

Montevideo, 25 de octubre de 2021.

Prof. Edgardo Ortuño Silva

Director de la

Administración de las Obras Sanitarias del Estado (OSE).

De mi mayor consideración:

Cúmpleme hacerle llegar mi parecer respecto a la interpretación del numeral 3) del segundo inciso del Artículo 47 de la Constitución de la República, y en particular respecto al significado de las expresiones *servicio público* y *personas jurídicas estatales*.

En efecto, ambas expresiones son, en su contexto, de indudable carácter técnico-jurídico, por lo que su conceptualización resulta trascendente para las correctas interpretación y aplicación de esa disposición constitucional.

Debe tenerse presente, como dato primario e indiscutible, que la Constitución de la República es una norma de Derecho¹. Por lo mismo sus disposiciones, en cuanto reconozcan derechos a las personas, o impongan facultades e impongan deberes a las autoridades, son de aplicación directa, en tanto se carezca de normas de eficacia formal inferior (v.g., Leyes) que obren para su concreción. Así resulta del Artículo 332 de la propia Constitución:

Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

¹Regla de Derecho, de acuerdo con el Artículo 23, literal a) del Decreto-Ley N.º 15.524, de 9 de enero de 1984. Cf. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas. Madrid, 1982.

I - Servicio público. Concepto y planteos actuales.

1. Aunque se han emitido luego del año 2004 normas de distinto valor y fuerza a los efectos de hacer aplicable la disposiciones del Artículo 47 de la Constitución, y en especial las que se incorporaron al mismo por la reforma constitucional de ese año (por ejemplo, el Decreto 157/005, de 20 de mayo de 2005, el Artículo 327 de la Ley N.º 17.930, de 19 de diciembre de 2005, o la propia Ley N.º 18.610, de 2 de octubre de 2009 -Ley de Política Nacional de Aguas-), ninguna de ellas se pronuncia sobre la extensión del concepto de servicio público, cuya prestación debe hacerse “*exclusiva y directamente por personas públicas estatales*”.

Existen al respecto opiniones diversas, ya sea postulando un sentido restringido, que alcanzaría solo a la estricta prestación a los usuarios-clientes, o bien por el contrario en un sentido amplio, que abarcaría asimismo las fases operativas previas que hacen posible esa prestación.

2. Como veremos, en nuestro país existe un concepto generalmente admitido, tanto por la legislación, como por la doctrina de Derecho Público, del “servicio público” como una clase de cometidos estatales, caracterizados por ciertos rasgos generales, y definidos como tales formalmente a través de una Ley,

El concepto, no obstante, surge en el Derecho francés de fines del siglo XIX y principios del XX como definitorio de la actividad misma del Estado, en tanto desarrolla prestaciones hacia las personas en general, ejerciendo para ello potestades de Derecho Público².

Tras una larga evolución en Derecho comparado³, la noción de “servicio público” ha quedado acotada, entre nosotros -en la práctica, en forma indiscutida- a la que brinda Sayagués Laso en su ya clásica obra:

²El origen del término, y del mismo concepto, está en la Escuela de Burdeos, iniciada por León Duguit. “El fundamento del Derecho Público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y de gestión de los servicios públicos. El Derecho público es el Derecho objetivo de los servicios públicos.” (León DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho Público*, Heliasta, Buenos Aires, p. 37). V. Julio A. PRAT, *Derecho Administrativo*, Tomo VI Volumen 1, Amalio M. Fernández, Montevideo, 1984, ps. 44-45.

³Véase Julio A PRAT, ob. cit., Tomo VI, Volumen 1, ps. 38-60.

Tomando en consideración todo lo expuesto, cabe definir los *servicios públicos* como el conjunto de *actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público.*

3. La definición que acaba de expresarse refiere al “servicio público” como actividad, y es a la que nos interesa, y a la que nos referiremos en adelante, luego de la aclaración que se efectuará seguidamente.

A los solos efectos aclaratorios, debemos dejar asentado que la expresión “servicio público” aparece, en nuestra Constitución, con tres significados diferentes:

a) Como organización, creada para el cumplimiento de actividades de interés público, en un régimen de Derecho Público⁴ (v.g. en el Artículo 65, y en el 211, literal B).

b) Como sinónimo de cometidos del Estado, en sentido amplio (v.g. en el Artículo 24).

c) Como “servicio público” *stricto sensu*, en tanto un tipo de cometidos estatales (v.g. en el Artículo 51, en el que suele identificársele con la definición de Sayagués Laso ya vista).

