

LA REGULACION CONSTITUCIONAL DE LAS EMPRESAS PUBLICAS EN EL URUGUAY

Ruben Correa Freitas

Concepto de empresa pública

El primer problema que nos debemos plantear para hacer una análisis de la regulación constitucional de las Empresas Públicas en el Uruguay, es el relacionado con el concepto de qué es una empresa pública, qué se entiende por tal en nuestro derecho positivo, porque es la mejor manera de entender por qué se debate tanto sobre si es conveniente o no su privatización, o los problemas de organización y funcionamiento que desde hace tiempo padecen nuestras empresas públicas, más allá de la posición ideológica que se pueda tener con respecto a la intervención del Estado en la economía, en lo que se ha dado en llamar el «más o menos Estado» (1).

Una empresa es una unidad económica que produce o comercializa bienes o servicios, con la finalidad de obtener ganancias. Una empresa privada persigue una finalidad de lucro; en cambio, una empresa pública tiene una finalidad social, aunque no necesariamente debe dejar de obtener ganancias. Una empresa en una «economía de mercado» se rige por las reglas de la competencia, que es lo que supuestamente lleva a una baja de los precios y a nivelar las tasas de ganancias, aumentando la productividad y regulando el mercado.

La calificación de una empresa como «pública», significa que la propiedad es del Estado o de una entidad pública, sea en forma total o en forma parcial. Esto es que para que una empresa sea pública, en primer lugar, no necesariamente debe ser de propiedad del Estado, porque pueden haber empresas que se rijan por el derecho público pero que no integren, que no pertenezcan al Estado, en sentido amplio, es decir que no sean entidades estatales, como es el caso en nuestro país de las llamadas «personas públicas no estatales» o «paraestatales». En segundo lugar, tampoco es imprescindible

que una empresa pública sea de propiedad total del Estado o de una entidad pública, dado que perfectamente puede darse el caso de empresas públicas que sean de propiedad parcial del Estado o de una entidad pública (2).

En consecuencia, en mi concepto, una definición preliminar de «empresa pública» puede ser la siguiente: es empresa pública cualquier unidad económica que produce o comercializa bienes o servicios, con una finalidad social, que es de propiedad total o parcial del Estado o de una entidad pública.

Evolución histórica en el Uruguay

A lo largo de la evolución histórica de nuestro país, se ha producido una progresiva regulación constitucional de las llamadas modernamente «empresas públicas», conocidas en la terminología vernácula como Entes Autónomos y Servicios Descentralizados. Al respecto, cabe señalar que la terminología «empresa pública» se empezó a utilizar a mediados de la década del sesenta, como consecuencia directa de la influencia de los organismos internacionales, tales como el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial (3).

En tal sentido, la Constitución uruguaya de 1830, fiel a la concepción liberal burguesa en boga en esa época, al influjo de las ideas de la Revolución francesa de 1789, concibió un Estado «Juez y Gendarme», esto es un Estado que sólo tenía a su cargo los llamados cometidos esenciales, es decir la seguridad interna, la defensa exterior, las relaciones exteriores y la actividad financiera básica para el funcionamiento de los órganos estatales. Es así como en la primera organización institucional, nos encontramos con que el Poder Ejecutivo se estructuraba con el Presidente de la República y los Ministros de Gobierno, Guerra y Marina y Hacienda.

Pero progresivamente, y ya a fines del Siglo XIX, el Estado comenzó a intervenir en la economía, lo que se hizo más acentuado en las primeras décadas del presente siglo, con la creación de organismos públicos encargados de la actividad bancaria, como lo fue el Banco de la República y el Banco Hipotecario; del suministro de energía eléctrica, con UTE; el monopolio de los seguros, con el Banco de Seguros del Estado, etc.. Estas entidades estatales, suponían una descentralización administrativa del Poder Ejecutivo, que en la

Constitución de 1830 era el sistema orgánico que tenía a su cargo el ejercicio de la función administrativa en forma predominante, extremo que llevó a que se sostuviera por parte de la doctrina que estos organismos eran inconstitucionales, aunque otros afirmaron que en realidad eran «extra-constitucionales» por cuanto si bien no estaba previsto en la Constitución la creación de dichos Entes, tampoco estaba prohibido (4).

