

DISTINCIÓN ENTRE PERSONAS PÚBLICAS Y PRIVADAS

Dr. ENRIQUE SAYAGUES LASO
Titular Derecho Administrativo,
Escuela de Derecho, Universidad
de Montevideo.

El tema señalado por las autoridades de la Facultad de Derecho de La Plata para esta disertación, es indudablemente un acierto, porque en el momento actual ese punto constituye una preocupación para todos los profesores de derecho público. Y la verdad sea dicha, como anticipo de las conclusiones que expondré al final, que no hay una respuesta plenamente satisfactoria, que no deje dudas.

Estamos frente a un problema en evolución, que plantea dudas muy serias, y que además pone en jaque muchas nociones básicas que se consideraban pilares del derecho administrativo clásico.

Cuando el jurista extiende la mirada por encima de fronteras, encuentra en otros países el mismo panorama que en el suyo: una multiplicidad de personas jurídicas, ya sea públicas o privadas, que cumplen fines no estrictamente individuales, sino fines de interés colectivo más o menos amplios. Esa situación es muy confusa. ¿Por qué? Porque ha avanzado el desarrollo del derecho público y en lugar de las personas públicas que existían un siglo atrás, en clara oposición con las personas privadas, hoy aparecen una variedad tal de personas que la división clásica se ha atenuado o mismo aun ha desaparecido.

NOTA:—Conferencia inédita pronunciada por el Profesor Enrique Sayagués Laso sobre el tema: "Distinción Entre Personas Públicas y Privadas", en la Facultad de Derecho de la Plata, el día 25 de setiembre de 1960.

En el siglo pasado, en un país como el Uruguay —cito un ejemplo para simplificar la exposición— existía el Estado, las personas públicas locales, y algunas pocas otras personas públicas estatales, que corresponden a las que actualmente en la Argentina se llaman entes autárquicos, y que en el derecho uruguayo se denominan entes autónomos. Esto en el campo del derecho público. En el derecho privado existían las personas que el Código Civil denominaba asociaciones privadas y las sociedades comerciales. No había posibilidad de confusión, pues los dos campos estaban bien definidos.

Actualmente las cosas han cambiado, pues en el derecho público se han multiplicado las llamadas personas públicas a fin especial. Basta observar lo ocurrido en los recientes congresos internacionales, para ver que ese problema preocupa a todos. Ese punto ha estado en la orden del día de las últimas reuniones internacionales, como las realizadas por el Instituto Internacional de Ciencias Administrativas. Se procura examinar si hay principios comunes a todas esas personas públicas que se llaman de tan distinta manera: en Francia, establecimientos públicos, "offices publics", y ahora también sociedades nacionalizadas, etc., en Bélgica se denominan de muy distinta manera; en Italia son las llamadas entidades autárquicas o las sociedades por acciones; en los países anglo-americanos, son toda esa variedad de "public corporation"; en el continente latinoamericano, en la Argentina, entidades autárquicas; en Chile, semi fiscales, etc. Como dice un autor americano, hay un verdadero caos de entidades públicas estatales.

Pero el caos se ha extendido más, pues se discute si ciertos entes son personas públicas estatales o no lo son. Precisamente, esto ha originado gran confusión en los últimos veinte años, porque han surgido instituciones que se asemejan a las personas públicas estatales clásicas, pero que evidentemente el sentido común nos dice que no son estatales. Entonces, aquella simplicidad del derecho clásico

aparece rota, porque antes público y estatal eran nociones coincidentes y ahora no lo son más.

Volvamos al ejemplo del derecho uruguayo. El Estado, los gobiernos departamentales, los entes autónomos, eran las personas públicas estatales, y se regulaban por el derecho público. Derecho público y entidad estatal eran nociones que coincidían en su campo de aplicación. Del otro lado, personas privadas y derecho privado eran nociones coincidentes. Actualmente, la aparición de numerosas personas jurídicas de tipo especial, con caracteres muy originales, han quebrado esa coincidencia, pues hay personas jurídicas que no son estatales pero que se mueven bajo reglas de derecho público.

Si analizamos lo ocurrido en Francia en los últimos años, que provocó una crisis en el derecho administrativo francés, tenemos, con ese ejemplo del derecho francés, perfectamente explicado el problema.

