

## LÍMITES A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA CON EMPRESAS PRIVADAS ESTATALES

*José Miguel Delpiazso Antón \**

**RESUMEN.** De acuerdo al régimen de contratación administrativa uruguayo, el Estado se encuentra facultado a contratar con otras entidades públicas y privadas de propiedad 100% estatal, previendo incluso la posibilidad de hacerlo de forma directa. Sin perjuicio de ello, existen ciertos límites que la Administración debe atender a fin de que dicha contratación sea ajustada a Derecho. Dichas limitaciones tienden a ser más rigurosas en los procedimientos competitivos de contratación convocados por el Estado a través del financiamiento, total o parcial, de organismos internacionales de crédito. En cualquier caso, la delimitación del procedimiento de contratación seleccionado debe enmarcarse en el deber de buena administración y en el principio de libre competencia que recoge la ley de promoción y defensa de la competencia N° 18.159, de 20 de julio de 2007.

**PALABRAS CLAVES.** Contratación administrativa. Entes instrumentales. Principio de libre competencia. Procedimientos de contratación con financiamiento de organismos internacionales de crédito. Buena Administración.

**ABSTRACT.** According to the Uruguayan administrative contracting law, the Administration is allowed to contract with other public entities and with private ones that are 100% state-owned, being allowed to do it directly. However, there are certain limits that the Administration must attend in order for such contracting to be adjusted to Law. These limitations tend to be more rigorous in the competitive contracting procedures convened by the Administration through the financing, in whole or in part, of international credit organizations. In any case, the delimitation of the selected contracting procedure must be framed in the duty of good administration and in the law N° 18.159 of promotion and defense of competition.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de la República. Aspirante a Profesor Adscripto y Ayudante de Derecho Financiero en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Maestrando en Derecho y Técnica Tributaria en la Universidad de Montevideo. Autor de varios trabajos en el área del Derecho público. Correo electrónico: jose.delpiazso@delpiazso.com

**KEYWORDS.** Administrative Contracting. Instrumental entities. Free competition principle. Administrative Contracting procedures with financing from international credit organizations. Good administration.

## 1. INTRODUCCIÓN. Objeto y fundamento del análisis

Según puede apreciarse de las Memorias Anuales que publica el Tribunal de Cuentas de la República, existe un claro predominio, desde el punto de vista económico, del procedimiento de contratación directa respecto de la licitación público.

A modo de ejemplo, tomando en cuenta la Memoria Anual correspondiente al año 2017 –última publicada al momento de formular el presente estudio-, es posible conocer que, durante ese año, las licitaciones públicas convocadas por organismos del Estado y tramitadas durante dicho ejercicio ascendieron a \$ 47.598.754.400 y USD 84.250.143, mientras que las contrataciones directas por excepción (artículo 33, num. 3 del TOCAF) ascendieron a \$ 11.322.866.212 y USD 752.735.683<sup>1</sup>. A ello se suma que una porción relevante de dichas contrataciones directas (aproximadamente 20% en el año 2017) fue observada por el Tribunal de Cuentas.

De ese modo, se constata que, entre ambos regímenes de contratación administrativa, más del 60% -en términos económicos- se realizan a través de contrataciones directas. Y estos parámetros son semejantes con la información obrante en las Memoria Anual de años anteriores.

De ese modo, ya no puede considerarse, por la vía de los hechos, que la contratación directa sea una excepción a la licitación pública (que sería la regla según lo presenta el art. 33 del TOCAF). Más bien, es al revés. De ese modo, parece haberse dejado de lado el fundamento por el cual la licitación pública se presentaba como la “regla” en el entendido de que es el procedimiento de contratación que presenta mayores garantías y que permite a la Administración disponer de la mayor concurrencia y variedad de opciones a la hora de seleccionar a sus contratantes.

La referida preeminencia que presenta el régimen de contratación directa se encuentra avalada, en gran medida, por la práctica legislativa de incrementar las hipótesis de excepción a la regla que debería ser la licitación pública. Ello con el agravante de que dichas excepciones se incluyen fundamentalmente en leyes de Presupuesto o de Rendición de Cuentas, en clara contradicción con el art. 216 de la Constitución (más allá del objetable respaldo jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia al respecto<sup>2</sup>).

