

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 9	n. 35	p. 1-240	jan./mar. 2009
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

## A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO  
ROMEU FELIPE  
**BACELLAR**

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.  
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
Internet: [www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)  
e-mail: [editoraforum@editoraforum.com.br](mailto:editoraforum@editoraforum.com.br)

Editor administrativo: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa  
Revisora: Lourdes Nascimento  
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta  
Bibliotecária: Fernanda de Paula Moreira – CRB 2629 – 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.  
Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo o Território Nacional

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.  
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela  
Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com foco na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (*sistema double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

### **Direção-geral**

Romeu Felipe Bacellar Filho

### **Editor Acadêmico Responsável**

Emerson Gabardo

### **Conselho Diretivo**

Paulo Roberto Ferreira Motta (Presidente)

Adriana da Costa Ricardo Schier

Edgar Chiuratto Guimarães

Célio Heitor Guimarães

### **Conselho Editorial**

Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)

Alice Gonzales Borges (UFBA)

Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)

Carlos Ayres Britto (UFSE)

Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)

Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)

Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)

Clémerson Merlin Clève (UFPR)

Clovis Beznos (PUC/SP)

Enrique Silva Cimma (Universidade do Chile)

Eros Roberto Grau (USP)

Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)

Jaime Rodríguez-Arana-Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)

Jorge Luís Salomoni (in memoriam)

José Carlos Abraão (UEL)

José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)

José Luís Said (UBA – Argentina)

José Mario Serrate Paz (Universidad de La República – Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Universidad de la República – Uruguai)

Juarez Freitas (UFRGS)

Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)

Lúcia Valle Figueiredo (PUC/SP)

Luis Enrique Chase Plate (Universidade Nacional do Paraguai)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)

Marçal Justen Filho (UFPR)

Marcelo Figueiredo (PUC/SP)

Márcio Cammarosano (PUC/SP)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)

Nelson Figueiredo (UFG)

Odilon Borges Junior (UFES)

Pascual Caiella (UBA – Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)

Paulo Henrique Blasi (UFSC)

Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)

Rogério Gesta Leal (UNISC)

Rolando Pantoja Bauzá (Universidade Nacional do Chile)

Sérgio Ferraz (PUC/RJ)

Valmir Pontes Filho (UFCE)

Weida Zancaner (PUC/SP)

Yara Stropa (PUC/SP)

### **Conselho Consultivo**

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (IDAG - GO)

Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)

Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)

Prof. Dr. Isaac Dumpski (Universidad de Buenos Aires - Argentina)

Prof. Dr. José Luiz Pernas (Universidad de La Coruña - Espanha)

Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (IDRFB - PR)

Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)

Profa. Dra. Cristiana Fortini (UNIPAC - MG)

Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)

Profa. Dra. Tayana Scheila Friedrich (UFPR - PR)

Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

# La responsabilidad estatal ante la huida del Derecho administrativo

---

**Carlos E. Delpiazzo**

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Derecho Administrativo, Profesor de Informática Jurídica, y Director del Instituto de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Profesor de Derecho Administrativo, Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico (PMDAE), y Profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Fue Director de la Asesoría Jurídica y de la Unidad de Informática Jurídica de la Contaduría General de la Nación, Director General del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, Subsecretario de Defensa Nacional, Ministro de Salud Pública e interino de Economía y Finanzas, y Senador.

**Resumo:** Esse artigo trata da responsabilidade estatal diante da fuga do direito administrativo. Inicialmente analisa-se a questão da responsabilidade como princípio geral de direito. Em seguida é delimitada a extensão da responsabilidade estatal. Abordam-se as características do fenômeno da fuga do direito administrativo, bem como as privatizações e terceirizações que envolvem os setores públicos e privados. Pautam-se alguns aspectos a respeito da responsabilidade e das concessões administrativas. O princípio da responsabilidade é relacionado com o princípio da legalidade. Trata-se da extensão do direito administrativo, e da fuga do direito administrativo diante das terceirizações. Aborda-se a técnica do desmascaramento que a jurisprudência tem aplicado a fim de diminuir a diferença entre a verdade material e a verdade formal. Por fim, conclui-se que independentemente do objetivo perseguido pela Administração, tem que ser respeitada a dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Responsabilidade estatal. Fuga do Direito Administrativo. Princípio Geral de Direito. Privatizações. Terceirizações. Concessões administrativas. Princípio da legalidade.

**Sumario:** I Punto de partida - 1 Reafirmación de la responsabilidad como principio - 2 Amplitud - II Desafíos de la huida del derecho administrativo - 1 Características del fenómeno - 2 Manifestaciones organizativas - III Extensión de la responsabilidad estatal - 1 Comunicabilidad de la responsabilidad frente a la huida por concesiones - 2 Comunicabilidad de la responsabilidad frente a la huida por tercerizaciones - IV Medios para hacer efectiva la responsabilidad estatal - 1 Principios aplicables - 2 Solución positiva: tránsito de la contratación administrativa a la contratación pública - 3 Solución jurisprudencial: levantamiento del velo - V Conclusion

## I Punto de partida

Para examinar la cuestión de la responsabilidad del Estado frente a los desafíos que plantea el escenario de la huída del Derecho Administrativo que viven muchos de nuestros países, el punto de partida no puede ser otro que la constatación de que “la responsabilidad hace al ser de los entes públicos estatales y, con ello, a su razón de ser”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> BRITO, Mariano R. “Responsabilidad extracontractual del Estado administrativa, legislativa y jurisdiccional”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real” (F.C.U., Montevideo, 1996), p. 130.

## 1 Reafirmación de la responsabilidad como principio

Siendo así, se impone reafirmar que la responsabilidad ética como principio general de Derecho está impuesta por el hecho de que el Estado y todos sus órganos, funciones, cometidos y medios (materiales y humanos) están al servicio de la persona humana y sus derechos fundamentales, teniendo por finalidad la consecución del bien común. En consecuencia, cualquier ámbito de irresponsabilidad, por más pequeño y excepcional que sea, violenta el Estado de Derecho, implica una desigualdad y genera un agravio, que debe siempre ser reparado total e integralmente. Todo daño, cualquiera sea el órgano estatal que lo haya provocado, significa un detrimento de la esfera jurídica de alguien, es decir, un menoscabo de lo que le pertenece, una lesión en lo suyo, que debe ser reparada a quien la ha sufrido por aquel que la ha causado.<sup>2</sup>

En orden a la caracterización de los principios generales de Derecho, aunque pueda parecer una simplificación o un juego de palabras, antes de ahora he propuesto hacer coincidir la definición de los mismos con su designación, a través de las tres palabras que componen su nombre.<sup>3</sup>

En primer lugar, *son principios* por cuanto constituyen los soportes primarios estructurales del sistema jurídico todo, al que prestan su contenido. Ello es así porque “en todo sistema jurídico hay cantidad de reglas de gran generalidad, verdaderamente fundamentales, en el sentido de que a ellas pueden vincularse, de un modo directo o indirecto, una serie de soluciones expresas del Derecho positivo a la vez que pueden resolverse, mediante su aplicación, casos no previstos, que dichas normas regulan implícitamente”.<sup>4</sup>

La propia designación de “principios” alude a lo primero, o sea, lo que antecede plenamente a cuanto le sigue. Por eso, “Háblase de principios habitualmente para referirse a aquellos primeros criterios o fundamentos que expresan el asiento — piedras sillares — de un ordenamiento (jurídico, en la especie que nos ocupa). Criterios de verdad que se procura

<sup>2</sup> DELPIAZZO, Carlos E. “Responsabilidad de la Administración en Uruguay”, en Rev. Iberoamericana de Administración Pública (INAP, Madrid, 2003), n. 10, p. 31 ss.; “Enfoque actual de la responsabilidad administrativa”, en Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz (UNAM, México, 2005), volumen sobre Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos, p. 227 ss.; y “Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva”, en Estudios Jurídicos en homenaje a Mariano R. Brito (F.C.U., Montevideo, 2008), p. 972 ss.