Según la teoría clásica francesa, las personas públicas pertenecían a cuatro categorías fundamentales: el Estado, los departamentos, las comunas (es decir, las tres variedades de entidades territoriales) y los establecimientos públicos. Había algunas personas públicas que no encuadraban bien en esa clasificación; pero eran casos aislados y pasaban desapercibidos.

La noción de persona pública, y especialmente la de establecimiento público, había sido definida por la doctrina francesa en oposición al establecimiento de utilidad pública, que eran personas de derecho privado y, por consiguiente, no estatales, reguladas por el derecho privado. Pero la doctrina clásica empezó a desmoronarse a partir de 1935, de la misma manera como comenzó a resquebrajarse la noción clásica de servicio público. Y al quebrarse esas dos nociones básicas —servicio público y establecimiento público— entró en crisis el derecho administrativo francés. Luego, al cabo de algunos años, en los países que siguen la orientación del derecho francés, las mismas dudas comenzaron

a plantearse. Los primeros nubarrones de la crisis aparecieron en Francia en 1936 y 1938, con los fallos del Consejo de Estado francés, dictados en los asuntos Vézia y Caisse Primaire, en los que el Consejo de Estado afirmó que podía haber instituciones de derecho privado, es decir, instituciones que no eran establecimientos públicos, pero que tenían a su cargo un servicio público. Por consiguiente, eran antes parcialmente regulados por el derecho privado y el derecho público. Esto fue una novedad en el derecho administrativo francés y la doctrina quedó perpleja ante esos fallos.

Y como la evolución económica no puede detenerse, el Consejo de Estado continuó en la vía iniciada, pues los hechos sociales y económicos se impusieron a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Así, en 1943 se dictó otro fallo, en el cual el Consejo de Estado afirmó que las Ordenes Profesionales —el fallo se refería concretamente a la Orden de los médicos, pues los colegios profesionales en Francia se llaman Ordenes Profesionales— no son establecimientos públicos, es decir, que no son del Estado, pero que ejercen ciertas funciones públicas. Esto originó nuevas dudas a la doctrina francesa.

Las nacionalizaciones operadas después de la última guerra mundial, también agravaron el problema, porque aparecieron entidades estatales bajo forma de sociedades anónimas, que pertenecían al Estado, pero que se regulaban por el derecho privado. Son las llamadas "sociedades nacionalizadas". Y como el problema era muy complejo, incluso ocurrió que alguna sociedad calificada por la ley como sociedad nacional y, por consiguiente, regulada por el derecho privado, no fue considerada como tal por la jurisprudencia, entre otras razones porque, dado que era una empresa deficitaria, si se le consideraba sociedad nacional hubiera podido ser ejecutada por los acreedores. Es la solución afirmada en 1951, en un fallo dictado en el caso de la Société Nationale de Presse, institución que

la ley calificaba como sociedad nacional, pese a lo cual se admitió que era un establecimiento público y que por tanto sus bienes eran inembargables.

Como pueden verse, esos fallos crearon en la doctrina francesa la incertidumbre en cuanto a la noción de persona pública estatal, especialmente la noción de establecimiento público, y sobre el límite entre el dercho público y el derecho privado. Eso explica que aparecieran varias obras francesas en las que se estudia la crisis de la noción de establecimiento público, igual como se estudió en Francia la crisis de la noción del servicio público. Todo esto ha llevado a los juristas franceses a revisar las nociones fundamentales de esta disciplina.

Lo ocurrido en Francia nos pone cabalmente frente al problema y muestra su trascendencia. Veré ahora de entrar al fondo de la cuestión y aclararla en la medida posible.

Pienso que lo más conveniente para explicar este problema tan difícil —más ventajoso que una exposición teórica— es señalar a la atención de ustedes, cuatro o cinco ejemplos de personas jurídicas que existen en casi todos los países, incluso en la Argentina, y que permiten orientarnos en la tarea de distinguir las personas públicas de las personas privadas.

En primer término cabe mencionar los Colegios de Abogados. Estos pueden estar organizados de muy distinta manera. En el Uruguay, por ejemplo, y en la Capital Federal en la Argentina, son instituciones puramente privadas, creadas por la libre voluntad de los profesionales que se afilian; no son creados por la ley. Por tanto, son instituciones de derecho privado. Este tipo de Colegios de Abogados no puede progresar suficientemente, porque carecen de los medios legales necesarios para cumplir sus fines.

