

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS REPRESENTANTES DEL PODER EJECUTIVO EN LAS PERSONAS PÚBLICAS NO ESTATALES

*María Elena Rocca**

*Mariel Lorenzo Pena***

RESUMEN: *El presente trabajo analiza la naturaleza jurídica de los representantes del Estado en las personas públicas no estatales. Respecto de las personas que trabajan para estos organismos, la doctrina es casi unánime en sostener que son trabajadores que se rigen por el derecho laboral privado. Lo mismo puede decirse de los miembros de directorios, juntas directivas o consejos que no son representantes del Estado. Sin embargo, respecto de los que sí son representantes, consideramos puede sostenerse que son funcionarios públicos. Se incursionará en los argumentos conceptuales a favor de esta postura, así como en las decisiones jurisprudenciales que podrían amparar este criterio, analizando algunas de las consecuencias jurídicas del mismo.*

PALABRAS CLAVES: *Personas públicas. Estado. Personas públicas no estatales. Representantes. Funcionarios Públicos.*

ABSTRACT: *The goal of this article is to analyze the legal nature of the State's representatives on the non State public persons. Regarding the people who work for the non-State public organizations, most of the doctrine considers they are workers regulated by private law. The same*

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Escribana Pública y Licenciada en Filosofía por la UdelaR. Profesora Adscripta en Derecho Público I (Constitucional) por la UdelaR. Cursó especializaciones en la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo, España) y en el Instituto Internacional de Administración Pública (París, Francia). Profesora Adjunta de Derecho Público I y de Principios de Derecho Constitucional y Teoría del Estado (UdelaR). Autora de publicaciones en su campo. Correo electrónico: mariaelenarocca@gmail.com

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la UdelaR. Aspirante a Profesora Adscripta en Derecho Público I (Constitucional) por la UdelaR. Cursando Maestría LL.M. Máster en Derecho por la Universidad de Montevideo. Profesora Ayudante (Grado I) de Principios de Derecho Constitucional y Teoría del Estado (UdelaR). Correo electrónico: mariel.lorenzo.pena@gmail.com

can be said about the directors or members of the boards who do not represent the State. Nevertheless, about those who are representatives, we consider that can be held as public workers. We will develop the conceptual arguments in favor of this stance as well as the court decisions which could include this criterion, analyzing some of its juridical consequences.

KEY WORDS: *Public persons. State. Nonstate public persons. Representatives. Public workers.*

I. INTRODUCCIÓN

A fines del siglo XX se señalaba que «una de las innovaciones fundamentales se vincula a la importancia que crecientemente adquieren las formas de propiedad y de control social públicas no estatales, al punto que es posible presumir que el siglo XXI será el siglo donde lo público no estatal pueda constituirse en una dimensión clave de la vida social [...] El sector productivo público no estatal es también conocido por “tercer sector”, “sector no gubernamental” o “sector sin fines lucrativos”. [...] El espacio público no estatal es también el espacio de la democracia participativa o directa, es decir, es relativo a la participación ciudadana en los asuntos públicos» (BRESSER-PEREIRA y CUNILL, 1998).

Entre nosotros, Enrique SAYAGUÉS LASO, a mediados del siglo pasado, ya había referido a lo público no estatal y a las personas públicas no estatales, manifestando que éstas «no integran la estructura estatal, no son administraciones públicas en el significado preciso que atribuimos a esa expresión. Esto daría base a pensar que no corresponde estudiarlas en una obra de derecho administrativo. Pero conviene hacerlo en razón de los cometidos que tienen a su cargo y su peculiar organización, semejante en muchos aspectos a la de las administraciones públicas.

El régimen jurídico de estas personas públicas no estatales es de origen legal y se encuentra establecido en sus respectivas leyes orgánicas» (SAYAGUÉS, 1998:195).

En los últimas dos décadas estas organizaciones han alcanzando un número cercano a las cuatro decenas¹, lo que, por un lado, indica la relevancia de su estudio² y, por otro, hace que al referir a ellas solo pueda hablarse de generalidades.

¹ A modo de ejemplo: Administración del Mercado Eléctrico (ADME), Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII), Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias (CJPB), Caja Notarial de Seguridad Social (CNSS), Centro Ceibal para el apoyo a la Educación de la Niñez y la Adolescencia (Plan Ceibal), Centro de Estudios Fiscales, Centro Uruguayo de Imagenología Molecular (CUDIM), Colegio Médico del Uruguay, Comisión Honoraria de Lucha Antituberculosa y Enfermedades Prevalentes, Comisión Honoraria de Lucha contra el Cáncer, Comisión Honoraria del Patronato de Psicópatas, Comisión Honoraria para la Salud Cardiovascular, Consejo de Capacitación Profesional (COCAP), Cooperativa Nacional de Productores de Leche (CONAPROLE), Corporación Nacional para el Desarrollo (CND), Fondo de Cesantía y Retiro para los Trabajadores de la Construcción (FOCER), Fondo de Financiamiento y Desarrollo Sustentable de la Actividad Lechera, Fondo de Solidaridad (FS), Fondo Nacional de Música (FONAM), Fondo Nacional de Recursos (FNR), Impresiones y Publicaciones Oficiales (IMPO), Instituto de Promoción de Inversiones y Exportaciones de Bienes y Servicios (Uruguay XXI), Instituto Nacional de Calidad (INACAL), Instituto Nacional de Carnes (INAC), Instituto Nacional de Empleo y Formación Profesional (INEFOP), Instituto Nacional de Evaluación Educativa (INEED), Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria (INIA), Instituto Nacional de la Leche (INALE), Instituto Nacional de Logística (INALOG), Instituto Nacional de Semillas (INASE), Instituto Nacional

Sobre el aspecto de su anclaje constitucional, se ha sostenido que tienen su fundamento en el artículo 191 de la Carta, que dispone:

«Los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todas las administraciones autónomas con patrimonio propio, cualquiera sea su naturaleza jurídica, publicarán periódicamente estados que reflejen claramente su vida financiera. La ley fijará la norma y número anual de los mismos y todos deberán llevar la visación del Tribunal de Cuentas».