<sup>3</sup> DELPIAZZO, Carlos E. “Derecho Administrativo Uruguayo” (UNAM - Porrúa, México, 2005), p. 12 y 13.

<sup>4</sup> REAL, Alberto Ramón. “Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya” (Montevideo, 1965), p. 16, y en A.A.V.V. “Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado” (F.C.U., Montevideo, 2001), p. 87 ss.

hallar. Su noción de base alude entonces, a un sentido no sólo ontológico sino también lógico, en cuanto atendemos con ellos a unos soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento jurídico, al que prestan todo su sentido”.<sup>5</sup>

En efecto, “Cuando se habla de principio, lo primero que viene a la mente es la idea de inicio, de comienzo, de lo que se parte, y que se refiere a una acción, a una actividad, a un procedimiento o iter o camino, que se desarrolla y lleva a un término, a un fin. La idea de principio lleva en sí la de aquello que origina, que es origen o fuente de algo”.<sup>6</sup>

En segundo lugar, *son reglas de carácter general* porque trascienden un precepto concreto y no se confunden con apreciaciones singulares o particulares.

En rigor, lo general se opone a lo particular, de modo que no equivale a vaguedad sino que resulta abarcativo en su supuesto de la categoría o clase de sujetos abstractamente comprendidos sin individualizarlos. Es más: en la medida que refieren a las verdades supremas del Derecho, resultan virtualmente comunes a todos los sistemas ya que la afirmación de que los principios generales son válidos solamente para un sistema, es una contradicción con su “ratio juris” de carácter universal que, desde los romanos, ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica.<sup>7</sup>

En tercer lugar, los principios generales *son de Derecho* ya que se trata de fórmulas técnicas del mundo jurídico y no de simples criterios morales, buenas intenciones o vagas directivas. A pesar de que no se presentan habitualmente con la estructura típica de una regla de Derecho, ninguna duda puede existir acerca de que revisten el carácter de tal.<sup>8</sup>

Siendo así, constituyen fuente directa y principal de Derecho porque “sería ontológicamente absurdo y lógicamente contradictorio que siendo principios generales sólo se apliquen si no hay texto, sino que los textos deben estar de acuerdo a los principios y los principios de acuerdo a la naturaleza de las cosas”.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> BRITO, Mariano R. “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” (U.M., Montevideo, 2004), p. 37 ss.

<sup>6</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. “Derecho Administrativo” (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996), t. II, p. 20.

<sup>7</sup> DEL VECCIO, Giorgio. “Los principios generales del Derecho” (Bosch, Barcelona, 1979), p. 49.

<sup>8</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. “Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), p. 173 ss., y en A.A.V.V. “Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado” cit., p. 137 ss.

<sup>9</sup> BARBE PEREZ, Héctor. “Los principios generales de Derecho como fuente de Derecho administrativo en el Derecho positivo uruguayo”, en Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga (Montevideo, 1958), p. 37 ss., y en A.A.V.V. “Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado” cit., p. 19 ss.

Por eso, *con carácter general*, si en todos los campos del Derecho la importancia de los principios generales de Derecho es cardinal, ello es especialmente cierto en el ámbito del Derecho administrativo, donde sólo un esqueleto firme de principios permite orientarse en medio de innumerables normas sometidas a un proceso de cambio incesante. Además, son los principios generales de Derecho el principal antídoto frente a la normación burocrática y son también la garantía de permanencia frente a las modas que ocasionalmente se suscitan al influjo de ideologías o tendencias políticas de momento.<sup>10</sup>

*Específicamente*, la obligación de responder (en el más amplio sentido) es un principio general de Derecho — regla de Derecho que hace parte del haz de la juridicidad constitutivo del bloque de la legalidad — conforme al cual todo órgano del Estado debe restituir lo suyo a cada quien cuando le ocasione un daño que la víctima no estaba obligada a soportar y que, por ende, no sólo le ocasiona un menoscabo sino que implica una desigualdad ante las cargas públicas.

## 2 Amplitud

Con base en la afirmación de la responsabilidad estatal como principio general de Derecho, es misión del Derecho Administrativo bregar para hacer verdad la responsabilidad ética en todos los planos ya que, como enseña Eduardo Soto Kloss,<sup>11</sup> lo he destacado antes<sup>12</sup> y lo recalca Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>13</sup> *quien dice Derecho, dice responsabilidad*.

En su mérito, no pueden existir sujetos irresponsables ni reductos de irresponsabilidad, de modo que *el Estado debe responder siempre*, cualquiera sea la función jurídica de que se trate, la causa motivante, la índole de la actividad y el tipo de intervención de que se trate.<sup>14</sup>

En primer lugar, la generalidad de la responsabilidad del Estado conduce a afirmar que el mismo debe responder *por todas sus funciones*,

<sup>10</sup> DELPIAZZO, Carlos E. "Eficacia aplicativa de los principios generales de Derecho en la contratación administrativa", en Anuario de Derecho Administrativo, t. XIII, p. 65 ss.

<sup>11</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. "Derecho Administrativo" cit., t. II, p. 285 ss.

<sup>12</sup> DELPIAZZO, Carlos E. "La responsabilidad en el Derecho Público uruguayo", en Rev. de Derecho (Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2008), n. 3; "Acerca de la imputación de la responsabilidad del Estado en el Derecho comparado actual", en Suplemento de Derecho Administrativo de Rev. El Derecho (Buenos Aires, 30 marzo 2000), año XXXVIII, n. 9975, p. 17 ss.; y "Responsabilidad del Estado para con los ciudadanos de América Latina", en Rev. de Direito Administrativo e Constitucional (Curitiba, 2007), n. 28.

<sup>13</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. "Curso de Derecho Administrativo" (Porrúa - UNAM, México, 2006), p. 851.

<sup>14</sup> DELPIAZZO, Carlos E. "Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva" cit., p. 974 ss., y "La responsabilidad en el Derecho Público uruguayo" cit.

comprendiendo no sólo la actividad que despliega en ejercicio de la función administrativa sino también la legislativa, la jurisdiccional y la constituyente.

En segundo lugar, el Estado debe responder *por toda causa*, es decir, no únicamente por sus acciones sino también por sus omisiones o inactividad.

En tercer lugar, el Estado es responsable *por su obrar de cualquier naturaleza*, tanto ilícito como también lícito ya que la antijuridicidad no es a su respecto la única fuente de de responsabilidad.

En cuarto lugar, el Estado debe responder *por su actuación directa e indirecta*, o sea, por la propia y por la de los terceros que participan en el desenvolvimiento de sus cometidos.

Este último aspecto — al que ya me he referido antes de ahora —<sup>15</sup> nos pone en el camino de examinar la responsabilidad estatal en los casos de huída del Derecho Administrativo ya que no tendría sentido eximir de responsabilidad al Estado cuando la actividad prestacional que causa el daño ha sido puesta por él en manos del tercero que la ejerce.<sup>16</sup>

## II Desafíos de la huida del derecho administrativo

La realidad que da mérito a este análisis es la que resulta de constatar una penetración del Derecho Administrativo por normas de Derecho privado,<sup>17</sup> fenómeno que procede describir en sus características y en sus manifestaciones organizativas actuales, que son las que plantean los problemas de responsabilidad más interesantes.