Pero se concibe —y los hay— Colegios de Abogados creados por ley, que imponen la afiliación obligatoria a todos los abogados. Esa circunstancia ya comienza a evidenciar que no son meras asociaciones de derecho privado,

porque su origen está en la ley y además la afiliación es obligatoria. Es el caso de algunos Colegios de Abogados en las provincias argentinas.

Pero mientras la ley se limite a crear el Colegio y no amplía notoriamente sus fines o sus poderes, podría pensarse que se está ante la anomalía de una asociación privada creada por ley. Aclaro que a mi juicio ya no es una persona privada porque la afiliación es obligatoria. Pero además hay que tener en cuenta las atribuciones que la ley suele dar a estos Colegios de Abogados. Generalmente, en tales casos lo menos que se les da es la potestad disciplinaria sobre los miembros de la profesión. Aquí ya estamos ante una actividad verdaderamente pública. En el Uruguay, como no hay Colegios de Abogados organizados en esa forma, la potestad disciplinaria sobre los abogados la ejerce el Poder Judicial. Quiere decir, pues, que constituye una atribución típicamente pública, ejercida por una autoridad jurisdiccional. Si esa misma atribución se da a los Colegios de Abogados, ¿no estaremos ante una atribución de potestad pública dada por la ley a un Colegio de Abogados? Y esa circunstancia hará que el Colegio de Abogados se convierta, por ese solo motivo, en una entidad estatal? Parece que no. Repugna a nuestra manera de pensar y a la realidad de las cosas, admitir que un Colegio profesional se convierte por tal causa en una entidad estatal.

Pero la ley puede incluso dar a los Colegios más atribuciones. Es lo que ocurre en Chile. Como ustedes saben, en Chile los Colegios de Abogados no solamente han sido creados por ley, y tienen atribuciones disciplinarias, sino que ejercen una función importante en la preparación de los futuros abogados, porque la enseñanza práctica de los abogados, indispensable para quedar habilitado al ejercicio de la profesión, está encomendada a los Colegios de Abogados, a cuyo efecto la ley dio a los Colegios la defensoría de pobres, y para hacer factible esa labor, les adjudicó recursos. En el Uruguay la enseñanza práctica de los futuros abogados y la defensoría de pobres, son ambas

actividades que están a cargo de entes públicos estatales. La universidad, por un lado, y el Estado, a través del Poder Judicial, por otro. Por tanto, frente a Colegios de Abogados como los de Chile, que tienen las características señaladas, no puede dudarse que son entidades que están ejerciendo, no ya potestad disciplinaria sobre los abogados, sino diversas atribuciones que en algunos países se considera atribuciones propias de las entidades públicas estatales: Surge así la pregunta, ¿de qué son esos Colegios de Abogados?

Del planteamiento que hemos realizado surge que en algunos países los Colegios son instituciones privadas; y que en otro extremo, en los países de tipo corporativo, esas Ordenes profesionales pueden considerarse entidades estatales. Pero en la mayoría de los países —y es la posición del Consejo de Estado francés—, no son entidades estatales, aunque evidentemente se están moviendo en un plano de derecho público, incluso porque ejercen atribuciones que normalmente en ciertos países están a cargo de entidades estatales.

2 Lo mismo ocurre —y es el segundo ejemplo— con otras entidades, por ejemplo, las Cajas de Jubilaciones. Quizá el ejemplo más claro lo brinda el derecho uruguayo, aunque lo que diré vale para otros países, por ejemplo y especialmente Chile.

En el Uruguay, las principales Cajas de Jubilaciones, es decir, las que sirven las pasividades de los gremios más numerosos, son entidades públicas estatales descentralizadas, o sea entidades análogas a las que en el derecho argentino se denominan entidades autárquicas. No hay ninguna duda al respecto.