El tema es interesante y complejo, y excede la intención de estas páginas, por lo que remitimos al detallado y completo análisis que efectuó Cajarville Peluffo al respecto⁵.

4. Los servicios públicos, considerados como actividad, es decir, como una clase de cometidos estatales definidos por las características de las prestaciones constitutivas, y por los aspectos referentes a la financiación de los mismos (en principio, y sin perjuicio de subsidios que atiendan a la conformación de precios políticos), cubierta por las contraprestaciones de los usuarios, son cometidos de

⁴Enrique SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, 1974, p. 58.

⁵Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, *Apuntes sobre la noción “servicio público” en la Constitución uruguaya*, en “Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins”, FCU, Montevideo, 2008, ps. 203-257.

cumplimiento imprescindible, en tanto exigen Ley que los califique y determine la exclusividad para el ente estatal titular.

En tanto cometidos imprescindibles, su creación y su calificación determinan el surgimiento de un derecho correlativo de los potenciales usuarios a la prestación efectiva de esos servicios, en tanto los medios técnicos disponibles lo hagan posible.

Este derecho de los usuarios a la organización y a la prestación del servicio deriva de la asunción de la actividad de que se trate con carácter de servicio público, con fundamento último en la necesaria solidaridad social ante la satisfacción de derechos de carácter económico, y en cierta medida, también social.

La prestación del servicio es una obligación, debiendo efectuarse sin distinción de personas. Por consiguiente, no puede negarse la prestación a quienes la solicitan, si están en condiciones reglamentarias. Tampoco pueden suspenderse o suprimirse el servicio a quienes lo están utilizando, salvo los casos justificados en que dichas medidas procedan conforme a la reglamentación del servicio⁶.

5. En cuanto a los aspectos materiales de la prestación del servicio público, la realización de las prestaciones que constituyen en sentido estricto el aspecto jurídico-relacional (prestación del titular del servicio – recepción por parte del usuario/cliente), son el resultado final, o fase final, de un proceso que las hace posible.

La ejecución de las prestaciones por parte del ente estatal titular comprende tanto el servicio en sí, como la consideración de los aspectos organizacionales que hacen posible la prestación en determinadas condiciones de costo (que se traslada normalmente a la tarifa a cargo del usuario) y de calidad.

Estos aspectos pueden resultar, en los hechos, un tanto difuminados en organizaciones de gran porte; pero no puede discutirse que la forma en que se cumple la prestación resulta del cumplimiento de fases previas, que se integran técnicamente en la prestación del servicio público de que se trate.

⁶Enrique SAYAGUÉS LASO, ob. cit., Tomo I, p. 72. El derecho a la creación y mantenimiento de los servicios, y el derecho al uso y disfrute de los servicios existentes, está desarrollado (aunque con referencias al Derecho español, en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1998, ps. 70 y ss.

Así se entendió -en un marco conceptual distinto, pero de evidente analogía- cuando la doctrina y la jurisprudencia francesa debió definir hasta dónde llegaban las responsabilidades inherentes a los servicios públicos, concluyendo en que

todos los actos, ya tomados en sí mismo o en sus consecuencias, de un servicio público, se regulen por el derecho público, al igual que todo acto concurrente a permitir, de una u otra manera, la ejecución de un servicio público caiga en el dominio del derecho administrativo⁷. “La segunda [interpretación], evidentemente más amplia, y que es la que adoptarán los jueces administrativos, seguidos por los autores partidarios de esta teoría, consiste en declarar regidos por el derecho público todos los órganos de ejecución de los servicios públicos y todos los actos que tienen cualquier relación con el cumplimiento del servicio público”⁸.

Sayagués Laso, en su obra clásica, arriba implícitamente a la misma conclusión cuando analiza qué es lo que se concede en una concesión de servicio público. La prestación de un servicio público por un concesionario implica necesariamente la potestad de realizar actividades referidas a la organización del servicio⁹, y no únicamente a la ejecución de la prestación en sí.

6. En suma: en nuestro parecer, la expresión “servicio público”, referida a una clase de cometidos estatales que satisfacen necesidades colectivas de carácter impostergable mediante prestaciones de carácter individual, comprende no sólo la fase o etapa de realización concreta de la prestación que le es típica, sino también las fases o etapas necesarias para que esa prestación se brinde en condiciones de costo y calidad proporcionados y adecuados al derecho fundamental (económico y/o social) que el servicio debe satisfacer.