### 1 Características del fenómeno

Lo que se ha dado en llamar “huída del Derecho Administrativo” refiere al hecho de que las Administraciones institucionales de nuestros días procuran migrar hacia el Derecho común, lo que concretan de dos maneras: a través de la constitución de estas Administraciones bajo formas organizativas de Derecho privado y mediante el recurso por parte de la Administración pública en su actuación al ordenamiento jurídico privado.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> DELPIAZZO, Carlos E. “Responsabilidades del Estado y de los concesionarios de servicios públicos”, en Anuario de Derecho Administrativo, t. VII, p. 56 y 57.

<sup>16</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. “Curso de Derecho Administrativo” cit., p. 671 ss.

<sup>17</sup> DELPIAZZO, Carlos E. “Actividad administrativa y Derecho privado”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2002), año I, n. 1, p. 25 ss.; y “Pasado, presente y futuro del Derecho Administrativo”, en Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública (Buenos Aires, 2007), año XXIX, n. 348, p. 243 ss.

<sup>18</sup> TRONCOSO REIGADA, Antonio. “Privatización, empresa pública y Constitución” (Marcial Pons, Madrid, 1997), p. 29.

Para justificar tal “huída”, se ha sostenido que la buena marcha de determinadas actividades estatales de carácter económico requiere de unas organizaciones con cierta autonomía, que se rijan por criterios de tipo empresarial y que se responsabilicen directamente de los resultados de su actividad, de modo de neutralizar el sobredimensionamiento de algunas estructuras estatales, el descrédito de lo estatal y su escasa eficacia.

Se trata de un planteo al menos sorprendente<sup>19</sup> ya que lo propio de la actividad pública, regida por el principio de especialidad, no se corresponde con el Derecho regulador de la actividad privada, presidido por el principio de libertad.<sup>20</sup> “Hay que subrayar que es la legalidad — se ha dicho — y no la libertad lo que está en la base misma de la actuación de los poderes públicos, y que ello no es un prurito de los juristas, como alguien podría creer, sino una exigencia indeclinable del principio democrático mismo”.<sup>21</sup>

Es que el Derecho público está lleno de “privilegios en más” pero también de “privilegios en menos”<sup>22</sup> ya que junto a un amplio contenido de régimen exorbitante — plasmado en prerrogativas de la Administración, tales como la presunción de legitimidad de los actos administrativos, la ejecutoriedad, la actuación coactiva, el régimen procesal privilegiado, y la inembargabilidad de sus bienes — impone a la Administración restricciones en su obrar a través de una actuación formalizada y uniformizada, sometida a controles y publicidad, con fines de garantía que no justifican su avasallamiento en aras de la sola eficiencia.<sup>23</sup>

En rigor, como gráficamente se ha expresado, “Con la apasionada fuga del Derecho Administrativo los prebendados del poder persiguen el mejor y más fácil logro de sus intereses, para lo cual tratan de huir de los procedimientos administrativos de control del gasto, de selección de contratistas y funcionarios y de la fiscalización judicial en un manifiesto retroceso del logro histórico de control judicial pleno de los actos de la

<sup>19</sup> MUÑOZ, Guillermo Andrés. “Derecho público y Derecho privado en la organización de la Administración”, en MUÑOZ, Guillermo Andrés; GRECCO, Carlos Manuel. “Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo” (Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999), p. 459.

<sup>20</sup> DELPIAZZO, Carlos E. “Los derechos fundamentales y la libertad económica”, en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (FUNEDA, Caracas, 2004), p. 66 y 67.

<sup>21</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo” (Civitas, Madrid, 2004), t. I, 12. ed., p. 410 y 411.

<sup>22</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano et al. “Manual de Derecho Administrativo” (Ariel, Barcelona, 1996), v. I, 4. ed., p. 341 ss.

<sup>23</sup> DELPIAZZO, Carlos E. “Actividad administrativa y Derecho privado” cit., p. 26.

Administración, en una loca carrera por echarse en brazos del juez civil o laboral invocando principios de eficacia”.<sup>24</sup>

En efecto, se actúa bajo “el mito de la eficacia como pretexto y la exoneración de controles como objetivo”.<sup>25</sup>

Por eso, bien se ha dicho que “la supuesta huida al Derecho privado no es, en realidad, sino una huida del Derecho”<sup>26</sup> ya que “se trata de escapar de todo un ordenamiento, en concreto, huir de la legislación de contratos del Estado, del ordenamiento jurídico en materia de selección, promoción y control del personal, y enajenación de bienes”.<sup>27</sup>

## 2 Manifestaciones organizativas

Como ya he tenido oportunidad de señalarlo, “*privatizar*” es pasar algo del sector público al sector privado. Dicho proceso puede comprender tanto cosas como actividades, puede ser total o parcial, y llegar hasta la adopción de formas institucionales propias del Derecho común.<sup>28</sup>

Precisamente, respecto a este último caso, bajo el rótulo de “*tercerizaciones*”, suelen englobarse los distintos casos en que las Administraciones públicas, especialmente las pertenecientes al denominado dominio industrial y comercial del Estado, que desenvuelven actividades económicas, entregan a entidades privadas la concreta prestación de ciertos cometidos a su cargo.

Si bien la huida del régimen general de la organización administrativa tradicional, que dio origen en su día a la aparición de las empresas públicas, no es un fenómeno novedoso,<sup>29</sup> sí lo es desde el punto de vista institucional la sustitución del viejo modelo de Estado administrativo-burocrático, jerárquico, unitario, centralizado y gestor directo, por un nuevo tipo de Administración en la que una multiplicidad de organizaciones tanto gubernamentales como privadas y lo que se ha dado en llamar el

<sup>24</sup> ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. “Derecho Administrativo y globalización” (Civitas, Madrid, 2004), p. 192 y 193.

<sup>25</sup> MARTIN RETORTILLO, Sebastián. “Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo”, en Rev. de Administración Pública (Madrid, 1996), n. 140, p. 36.

<sup>26</sup> SALA ARQUER, José Manuel. “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, en Rev. Española de Derecho Administrativo (Civitas, Madrid, 1992), n. 75, p. 399.

<sup>27</sup> VILLAR PALASÍ, José Luis. “Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones públicas”, en A.A.V.V. “Administración instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo” (Civitas, Madrid, 1994), t. I, p. 164 y 165.

<sup>28</sup> BRITO, Mariano R.; DELPIAZZO, Carlos E. “Derecho Administrativo de la Regulación Económica” (U.M., Montevideo, 1998), p. 35.

<sup>29</sup> BREWER CARIAS, Allan R. “Derecho Administrativo” (Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005), t. I, p. 219 ss.

“tercer sector” (público-privado) asumen la gestión de servicios con financiación y control del Estado.<sup>30</sup>

En ese contexto, han proliferado las sociedades de economía mixta<sup>31</sup> y las “pseudo” figuras asociativas, constituidas por entidades estatales para el desarrollo de actividades propias o conexas, en las que se advierte la “*instrumentalización*” de la personería jurídica.

En efecto, “asistimos en los últimos años a un fenómeno de creación de entes instrumentales encargados de la gestión de amplios sectores de la actividad de la Administración que prescinden en su actuación de normas del Derecho Administrativo. Esta llamada huida del Derecho Administrativo ha supuesto la utilización instrumental del Derecho privado en las relaciones de tales entes con terceros e, incluso, en su propia organización y estructura. En síntesis, con invocación del principio constitucional de eficacia se trata de excluir los procedimientos de control del gasto y de la selección de contratistas y de funcionarios. Si bien debe tenerse en cuenta que la noción de eficacia no es la misma cuando se trata de la gestión pública que cuando se trata de actividad privada. La Administración no es una mera organización lucrativa como son las organizaciones empresariales privadas”.<sup>32</sup>

En dicho marco, son conocidos como entes instrumentales de la Administración aquellas personas jurídicas constituidas o creadas por una Administración pública, dotadas de personalidad jurídica propia, y a las que se encomienda la gestión de alguna o algunas de las competencias de titularidades del ente matriz”.<sup>33</sup>

Así, suele hablarse de “Administración instrumental” para referirse al “conjunto de personas jurídicas que una Administración Pública como competencias propias crea, para la mejor consecución de sus fines y sobre la que ejerce una posición superior de dependencia”.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica”, en Rev. Información Comercial Española (Madrid, 1998), n. 772, p. 20.