Sostiene la doctrina en general que las personas públicas no estatales estarían comprendidas en las *administraciones autónomas con patrimonio propio*.

II. OBJETO

El presente artículo tiene por objeto el análisis de un aspecto muy acotado sobre las personas públicas no estatales y dice relación con la integración de su órgano jerarca.

Al respecto, RUOCCO (2011) ha señalado que «son dirigidas de diversas formas según las previsiones de cada ley de creación, pero en general, presentan cierto grado de intervención de las autoridades estatales con representación de los sectores privados interesados. Lo que ha dado en llamarse **administración mixta**» (negrita en el original), este elemento constitutivo «ha ido desapareciendo como tal, en la medida que se ha ido perdiendo el fundamento sociopolítico de estas entidades. En algunos casos se organizan incluso en forma unipersonal, como es el caso del IMPO y del INACAL».

Citando a BRITO, comenta, además, que se ha ido perdiendo esta dimensión de institución social, dado que en la actualidad «las personas jurídicas creadas se constituyen en instrumentos institucionales aplicados a objetivos presupuestales, de reducción del aparato estatal. También son formas institucionales generalmente operadoras al servicio del Estado, con rasgos vigorosos de derecho público y responden a fines públicos y políticos definidos por la ley o el Poder Ejecutivo. Tienen un régimen de contralor vigoroso, que responden a razones de mérito o de juridicidad».

Su órgano jerarca suele ser pluripersonal³, denominándose comúnmente Directorio, Consejo o Junta Directiva. Las leyes de creación, en general prevén que coexistan representantes del Estado -en mayoría o minoría- con representantes del sector privado respectivo.

La concreta pregunta que se pretende responder es: ¿son los representantes del Estado en el órgano jerarca de estas personas públicas no estatales funcionarios públicos?

Para dar respuesta a la pregunta se ha procedido, en primera instancia a realizar un relevamiento normativo así como de los argumentos que utilizan la doctrina y la jurisprudencia, para luego analizarlos y extraer algunas reflexiones finales.

de Vitivinicultura (INAVI), Instituto Nacional de Cooperativismo (INACOOP), Instituto Plan Agropecuario (IPA), Laboratorio Tecnológico del Uruguay (LATU), Movimiento de Erradicación de la Vivienda Insalubre Rural (MEVIR), Parque Científico y Tecnológico de Pando.

² Téngase presente que en la actualidad existen 8 Servicios Descentralizados y 13 Entes Autónomos.

³ De acuerdo a la clasificación realizada por MÉNDEZ es un órgano compuesto pluripersonal.

III. NORMATIVA

La Constitución no regula el punto expresamente.

De la búsqueda realizada en bases de datos normativas⁴ no se ha identificado disposición genérica ni específica que indique si los miembros del órgano jerarca son –o no- funcionarios públicos.

Solo resulta de los textos normativos de su creación que habrá en el órgano jerarca representantes del Estado, designados por éste, los que reciben sus instrucciones directas, conservando la potestad de sustituirlos.

Sin perjuicio de ello, puede identificarse normativa que establece que –para determinados aspectos- se los considera funcionarios públicos.

A vía de ejemplo, el artículo 37 de la Ley 18.046 –en lo que interesa- establece:

«Los funcionarios públicos que registren en sus legajos sanciones de suspensión, como consecuencia de responsabilidad grave comprobada en el ejercicio de funciones o tareas relativas a la materia financiera, adquisiciones, gestión de inventarios, manejo de bienes o dinero, no podrán prestar servicios vinculados a dichas áreas o actividades, ni ocupar cargos de dirección de unidades ejecutoras. Tampoco podrán integrar en representación del Estado, órganos de dirección de personas jurídicas de derecho público no estatal, debiendo el Poder Ejecutivo o quien por derecho corresponda, designar al reemplazante. [...] Los órganos y organismos de la Administración que deban decidir sobre tales cuestiones, deberán recabar informe previo de la Oficina Nacional del Servicio Civil (Inciso 2º) agregado/s por: Ley N° 18.362 de 06/10/2008 artículo 188)». Por lo que surge que la sanción tiene iguales consecuencias para cargos dentro del Estado y fuera del mismo.

IV. LA DOCTRINA

A continuación, se transcriben extractos de las opiniones relevadas de quienes⁵ han estudiado el tema:

D) BIASCO (2001) al estudiar el tema indica como características de las personas públicas no estatales:

«13) Sus trabajadores se regulan por un régimen atípico.

El principio general es que los trabajadores de las PPnE se regularán –sin excepción alguna-, por el Derecho laboral común (Ley N° 16736, art. 765.3 y 211.2).

No obstante lo cual, se establecen algunas excepciones a ese claro y terminante “principio”» y cita varios casos. Agrega, además (2001:122):

«Los Entes paraestatales uruguayos cumplen actividades muy variadas, pero siempre actividades estatales o en apoyo directo a la actividad desarrollada por el Poder Ejecutivo, razón por la cual, se los considera como **Entes auxiliares o instrumentales del Estado**

⁴ Búsqueda realizada en IMPO www.impo.com.uy y la LEY URUGUAY <http://www.laleyonline.com.uy/maf/app/authentication/formLogin> (Palabras claves: persona pública no estatal. Última consulta realizada mayo 2015).

⁵ El orden elegido para transcribir las opiniones relevadas es el alfabético.

o—en su caso- **de Entes públicos menores**; no pocas veces nacidos por transformaciones o sustitución de anteriores órganos de la entidad auxiliada» (negrita en el original).