<sup>1</sup> Así: [https://www.tcr.gub.uy/documentos/memoria\\_anual\\_2017.pdf](https://www.tcr.gub.uy/documentos/memoria_anual_2017.pdf). Fecha de consulta: 27/06/2019

<sup>2</sup> Sobre este aspecto, comparto la visión del Prof. Andrés BLANCO, quien justifica el proceder constante del legislador -a pesar de la clara norma constitucional- “en la tesis que ha mantenido la Suprema Corte de Justicia sobre este punto, rechazando sistemáticamente la inconstitucionalidad de esos textos evidentemente ajenos a lo presupuestal que se incluyen en los presupuestos y rendiciones de cuentas. En varias sentencias dicho órgano sostuvo que debe separarse el “acto presupuesto” de la “ley de presupuesto”: el primero sería propiamente la asignación de gastos por incisos y programas, y el segundo la ley que “aprueba” o “sanciona” el “acto presupuesto”. La prohibición constitucional, para la SCJ, referiría sólo al “acto presupuesto”, no a la “ley de presupuesto”, que podría pues contener textos ajenos a lo presupuestal. La tesis de la Suprema Corte de Justicia es extremadamente artificiosa y, por lo tanto, mala desde el punto de vista de la calidad argumentativa [...] Detrás de ese criterio, sin

De allí la especial relevancia de analizar el régimen de contratación directa y, fundamentalmente, aquella que habilita la contratación directa “*entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales, o con personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de personas públicas no estatales*” (art. 33, lit. C, num. 1).

En particular, a partir del año 2009, con motivo del art. 506 de la ley N° 18.362 de 6 de octubre de 2008 (Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal. Ejercicio 2007), se amplió la hipótesis de compra directa entre organismos y dependencias del Estado, o con persona públicas no estatales. En efecto, por dicha norma, se incluyó dentro del elenco de sujetos “habilitados” a contratar directamente con la Administración a las “*personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de personas públicas no estatales. Tratándose de personas jurídicas de derecho privado, la propiedad estatal deberá ser sobre el total del capital social, al momento de la celebración del contrato*”.

Dicha excepción a la licitación pública es consonante con el fenómeno de la “huída del Derecho Administrativo”. En efecto, una de las manifestaciones principales de dicho fenómeno es que las Administraciones estatales procuran migrar hacia el Derecho privado, a través de dos modalidades<sup>3</sup>:

- a) mediante el recurso por parte de la Administración pública en su actuación al ordenamiento jurídico privado (“fuga regulatoria”); y
- b) a través de la constitución de formas organizativas de Derecho privado (“fuga organizativa”).

Desde el punto de vista conceptual, ambos tipos de fugas plantean una serie de perplejidades.

Respecto a las primeras (“fuga regulatoria”), se plantea la contradicción de que mientras lo propio de la actividad pública es estar regida por el principio de especialidad, el principio que anima la actividad privada es el de libertad.

Respecto a las segundas (“fugas organizativas”), se traducen en la creación de “entes instrumentales” encargados de la gestión de amplios sectores de la actividad de la Administración que prescinden en su actuación de normas del Derecho Administrativo, procurando excluir los procedimientos de control y de la selección de contratistas y de funcionarios.

---

embargo, se adivina el temor de la SCJ de no provocar un “derrumbe legislativo”: como la inclusión de textos no presupuestales en las leyes de presupuesto es una práctica constante que lleva más de medio siglo, a pesar de la prohibición constitucional, las consecuencias de cambiar de criterio serían insospechadas en cuanto a la cantidad de leyes que serían inconstitucionales” (así: Andrés BLANCO – “Gasto público, presupuesto y deuda pública. Materiales básicos de lectura para estudiantes de Derecho Financiero”, en <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/me/article/view/130/123>. Fecha de consulta: 04/07/2019).

<sup>3</sup> Ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2017), volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 283.

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

Por ende, se trata de diferentes personas jurídicas, pero que sirven instrumentalmente a un mismo interés, de modo que los entes instrumentales se convierten en centros de imputación de situaciones y relaciones jurídicas, pero esto no evita que el ente y el órgano estatal del cual depende constituyan un “complejo orgánico unitario”.

De ese modo, sin cuestionar la legitimidad y conveniencia del régimen de contratación directa, resulta imperioso analizar la situación de contratación directa que realiza la Administración con las empresas privadas del Estado (entes instrumentales). A priori, la reforma vigente desde el año 2009 podría hacer pensar de que la misma es amplísima o sin limitación alguna. Sin embargo, lejos de eso, diversos fundamentos demuestran que la contratación directa de la Administración con entes instrumentales presenta ciertos requerimientos y límites que habrá que atender a efectos de que dicha contratación ajustada a la regla de Derecho.