Pero en el Uruguay hay varias Cajas de Jubilaciones que el legislador expresamente creó, y no como entidades estatales. No solamente la ley lo estableció así, sino que estructuró un régimen jurídico que no puede ser admisible para entidades estatales. En nuestro derecho se reconoce que esas tres o cuatro Cajas de Jubilaciones, especialmente

Caja de Jubilaciones Notarial y la Caja de Jubilaciones Profesionales Universitarios, son personas públicas no estatales, utilizando la terminología que he propugnado, terminología que ha recogido el derecho uruguayo. Es decir, personas que no son del Estado, pero que se están moviendo en el ámbito del derecho público. ¿Acaso hay alguna diferencia entre el fin que cumplen esas personas no estatales, en los fines que cumplen las entidades estatales que atienden el servicio de la pasividad para otros gremios? Hay diferencias de organización y de procedimientos, y por consiguiente, el régimen jurídico varía; pero los fines son idénticos.

El tercer ejemplo es lo que la doctrina denomina sociedades de economía mixta. Doy por conocido lo que son las sociedades de economía mixta.

Hay aportación de capitales públicos y privados; por tanto, desde el punto de vista patrimonial, en parte hay patrimonio público y en parte patrimonio privado. Pero el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, ¿es de derecho público o de derecho privado? El examen del derecho positivo de los distintos países, es decir, en el plano comparativo, nos muestra que según la legislación de los diferentes países o la opinión que prevalezca cuando que no hay ley expresa, esas sociedades de economía mixta se consideran como entidades estatales y por consiguiente reguladas por el derecho público, o bien se regulan como sociedades puramente privadas, reguladas por el derecho privado, a veces por el Código de Comercio, pero bien tienen un régimen especial, que no es exclusivamente ni de derecho privado ni de derecho público, en todo caso casi siempre hay consenso en que no son entidades estatales. Quiere decir, por consiguiente, que aun en una organización similar y cumpliendo actividades análogas, tales sociedades pueden considerarse como entidades públicas estatales, o públicas pero no estatales, o de derecho privado. Ese resultado es producto de la voluntad legislativa.

El cuarto ejemplo que conviene tener en cuenta por lo que vamos a decir después, responde a una evolución que se ha producido en gran escala después de la última guerra mundial, aunque ya existía de antes. Es lo que se ha llamado por algunos, accionariado del Estado, es decir aquellas sociedades de derecho privado, generalmente sociedades comerciales por acciones, que el Estado adquiere, sea por compra voluntaria de todas las acciones, sea por expropiación de todas las acciones, y que por ese procedimiento se convierten en entidades estatales, en el sentido de que pertenecen íntegramente al Estado, aunque mantienen, por voluntad del legislador, la forma de sociedad comercial, y se regulan, por consiguiente, por el derecho privado. Ese fenómeno, que pasó desapercibido en cierta época, ha adquirido recientemente gran importancia, sobre todo en Francia y en Italia. Esto nos pone frente a otro tipo de instituciones, que son indudablemente estatales en el sentido de que pertenecen al Estado, que son del Estado, que integran la organización jurídica de la Nación; pero que se regulan por el derecho privado.

~~El último ejemplo que quiero mencionar a los efectos~~
que veremos después, es la posibilidad de que existan personas jurídicas de algunas de las categorías que hemos mencionado, pero que no han sido creadas por la ley, sino creadas por acto administrativo. Esto no es frecuente. Un ente autónomo, una entidad autárquica, una sociedad de economía mixta, aparece generalmente creada por la ley; pero en algunos países pueden ser creados por acto administrativo, desde luego actuando la administración conforme a una ley de carácter general. Pero el acto de creación del ente, es acto administrativo. Incluso, a veces, dichas personas pueden ser creadas por contrato. Quizá el ejemplo más típico lo encontramos en el Perú, pues la ley N° 9577, dictada hace un decenio, autorizaba al Poder Ejecutivo a crear, por acto administrativo, lo que en la Argentina se llaman entes autárquicos y que en nuestro país denominamos entes autónomos. (Uruguay)

Estos son los datos de la realidad en el plano comparado, que interesa tener en cuenta para encarar el problema, y para encararlo con acierto, a mi modo de ver hay que hacer un doble planteo. Los autores generalmente se refieren —y es el tema de la disertación— al criterio para distinguir las personas públicas y privadas. Pero en esa forma se encara el problema parcialmente, porque es necesario estudiar dos cosas, que si bien son conexas y parecidas, no pueden confundirse: una es el criterio para distinguir las personas jurídicamente privadas y públicas; otra, el criterio para distinguir las personas estatales de las personas que no son del Estado. Esta puntualización es indispensable porque en el derecho clásico había coincidencia entre derecho público y ente estatal, y entre persona privada y derecho privado. En cambio actualmente, como ya lo hemos visto no hay coincidencia. Puede haber personas públicas, en el sentido de que están reguladas en todo o en parte principal por el derecho público, y que sin embargo no son estatales. El ejemplo más característico, a mi entender, lo constituyen los Colegios de Abogados y otras Ordenes profesionales, cuando tienen atribuciones como las que poseen los Colegios de Abogados de Chile. Evidentemente, el planteo simplista de que el criterio para distinguir las personas públicas y las personas privadas, automáticamente determina las que son estatales y las que no lo son, ha sido desbordado por los hechos. En consecuencia, hay que estudiar esos dos aspectos, esos dos criterios, que están vinculados al problema.