II) CAJARVILLE (2008), sostiene:

«H) Personal

Se señalaba tradicionalmente que quienes trabajan para estas entidades no son funcionarios públicos y se les aplica el Derecho Laboral, sin perjuicio de las disposiciones especiales que pudieran existir.

Encontramos en esta materia otra norma general en esta Ley de Presupuesto, el art. 765 inc. 3º, que establece explícitamente ese principio general: “Los funcionarios de las personas jurídicas públicas no estatales se regularán por el derecho laboral común, sin excepción alguna.

Así leído como yo lo leo, extraído del artículo que integra, parecería que comprende a todas las personas públicas no estatales existentes, y que los “funcionarios” de todas ellas se van a regir por el Derecho laboral común “sin excepción alguna”.

Pero cuando así lo leo, lo desmembro del artículo que integra; porque este es el inciso 3º, y los dos incisos anteriores se refieren, no a todas las personas públicas no estatales, sino a las que se crean por esta ley. Entonces, a pesar de la expresión literal absoluta y total que parece cubrir a todas las personas públicas no estatales —y que borraría para todas las anteriormente existentes cualquier apartamiento del “derecho laboral común”- a mi me queda la duda sobre si efectivamente se refiere a todas o sólo a las que se crean por esta ley.

Pero las dudas no terminan ahí; porque esa afirmación tan tajante de que los “funcionarios” se van a regular “por el derecho laboral común, sin excepción alguna”, aun restringida a estas que ahora se están creando, aparece precisamente contradicha por otras disposiciones de esta misma ley».

III) CASAUX (1987:31), analizando las personas públicas no estatales y, en especial, la creación del INAC, establece:

«4) *Los empleados de estos organismos no son funcionarios públicos* (cursiva en el original).

Uno de los elementos determinantes de la persona pública no estatal es éste. Sus empleados no son funcionarios públicos, se rigen por el Derecho Privado, con todas las connotaciones que ello implica [...].»

Respecto de la integración del órgano jerarca comenta (1987:34):

«a) **integración** (negrita en el original)

En primer término, conviene analiza la *delegación gubernamental* (cursiva en el original). Por tratarse de una persona pública no estatal, los representantes del Poder Ejecutivo provendrán del ámbito natural de la temática analizada, o sea un representante del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca y un delegado del Ministerio de Economía y Finanzas. Entre ambos se repartirán los cargos de Presidente y Vice de acuerdo al régimen interno del propio instituto».

IV) DELPIAZZO (2009:167) considera que:

«c) Sus empleados no revisten la calidad de funcionarios públicos, regulándose por el Derecho laboral».

En lo referente a los Directorios, Juntas o Comisiones, indica:

«En cuanto a los *órganos jerarcas*, atendiendo al número de sus integrantes, los hay unipersonales y pluripersonales [...] (cursiva en el original).

A su vez, cuando el órgano máximo de la entidad es colegiado, el número de sus miembros es variable y su denominación varía, llamándose [...]» de diversas maneras.

Y agrega más adelante que:

«En cuanto a las formas de designación de los titulares de dichos órganos, es muy variable, correspondiendo al Poder Ejecutivo o a los organismos públicos e instituciones privadas representadas en los mismos.

Cada órgano máximo concentra la competencia atribuida a la institución, sin perjuicio de modalidades en su ejercicio cuando el tamaño u otras razones así lo imponen».

V) LABAURE (2002:245) distingue entre: a) personas públicas (entes autónomos y servicios descentralizados), b) sociedades de economía mixta -los dos subtipos (incisos 1 y 2 e incisos 3 y 4 del artículo 188 de la Constitución nacional)-, c) sociedades comerciales con participación estatal exclusiva mayoritaria o minoritaria, que constituyen personas privadas, a las que agrega asociaciones de empresas y d) personas públicas no estatales; considerando en general que la diferencia entre ellas estriba en el régimen jurídico aplicable y no tanto en su calidad de estatal o no estatal. Analizando los grupos b y c (el autor no analiza el grupo d), sostiene:

«Para el caso de los representantes de las sociedades de economía mixta de derecho privado, la doctrina nacional parece admitir su carácter de funcionarios públicos, en virtud de que sus representantes se rigen por las mismas normas de los directores de los entes descentralizados⁶, o dado el criterio amplio de la categoría en el derecho uruguayo».

VI) ROTONDO (1998:51) sostiene que «su dirección está esencialmente a cargo de los sectores involucrados, con representación estatal minoritaria» y «su personal no reviste la calidad de funcionario público (éste se asimila a estatal) y, en principio, tiene una relación de empleo».

Por otra parte, establece dentro de los caracteres generales la «aplicación del derecho laboral común para el personal» y aclara a pie de página lo siguiente: «Ley 16.736, art. 765 inciso final. Habrá que atender, de todas maneras, las posibles normas atinentes a cada institución» (2007:620). Agrega este autor (2000), al enumerar las características:

«E) Personal

Este no revista la calidad de funcionario público, partiéndose de la base que éste es quien se incorpora a una entidad estatal.

La Ley 17.060 de 23-XII-1998, sobre uso indebido del poder público, establece que ella se aplicará al personal de las personas públicas no estatales (art. 1 "G") y considera que – a sus efectos- “se entiende por funcionarios públicos, las personas a que se refiere el art. 175

⁶ El autor está refiriendo al inciso 4º del artículo 188 de nuestra Constitución, que establece: «La ley, por mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara, autorizará en cada caso esa participación, asegurando la intervención del Estado en la dirección de la empresa. Sus representantes se registrarán por las mismas normas que los Directores de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados».

del Código Penal” (art. 2). Da –a su vez- un nuevo texto a dicho art. 175: “a los efectos” del referido Código (art. 8 de la ley citada) queda comprendido el personal de referencia.