Es que, “sin perjuicio del denominado fenómeno de la ‘huída del Derecho Administrativo’, es preciso tener en cuenta que la contratación administrativa implica siempre la presencia de Derecho público, de modo que cuando se habla de que la Administración celebra contratos típicos de Derecho privado, la alusión al Derecho privado estará referida en principio al objeto contractual ya que en orden a la competencia, al procedimiento, a la voluntad y a la forma regirá necesariamente un conjunto de normas típicas de Derecho público”<sup>4</sup>.

## 2. MARCO NORMATIVO

### A) Los procedimientos competitivos como solución de principio en el TOCAF

*Tradicionalmente*, nuestro ordenamiento jurídico consagró distintas formas de selección del cocontratante, contemplando diversos procedimientos según que el contrato a celebrar implicara u originara una deuda o erogación, generara un crédito o ingreso, o no tuviera por resultado, ni una deuda, ni un crédito, o sea, que resultara económicamente neutro. De entre ellos, la legislación privilegió siempre a la licitación pública como procedimiento de principio, sin perjuicio de contemplar excepciones y límites a su procedencia<sup>5</sup>.

*Al presente*, en virtud de la reforma introducida por la ley N° 18.834 de 4 de noviembre de 2011, a partir de la cual se dictó el tercer TOCAF aprobado por el Decreto N° 150/012 de 11 de mayo de 2012<sup>6</sup>, el **acápito del art. 33** establece que “Las contrataciones se realizarán

<sup>4</sup> Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2015), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 409.

<sup>5</sup> Carlos E. DELPIAZZO – “Contratación Administrativa” (U.M., Montevideo, 1999, reedición 2004), pág. 79 y ss.

<sup>6</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “A propósito del tercer TOCAF”, en La Justicia Uruguaya, tomo 146, sección Doctrina, pág. 3 y ss.; y “Génesis y evolución del TOCAF”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – “Comentarios al TOCAF sobre la Hacienda Pública (U.M., Montevideo, 2012), pág. 11 y ss.

mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo a lo previsto en la normativa vigente”.

De ese modo, sin perjuicio de la importancia que se continúa atribuyendo a la licitación pública, se erige como solución de principio la adopción de un “procedimiento competitivo expresamente previsto”. Sin perjuicio de tal afirmación, la ley contempla una serie de excepciones, que pueden agruparse en tres categorías, a saber: cuantitativas, cualitativas y específicas<sup>7</sup>.

Entre dichas excepciones, el **art. 33, lit. C, num. 1** establece la posibilidad de contratar “*Directamente o por el procedimiento que el ordenador determine por razones de buena administración, en los siguientes casos de excepción: 1) Entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales, o con personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de personas públicas no estatales. Tratándose de personas jurídicas de derecho privado, la propiedad estatal deberá ser sobre el total del capital social, al momento de la celebración del contrato*”.

Analizando los *antecedentes* de la norma citada, en su origen, se limitaba a habilitar la excepción de compra directa únicamente “*entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales*” (art. 482 de la ley N° 15.903). Luego, expresamente se previó que las contrataciones directas con dichos organismos “*no podrán incluir la participación, directa o indirecta de empresas privadas*”, so pena de nulidad (art. 738 de la ley N° 16.736).

No obstante, en su redacción actual -a través del art. 506 de la ley N° 18.362, actualizada mínimamente por el art. 17 de la ley N° 19.149- se observa un movimiento pendular que amplía significativamente el elenco de sujetos con los cuales se puede contratar directamente. Así, no solo se habilita la contratación directa “*entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales*” sino que también con las “*personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de personas públicas no estatales*”.

En orden a la caracterización de la contratación directa, se trata de un procedimiento a través del cual la Administración elige discrecionalmente al cocontratante y luego celebra con él, el contrato respectivo. Por eso, el calificativo de directa está aludiendo a ese poder jurídico que, en determinados supuestos tiene la Administración, de seleccionar discrecionalmente al cocontratante. No obstante, “esta discrecionalidad de que goza la Administración no debe confundirse con el sistema de libre elección en la formación del contrato. La contratación directa es también una manifestación del sistema de restricción, porque está regulada y prefigurada como un mecanismo excepcional; sólo puede verificarse en determinadas hipótesis, que son las que prevé expresamente la ley, sea por razón de monto o por alguna de las causales establecidas al efecto”<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General”, cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 470 y ss.