<sup>31</sup> DELPIAZZO, Carlos E. “Las sociedades de economía mixta en el marco de nuestro Derecho público”, en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos, año II, n. 2, p. 17 ss.; “Manual de Contratación Administrativa” (Montevideo, 1993), t. II, p. 153 y ss.; y “Contratación Administrativa” (U.M., Montevideo, 1999, reedición 2004), p. 495 ss.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael. “Régimen de contratación de la administración instrumental”, en A.A.V.V. “La Administración Instrumental. VIII Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía” (Sevilla, 2005), p. 123 y 124.

<sup>33</sup> BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel. “La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz” en Rev. de Estudios de la Administración Local y Autonómica (Madrid, 2006), n. 300/301, p. 565.

<sup>34</sup> ORTIZ MALLOL, José. “La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas”, en A.A.V.V. “La Administración Instrumental. VIII Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía” (Sevilla, 2005), p. 192.

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

- a) la personalidad jurídica propia de los entes instrumentales; y
- b) su relación de instrumentalidad o dependencia con la Administración que los crea y a cuyos fines sirven.

Por lo que refiere al *primer aspecto*, la “nota común en todos estos casos es que la instrumentalización se consigue a través de la fórmula de la concesión de personalidad jurídica”.<sup>35</sup> La personalidad jurídica distinta formalmente de la del Estado ha sido el eje sobre el que ha girado la construcción de los entes instrumentales<sup>36</sup> y constituye, por ende, el criterio básico para identificar la naturaleza de esa variedad de entes.<sup>37</sup>

Precisamente, “es la utilización del concepto de persona jurídica lo que permite a estos organismos y, paradójicamente, al propio Estado, puesto que estos organismos son parte constitutiva del Estado, huir del Derecho Administrativo del Estado”.<sup>38</sup>

En cuanto al *segundo aspecto*, los entes instrumentales se caracterizan por servir a una Administración Pública que, en ejercicio de sus potestades de autoorganización, los crea para que cumplan con un fin o servicio propio de ésta, sometidos a su dirección y control.

Por ende, se trata de diferentes personas jurídicas, pero que sirven instrumentalmente a un mismo interés, que no puede ser otro que el interés general de la Administración.<sup>39</sup> La personalidad jurídica de los entes instrumentales los convierte en centros de imputación de situaciones y relaciones jurídicas, pero esto no evita que el ente y el órgano estatal del cual depende constituyan un “complejo orgánico unitario”. La relación de dependencia con respecto al órgano estatal es entonces, y precisamente por esto, muy estrecha, siendo lógico que la Administración matriz disponga de especiales poderes para intervenir en su constitución y funcionamiento.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. “Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas”, en A.A.V.V. “Administración Instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo” (Civitas, Madrid, 1994), t. I, p. 29.

<sup>36</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio. “La huida del Derecho administrativo, la personalidad jurídicas de las administraciones públicas y el principio de eficacia. Reflexiones” en A.A.V.V. “Administración Instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo” (Civitas, Madrid, 1994), t. II, p. 1006.

<sup>37</sup> MEILAN GIL, José Luis. “La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica”, en A.A.V.V. “Administración Instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo” (Civitas, Madrid, 1994), t. II, p. 975.

<sup>38</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. “Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas” cit., p. 39.

<sup>39</sup> MEILAN GIL, José Luis. “La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica” cit., p. 988.

<sup>40</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. “Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas” cit., p. 31.

Como bien se ha dicho, “Se trata, en definitiva, de la existencia de una relación de dependencia permanente entre los entes instrumentales y aquellos que los han creado, relación que se denomina como de instrumentalidad”.<sup>41</sup>

Más aún: lo ordinario es trascender de la pura formalidad en la búsqueda del verdadero poder público actuante, siendo procedente hablar de la “*comunicabilidad*” entre ambas organizaciones: la superior (la Administración pública) que incluye como parte autónoma la inferior (el ente instrumental). Entre la Administración matriz y la entidad instrumental existe, pues, una relación que viene a constituir la segunda de las notas que caracterizan la relación de instrumentalidad: “la unidad organizativa que componen el ente matriz y el instrumental”.<sup>42</sup>

Por ende, tanto pueden ser personas jurídicas públicas como privadas, y tanto pueden ser sociedades como no serlo. “De lo único que se puede estar seguro es, precisamente, de que son estatales. Es decir, ésta es su única realidad por encima de todos los camuflajes y formalismos”.<sup>43</sup>

Al respecto, antes de ahora, partiendo de que la distinción entre personas estatales y no estatales está dada por su pertenencia o no a la organización jurídica de la colectividad (o sea, al Estado en sentido amplio por oposición al Estado en sentido estricto, entendido como persona pública mayor),<sup>44</sup> he sostenido que la estatalidad de las empresas reguladas por el Derecho privado pero en las que participa alguna entidad estatal, está dada precisamente por esa pertenencia — total o parcial, cualquiera sea su proporción — a la colectividad organizada.<sup>45</sup> Por lo tanto, si bien se coincide en que el carácter estatal o no estatal viene dado por el capital o patrimonio, no se comparte la apreciación de que la persona jurídica privada será estatal sólo cuando su patrimonio pertenezca mayoritaria o íntegramente a una entidad estatal, en tanto que no lo será cuando esa participación sea minoritaria<sup>46</sup> ya que la sola presencia del Estado (en sentido

<sup>41</sup> FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael. “Régimen de contratación de la administración instrumental” cit., p. 120.

<sup>42</sup> ORTIZ MALLOL, José. “La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas” cit., p. 198 y 199.

<sup>43</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio. “La huída del Derecho administrativo, la personalidad jurídicas de las administraciones públicas y el principio de eficacia. Reflexiones” cit., p. 1009.

<sup>44</sup> DELPIAZZO, Carlos E. “Derecho Administrativo Uruguayo” (Porrúa - UNAM, México, 2005), p. 123 ss., y “Derecho Administrativo Especial” (A.M.F., Montevideo, 2007), v. 1, p. 153 ss.

<sup>45</sup> DELPIAZZO, Carlos E. “Actividad empresarial del Estado” en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Montevideo, 1999), t. VII, n. 39, p. 229; y BRITO, Mariano R.; DELPIAZZO, Carlos E. “Derecho Administrativo de la Regulación Económica” cit., p. 60.

<sup>46</sup> DROMI, José Roberto. “Derecho Administrativo Económico” (Astrea, Buenos Aires, 1977), t. I, p. 36 y 37.

amplio) califica en todos los casos a la institución de que se trate, cualquiera sea el quantum de su aporte.

Los problemas jurídicos derivados de la generación de entidades de Derecho privado para vehiculizar un cambio de régimen de las actividades asignadas a Administraciones públicas son múltiples y diversos, destacándose la inviabilidad de interponer recursos administrativos contra sus actos, la inaplicabilidad de las normas relativas a la contratación administrativa y la ausencia de control presupuestal, entre otros.<sup>47</sup>

### III Extensión de la responsabilidad estatal

Frente a la apuntada realidad de acudir a intermediarios preexistentes o creados al efecto con el propósito de soslayar controles y eludir la responsabilidad, la respuesta debida desde el Derecho Administrativo no puede ser otra que la reivindicación de los principios garantistas que sustentan el Estado de Derecho del siglo XXI.