De esta manera, les rige el principio de probidad (35), respeto, imparcialidad, rectitud e idoneidad.

De acuerdo a la misma ley, los representantes del Estado en los directorios de los “organismos paraestatales”, art. 11 “N”, deben formular declaración jurada de bienes e ingresos.

En general se entiende que al personal de estas entidades “se (le) aplican las reglas del derecho laboral, sin perjuicio de las disposiciones expresas que existieren”.

VII) RUOCCO (2011) sostiene que «sus empleados no revisten la calidad de funcionarios públicos, regulándose por el Derecho Laboral. Es notorio que, si bien es cierto que sus empleados no son funcionarios públicos (artículo 765 de la Ley N° 16.736), no es menos cierto que cada vez son más las leyes que igualan la situación de ambos. A vía de ejemplo cabe citar las normas de conducta que surgen de la denominada Ley Anticorrupción N° 17.060, reglamentada por el Decreto N° 30/003, la que en su ámbito subjetivo de aplicación considera funcionarios públicos a los empleados de las personas públicas no estatales. En el mismo sentido el artículo 119 del TOCAF le hace aplicable el mismo régimen de responsabilidad que a los funcionarios públicos que realizan tareas vinculadas a la gestión del patrimonio. Asimismo la remuneración de los directores no podrá superar, en ningún caso, la de un Subsecretario de Estado (artículo 16 de la Ley N° 17.296)» y agrega luego que «podemos sin embargo advertir que cada vez se desdibuja más la última de las características reseñadas, como espejo de la mayor intensidad de los controles estatales respecto de la gestión de estas personas jurídicas. En efecto, se evidencia un control cada vez más vigoroso sobre estas entidades, al tiempo que se advierte una cada vez más profunda asimilación de sus empleados con los funcionarios públicos, fundamentalmente en lo que refiere a su conducta y actuación. Es numerosa la cantidad de disposiciones que con carácter general hacen aplicable a estos empleados las normas prohibitivas y de tipificación delictiva vigentes para los funcionarios públicos».

VIII) SAYAGUÉS al describir los caracteres generales de las personas públicas no estatales manifiesta que (1998:196):

«c) En cierta medida las autoridades estatales intervienen en la dirección y administración de esas personas públicas. Corrientemente esa injerencia se hace efectiva mediante la designación por aquéllas de uno o más miembros de sus órganos directivos».

Con respecto a las personas que trabajan para ellas, indica (1988:197): «El personal.- Las personas que trabajan para esas entidades no son funcionarios públicos y por lo tanto las normas que rigen a estos no los alcanzan. En consecuencia, se aplican las reglas de derecho laboral, sin perjuicio de las disposiciones expresas que existieren».

IX) SILVA CENCIO (1978:466) sostiene respecto de las personas públicas no estatales:

«Generalmente están dirigidas por órganos pluripersonales, cuya integración se efectúa con representación de los diversos sectores productivos interesados y del Estado.

Los poderes jurídicos de estas autoridades dependerán de lo que establezca la ley».

Respecto del personal, señala (1979:468):

«30.- El personal al servicio de estas personas públicas no entra dentro del concepto de funcionario público y en consecuencia, se encuentra amparado por la legislación laboral, sin perjuicio de las disposiciones especiales que en atención a la índole particular de sus cometidos, establezca la ley».

Si bien con respecto a las personas públicas no estatales no realiza el análisis, con respecto a las empresas privadas con participación estatal, considera (1979:470):

«36.- Los empleados de estas empresas están vinculados a ellas mediante contratos de trabajo, regulados por la legislación laboral.

Los directivos de la sociedad están sujetos a las previsiones del Derecho mercantil. Sólo los representantes del Estado regidos por las mismas normas que los directores de los entes autónomos y servicios descentralizados se regirán por el Derecho público. Dado el concepto amplísimo de funcionario público del Derecho positivo uruguayo, podrían considerarse comprendidos en esta categoría. Con referencia a estos representantes, estaríamos en presencia de una situación similar a la que consagran las jurisprudencias francesa y argentina, cuando reconocen calidad de agentes públicos a las autoridades directivas de los establecimientos públicos y de las empresas y sociedades del Estado, en tanto que los demás empleados serían asalariados regidos por el Derecho laboral».

En atención a las posiciones relevadas, puede estimarse que ningún autor concluye respecto de la naturaleza jurídica de los integrantes del Consejo, Junta Directiva o Directorio—en general- y -en particular- de los representantes del Estado, sin perjuicio que todos parecen coincidir en que sus trabajadores se rigen por derecho laboral.

V. LA JURISPRUDENCIA

Realizando búsquedas en diferentes bases⁷ de datos jurisprudenciales, no se han encontrado pronunciamientos específicos sobre el tema.

Sin perjuicio de lo manifestado, se aportan los extractos de las siguientes sentencias, las que muestran la compleja situación de estos organismos:

- Sentencia N° 158, de 3/10/2001, Tribunal de Apelaciones en lo Civil del 3er turno (caso publicado en LJU Tomo 125, 01/01/2002, cita online: UY/JUR/182/2001).

«III.- Naturaleza jurídica del INA.

El Tribunal comparte los lúcidos fundamentos del homólogo de 6° Turno en sentencia N° 27/2001 (fs. 62-65), en punto a que el I.N.A. «...a pesar de ser definido por la ley como una persona jurídica de derecho público no estatal (art. 432 Ley N° 16736), funciona, en puridad, como un órgano estatal.»

«...el análisis de los artículos de la ley de creación del I.N.A. revela que este instituto fue creado como órgano del Estado, sometido a jerarquías y sujeto a controles y fiscalizaciones propias de las entidades estatales.»

