación administrativa*, Montevideo, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 1999.
- *Derecho administrativo uruguayo*, México, UNAM y Porrúa, 2004.
- “Las sociedades de economía mixta en el marco de nuestro derecho público”, en *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*, n.º 2, Montevideo, Acali, 1978.
- DÍEZ-PICAZO, L. M., “La idea de servicios de interés económico general”, en L. COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Eudesa, Iber Caja y Civitas, 2003.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de derecho administrativo*, vol. V, Montevideo, 2007.
- “Competencia de Antel”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. I, Montevideo, 2004.

- “La concesión. Concepto, tipos y perspectivas”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. I, Montevideo, 2004.
- *Contencioso administrativo*, Montevideo, FCU, 2007.
- “Control de las actividades privatizadas”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. I, Montevideo, 2004.
- “Las empresas públicas y las empresas mixtas con capital público ¿pueden someterse a la regulación para la competencia del mismo modo que los operadores privados?”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.
- “En torno al neoconstitucionalismo”, en prensa.
- “La expropiación en el Uruguay desde la perspectiva del Estado social y democrático de derecho”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.
- “Importancia política de la defensa nacional y las Fuerzas Armadas”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.
- “Monopolios estatales y derecho de la competencia”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. I, Montevideo, 2004.
- “Naturaleza jurídica de Conaprole”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Casos de derecho administrativo*, vol. III, Montevideo, 2003.
- “Novedades en materia de contratación administrativa en la ley n.º 18.172, de 31 de agosto de 2007”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.
- “Nuevo servicio descentralizado: Correos”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, Montevideo, 1999.
- “Otra vez sobre la inexistente presunción de ilegitimidad del acto administrativo”, en *La Justicia Uruguaya*, t. 139, p. D.54, 2009.
- “Papel del Estado en el siglo XXI. Prestación de servicios públicos, explotación de actividades económicas y actividad regulatoria”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.
- “Prestación de servicios portuarios”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, Montevideo, 1999.
- “Principio de eficacia y estado subsidiario”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.
- “Procesos de privatización”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, Montevideo, 1999.

- “Tamaño del Estado y privatizaciones”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, Montevideo, 1999.
 - “Transformaciones del sector público”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, Montevideo, 1999.
 - “¿Se puede limitar derechos humanos por actos administrativos dictados por órganos reguladores de la actividad privada? Especial referencia a las unidades de regulación creadas en Uruguay”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. I, Montevideo, 2004.
 - “Segmentos del sector eléctrico: ¿servicio público?, ¿libre competencia?”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, Montevideo, 1999.
 - “Los servicios públicos y los derechos de los usuarios. Tendencias actuales en el Uruguay”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.
- ECHEVARRÍA PETIT, J. L., “Participación conjunta del sector público y del sector privado en proyectos de infraestructura en la experiencia canadiense”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, año II, n.º 3, 2003.
- EZQUERRA HUERVA, A., “El fenómeno de la liberalización de servicios públicos en España: el tránsito de un concepto subjetivo a un concepto objetivo de Servicio Público”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 29, Montevideo, FCU, 2006.
- FEO LA CRUZ, M. “La participación de la sociedad civil en el proceso de gestión pública. Retos y desafíos”, en A. ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Thomson y Civitas, t. I, 2003.
- FERNÁNDEZ FORMIGO, G., *Estudio sobre el fideicomiso*, Montevideo, FCU, 2008.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.
- FERREIRA MOTTA, P. R., *Agencias reguladoras*, San Pablo, Marrale, 2003.
- FERRÉS RUBIO, R., *Autoridades reguladoras independientes. En el marco de la liberalización de los servicios públicos*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2005.
- “Hacia un nuevo concepto de servicio público: liberalización y competencia”, en A. DURÁN MARTÍNEZ (coord.), *Estudios hechos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008.
- FRUGONE SCHIAVONE, H., “Enfoque de derecho administrativo sobre la desregulación y la privatización”, en *Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización*, Montevideo, FCU, 1991.