En la segunda Constitución uruguaya, la de 1918, estos organismos fueron constitucionalizados con el famoso artículo 100, que establecía: «Los diversos servicios que constituyen el dominio industrial del Estado, la instrucción superior, secundaria y primaria, la asistencia y la higiene pública serán administrados por Consejos autónomos.»

Sobre el particular, es interesante el análisis que sobre este aspecto realizó el destacado jurista, político y constituyente nacionalista, Dr. Martín C. MARTINEZ, afirmando que: «Dar máquina atrás y reducir las funciones del Estado, habría sido ir contra los intereses creados y la corriente del siglo.

Todo camina, en efecto, en el sentido de aumentar el dominio colectivo. La gran industria, con sus medios concentrados de producción, genera monopolios de hecho, de los cuales no puede defenderse el público sino por la intervención del Estado, sea del gobierno central, sea de los gobiernos municipales. Mientras los productores de luz, de aguas domiciliarias, de vehículos, se contaban por millares, la concurrencia defendía al consumo y tendía a regular los precios alrededor del costo de producción, con las desviaciones de ese centro de gravedad, que son inevitables en la complejidad de las transacciones. Cuando a los múltiples productores dispersos ha sustituido el productor único o muy contados productores, la defensa desaparece frente a los que puedan tan fácilmente entenderse e imponer la ley. Todavía en los pueblos de gran iniciativa, como Estado Unidos e Inglaterra, podrá la acción privada, en forma de asociaciones y cooperativas, evitar el intervencionismo. En los pueblos de escasa iniciativa y corta población, se impondrá más pronto. Y aún en los otros, la guerra ha llevado al Estado a dominios en que su acción no era soñada y que tardará en evacuar. Las combinaciones de los trusts y de los cartels han sustraído actividades enteras de la industria y del comercio, a la competencia. No ha habido exageración en decir que el pueblo de los Estados Unidos ya se ha visto en el caso de optar, o por la intervención del Estado, con

todos sus inconvenientes, o porque lo gobiernen, no el Presidente y el Congreso, sino los consejos de algunas sociedades anónimas que habían conseguido acaparar ramas enteras de la producción» (5)

Este artículo 100 de la Constitución de 1918 trajo consigo una serie de problemas de interpretación, como por ejemplo al hecho de que no se estableció diferencia de ninguna especie sobre el régimen jurídico de los diversos entes autónomos, rigiendo el mismo sistema tanto para los organismos de la enseñanza o la asistencia pública, como para los que explotan el dominio industrial del Estado, como lo señaló con singular brillo el Dr. Alberto DEMICHELÍ (6). Este autor descubrió tres sentidos distintos en el art. 100:

«Es el primero el de la legalización o «constitucionalización» del principio autonómico. Es el segundo el de la «vigorización» de la autonomía consagrada por las leyes anteriores. Y es el tercero el de la «sistematización» de principios, sometiendo a todos estos organismos a un mismo régimen jurídico que ha venido a sustituir a los diversos regímenes creados por leyes orgánicas.» (7).

Tomando en cuenta las críticas formuladas, así como la experiencia en la aplicación práctica de esta disposición constitucional, en la tercera Constitución uruguaya de 1934 se consagró una Sección, la XII, a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, con un total de trece artículos. Se estableció en el art. 181 que los servicios del dominio industrial y comercial del Estado y la Instrucción Superior, Secundaria, Primaria y Normal serían Administrados por Consejos o Directorios Autónomos. Asimismo, el texto constitucional prohibió que determinados servicios, tales como Correos y Telégrafos, Ferrocarriles, Aduanas, Puertos y Salud Pública, fueran descentralizados en forma de Entes Autónomos (art. 182). Finalmente, se previó en dicha Constitución la admisión de capitales privados en la constitución o ampliación del patrimonio de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados (art. 184).

Terminando con esta rápida visión sobre la evolución histórica, cabe hacer notar que en la Constitución de 1952 se reguló con mayor detalle en la Sección XI lo relacionado con los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, separándose en dos Capítulos diferentes, el primero de los

cuales a los servicios del dominio industrial y comercial del Estado y en general a todo otro servicio, y el segundo capítulo destinado a los entes de enseñanza con una notoria ampliación de la autonomía que tenían entonces, como consecuencia directa de las reclamaciones de la Universidad de la República y de los distintos sectores vinculados a la enseñanza (8).