⁷ Base de jurisprudencia nacional del Poder Judicial <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>, del Tribunal de la Contencioso Administrativo <http://www.tca.gub.uy/> y la LEY URUGUAY <http://www.laleyonline.com.uy/maf/app/authentication/formLogin> (Palabras claves: persona pública no estatal. Última consulta realizada mayo 2015).

Y, «...Si bien las autoridades estatales ejercen un control intenso sobre la actividad de las personas públicas no estatales, más amplio que el que normalmente realizan sobre las personas privadas (...), cabe advertir que en el I.N.A. ese control es tan enérgico que,...lo transforma en el terreno de la realidad fáctica y jurídica, en un organismo estatal, más allá de la definición formal de la ley.»

«...Consecuentemente,...la misma no ha dejado de ser un cometido del Estado, lo cual significa que el Estado sigue siendo responsable, en definitiva, de la forma que esta actividad se cumpla, porque es responsable del ejercicio de aquellos poderes no sólo de control, sino también de dirección...»

«...además del férreo control que el Estado tiene sobre este instituto, la ley declaró que sus bienes son inembargables, lo cual avala la aplicabilidad en el caso del régimen del art. 400 CGP...»

La solución preconiza por la citada Sala, se encuentra a la fecha avalada por la ley N° 17296, cuyo art. 378 prevé que el personal del I.N.A. (con antigüedad no inferior a un año) que no opte por la desvinculación compensada, habrá de ser incorporado a la función pública, con intervención de la Oficina Nacional de Servicio Civil.

El art. 380 de la citada ley presupuestal ha asignado al M. T. y S. S., por única vez, una partida «...destinada al pago de las deudas contraídas por... INA hasta el momento de su supresión».

Finalmente, se faculta al M. T. y S. S., para el supuesto de que la partida asignada fuera insuficiente, «...a abonar (las deudas insatisfechas a proveedores) con recursos propios».

Tales previsiones contenidas en la ley presupuestal N° 17296, como bien sostiene el apelante, constituyen la prueba cabal de que dicho organismo integra los cuadros del Estado, revistiendo inequívocamente la condición de persona pública estatal (fs. 72)».

- Sentencia de 24/02/1999, Suprema Corte de Justicia (caso publicado en LJU 120, 24/02/1999, 393, cita on line: UY/JUR/140/1999).

«La condición de persona jurídica -pública- aunque no estatal que reviste la actora, determina que corresponda sea incluida con las demás que integran esa categoría, dentro de las previsiones de la Ley N° 15783, según se dijo. Normativa que consideró las características de persona pública -no estatal- del ente donde se prestaron los servicios.

Por cierto, en función de lo dicho, no cabe duda que sus funcionarios, por definición, no son funcionarios «públicos» o estatales. Pero, en verdad, tal circunstancia poco importa para establecer si la distinción o agrupamiento efectuado por el legislador del año 1985, fue justo y racional. La ley no distinguió entre funcionarios públicos en el sentido de estatales y privados, sino entre públicos -comprendidos los estatales y los funcionarios de los entes públicos no estatales- y los privados.

De ahí, en ese sentido, sea ajustada a derecho la subsunción que efectúa el órgano de la segunda instancia de mérito cuando califica correctamente la naturaleza jurídica del ente actor y extrae otras consecuencias propias del régimen a que está sometido (fs. 634 y ss.). Así es como la Sala actuante evalúa adecuadamente la circunstancia de que uno de los elementos determinantes de la persona pública no estatal es que sus empleados no son funcionarios «públicos», de modo que se rigen -en principio- por el derecho privado laboral,

a pesar de lo cual no debe olvidarse que el personal perteneciente a los referidos organismos -como el Instituto Nacional de Carnes- se encuentra alcanzado por estatutos especiales.

Puntualizando asimismo que, según el art. 28 del Decreto-ley N° 15605, la actora no podía, respecto del personal de los organismos antecesores, efectuar despido alguno sino en los casos de configuración de causales de ineptitud, omisión o delito, previamente determinado mediante la instrucción de sumario «administrativo», siguiendo un régimen similar al que la Carta Fundamental prevé para los funcionarios públicos o estatales (art. 168 num. 10). Dicho de otro modo: conforme al sistema propio del funcionario estatal o «público», no el consagrado para el típicamente «privado».

Se comparte, de esa manera, la conclusión de la Sala, cuando expresa: «...el mero hecho de que el régimen de funcionamiento sea idéntico al de la actividad privada (a. 5 inc. 2°) ...no conduce «por sí» a recibir la conclusión de la parte actora, ya que existen normas de carácter especial, derivadas del régimen de derecho público en que se mueve el INAC, que le acuerda al instituto beneficios y privilegios tales que disipa cualquier duda en cuanto a una semejanza total entre su situación y la de los empleadores privados a la luz de la L. 15783 y de lo ocurrido entre el 9/2/1973 y el 28/2/1985" (fs. 634vto.).

Y el tema en la especie, tiene especial relevancia. Por cuanto, como bien se dice en autos, «...el criterio seguido por la Ley N° 15783 no deja de ser razonable si se tiene en cuenta que el comportamiento seguido respecto de sus funcionarios o empleados por las personas públicas -estatales o no- fue similar y, a la vez, distinto del que siguieron empleadores privados...» (fs. 554). El hecho es notorio y, por lo demás, resulta de la injerencia indebida de poderes o de órganos que o tenían competencia para hacerlo, pero obedecían al régimen autoritario imperante.