Pero antes de hacerlo cabe la pregunta de si tiene algún interés esa doble distinción. Porque no es cuestión dedicar demasiado tiempo al análisis de cuestiones puramente teóricas, si carecen de trascendencia.

La trascendencia es grande, porque la doble distinción tra consigo el régimen jurídico aplicable a las distintas situaciones. Me refiero al régimen jurídico aplicable cuando hay disposición legal expresa que resuelva el punto, es decir, cuando se trata de colmar los vacíos de la ley.

Se discute si una persona jurídica es pública o es privada. Si admitimos que es una persona privada, incluso si admitimos que es privada aunque estatal (como las sociedades por acciones a que hacíamos referencia) entonces se aplican las reglas del derecho privado, salvo que el legislador haya consagrado soluciones de excepción. El régimen de los funcionarios públicos no rige, porque los empleados de dichas entidades no son funcionarios públicos. Además, debe admitirse en tales casos, como solución de principio, que la creación de dichas personas jurídicas privadas surge por acto voluntario de las personas. La afiliación obligatoria o la creación por ley, no existe por regla general; además, también como consecuencia, la persona de derecho privado en principal no puede imponer tributos.

La segunda distinción se refiere a si la entidad es estatal o no estatal. Si llegamos a la conclusión de que es una entidad estatal, surgen todas las consecuencias propias del régimen administrativo inherente a tales personas: sus decisiones son actos administrativos y su impugnación se hace mediante los recursos administrativos y contenciosos correspondientes; las personas que trabajan en dicha entidad son funcionarios públicos, y su responsabilidad se hace efectiva por los procedimientos del derecho público; además y esto es fundamental, en los países en que el texto constitucional establece las reglas generales aplicables a las llamadas entidades autónomas o autárquicas, o a los gobiernos comunales, la organización de esas personas públicas estatales debe ajustarse al texto constitucional. En cambio, si admitimos que no son estatales, sea que se regulen por el derecho público total o parcialmente, sea que se regulen por el derecho privado, las decisiones de dichas entidades no serán actos administrativos, ni sus empleados serán funcionarios públicos, ni su organización tendrá que amoldarse a los textos constitucionales que se refieren a la organización de las personas públicas estatales.

Como puede verse, el criterio para distinguir una y otras personas tienen mucha trascendencia. Un ejemplo concreto de nuestro derecho: ¿las decisiones de las Cajas de Jubilaciones, cómo se impugnan? Si es una Caja estatal, se aplican los textos constitucionales: hay acto administrativo, proceden los recursos administrativos, y la decisión puede impugnarse ante el Tribunal de lo Contencioso. En cambio, si la Caja es una persona no estatal, no hay acto administrativo, no rigen los recursos administrativos y contenciosos previstos en la Constitución, la competencia para los recursos o acciones procedentes pertenece al Poder Judicial y no al Tribunal de lo Contencioso.

Veán que no es un problema local, limitado a nuestro país. El mismo problema lo enfrentó el Consejo de Estado francés, al analizar el régimen jurídico aplicable a las Ordenes Profesionales. Y el Consejo de Estado no siempre estableció soluciones conforme a los principios, porque en el caso de las Ordenes de Abogados afirmó que las facultades disciplinarias ejercidas por dichas Ordenes de Abogados y las decisiones que adoptaban eran impugnables ante el Poder Judicial. Contempló, así, la especial situación de los abogados frente al Poder Judicial, ante el cual pleiteaban. En cambio, tratándose de las Ordenes de los Médicos, afirmó la solución opuesta, que las decisiones eran impugnables ante el Consejo de Estado, lo cual daba lugar a pensar que eran actos administrativos. Sin embargo, el Consejo de Estado entendió que unas y otras Ordenes eran entidades no estatales, que no eran establecimientos públicos, sino privados, lo cual hasta cierto punto supone una inconsecuencia, explicable por razones de carácter circunstancial.