Desde dicha perspectiva, se ha postulado la “*comunicabilidad*” de la responsabilidad, de modo que el ciudadano lesionado por un ente instrumental no se vea privado de la justa reparación por parte de la Administración que es titular del servicio de que se trate.<sup>48</sup>

#### 1 Comunicabilidad de la responsabilidad frente a la huida por concesiones

En materia de concesiones, ya he sostenido antes de ahora que el servicio concedido sigue siendo de la Administración concedente, por lo que ésta “no puede desinteresarse de él en tanto éste sigue siendo un cometido de ella”.<sup>49</sup> Esto es así porque las actividades cuya ejecución la ley autoriza a la Administración a contratar con particulares, siguen siendo actividades del Estado; lo que cambia es el medio a través del cual se ejecutan, pero siguen siendo cometidos estatales.<sup>50</sup>

En efecto, la transferencia de la prestación de un cometido estatal a uno o más particulares, genera un entramado de relaciones jurídicas

<sup>47</sup> ECHEVARRIA PETIT, José Luis. “Actuación del Estado a través de personas de Derecho privado: la huida del Derecho público”, en *Rev. de Derecho y Tribunales* (Montevideo, 2007), n. 5, p. 121 ss.

<sup>48</sup> BALLESTEROS FERNANDEZ, Angel. “La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz” cit., p. 570 ss.

<sup>49</sup> DELPIAZZO, Carlos E. “Manual de Contratación Administrativa” cit., t. II, p. 88; y “Contratación Administrativa” cit., p. 404.

<sup>50</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. “Sobre reforma del Estado y Derecho Administrativo” (Edit. Universidad, Montevideo, 1996), p. 18.

diversas, propias de lo que se ha llamado el “triángulo Administración — gestor — usuario”.<sup>51</sup> Cuando esa transferencia refiere a la ejecución del cometido y no a su titularidad — fenómeno que ha sido designado como “delegación transestructural de cometidos”—<sup>52</sup> cabe examinar por separado, por sus proyecciones sobre las responsabilidades involucradas, las que se traban entre el prestatario del cometido y los terceros (especialmente los usuarios del mismo), entre la Administración concedente y dicho prestatario, y entre los particulares y la Administración titular del cometido de que se trate.

Este tercer tipo de relaciones enfrenta a la cuestión de si la Administración puede ser llamada a responsabilidad por los particulares en virtud del daño ocasionado por el concesionario del servicio público o prestatario del servicio de que se trate.

Sobre el particular, nuestra doctrina administrativista tradicional afirmó que la responsabilidad de la Administración no se extiende a los actos o los hechos de los concesionarios de servicios públicos o de sus empleados porque, si bien el Estado ejerce sobre los concesionarios poderes de vigilancia y contralor, no tiene ni la gestión ni la dirección del servicio, a lo sumo determina con carácter general, lo que no presupone dirección, las reglas de actuación a que deberá ajustarse el mismo.<sup>53</sup>

Sin embargo, a la luz de los modernos procesos de transferencia a particulares de actividades propias de las entidades estatales, es razonable pensar que “va a poder sostenerse con buen fundamento que el Estado también será responsable de los daños que se causan en la ejecución de esos servicios que no están confiados a su gestión pero sí bajo su dirección”<sup>54</sup> ya que el art. 24 de la Constitución proclama que todas las entidades y órganos estatales “serán civilmente responsables del daño causado a terceros en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección”.

Analizando esta disposición, el máximo comentarista de nuestra Carta afirmaba décadas atrás que la misma “trata de los daños que se causen a terceros en la ejecución de los servicios públicos confiados a la gestión o

<sup>51</sup> DE LA CUETARA, Juan Miguel. “Tres postulados para el nuevo marco jurídico de los servicios públicos”, en A.A.V.V. “El nuevo servicio público” (Marcial Pons, Madrid, 1997), p. 134.

<sup>52</sup> BARRA, Rodolfo Carlos. “Principios de Derecho Administrativo” (Abaco, Buenos Aires, 1980), p. 246 ss.; y “La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización”, en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 1991), año 3, n. 6, p. 31 ss.

<sup>53</sup> SAYAGUES LASO, Enrique. “Tratado de Derecho Administrativo” (Montevideo, 1963), t. I, p. 660; y MARTINS, Daniel Hugo. “La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya”, en Rev. de Derecho Público y Privado, t. 30, p. 282.

<sup>54</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. “Sobre reforma del Estado y Derecho Administrativo” cit., p. 22.

dirección de las personas públicas. Este distingo entre gestión o dirección de las personas públicas, podría también hacer suponer que el caso del daño causado por empresas concesionarias o por empleados de empresas concesionarias está comprendido en el régimen de responsabilidad”.<sup>55</sup>

Lo antedicho resulta corroborado si se subraya el rol de la Administración concedente como garante del servicio de que se trate,<sup>56</sup> en cuyo caso su consecuente responsabilidad es inexcusable. Carecería de sentido que la Administración respondiese de su propia actividad cuando la realiza directamente y, en cambio, no lo hiciere cuando actúa a través de un concesionario.<sup>57</sup>

## 2 Comunicabilidad de la responsabilidad frente a la huida por tercerizaciones

Cuando la Administración se vale de un sujeto instrumental, el razonamiento no puede ser distinto. No es posible concluir que la Administración puede irresponsabilizarse a sí misma mediante el cómodo arbitrio de acudir a colaboradores o sustitutos, ya que nadie — tampoco la Administración — puede conseguir eludir la responsabilidad que le incumbe o desprenderse de la responsabilidad que se deriva de sus propios actos u omisiones.<sup>58</sup>

En particular, las dos notas típicas de los entes instrumentales antes referidas — personificación e instrumentalidad — abonan dicha solución de principio, determinando la “comunicabilidad” de la responsabilidad.

En cuanto al *primer aspecto*, parece evidente que el aprovechamiento de la personalidad jurídica propia del ente instrumental no puede liberar a la Administración matriz de su calidad de responsable por el buen desempeño de los cometidos que le han sido confiados, lo que abona tal comunicabilidad.

Así lo ha entendido, por ejemplo, el Tribunal Supremo Español, afirmando con acierto que “el instrumento en que consiste la personificación jurídica puede resultar adecuado como método de organización

<sup>55</sup> JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino. “La Constitución del Uruguay de 1952” (C.E.D., Montevideo, 1966), t. II, p. 315.

<sup>56</sup> DE LA CUETARA, Juan Miguel. “Tres postulados para el nuevo marco jurídico de los servicios públicos” cit., p. 158 ss.

<sup>57</sup> MORELL OCAÑA, Luis. “Curso de Derecho Administrativo” (Aranzadi, Pamplona, 1997), t. II, p. 407.

<sup>58</sup> GONZALEZ VARAS IBÁÑEZ, Santiago. “La responsabilidad administrativa en casos de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas”, en Rev. Española de Derecho Administrativo (Civitas, Madrid, 2004), n. 123, p. 410.

para facilitar la eficacia en la actuación de las Administraciones públicas, pero no permite a éstas exonerarse de sus respectivas responsabilidades frente a los particulares cuando las personas jurídicas creadas para atender a un sector de la actividad administrativa correspondiente a la Administración matriz están en relación con ésta o con sus competencias, dependen de ella o se integran en su órbita de actuación”.<sup>59</sup>

Es que cuando se trata de entidades estatales, “la mera utilización instrumental de formas privadas de personificación en absoluto puede justificar la minoración de las garantías del ciudadano”.<sup>60</sup> Justamente es misión del Estado cumplir el rol de garante de los derechos de los ciudadanos, dada su índole de ser para otros.<sup>61</sup> Ese rol servicial está en su propia naturaleza, de la cual no puede abdicar.<sup>62</sup>

Con relación al *segundo aspecto*, la unidad organizativa que componen el ente matriz y el instrumental también determina la necesaria comunicabilidad de la responsabilidad ya que la instrumentalidad no puede conspirar contra el interés general sino que debe servirlo.