Cae de esta manera, el argumento de la recurrente -extraído de la consulta del distinguido profesor (fs. 335)-, sobre el criterio «summa divisio» entre patrones privados y órganos estatales que hubo de regir el legislador en el caso. Muy correcta y sensatamente, el legislador del recientemente re-instalado sistema democrático, ajustado al dictado de las normas que consagró la Nación, única en que radica la soberanía, en toda su plenitud (art. 4), distinguió entre «públicos» -tanto estatales como no estatales, pero siempre bajo el contralor total o parcial del Gobierno- y «privados», en principio, exentos de ese tutelaje.

Otro elemento que contribuye a ilustrar el carácter de la parte actora, es el puesto de manifiesto por el Tribunal Civil de Sexto Turno, cuando puntualiza que su patrimonio se integra en la parte con fondos que paga la colectividad, situación que lo diferencia notoriamente de la de los patrones privados. Elemento que, sumado a las prerrogativas, beneficios y privilegios de que gozan las personas públicas no estatales y que exorbitan el derecho común, determina que su contribución a solucionar el problema nacional que determinó el dictado de la Ley N° 15783, no pueda calificarse como un daño que revista las características de «especial» o «excepcional» que imponga su indemnización.

En ese sentido, luce como desafortunado el argumento que hace el distinguido profesor consultado, en cuanto a que el carácter público del ente, justificaría mayores potestades sobre su personal, antes que limitaciones superiores a las que rigen para los patrones en general (fs. 353). Por el contrario, las prerrogativas antes aludidas y la propia necesidad social de que especialmente en el ámbito público no puedan consolidarse situaciones de tan aberrante contenido como las reparadas, fundan la solución contraria.

Son los organismos públicos, tanto estatales como no estatales, los que deben dar el ejemplo en el cumplimiento de las normas y principios que conforman el Estado de Derecho y, en su caso, los primeros que deben contribuir a subsanar los perjuicios que hayan causado sus agentes. No es legítimo ni razonable escudarse en argumentos aparentemente técnicos, aunque carentes de fundamento, para evitar el pago de una indemnización o pretender una repetición a todas luces inadmisibles».

VI. NUESTRA POSTURA

A efectos de llegar a una conclusión—aunque sea provisoria—, se ha abordado el concepto de «representación» y acudido a la teoría del órgano y al concepto de funcionario público.

La representación es la institución jurídica en virtud del cual una persona gestiona—en nombre de otra— sus asuntos de forma que los efectos jurídicos de dicha actuación recaen en la esfera jurídica del representado.

Atendiendo a su origen, se distingue la representación legal (tiene su fundamento en la ley) y voluntaria (tiene su base en la autonomía de la voluntad).

En cuanto a la segunda, corresponde descartarla en la hipótesis que se analiza, por obvias razones.

El caso encartaría en la que tiene origen legal⁸. Para operar, requerirá, además, de un acto administrativo de designación por el que se investirá de la calidad de representante a determinada persona.

Ahora bien, para representar al Estado en el órgano jerarca de una persona pública no estatal ¿se requiere revestir la condición de funcionario público o ello no es necesario?

Pareciera que el «representante» desempeña función pública, por consiguiente debiera ser funcionario público o adquirir tal calidad implícitamente a partir que se le designa «representante».

SAYAGUÉS (2002:255), define el funcionario público como «todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal⁹».

En función de ello considera que «no son funcionarios públicos los empleados de las empresas concesionarias de servicios públicos, ni los que trabajan en personas públicas no estatales».

Sin perjuicio de esto, aclara que (2002:254) «restringir el concepto crea dificultades innumerables, no sólo por la imposibilidad de hallar un criterio claro para distinguir quienes son funcionarios y quienes no, según lo hemos visto precedentemente, sino porque los resultados no se ajustan a la realidad. Prueba de ello se tiene en los esfuerzos

⁸ Podría discutirse si se trata técnicamente de una «representación» ya que ésta supone dos sujetos jurídicos diferentes. Hay autores que asimilan la situación a la de una delegación.

⁹ Señala Cajarville que Sayagués adoptó un criterio más amplio de funcionario público que el que preveía el Decreto Ley de 1943. Sin embargo, a pesar de la aceptación de este concepto más amplio, su alcance fue a veces restringido por la vía de formalizar la incorporación; cuando se trata a todas luces de una circunstancia de hecho, que como tal debe valorarse y probarse, sin perjuicio que esté o no formalizada.

interpretativos que luego hay que hacer para aplicar a los no funcionarios muchas disposiciones que, según su texto claro, se refieren exclusivamente a los funcionarios».

Si se consideran los elementos característicos indicados por el autor, puede sostenerse que estos directores reúnen más requisitos que los que no comparten. Dichas personas, representan al Estado en su actuación y la representación que ejercen no es asimilable a la contratación de profesionales jurídicos –por ejemplo- para ser patrocinado en diferentes actos, en tanto es esos casos existe un mandato, contrato o figura similar.

Por su parte, CAJARVILLE (2010) señala que de la Sección II del texto constitucional resulta que funcionario público aquel que se encuentra en una relación de trabajo con el Estado (Poderes del Gobierno o alguno de los órganos de control de creación constitucional), de un gobierno departamental, de un ente autónomo o un servicio descentralizado. Se incluyen en el concepto a los titulares de órganos jerarcas porque la relación se establece con la persona jurídica estatal y no con el órgano. Solo quedan fuera aquellos que se obligan a realizar un trabajo para una entidad estatal sin incorporarse en los hechos a la Administración y sin resultar, por ende, sometidos a una relación de trabajo o servicio como obrero o empleados (arrendadores de obra o de servicios). Incorporación a la Administración y sometimiento a jerarquía son términos correlativas que se determinan recíprocamente.

Incluso, se podría pensar que la misma razón que inspira al artículo 188 de la Constitución y hace decir a LABOURE y a SILVA CENCIO¹⁰ que los representantes del Estado en las sociedades privadas son funcionarios, vale para sostener los representantes estatales en los órganos jerarcas de las personas públicas no estatales también lo son.