Analizaré ahora los distintos criterios que pueden utilizarse para distinguir, por un lado, si las personas son públicas o privadas, y por otro lado, las personas estatales y no estatales. Son dos problemas distintos, que no deben confundirse, aunque habitualmente se estima que constituye uno solo. Empezaré analizando los criterios para distinguir las personas públicas de las privadas.

③ Algunos autores estiman que la creación de la persona jurídica por la ley es un índice claro de que se está en presencia de una persona pública y, por consiguiente, cuando no hay creación de origen legal, la persona es privada. Este es un índice importante, porque cuando hay creación por ley, casi sin posibilidad de error puede afirmarse que se está en presencia de una persona pública. Pero no es un índice definitivo, porque puede haber personas públicas que no hayan sido creadas por ley, e incluso podría haber alguna persona de derecho privado, de origen legal, especialmente tratándose de sociedades nacionalizadas. Pero es un índice importante sin duda alguna.

② Otros autores han hecho caudal en los fines que cumplen las diferentes personas jurídicas: cuando son fines de carácter colectivo, de utilidad general, las personas son públicas, y cuando son fines de otra naturaleza, se está en presencia de personas privadas. Este es un elemento de juicio importante no hay duda, pero no es definitivo, por razones que se comprenden fácilmente. Hay entidades públicas y no sólo públicas sino además estatales, que cumplen fines que no difieren de los fines que persiguen ciertas instituciones privadas. Pongamos un ejemplo: el ente estatal que tiene a su cargo la industria de la pesca, como ocurre en el Uruguay que actúa en el comercio de los combustibles. ¿Qué diferencia de fines tiene con las instituciones privadas que ejerzan la misma actividad? Todas las organizaciones estatales con fines exclusivamente industriales o comerciales, por regla general, no persiguen fines que sean fundamentalmente distintos de las empresas privadas que realizan el mismo trabajo.

① Un tercer elemento que se tiene en cuenta para determinar si las personas son públicas o privadas, es que sean del Estado, es decir, que sean estatales. En general es exacto que toda persona pública estatal es persona de derecho público: pero tampoco es un criterio definitivo. Hemos señalado antes la existencia en Francia de las llamadas sociedades nacionalizadas, (que es el nombre con

ue se denominan las sociedades comerciales por acciones (que pasaron a integrar el patrimonio del Estado) que son estatales, pero que se consideran personas de derecho privado, reguladas por el derecho privado.

Se ha hecho caudal también en la existencia de potestades públicas en manos de la persona jurídica, para afirmar que se está en presencia de una persona pública y no privada. Cabe decir de este elemento lo mismo que de los anteriores: que es elemento sin duda importante le tener en cuenta; pero no decisivo, entre otras razones porque hay entidades públicas, y más todavía, entidades estatales, que no ejercen potestades públicas. Un ente público, un ente autónomo como existen en el Uruguay, que ejerza actividades meramente industriales, podrá quizá tener potestades públicas si el legislador se las dio expresamente. Pero, ¿qué poder público ejercerá si meramente explota una industria, que también ejercen personas privadas en competencia con la propia institución?

Por último —y no pretendo con esto agotar los elementos que la doctrina menciona para distinguir las personas públicas de las privadas— se hace caudal también en la existencia de un contralor del Estado sobre el desenvolvimiento de estas personas jurídicas, para hallar en la existencia de ese contralor un índice claro de que es una persona pública. Es también una circunstancia que lleva a pensar que se trata de una persona pública, el hecho de que esté sometida a un contralor intenso del Estado; pero sabemos bien que hay personas privadas controladas por el Estado, y a veces muy severamente, que no por eso dejan de ser privadas. Un ejemplo característico en el derecho uruguayo, que existe también en otros países, son las llamadas sociedades mutualistas de asistencia médica, que son entidades privadas, pero que en razón de los fines que persiguen, la asistencia médica colectivizada, están sometidas a una vigilancia muy estrecha, e incluso a potestades de contralor de tal naturaleza, que en nuestro derecho, permite llegar a la intervención de dichas sociedades mutua-

listas por acto administrativo en ciertos casos graves previstos por ley.