“La consecuencia de esta aproximación es la responsabilidad y la posibilidad de principio de control de la actividad de esos entes, salvando el dato formal de la personalidad jurídica, cualquiera que sea el Derecho a que aquélla se someta, porque son Administración que sirve con eficacia los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho, aunque no sea el tradicional Derecho Administrativo. La instrumentalidad comprende también el uso de estatutos que necesitan ser integrados también en el ordenamiento estatal; es la utilidad y la servidumbre de la perspectiva estatutaria de la Administración y de su Derecho”.<sup>63</sup>

Es que la creación de la entidad instrumental obedece solo a la decisión de autoorganización de la Administración pública, que integra en su ser tales competencias, y con ellas, el deber de conseguir la satisfacción del interés general.

Al crear la entidad instrumental, la Administración Pública matriz no se desprende del mandato social — sustanciado en la Constitución —

<sup>59</sup> Así: sentencia del Tribunal Supremo español de 25 de octubre de 1996. En igual sentido: sentencias de 4 de junio de 1992 y de 25 de octubre de 1996.

<sup>60</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo” cit., t. II, 9. ed., p. 391.

<sup>61</sup> BRITO, Mariano R. “Planificación y libertad en el Estado social de Derecho” en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1977), año I, n. 1, p. 35, 40 ss.

<sup>62</sup> BRITO, Mariano R. “Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo” en Rev. La Justicia Uruguaya, t. XC, sección Doctrina, p. 11 ss.

<sup>63</sup> MEILAN GIL, José Luis. “La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica” cit., t. II, p. 988.

que le atribuye el ejercicio de estas competencias y la realización de estos fines. La competencia es irrenunciable, no constituyendo la técnica organizativa de la instrumentalidad una vía apta para desplazar la responsabilidad política y jurídica que recae necesariamente sobre la Administración Pública en cuestión.<sup>64</sup>

Un *tercer aspecto*, conjuntamente con las dos notas características de los entes instrumentales, cabe adicionar para sostener que la comunicabilidad de la responsabilidad desde éstos hacia su entidad matriz deriva de un postulado esencial del Estado de Derecho, como es la garantía institucional de la responsabilidad estatal como regla inherente al principio general de responsabilidad.

Al amparo de la misma, “todos los particulares están garantizados en cuanto sus bienes o derechos puedan sufrir lesiones procedentes de los servicios públicos. Admitir, de plano, una diferenciación de tratamiento, si los servicios se prestan bajo formas jurídicas de Derecho privado, sería equivalente a reconocer la existencia de particulares de primera o de segunda clase, pues las garantías de quienes se sintiesen lesionados por actuaciones de entidades públicas serían, hipotéticamente, mayores”.<sup>65</sup>

Tampoco el principio de eficacia administrativa puede utilizarse para traicionar el principio y las exigencias propias de un Estado de Derecho. Como bien se ha dicho, “Aparte de lo cuestionable que resulta en el plano de nuestro sistema jurídico eliminar la responsabilidad del Estado por los actos de una sociedad mercantil de su propiedad (o que administra), creemos que el Estado, en cuanto asociación perfecta o soberana, no puede guiarse en este aspecto por finalidades propias de quienes privadamente unen sus capitales para la realización de un negocio o negocios mercantiles. El Estado debe procurar siempre — aún a través de estas formas jurídicas privadas — la concreción del bien común y es evidente que éste no resulta compatible con la limitación de la responsabilidad de sus entidades, cualquiera fuere su condición jurídica”.<sup>66</sup>

*En suma*, la conclusión que se impone es que “el ciudadano que se relaciona con la Administración y sufre una lesión, no puede ver desatendida su petición indemnizatoria porque el daño haya sido causado por un ente instrumental de aquélla. Para transmitir la responsabilidad a la

<sup>64</sup> ORTIZ MALLOL, José. “La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas” cit., p. 194.

<sup>65</sup> MONTORO CHINER, María Jesús; HILL PRADOS, María Concepción. “Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro” (Atelier, Barcelona, 2002), p. 102.

<sup>66</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho Administrativo” (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998), t. I, p. 364.

Administración matriz, la jurisprudencia ha acudido a considerar bien planteada la relación jurídico-procesal si se demanda o comparece en el proceso la Administración matriz y no la filial; o estima la solidaridad de responsabilidad de la matriz y filial por ser aquélla la titular del servicio cuya gestión se encomienda a ésta; o bien, por último, acude a levantar el velo para negar virtualidad a la vestidura de la personalidad jurídica”.<sup>67</sup>

Sin perjuicio de la reafirmación del principio general de la responsabilidad, en cada caso habrá que acudir a los criterios de imputación que puedan corresponder para apreciar la comunicabilidad a la Administración correspondiente.

#### IV Medios para hacer efectiva la responsabilidad estatal

Para hacer verdad en la práctica la efectiva responsabilidad estatal cuando una Administración se vale de vías oblicuas para fugarse del Derecho Administrativo, éste ha acudido a soluciones de principio, normativas y jurisprudenciales.

##### 1 Principios aplicables

Entre los principios generales de Derecho, el principio de responsabilidad aparece íntimamente asociado al *principio de juridicidad*, el cual refiere al sometimiento integral del Estado a la regla de Derecho, tanto en su ser como en su obrar.

Por eso, es preferible, por más abarcativa, su designación como principio de juridicidad y no la más usual de principio de legalidad, derivada de la expresión “bloque de la legalidad” debida a Hauriou.<sup>68</sup>

Se trata, del “principio de los principios” — al decir de Jeanneau —<sup>69</sup> ya que, como reza el acápite del art. 2º del Reglamento de procedimiento administrativo aprobado por el Decreto nº 500/991 de 27 de setiembre de 1991,<sup>70</sup> “La Administración pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho”.<sup>71</sup> “Una sociedad que no lo reconozca o que, reconociéndolo, le agregue reservas o excepciones, no vive verdaderamente bajo un régimen de Estado de Derecho”.<sup>72</sup>

<sup>67</sup> BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel. “La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz” cit., p. 571.

<sup>68</sup> HAURIOU, Maurice. “Principios de Derecho Público y Constitucional” (Madrid, 1968), p. 53.

<sup>69</sup> JEANNEAU, Benoit. “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative” (Sirey, París, 1954), p. 134.

<sup>70</sup> DELPIAZZO, Carlos E. “Texto Ordenado de Procedimiento Administrativo” (F.C.U., Montevideo, 2008), p. 15.

<sup>71</sup> DELPIAZZO, Carlos E. “Derecho Administrativo Uruguayo” cit., p. 7 y 178.

<sup>72</sup> DUGUIT, León. “Traité de Droit Constitutionnel” (París, 1930), t. III, p. 732 y 733.