⁷Julio A. PRAT, ob. cit., Tomo VI, Volumen 1, p. 44.

⁸Charles EISENMANN, citado por Julio A. PRAT, ob. cit., Tomo VI, Volumen 1, p. 46.

⁹Enrique SAYAGUÉS LASO, ob. cit., Montevideo, 1974, Tomo II, ps. 20-21.

II – Alcance de la expresión “personas jurídicas estatales” en el Artículo 47 de la Constitución

1. El numeral 3 del segundo inciso del Artículo 47 de la Constitución preceptúa:
El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales.

Establecer qué son las personas jurídicas estatales es una tarea que tiene cierta complejidad. Tras un análisis doctrinal en Derecho comparado y nacional, Sayagués Laso concluyó:

En consecuencia, la distinción entre las personas públicas y privadas no puede hacerse sobre la base de su calidad estatal o no estatal, sino en razón del régimen jurídico en que se mueven. Si se regulan por el derecho público, en todo o en parte, serán personas públicas; si exclusivamente por el derecho privado, serán personas privadas.

Ahora bien, para saber si una entidad es pública o privada, es decir, si se mueve bajo normas de derecho público o de derecho privado, se estará en primer término a la voluntad legislativa: si el derecho positivo da una solución, el intérprete no puede desconocerla. Cuanto la cuestión no quede resuelta en esa forma, se examinará el conjunto de disposiciones relativas al origen, organización y funcionamiento de la entidad, especialmente las que establecen su forma de creación, fines que persigue, existencia de potestades o privilegios típicos de derecho público y naturaleza del contralor a que se encuentra sometido¹⁰.

En el pensamiento del maestro compatriota estaba, sin duda, la necesidad de encuadrar dentro de la dicotomía personas públicas – personas privadas a las personas de Derecho Público no estatales. No ingresa en su estudio la posibilidad de la existencia de personas estatales reguladas por el Derecho Privado, más que en situaciones excepcionales¹¹ y transitorias:

¹⁰Enrique SAYAGUÉS LASO, ob. cit., Tomo I, pág. 175.

¹¹Como el caso de empresas comerciales (sociedades anónimas) nacionalizadas por vía de expropiación.

En cuanto a las entidades estatales que por texto expreso asumen la forma de instituciones privadas, son casos de excepción y generalmente temporarios, pues al poco tiempo inevitablemente evolucionan y adoptan un régimen propio de derecho público¹².

2. Entendemos que la referencia a las “personas jurídicas estatales” efectuada en el numeral 3) del Artículo 47 de la Constitución sólo puede referir a personas jurídicas públicas estatales, esto es, a las que han sido creadas por acto de autoridad estatal, y que se regulan en su régimen jurídico (o en partes sustanciales de éste) por el Derecho Público.

No compartimos en este sentido -con el respecto debido a la enjundia del autor- clasificaciones como la que presenta Carlos E. Delpiazzo en obra reciente, en la que expresa que pueden existir personas privadas estatales, como las empresas nacionalizadas y las sociedades comerciales creadas o participadas por entidades estatales (aunque reconoce que esta categoría desborda los esquemas tradicionales, obligando a profundizar en su análisis jurídico, especialmente desde la óptica del control)¹³. Esa clasificación tiene una finalidad descriptiva y analítica, útil a la hora de analizar la pertinencia, y las consecuencias, de la asignación de cometidos públicos a sociedades de forma comercial, regidas en su creación, funcionamiento y actividad jurídica por el Derecho Comercial¹⁴.

Las personas jurídicas estatales son aquellas que se crean como consecuencia de un acto de ejercicio de Poder Público: ejercicio de soberanía (como es el caso del Estado nacional o “central”, o “persona estatal mayor”), Constitución (como el Banco de Previsión Social o el Banco Central, creados por los Artículos 195 y 196) o, como en los demás casos, la Ley.

Emilio Biasco, luego de caracterizar a las personas estatales en base al régimen jurídico aplicable en forma total o preponderante, caracteriza a las entidades estatales,

¹²Enrique SAYAGUÉS LASO, ob. cit., Tomo I, p. 176, nota 3.

¹³Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo General*, Volumen 2, Montevideo, 2020, ps. 299-300.