Estos índices o elementos que hemos señalado, como criterios que postula la doctrina para distinguir las personas jurídicas privadas de las públicas, también se han propuesto para el segundo problema que hemos señalado, es decir, para distinguir las personas estatales de las no estatales. Y en esto radica un poco la causa de la confusión. Porque se trata de un problema distinto, aunque como tiene mucha conexión con el anterior, los autores a veces lo estudian sin hacer la distinción.

① Veamos dichos elementos.

La creación por ley. Evidentemente toda entidad estatal salvo muy rara excepción, es creada por la ley. Digo salvo rara excepción, porque ya señalé un caso en el derecho peruano, en el que pueden crearse verdaderos entes autárquicos por acto administrativo. Pero es más importante la excepción en el otro campo, ya que pueden existir muchas instituciones que no son estatales y que son creadas por ley, especialmente las llamadas personas públicas no estatales que no integran la organización del Estado, como las Cajas de Jubilaciones profesionales que mencioné. En nuestro derecho hay Cajas de Jubilaciones, creadas por ley, que son estatales, y otras Cajas que no lo son, aunque también creadas por ley, pero con un régimen jurídico distinto. Lo mismo pasa con los Colegios Profesionales. De modo que la creación por ley, que es el índice más importante para distinguir las personas públicas de las privadas, es un índice de muy relativa importancia, por no decir casi nulo, para distinguir las entidades públicas no estatales.

② Los fines. En parte cabe decir a este respecto lo mismo que de la creación por ley. Las personas públicas estatales, y las que se rigen por el derecho público, pero no son estatales, con frecuencia cumplen fines iguales. El ejemplo que cité hace un momento, de las Cajas de Jubi-

laciones, es una prueba terminante. Claro que a veces hay notoria diferencias de fines. Es el caso de los Colegios Profesionales. Salvo en los estados de tipo corporativo, los Colegios Profesionales deben considerarse que no son entidades estatales. Sus fines, por lo menos algunos de ellos, especialmente la disciplina en la profesión, que se cumplen por medio de estos Colegios, no debe considerarse fines específicos del Estado.

Pero esto tampoco es una afirmación absoluta, porque ya señalé que en nuestro país la función disciplinaria de ciertas profesiones está a cargo de organizaciones del Estado, como ocurre en los países en los cuales los Colegios Profesionales son de origen puramente privados, y la ley no les ha dado competencia en materia disciplinaria.

Respecto de las potestades públicas o respecto del contralor que el Estado ejerce sobre las personas jurídicas, cabe consideraciones similares. Muchas personas públicas no estatales ejercen potestades públicas, que la ley les da especialmente, y también están sometidas a un contralor intenso del Estado.

De modo que esos índices tienen importancia relativa cuando se quiere determinar si la entidad es estatal o no lo es.

Como pueden ver, llegamos a la conclusión de que ninguno de los índices o elementos que se han señalado, permite por sí solo resolver en forma definitiva la situación. Quiere decir que debe examinarse el conjunto de circunstancias o características establecidas por el legislador, cuando la persona jurídica de que se trata, ha sido creada por la ley; y cuando la persona no ha sido creada por el legislador, pero se creó conforme a leyes generales, hay que tener en cuenta las características que regulan la organización y funcionamiento de dichas entidades. Por tanto, respecto de las personas públicas, estatales o no estatales, que por regla general como lo hemos señalado, son creadas por la ley, hay que estar en primer término a

la voluntad legislativa claramente expresada. Cuando el legislador crea una persona, si la crea con carácter de entidad estatal, y con tal o cual categoría de entidad estatal, parece claro que esa voluntad legislativa es la que predomina en la calificación.

Pero esto, que podría hacer pensar que es un criterio definitivo, tampoco lo es en forma absoluta, porque se ha dado el caso de calificaciones legislativas erróneas. En esos casos se plantea un problema sumamente difícil, de si debe prevalecer la calificación errónea frente a la realidad que emerge del resto de la ley.