Ahora bien: como se ha destacado con acierto, “la vigencia efectiva del principio de legalidad impone la existencia de un conjunto de mecanismos de control a través de los cuales pueda asegurarse eficazmente el sometimiento de la Administración al sistema normativo”.<sup>73</sup> De lo contrario, dicho principio “quedaría en simple declaración programática”.<sup>74</sup>

Dentro de estos mecanismos, la técnica primordial de garantía ha estado y está constituida por el control jurisdiccional, respecto al cual se ha proclamado la universalidad,<sup>75</sup> de modo que “cualquier acto o conducta, positiva o negativa, de la Administración y de sus agentes puede ser sometida al enjuiciamiento por parte de órganos judiciales, a instancia de cualquier persona o entidad (pública o privada) a quienes dichos actos o conductas lesionen en sus derechos o intereses”.<sup>76</sup>

Pero de nada sirve la mera proclamación de la tutela jurisdiccional si la misma no es efectiva.<sup>77</sup> En tal sentido, el *principio de la tutela jurisdiccional efectiva* despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable; y tercero, una vez dictada la sentencia, en la plena efectividad de sus pronunciamientos.<sup>78</sup>

Esa efectividad supone una vitalización del control jurisdiccional y, consecuentemente, la previsión amplia de medidas cautelares eficaces frente a la Administración y sus personeros,<sup>79</sup> así como el cumplimiento cabal de los fallos contra la Administración.<sup>80</sup>

Frente al escenario de la huida del Derecho Administrativo, no basta con un análisis descriptivo sino que es necesario plantearse las consecuencias que se derivan para las garantías de los particulares o, lo que es lo mismo, para el Derecho Administrativo como Derecho garantizador.<sup>81</sup>

<sup>73</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Principios de Derecho Administrativo General” (Iustel, Madrid, 2005), t. I, p. 86 y 87.

<sup>74</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano et al. “Manual de Derecho Administrativo” cit., v. 1, 4. ed., p. 68.

<sup>75</sup> UROSA MAGGI, Daniela. “Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano” (FUNEDA, Caracas, 2003), p. 89 y 90.

<sup>76</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Principios de Derecho Administrativo General” cit., t. I, p. 88.

<sup>77</sup> DELPIAZZO, Carlos E. “Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva”, en “Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito” (F.C.U., Montevideo, 2008), p. 967 ss.

<sup>78</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “El derecho a la tutela jurisdiccional” (Civitas, Madrid, 2001), p. 57.

<sup>79</sup> DELPIAZZO, Carlos E. “Medidas cautelares en el Derecho Administrativo”, en Curso sobre medidas cautelares (F.C.U., Montevideo, 1999), p. 207 ss.; e “Importancia de las medidas cautelares en los contenciosos administrativos”, en Tribuna del Abogado (Montevideo, 2007), n. 155, p. 28 ss.

<sup>80</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. “Incumplimiento de sentencias y responsabilidad estatal”, “Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito” (F.C.U., Montevideo, 2008), p. 925 ss.; y DURAN MARTINEZ, Augusto. “Ejecución de la sentencia anulatoria en el contencioso administrativo uruguayo”, en Rev. La Justicia Uruguaya, t. 136, sección Doctrina, p. 141 ss.

<sup>81</sup> SALA ARQUER, José Manuel. “Huida al Derecho privado y huida del Derecho” cit., p. 406.

Desde esta perspectiva, se impone *la vuelta al Derecho Administrativo*<sup>82</sup> o un “nuevo impulso”<sup>83</sup> del mismo frente al “espejismo”<sup>84</sup> de refugiarse en el Derecho privado, reivindicando que, en cualquier caso, la actuación administrativa, tanto directa como indirecta, encuentra límites infranqueables en el respeto a los derechos fundamentales y a los principios generales de legalidad, prohibición de la arbitrariedad, objetividad y neutralidad, los cuales tienen un alcance global, cualquiera sea la forma o el ropaje jurídico que se haya puesto la Administración.<sup>85</sup>

Es que “la realidad nos está mostrando hasta qué punto hoy emerge con fuerza un nuevo Derecho Administrativo como Derecho del poder para la libertad” cuya tarea de garantizar los derechos de los ciudadanos requiere de una presencia pública, mayor en intensidad que en extensión. En la medida que se abren a la libertad espacios antes dominados por monopolios, crece un nuevo Derecho Administrativo; en la medida que la Administración procura hacer posible la libertad y la igualdad, emerge un nuevo Derecho Administrativo; en la medida que la autotutela administrativa se compatibiliza con la tutela judicial, aún cautelar, se desarrolla un nuevo Derecho Administrativo; en la medida que integración y solidaridad caracterizan el modelo de Estado moderno, se fortalece un nuevo Derecho Administrativo; en la medida que la acción pública esté impregnada por la promoción de los derechos fundamentales, se consolida un nuevo Derecho Administrativo.<sup>86</sup>

## 2 Solución positiva: tránsito de la contratación administrativa a la contratación pública

Frente al fenómeno de las tercerizaciones, el Derecho Administrativo moderno ha extendido su regulación a fin de abarcar las manifestaciones contractuales de la huída.

Así ha ocurrido a nivel interno de los países más adelantados como desde fuentes supranacionales resultantes de lo que ha dado en llamarse “convergencia de los Derechos Administrativos”<sup>87</sup> impuesta por la

<sup>82</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar et al. “Principios de Derecho Público Económico” (Comares, Granada 1999), p. 66 ss.

<sup>83</sup> GORDILLO, Agustín A. “Tratado de Derecho Administrativo” (Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997), 4. ed., t. I, p. II-18.

<sup>84</sup> FERNANDEZ, Tomás Ramón. “Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria” (La Ley, Buenos Aires, 2002), p. 23.

<sup>85</sup> FERNANDEZ, Tomás Ramón. “Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria” cit., p. 27.

<sup>86</sup> RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. “La vuelta al Derecho Administrativo. A vueltas con lo privado y lo público”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2005), año IV, n. 7, p. 89 ss.

<sup>87</sup> CASSESE, Sabino. “El problema de la convergencia de los Derechos administrativos”, en Rev. Actualidad en el Derecho Público (Buenos Aires, 1996), n. 5, p. 3 ss.

globalización, lo que permite hablar de la formación de un “*ius commune administrativum*”, que se encuentra en una constante relación de interacción con los Derechos nacionales, en los cuales se inserta y a los cuales condiciona en influencia recíproca.<sup>88</sup>

En función de dicha realidad, los Derechos Administrativos nacionales se explican cada vez más desde su integración en otros sistemas jurídicos más complejos, que no responden a las reglas tradicionales de los ordenamientos jurídicos estatales.<sup>89</sup>

Una manifestación de tal fenómeno se manifiesta en el pasaje de los contratos administrativos a los contratos públicos, cuestión que no encierra sólo una cuestión de nombre sino que traduce los esfuerzos realizados desde la Organización Mundial del Comercio, la Unión Europea, el Mercosur y muchos países para, a través de la noción de “poderes adjudicadores”,<sup>90</sup> introducir un concepto eminentemente funcional (y ya no orgánico) de quienes quedan alcanzados por la normativa respectiva, que ya no son sólo las Administraciones públicas sino también otras entidades del sector público no estatal o privadas creadas para satisfacer necesidades de interés general.

En efecto, frente al abuso de las técnicas jurídicas privadas por las Administraciones públicas, debe estarse al dato de la “influencia dominante” del poder público sobre el ente adjudicador y la índole de la actividad de que se trate ya que, cuando se atiende a la satisfacción de necesidades de interés general, los contratos respectivos deberán sujetarse a los procedimientos y controles generales. Ello debe ser así porque la búsqueda de la eficacia (entendida desde una perspectiva económica y no social) en ningún caso puede legitimar la transgresión de previsiones normativas so pretexto de que éstas imponen trámites formales cuya observancia es larga o costosa para resolver la cuestión de que se trate.<sup>91</sup>

De este modo, la nueva normativa sobre contratos del sector público adopta un criterio funcional para el tratamiento de la materia, que ya no pivota — como antes — sobre sujetos, sino sobre las diferentes fases del contrato: preparación, selección del contratista, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción.<sup>92</sup>

<sup>88</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago. “La Unión Europea y las mutaciones del Estado” (Alianza, Madrid, 1993), p. 128.