Además, es tal la similitud de las personas públicas no estatales con los entes estatales menores, que, por ejemplo, en la persona pública no estatal denominada Corporación Nacional para el Desarrollo, la ley de creación exige venia para la designación de los tres miembros del Directorio que son representantes del Estado (artículo 3 de la Ley 15.785, en la redacción dada por el artículo 30 de la Ley 17.243).

Por otra parte, y como fuera mencionado, RUOCCO (2011), ha señalado que las diferencias con los trabajadores de las personas públicas no estatales parecen diluirse con

¹⁰ Ver relevamiento de doctrina realizado en el punto 4.

El artículo 188 de la Constitución establece:

«Para que la ley pueda admitir capitales privados en la constitución o ampliación del patrimonio de los Entes Autónomos o de los 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.

El Estado podrá, asimismo, participar en actividades industriales, agropecuarias o comerciales, de empresas formadas por aportes obreros, cooperativos o capitales privados, cuando concorra para ello el libre consentimiento de la empresa y bajo las condiciones que se convengan previamente entre las partes.

La ley, por mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara, autorizará en cada caso esa participación, asegurando la intervención del Estado en la dirección de la empresa. Sus representantes se regirán por las mismas normas que los Directores de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

Las disposiciones de este artículo no serán aplicables a los servicios públicos de agua potable y saneamiento».

el pasar del tiempo. Si las dudas pueden asomarse respecto del personal que trabaja para ellas, podemos considerar que ya no quedarían respecto de los representantes del Estado.

En agregado y en términos generales, con relación a la actividad material que desempeñan, puede sostenerse que los directores de las personas públicas no estatales son ejecutores de políticas públicas.

Si se analiza la retribución que perciben sus directores, se concluirá que, en la mayoría de los casos¹¹, responden a fondos estatales que, mediante diferentes mecanismos, son transferidos a las personas públicas no estatales.

Podría objetarse, sin embargo, que existen directores que no perciben retribución alguna por su desempeño (con excepción de viáticos)¹², lo que consideramos no implica que no se traten de funcionarios públicos ya que existen cargos en la estructura estatal (en sentido amplio) honorarios, baste sino recordar los ediles de las Juntas Departamentales.

Desde otro aspecto, estimamos que los directores pueden ser objeto de correctivos u otro tipo de medidas disciplinarias por parte del Estado. Y ello porque quien los designa, los destituye (y quien puede *lo más*), podrá sancionarlos (puede *lo menos*).

Por otra parte, si no fueran considerados funcionarios, ¿qué serían?

Deberíamos considerar en ese caso, que poseen un tipo de vínculo con el Estado de naturaleza no funcionario, similar por ejemplo al vínculo creado por el contrato de beca ó contrato a término regulado por la Ley 17.556. Y decimos vínculo con el Estado dado que en tanto son representantes del mismo, más allá del vínculo con la Persona Pública no Estatal, no puede negarse que existe un vínculo con la Persona Estatal Mayor. Uno de los elementos fundamentales para sostener que determinados tipos de vínculos con el Estado no tienen la naturaleza o calidad de funcionarios públicos resulta ser el hecho de que desempeñen tareas o funciones accesorias, no permanentes o esenciales a la organización. ¿Acaso la representación es una tarea accesorio? ¿Podría un becario representar al Estado? En tanto consideramos que las respuestas a estas interrogantes son negativas, reforzamos la argumentación de que estos representantes son funcionarios públicos.

De todo lo señalado, se seguiría que los representantes del Estado en los Directorios, Consejos, Juntas –en general *órganos* directivos- de las personas públicas no estatales son funcionarios públicos.

GORDILLO (2013) en su célebre tratado, dedica un capítulo a los órganos del Estado. En el apartado «autoridades administrativas independientes», comenta, entre otros, sobre los «entes reguladores y de control del poder económico», en este sentido:

«La Constitución habla de “órganos de control” para referirse a lo que la legislación y la práctica denominan “entes reguladores;” o sea, los específicos organismos o autoridades descentralizadas encargadas de controlar al poder económico de los licenciatarios y concesionarios de la administración, para proteger a los usuarios y consumidores». A ellos, les atribuye las siguientes características:

¹¹ Recordemos la salvedad establecida al comienzo, respecto de que dado el número de personas públicas no estatales hoy existentes, solo podemos hablar de generalidades.

¹² En especial aquellos que están llamados a desempeñarse como tales por integrar determinados órganos del Estado.

«a) Protección de los usuarios. La tutela que establece el art. 42 de la Constitución¹³ requiere la incrementada participación de los organismos reguladores hoy existentes y los que deberán crearse, como así también define, claramente y en forma directamente operativa, que su función no es tan sólo el control técnico del sistema concedido o licenciado, sino principalmente proteger los derechos e intereses, incluso de naturaleza económica, de los usuarios actuales y futuros.

b) Participación de los usuarios. La misma norma establece la necesaria participación de las asociaciones de usuarios y consumidores en la dirección de estos organismos de control. Si el gobierno no dicta la legislación pertinente, corresponde a la justicia reconocerles por imperio constitucional al menos un lugar en los cuerpos colegiados existentes, procediendo a designarlos u ordenando su designación. La exigencia constitucional de la necesaria participación de los usuarios y las Provincias en su directorio impide que se conciba la idea de su intervención por la administración central como de hecho ha ocurrido. Dado el sentido de su participación como representantes de la comunidad, constituiría un contrasentido considerarlos funcionarios públicos, lo que además lesionaría el concepto constitucional. Siguen siendo particulares, que en la especie ejercen funciones públicas, al igual que son particulares ejerciendo funciones públicas los propios concesionarios o licenciatarios cuyo poder económico habrán de contribuir a regular desde los entes reguladores, en favor de los usuarios o consumidores actuales o futuros».