La Constitución de 1967

La Constitución uruguaya de 1967 no se refiere en forma directa a las empresas públicas, es decir que no se encuentra una regulación sistemática y ordenada en forma específica y concreta sobre el régimen jurídico de las empresas públicas, sino que la Sección XI se denomina «De los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados». No obstante, en el art. 188, en los incisos tercero y cuarto, de la Constitución, se utiliza tres veces el vocablo «empresa», aludiendo a un tipo de empresa, que son las Empresas Privadas con participación estatal.

Del análisis de la Constitución vigente y del régimen jurídico uruguayo, puede afirmarse que tenemos seis tipos de empresas públicas:

1. Los Entes Autónomos con capital estatal exclusivo (Constitución, arts. 185 y 189).
2. Los Servicios Descentralizados con capital estatal exclusivo (Constitución, arts. 185 y 186).
3. Los Entes Autónomos con capital mixto (Constitución, art. 188 inc. primero y segundo).
4. Los Servicios Descentralizados con capital mixto (Constitución, art. 188 incisos primero y segundo).
5. Las Personas Públicas no Estatales.
6. Las Empresas Privadas con participación estatal (Constitución, art. 188 incisos tercero y cuarto).

De la enumeración precedente, cabe destacar que las Personas Públicas no Estatales no están previstas por la Constitución de la República, sino que es una creación legislativa, que se remonta históricamente, como enseña Edgardo CARVALHO, a la tercera década de este siglo, es decir a los años treinta, con la creación de la Caja de Jubilaciones para empleados de Instituciones Bancarias (Ley N° 7.830 de 14 de mayo de 1925) y el Frigorífico Nacional (Ley N° 8.282 de 6 de setiembre de 1928). (9)

Pero es necesario precisar que no todos los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados son Empresas Públicas, porque tenemos a los Entes de Enseñanza, como por ejemplo la Universidad de la República y ANEP y al Banco de Previsión Social; ni tampoco todas las Empresas Públicas se organizan bajo la forma de Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, como es el caso de la Dirección Nacional de Correos que es una Unidad Ejecutora del Ministerio de Educación y Cultura. Es decir, en síntesis, que no son sinónimos los vocablos Empresa Pública y Ente Autónomo o Servicio Descentralizado, aunque en la realidad uruguaya la mayoría de las Empresas Públicas se organizan bajo la forma de Ente Autónomo o de Servicio Descentralizado.

Las Empresas Públicas de propiedad exclusiva del Estado tal como se afirmó precedentemente, la Constitución uruguaya prevé la existencia de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados con capital estatal exclusivo, lo que hasta la fecha de promulgación de la Ley N° 16.211 de 1° de octubre de 1991 sobre empresas públicas, ha sido en nuestro país la forma por excelencia de organización y funcionamiento de las mismas.

En tal sentido, corresponde aclarar que en las Constituciones uruguayas de 1918, 1934, 1942 y 1952, los diversos servicios del dominio industrial y comercial del Estado sólo se podían organizar bajo la forma de Ente Autónomo. En cambio, la Constitución de 1967 introdujo una modificación importante en el artículo 185, expresando que dichos servicios «tendrán el grado de descentralización que fijen la presente Constitución y las leyes que se dictaren con la conformidad de la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara», con lo que se eliminó la exigencia necesaria de la forma Ente Autónomo, posibilitando que tengan el grado de descentralización que fije la Constitución o la ley. (10)

Los Entes Autónomos pueden ser creados por la Constitución, como por ejemplo el Banco Central, el Banco de Previsión Social y la Universidad de la República (Constitución, arts. 195, 196, 202 y 203), y también pueden ser creados por ley, en cuyo caso se requiere la mayoría de dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara (Constitución, art. 189).

En cambio, los Servicios Descentralizados pueden ser creados por la Constitución o por ley sancionada con el voto conforme de la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara (Constitución, art. 185).

Estos organismos pueden ser dirigidos: a) Los Entes Autónomos necesariamente por órganos colegiados, llamados Directorios, que pueden componerse por tres o cinco miembros (Constitución, art. 185 inciso primero y segundo); b) Los Servicios Descentralizados pueden ser dirigidos por órganos colegiados, llamados Directorios, o por órganos unipersonales, llamados Director General (Constitución, art. 185, incisos primero y tercero), requiriéndose en este último caso ley sancionada por dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara.