Voy a explicar esto con un ejemplo hasta cierto punto original de nuestro derecho. En determinado momento se proyectó la creación de un ente autónomo. Ustedes saben que en el derecho uruguayo hay entes autónomos y servicios descentralizados; unos y otros son entidades estatales que equivale a las entidades autárquicas del derecho argentino; pero la Constitución establece un régimen diferencial para una y otra categoría, pues los entes autónomos tienen mayor descentralización administrativa, los servicios descentralizados menos descentralización. Y como esas diferencias de organización y funcionamiento se encuentran establecidas en el texto constitucional, es evidente que si se crea un ente autónomo no se le puede dar el régimen correspondiente al servicio descentralizado y viceversa. ¿Por qué? Porque habría contradicción entre la Constitución y la ley. En el caso a que me refiero se había proyectado la creación de un ente autónomo, y el proyecto de ley daba al servicio las características propias de un ente autónomo. Si la ley hubiera sido sancionada en esa forma no hubiera surgido problemas. Pero al discutirse la ley, en un momento de anormalidad política institucional, alguien señaló que no convenía crear un ente autónomo, porque se criticaría al gobierno porque creaba un ente autónomo más; para evitarlo en el artículo primero, donde decía: "Créase el ente autónomo tal", se estableció "Créase el servicio descentralizado tal"; pero el resto de la ley quedó

como estaba proyectado. En ese caso, ¿se estaba frente a un ente autónomo o un servicio descentralizado? Véase que no se trata de determinar si era un ente estatal o no; en el caso era una entidad estatal; ¿pero qué clase de entidad estatal?

Frente a una curiosidad jurídica como la señalada, el criterio de la voluntad legislativa no puede prevalecer, porque hay dos soluciones contradictorias establecidas en la ley.

El criterio de la voluntad legislativa vale cuando hay una voluntad legislativa razonablemente expresada. Entonces tiene importancia. Cuando la calificación está acorde con la voluntad legislativa, si en la ley hay algún artículo que está en desacuerdo con el conjunto de la ley legislativa, que puede ocurrir es que ese artículo sea contrario a Constitución, o sea un error jurídico.

Hago esta aclaración para que sean el alcance que igno al criterio de la voluntad legislativa expresa, sea cuando el calificativo aparece en el texto de la ley, sea cuando la voluntad legislativa surge de la ley o de los precedentes parlamentarios.

No crean que estas dificultades surgen solamente en Sudamérica porque en Francia, con la Société Nationale de esse, el Consejo de Estado francés enfrenta un problema similar. Calificada esa sociedad como "sociedad nacional" por consiguiente, como entidad regulada por el derecho privado, el Consejo de Estado resolvió que, a pesar del nombre que le había dado el legislador, debía estimarse e constituía un establecimiento público, es decir, una entidad estatal regulada por el derecho público. La verdad —lo dicen los propios autores franceses— que este fallo Consejo de Estado se inspiró en motivos muy particulares, y por cuanto se trataba de impedir la ejecución del e por los acreedores. Era un ente deficitario, que el ado siempre con atraso le procuraba los dineros necesarios para pagar sus deudas. Si era una sociedad nacional,

regulada por el derecho privado, esos bienes se podían embargar; en cambio, si era un establecimiento público, tenía el beneficio de la inembargabilidad. Pero dejando de lado las circunstancias puramente accidentales que pueden haber justificado ese pronunciamiento del Consejo de Estado, el caso pone de manifiesto que puede existir contradicción en las disposiciones de una misma ley. Pero tales situaciones de excepción, a mi modo de ver, no alteran la exactitud del principio, de que hay que estar a la voluntad legislativa expresa, tal como surge de la denominación que el legislador le ha dado al ente en la ley, o del conjunto de características que el legislador estableció expresamente, o de los antecedentes parlamentarios, de todo lo cual se podrá inferir, sin lugar a dudas, cuál es la naturaleza jurídica de la persona: si pública o privada, o, en el segundo punto, si estatal o no estatal.

Como pueden ver, es un criterio que no aleja todas las dudas, por cuanto frente a determinada ley, pueden surgir dificultades. Pero el panorama en nuestro país y en casi todos los países, es muy complejo, y en lo que a mí respecta no he encontrado otra solución que sea más aceptable.

Con esto termino estas breves explicaciones sobre la forma de enfocar este problema, insistiendo en la necesidad de distinguir esos dos problemas que a veces aparecen confundidos, porque no hay coincidencia entre el distingo de persona pública y de persona privada, y la de entidad estatal y entidad no estatal.