Utilizando los conceptos del célebre jurista y traspasándolos al caso en estudio, parecería un contrasentido afirmar que los representantes del Estado en las personas públicas no estatales no lo son.

Nótese por último, que hasta el lenguaje jurídico utilizado parece reafirmar este criterio. Lo que se debate no es si los representantes del Estado en las personas públicas no estatales son funcionarios estatales, sino *funcionarios públicos*, como habitualmente se denomina a estos.

VII. ALGUNAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE NUESTRA POSTURA

El numeral 2 del artículo 91 de la Constitución de la República determina que no pueden ser Representantes «los empleados militares o civiles dependientes de los Poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial» entre otros. Estas mismas incompatibilidades son aplicables a los Senadores, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 99 de la Carta y de considerarse pertinente a los Ministros de Estado (artículo 178 de la Constitución).

En caso de considerarse que los representantes del Estado en las personas públicas no estatales son funcionarios, serían aplicables a estos las incompatibilidades establecidas por las normas mencionadas, en tanto encuadrarían dentro de la categoría *empleados civiles dependientes del Poder Ejecutivo*.

¹³ El autor se refiere a la Constitución de la República Federal Argentina.

VIII. REFLEXIONES FINALES

Si bien entendemos que el punto pueda ser discutible, consideramos existen argumentos para sostener que los representantes del Estado en los Directorios, Consejos o Juntas de las Personas públicas no estatales son funcionarios.

RUOCCO (2011) sostiene con respecto a las personas públicas no estatales que «es cierto que los elementos que SAYAGUÉS LASO señalaba como característicos de estas entidades se han ido desdibujando y aún desapareciendo. Pero no es menos cierto que la voluntad legislativa pone de manifiesto su indudable existencia», quizás este sea este uno más de los elementos que se desdibujan y que vale la pena redibujar a nivel constitucional.

En este sentido, consideramos que la regulación del punto en análisis en el presente trabajo, es sin duda, tema para agregar a la agenda de debate para una posible reforma constitucional.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BIASCO, E. (2001). Las personas públicas no estatales y paraestatales, en *Revista de Derecho Público*, año 10, N° 19, pp. 83-125. Montevideo: FCU.
- BRESSER-PEREIRA, L. y CUNILL, N. (1998). Entre el Estado y el mercado: lo público no estatal. En Bresser-Pereira, L. y Cunill, N. *Lo Público no Estatal en la Reforma del Estado*. Buenos Aires: CLAD/Paidós.
- CAJARVILLE, J. (2010). Concepto de “funcionario público” en la Constitución uruguaya y su desvirtuación lega, *Revista CADE: Doctrina y jurisprudencia*, Año2, Número 5 (febrero 2010), p. 51-67.
- CAJARVILLE, J. (2008). Sobre las personas públicas no estatales: a propósito de Ley No. 16.736. En: *Sobre derecho administrativo*. 2a. ed. ampliada. Montevideo: FCU, T. 1, p. 693-727.
- CASAU, G. (1987). El Instituto Nacional de Carnes. El Decreto-Ley 15.605 de 27 de julio de 1984. Antecedentes y proyección de la política nacional de carnes. *Texto y Contexto* N° 18. Montevideo: FCU.
- DELPIAZZO, C. (2009). *Derecho administrativo especial*. Parte I. Segunda edición actualizada y ampliada. Montevideo: AMF.
- GORDILLO, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: parte general*. 1ª edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. ISBN 978-950-9502-54-3 Recuperado de: http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/tomo1.pdf (consultado el 20/09/15).
- LABAURE, C. (2002). Los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados y su participación en Sociedades Comerciales. *Aspectos administrativos en las leyes de urgencia y de presupuesto (N° 17243 – 17292 – 17296)*. En homenaje a la memoria del Prof. Héctor Barbé Pérez, Cagnoni y Sánchez Carnelli coordinadores, páginas 235-246. Montevideo: Editorial Gafrel. ISBN 9974-39-409-0.
- ROTONDO, F. (1998) Esquema sobre personas jurídicas de derecho público no estatal. *Anuario de derecho administrativo*, tomo VI, página 51-66. Montevideo: FCU. ISSN 0797-0463
- ROTONDO, F. (2007). Actualización de esquema sobre personas jurídicas de derecho público no estatal, en *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo XIV, página 619-633. Montevideo: FCU. ISSN 0797-0463.
- ROTONDO, F. (2000) Visión actual de las personas públicas no estatales. *Revista de Derecho Público*, año 9, N° 18, pp. 87-101. Montevideo: FCU.
- RUOCCO, G. (2011). Personas públicas no estatales: ¿crisis o ductilidad de la categoría? *En Revista de la Facultad de Derecho, Número 30, enero-junio*, pp. 243-254 Montevideo: Facultad de Derecho – Universidad de la República. ISSN 2301-0665 Recuperado de: [file:///D:/Downloads/100-310-1-PB%20\(1\).pdf](file:///D:/Downloads/100-310-1-PB%20(1).pdf) (consultado el 20/09/15).

- SAYAGUÉS, E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 8ª edición puesta al día a 2002 por Daniel Hugo Martins. Montevideo: FCU.
- SAYAGUÉS, E. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, 6ª edición puesta al día a 1998 por Daniel Hugo Martins. Montevideo: FCU.
- SILVA CENCIO, J. (1978). Las empresas públicas en Uruguay. *Estudios de derecho administrativo, tomo I, pp. 447-474*. Montevideo: Dirección General de Extensión Universitaria, División Publicaciones y Ediciones.

Fecha de recepción: 9 octubre 2015.

Fecha de aceptación: 1 noviembre 2015.