La diferencia entre Entes Autónomos y Servicios Descentralizados se ha visto atenuada a partir de la Constitución de 1967, en virtud de la intensidad de los poderes de contralor del Poder Ejecutivo sobre toda la gestión de estas Empresas Públicas, no sólo por razones de legitimidad, sino también por razones de oportunidad o conveniencia, pudiendo no sólo hacerles las observaciones que crea pertinentes, sino también disponer la suspensión de los actos observados, o eventualmente las rectificaciones, los correctivos o remociones que considere del caso (Constitución, arts. 197 y 198). (11)

Las Empresas Públicas con capital mixto

El art. 188 de la Constitución, en sus incisos primero y segundo, establece lo siguiente:

«Para que la ley pueda admitir capitales privados en la constitución o ampliación del patrimonio de los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, así como para reglamentar la intervención que en tales casos pueda corresponder a los respectivos accionistas

en los Directorios, se requerirán los tres quintos de votos del total de los componentes de cada Cámara. El aporte de los capitales particulares y la representación de los mismos en los Consejos o Directorios nunca serán superiores a los del Estado».

Quiere decir, pues, que la Constitución admite que capitales privados se incorporen al patrimonio de los llamados Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, pero para ello se requiere un acto formal de autorización, que es por medio de una ley sancionada por los tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, y, además, un requisito especial, que es que el Estado debe tener la mayoría del capital y de la representación en los Consejos o Directorios.

Pero se observa en la doctrina uruguaya por parte de SILVA CENCIO que «estas nuevas figuras jurídicas difieren de los entes autónomos y servicios descentralizados tradicionales o típicos, sólo en lo relativo al origen de los capitales y a la participación privada en la dirección de la empresa, pero sin alterar lo sustancial de su régimen jurídico». (12)

Las empresas privadas con participación estatal

La Constitución de 1967 introdujo una novedad, a diferencia de las empresas públicas de economía mixta que tienen su origen en la Constitución de 1934, que es la posibilidad de que el Estado pueda participar en actividades industriales, agropecuarias o comerciales, de empresas formada por aportes obreros, cooperativos o capitales privados, cuando concurra para ello el libre consentimiento de la empresa y bajo las condiciones que se convengan previamente entre las partes. Para que se pueda dar esta participación del Estado se requiere, por un lado, una ley formal sancionada por la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara, y, por otro lado, que se asegure la intervención del Estado en la dirección de la empresa (Constitución, art. 188. inc. tercero y cuarto). Se trata de una hipótesis de sociedad de economía mixta de Derecho Privado (13), a diferencia de las anteriores que se tratan de sociedades de economía mixta regidas por el Derecho Público.

¿Es necesaria la regulación constitucional?

Finalmente, corresponde plantearse la interrogante sobre la necesidad o no, la conveniencia o no, de la regulación constitucional de las llamadas Empresas Públicas.

Antes de dar una respuesta a esta cuestión, considero que debe tenerse en cuenta las particulares circunstancias históricas en que nacieron nuestros Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, para poder comprender cómo a lo largo de la evolución constitucional se ha producido una verdadera «inflación normativa» en materia que va desde el art. 100 de la Constitución de 1918 hasta los veintiún artículos que contiene la Constitución de 1967, varios de los cuales con tres o cuatro incisos. Desde el problema planteado de la presunta inconstitucionalidad de los organismos creados bajo la Constitución de 1830, hasta la influencia de las corrientes del Derecho Administrativo francés, como por ejemplo JEZE y DUGUIT, amén de las dificultades para caracterizar la noción de servicio público, todo ello creó un marco adecuado a nuestra idiosincrasia nacional de creer que todo se debe solucionar por medio de una reforma constitucional y la inclusión en la «Lex Fundamentalis» de los principios sobre organización y funcionamiento de determinados organismos públicos.

Pues bien, personalmente pienso que ello es un error y que tarde o temprano, habrá que «desconstitucionalizar» todo lo referente a las Empresas Públicas, dándole la flexibilidad necesaria e imprescindible a estas organizaciones empresariales que por su propia naturaleza no pueden estar encorsetadas en marcos jurídicos inflexibles, anticuados y contrarios a la esencia de lo que es un servicio comercial o industrial. (14).