<sup>89</sup> CASSESE, Sabino. “La globalización jurídica” (Marcial Pons, Madrid, 2006), p. 23 ss.

<sup>90</sup> GIMENO FELIU, José María. “La necesaria interpretación subjetivo funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”, en *Rev. de Administración Pública* (Madrid, 2000), n. 151, p. 425 ss.

<sup>91</sup> GIMENO FELIU, José María. “El control de la contratación pública” (Civitas, Madrid, 1995), p. 115 ss.

<sup>92</sup> MEILAN GIL, José Luis. “La estructura de los contratos públicos” (Lustel, Madrid, 2008), p. 157 ss.

### 3 Solución jurisprudencial: levantamiento del velo

En línea con los principios enunciados, la jurisprudencia ha intentado acortar la distancia entre “verdad material” y “verdad formal” a propósito de la interposición por la Administración de terceros personificados, mediante la técnica del levantamiento del velo y su prolongación, el “desenmascaramiento”, expresión que se ha usado por algunos autores por la identificación etimológica entre la “máscara” usada por los actores en el teatro antiguo, y la “personificación” como instrumento para “enmascarar” la realidad.<sup>93</sup>

Dicha técnica del levantamiento del velo tiene origen pretoriano norteamericano bajo la denominación de “to disregard the legal entity” o “to pierce the corporate veil”, es decir, allanar la personalidad jurídica o descorrer el velo de la personalidad jurídica, con lo cual se alude al objetivo final del instituto.<sup>94</sup>

Su llegada al campo del Derecho público se produce como consecuencia de la proliferación de entidades instrumentales a través de las cuales las Administraciones eluden las normas sobre contratación pública e intentan soslayar el régimen jurídico que les es propio,<sup>95</sup> a pesar de lo cual algunos autores piensan que su uso en el ámbito del Derecho Administrativo debe ser excepcional<sup>96</sup> o, más bien, prudencial.<sup>97</sup>

En rigor, no hay motivo para tal limitación aplicativa ya que “No basta el dato formal de una personalidad jurídica; es preciso levantar el velo y comprobar cuál es el substrato real de la misma, con importantes consecuencias a la hora de la principal de las funciones de la personalidad jurídica, como es el ser centro de imputación de actos, que se evidencia en los supuestos de responsabilidad”.<sup>98</sup>

Se trata de propiciar “una visión estrictamente funcional de una realidad múltiple que debe ser entendida como un complejo organizativo, y con ello propugnamos superar la mera formalidad jurídica que califica

<sup>93</sup> ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. “Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento” (Colex, Madrid, 1997), p. 17.

<sup>94</sup> OLIVERA GARCIA, Ricardo; OLIVERA AMATO, Juan Martín. “El disregard of legal entity en la jurisprudencia”, en Anuario de Derecho Comercial (Montevideo, 2004), t. 10, p. 360 ss.

<sup>95</sup> ORTIZ VAAMONDE, Santiago. “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo” (La Ley, Madrid, 2004), p. 161 ss., 455 ss., y 499 ss.

<sup>96</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. “El juego de la técnica del levantamiento del velo el caso de personas jurídicas creadas por o en mano de la Administración pública”, en Rev. Jurídica de les Illes Balears, año 2004, n. 2, p. 25.

<sup>97</sup> GONZALES VARAS IBÁÑEZ, Santiago. “Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local”, en Rev. de Estudios de la Administración Local y Autonómica (Madrid, 1997), n. 274/275, p. 376.

<sup>98</sup> MEILAN GIL, José Luis. “La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica” cit., p. 978.

a cada entidad instrumental como una persona jurídica reconocida por el ordenamiento jurídico con capacidad de configurar una voluntad propia oponible erga omnes, incluyendo en esa total autonomía volitiva su relación con la matriz”.<sup>99</sup>

En tal sentido, en Europa, el Derecho comunitario ha propiciado “una definición realista de lo que ha de entenderse por poder público a los efectos de asegurar el máximo efecto útil de sus disposiciones que demandan una aplicación uniforme en todos los Estados, no condicionada por el ejercicio de las potestades organizatorias. De esta forma, la jurisprudencia comunitaria, en sectores como las ayudas estatales o la apertura de la contratación pública, no ha mostrado ningún pudor a la hora de levantar el velo de las personificaciones interpuestas, consagrando una noción eminentemente funcionalista del poder público”.<sup>100</sup>

Es lógico que así sea ya que la Administración no puede irresponsabilizarse a través del sencillo expediente de “enmascarar” su quehacer mediante el uso de figuras asociativas, comerciales o de otro tipo, que se crean o interponen en el tráfico jurídico sin perder su carácter de “alter ego” de la matriz.<sup>101</sup>

## V Conclusion

A modo de conclusión, se impone la *reafirmación del principio general de la responsabilidad estatal*, en íntima interrelación con los principios de juridicidad y tutela jurisdiccional efectiva, que son sustento del Estado de Derecho democrático y social del nuevo siglo y que abogan con sólido fundamento por el retorno al Derecho Administrativo.

No puede ser de otra manera si se tiene en cuenta la *centralidad de la persona* ante la existencia misma de las Administraciones y de su consiguiente obrar, el cual debe estar presidido por la servicialidad.

El fundamento de esta centralidad — que explica el carácter vicarial de la Administración — no es otro que la eminente dignidad humana.<sup>102</sup>

Como bien se ha enseñando, “Es incuestionable que cualquiera que sea la finalidad perseguida por la Administración, cualquiera que sea la

<sup>99</sup> ORTIZ MALLOL, José. “La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas” cit., p. 193.

<sup>100</sup> CARUZ ARCOS, Eduardo. “La contribución del Derecho comunitario a la definición de la fundación privada de influencia pública dominante como ente instrumental de las administraciones públicas”, en A.A.V.V. “La Administración Instrumental. VIII Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía” (Sevilla, 2005), p. 14.

<sup>101</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. “El juego de la técnica del levantamiento del velo el caso de personas jurídicas creadas por o en mano de la Administración pública” cit., p. 31.

<sup>102</sup> DELPIAZZO, Carlos E. “Dignidad humana y Derecho” (U.M., Montevideo, 2001), p. 27 ss.

forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo sagrado e inviolable la dignidad de la persona. Y algo más, todos y cada uno de sus actos han de estar informados por este valor esencial”.<sup>103</sup>

### **The State Responsibility of the Escape of the Administrative Law**

**Abstract:** This article ahead deals with the state responsibility of the escape of the administrative law. Initially it is analyzed question of the responsibility as general principle of law. In followed the extension of the state responsibility is delimited. The characteristics of the phenomenon of the escape of the administrative law are approached, as well as the privatizations and “terceirizações” that involve the public and the private sectors. Some aspects are ruled as to the responsibility and the administrative concessions. The principle of the responsibility is related with the principle of the legality. It’s about the extension of the administrative law, and the escape of the administrative law ahead of the “terceirizações”. There is approached the technique of to unmask what the jurisprudence has been applying in order to reduce the difference between the material truth and the formal truth. Finally, independently of the objective pursued by the Administration, it has to observing the dignity of the human person was respected.

**Keywords:** State responsibility. Escape of the Administrative Law. General Principle of Law. Privatizations. “Terceirizações”. Administrative concessions. Principle of the legality.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad estatal ante la huida del Derecho administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 13-34, jan./mar. 2009.

Recebido em: 10.01.09

Aprovado em: 05.02.09

---

<sup>103</sup> GONZALEZ PEREZ, Jesús. “La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo” (Juruá, Curitiba, 2007), p. 13.