- GORDILLO, A., “La seguridad jurídica y la emergencia”, en A. DURÁN MARTÍNEZ (coord.), *Estudios hechos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008.
- GRÁNDEZ CASTRO, P. P., “Presentación”, en L. PRIETO SANCHÍS, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002.
- GUARIGLIA, C. E., *Misión y visión del Estado contemporáneo. El reto de la responsabilidad*. Montevideo, Polo, 2003.
- GUASTINI, R. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, México, UNAM y Trotta, 2006.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., “La nacionalización de las actividades, los servicios y las empresas en Venezuela”, en A. DURÁN MARTÍNEZ (coord.), *Estudios hechos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008.
- ILDARRAZ, B., A. R. ZARZA MENSAQUE y C. M. VIALE, *Derecho constitucional y administrativo*, Córdoba, Eudecor, 2001.
- IRIBARREN, J., y J. L. GUTIÉRREZ GARCÍA, *Once grandes mensajes*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 15.ª ed., 1993.
- KORZENIAK, J. *Primer curso de derecho público. Derecho constitucional*, Montevideo, FCU, 2001.
- LABAURE ALISERIS, C., *Estudios sobre la reforma del Estado*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2002.
- MARTÍN REBOLLO, L., “Sociedad, economía y Estado. (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)”, en L. COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Eudesa, Iber Caja y Civitas, 2003.
- MÉNDEZ, A., “La descentralización. Concepto y caracteres”, en *Estudios de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, Universidad de la República, 1979.
- MUÑOZ, G. A., “Reflexiones en torno a la reforma del Estado”, en G. A. MUÑOZ y C. M. GRECO, *Fragments y testimonios del derecho administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- MUÑOZ MACHADO, S., “La constitución del Mercado Único Europeo de 1992 y los procesos de desregulación de la economía”, en *Primer seminario internacional sobre aspectos legales de la privatización y de la desregulación*, 9-11 de agosto de 1989, Suplemento de Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1990.

- PARADA, R., “Los servicios públicos en España”, en A. ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Thomson y Civitas, t. II, 2003.
- PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, Montevideo, Librería Editorial Arquidiocesana, 2005.
- PRAT, J. A. *Los entes autónomos en la descentralización funcional uruguaya*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1971.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002.
- RISSO FERRAND, M., *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo, FCU, 2008.
- “La participación estatal en empresas privadas en la Constitución uruguaya”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 26, Montevideo, FCU, 2004.
- RODRÍGUEZ, C., “Los principios generales que rigen la nueva ley de promoción y defensa de la competencia”, en S. PEREIRA CAMPOS, D. RUEDA CRAMER y otros, *Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo*, Montevideo, FCU, 2008.
- ROTONDO TORNARÍA, F., *Manual de derecho administrativo*, Montevideo, Ediciones Del Foro, 2000.
- ROTONDO TORNARÍA, F., y R. FLORES DAPKEVICIUS, *Novedades recientes en el derecho público. Comentarios de las leyes de Presupuesto y del Consejo de Economía Nacional*, Montevideo, FCU, 2006.
- RUOCCO, G., “Monopolios y exclusividades en la contratación actual”, en *La contratación administrativa en Uruguay y Argentina frente al Mercosur*, Montevideo, Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, 1993.
- “Sociedades de economía mixta de derecho privado. Artículo 188 de la Constitución: Incisos 3 y 4”, en *Liber amicorum discipulorumque José Aníbal Cagnoni*, Montevideo, FCU, 2005.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., “Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso”, en A. ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Thomson y Civitas, t. II, Madrid, 2003.
- SARMIENTO GARCÍA, J. H., “Servicios públicos y prudencia gubernativa”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2006-III (número especial “Desafíos de la regulación”), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

- SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública y Marcial Pons, 2003.
- VAN ROMPAEY, L., “El rol del juez en la sociedad moderna”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 34, Montevideo, FCU, 2008.
- VÁZQUEZ, C., *Modalidades de ejecución de la obra pública*, Montevideo, Universidad de la República, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, y Editorial Universidad, 1992.
- VÁZQUEZ PEDROUZO, M. C., *Marco regulatorio del sector eléctrico en Uruguay*, Montevideo, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2005.
- ZANELLA DI PIETRO, M. S., *Parcerias na administração pública*, 5.ª ed., San Pablo, Atlas, 2006.