¹⁴Básicamente, por las formas societarias previstas en la Ley N.º 16.060, de 4 de setiembre de 1989; y ello sin perjuicio de controles específicos como los que resultan del Artículo 177 del TOCAF, y de los Artículos 276 a 290 de la Ley N.º 19.889, de 9 de julio de 2020.

en forma secundaria o accesoria, por su creación mediante Constitución o Ley (cuando la primera lo autorizara a texto expreso), el cumplimiento de fines públicos ajenos al lucro, la titularidad de potestades públicas, el sometimiento a normas de procedimiento y controles, la calidad de funcionarios públicos de sus agentes, la calidad estatal de su patrimonio y la sujeción a una jurisdicción administrativa especial.¹⁵

Este criterio es también el expresado por Cajarville Peluffo, para quien la expresión “Estado”

En sentido amplio, no designa a una persona, sino a un conjunto de personas jurídicas que comprende la “persona pública mayor” y además otras cuya existencia está impuesta o prevista en la Carta; en este sentido, “Estado” alude en la Constitución al conjunto de personas que en ella se consideran *estatales*. En este punto, reviste particular interés el art. 24 de la Carta, porque en él, en una misma frase, aparecen los dos sentidos en que se utiliza la palabra “Estado”, primero en sentido estricto, y luego cerrando una enumeración de personas jurídicas distintas a esa “persona pública mayor”. También cabe atribuir a “Estado” ese significado amplio en las disposiciones constitucionales que incluyen en el contenido de esa palabra a otras personas jurídicas estatales distintas a la “persona pública mayor”¹⁶.

Y luego continúa expresando el autor que

las estatalidad no es sino un régimen jurídico, básicamente contenido en la Constitución y desarrollado por las leyes, al cual la propia Carta y las leyes dentro del marco que aquélla dibuja, someten a determinadas entidades creadas por la Constitución o la ley, y a ciertas actividades que les atribuyen¹⁷.

3. En síntesis, atendiendo al criterio que entendemos jurídicamente correcto, en la estela de los conceptos expuestos, los servicios públicos mencionados en la disposición constitucional de referencia solo pueden ser prestados “exclusiva y

¹⁵Emilio BIASCO, *Las personas públicas no estatales y paraestatales*, en “Revista de Derecho Público”, Año 2001, N.º 19, ps. 84-86.

¹⁶Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, *Empresas privadas con participación del Estado. Significado de la palabra “Estado” en los incisos 3º y 4º del art. 188 de la Constitución*, en “Sobre Derecho Administrativo”, FCU, Montevideo, 2007, Tomo I, p. 600.

¹⁷Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, ob. cit., Tomo I, p. 602.

directamente” por alguna de estas clases de personas jurídicas estatales, de creación contitucional o legal:

a - el Estado (como persona pública estatal mayor, único exponente de esta clase),

b - los Entes Autónomos,

c - los Servicios Descentralizados,

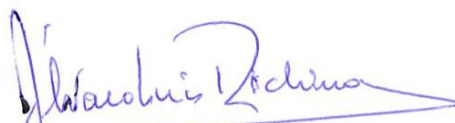
d - los Gobiernos Departamentales.

Esta es también la conclusión a la que arribó en su momento Mariano R. BRITO, en un trabajo de doctrina del año 2008¹⁸.

Quedan excluidas de la prestación de estos servicios públicos las sociedades e economía mixta “de Derecho Público” contempladas en los dos primeros incisos del Artículo 188 de la Constitución. Pese a que estas formas organizativas pueden asumir las formas jurídicas de Ente Autónomo o Servicio Descentralizado, quedan excluidas de la prestación de estos servicios públicos por la disposición del quinto inciso de ese artículo, surgido asimismo de la reforma constitucional del año 2004.

Las notas señaladas de *exclusividad* y *prestación directa* excluyen -sobre esto no hay discusión posible- que los servicios públicos de saneamiento y de abastecimiento de agua puedan ser cumplidos por cualquier medio (típicamente, una concesión) por otra clase de persona jurídica, cualquiera sea su naturaleza.

Saluda al señor Director con la más alta consideración,



Dr. Álvaro Richino

Prof. Agr. (G° 4) de Derecho Administrativo

UDELAR

¹⁸Mariano R. BRITO, Régimen jurídico del agua y saneamiento en Uruguay, en “Anuario de Derecho Administrativo”, Tomo XV, FCU, Montevideo, ps. 51-62. Véase en particular lo expuesto en ps. 57 y 61.