Considero que el régimen jurídico de las empresas públicas debe ser materia exclusiva de la ley, posibilitando con ello la rápida adaptación de la organización y funcionamiento de estos organismos a las nuevas formas de estructuración de empresas industriales o comerciales que se van incorporando como consecuencia directa de la evolución de las ideas y de los mercados económicos internacionales.

Esta postura nada tiene que ver con el problema de la privatización de las empresas públicas, estamos partiendo de la base de una participación, total

o parcial, del Estado en el dominio comercial o industrial.

Pero sí tiene que ver con lo que ha sido la experiencia uruguaya en el funcionamiento de las llamadas «Empresas Públicas», cuyo régimen jurídico, a mi juicio, es obsoleto y contrario a los fundamentos esenciales de una organización empresarial. Las Empresas Públicas uruguayas han funcionado hasta el presente bajo un régimen de Derecho Administrativo que es perfectamente aplicable para la Administración Central, es decir el Poder Ejecutivo y los Ministerios, pero no para institutos u organismos que deben competir en el mercado, que tienen necesidad de adaptarse a las reglas de la economía de mercado que es el marco en el que se desenvuelven nuestras Empresas Públicas.

Pretender un funcionamiento eficiente y eficaz, al servicio de la comunidad, de una Empresa Pública regida por un marco jurídico de Derecho Administrativo, es como pretender hacer caminar a un paralítico que está en una silla de ruedas.

La sociedad uruguaya exige en forma urgente un cambio radical que la permita ubicarse adecuadamente frente al desafío de la integración económica, al avance tecnológico del Siglo XXI que se aproxima y a un mundo cada vez más egoísta y competitivo. Es nuestro deber como universitarios, contribuir al esclarecimiento de las soluciones para un futuro más libre, más justo y más solidario.

NOTAS

(1) CORREA FREITAS, Ruben, «La transformación de las Empresas Públicas Uruguayas», F.C.U., Mdeo., 1992, N° 36, págs. 63- 68.

(2) DROMI, José Roberto, «Derecho Administrativo Económico», Ed. Astrea, Buenos Aires, 1977, N° 73, págs. 78-79.

(3) KORZENIAK, José, «El régimen legal de las Empresas

Públicas en Uruguay y su acción internacional», Publicación del BID e INTAL, Buenos Aires, 1977, pág. 193; véase asimismo una obra colectiva sobre «Las Empresas Estatales en América Latina», Editada por el CLAD, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Caracas, Venezuela, 1979, págs. 19-20.

(4) JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, «La Constitución Nacional», Tomo VII, págs. 15-16; SAYAGUES LASO, Enrique, «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo II, N° 587, págs. 144-146.

(5) MARTINEZ, Martín C., «Ante la nueva Constitución», págs. 66-67.

(6) DEMICHELI, Alberto, «Los Entes Autónomos», Nos. 24, 25 y 26, págs. 42-46.

(7) DEMICHELI, Alberto, Ob. cit., N° 28, pág. 47.

(8) JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, «La Constitución del Uruguay de 1952», Tomo III, pág. 623 y ss.

(9) CARVALHO, Edgardo, «Contralor jurisdiccional de las Personas Públicas no Estatales», en «Cuadernos» de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Mdeo., 1968, N° 22, pág. 192.

(10) CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, «Primeras reflexiones sobre la nueva Constitución», en Cuadernos de «Síntesis» del Diario «La Mañana», Mdeo., 1967, N° 2, pág. 44; PRAT, Julio A., «Los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados en la Constitución de 1967», en «Cuadernos» de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Mdeo., 1967, N° 19, págs. 108-109; SILVA CENCIO, Jorge, «La descentralización por servicios en la Constitución de 1967», F.C.U., Mdeo., 1971, págs. 20-29.

(11) SILVA CENCIO, Jorge, Ob. cit., pág. 98.

(12) SILVA CENCIO, Jorge, «Las Empresas Públicas en el Uruguay», en «Estudios de Derecho Administrativo», Ed. Universidad de la República, Mdeo., 1979, Tomo I, pág. 454.

(13) SILVA CENCIO, Jorge, «Las Empresas Públicas en el Uruguay», págs. 468-471.

(14) CORREA FREITAS, Ruben, «La Reforma del Estado en el Uruguay», ed. Oficina Nacional del Servicio Civil, Mdeo., 1988, pág. 162; «La transformación de las Empresas Públicas Uruguayas», N° 27, pág. 37.