<sup>8</sup> Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 503 y ss.

Este régimen de contratación directa que consagra el art. 33, lit. C, num. 1 del TOCAF ha sido objeto de cuestionamientos por contradecir el principio fundamental de libre competencia que recoge la ley N° 18.159, de 20 de julio de 2007, de Promoción y Defensa de la Competencia. Dicho aspecto será objeto de análisis específico más adelante.

## **B) La competencia como solución de principio consagrada en la ley N° 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia**

Nuestro ordenamiento jurídico regula actualmente la promoción y defensa de la competencia a través de un cuerpo normativo orgánico: la Ley N° 18.159 de 20 de julio de 2007.

Según su **art. 1**, dicha ley *“es de orden público y tiene por objeto fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados”*.

El bien tutelado es el correcto funcionamiento del mercado, tutelando los intereses del consumidor y del productor de bienes y servicios. Tutela al consumidor porque, al darle la posibilidad de elegir, tiene la posibilidad de adquirir los bienes y servicios que mejor le convengan en cuanto a precio o calidad. Y tutela al productor porque la asegura la posibilidad de colocar su producción en el mercado<sup>9</sup>.

El principio fundamental y que recoge la ley N° 18.159 es el de la libre competencia: *“Todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general” (art. 2)*.

En cuanto al ámbito subjetivo de dicha ley, no caben dudas de que el régimen de promoción y defensa de la competencia se aplica también a la Administración y a los entes instrumentales, al reconocer su aplicabilidad a *“todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio uruguayo” (art. 3)*.

De ese modo, es claro que la prohibición del abuso de posición dominante, de prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante (**art. 2, inc. 2**) alcanza también a las entidades del Estado en su actuación en el campo de la actividad económica, así como a las empresas privadas de su propiedad.

## **C) Los procedimientos competitivos en los contratos financiados por el BID**

Como es sabido, el art. 45 del TOCAF admite que *“Los contratos de obras, adquisiciones de bienes o prestación de servicios que otorgan los órganos del Estado, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, en aplicación de contratos de préstamos con organismos internacionales de crédito de los que la República forma parte, o de donaciones modales, quedarán sujetos a las normas de contratación establecidas en cada contrato”*.

<sup>9</sup> Augusto DURÁN MARTÍNEZ - “La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la licitación pública”, en “Estudios de Derecho Público” (Montevideo, 2008), volumen II, pág. 197.

En nuestro país, adquieren especial relevancia, cuantitativa y cualitativa, los procedimientos competitivos de contratación convocados por el Estado a través del financiamiento, total o parcial, del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). En ese marco, existen ciertas particularidades que dicho organismo multilateral exige a sus “Prestatarios” y que, en consonancia con el objeto de análisis del presente trabajo, cabe considerar. Dichas exigencias varían según el objeto de la contratación pretendida, ya sea que se financie la “adquisición de bienes y obras” o la “selección y contratación de consultores”.

Respecto de los primeros, las **“Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el BID”**, en los num. 1.6 a 1.8, regula la “elegibilidad” de los oferentes. Así, se excluye expresamente a algunos oferentes, entre los cuales menciona a *“Las empresas estatales del país del Prestatario podrán participar solamente si pueden demostrar que: (i) tienen autonomía legal y financiera; (ii) funcionan conforme a las leyes comerciales; y (iii) no dependen de entidades del Prestatario o Subprestatario”* (num. 1.8.C).

Dicha exclusión de las “empresas estatales” se recoge también en los Documentos Estándar de Licitación que establece el BID para cada una de las adquisiciones pretendidas<sup>10</sup>, a saber:

- a) Documentos Estándar de Licitación para adquisición de bienes (art. 4.4): *“Las empresas estatales del país Prestatario serán elegibles solamente si pueden demostrar que (i) tienen autonomía legal y financiera; (ii) operan conforme a las leyes comerciales; y (iii) no dependen de ninguna agencia del Prestatario”*;
- b) Documentos Estándar de Licitación para la contratación de obras menores (art. 4.4): *“Las empresas estatales del país Prestatario serán elegibles solamente si pueden demostrar que (i) tienen autonomía legal y financiera; (ii) operan conforme a las leyes comerciales; y (iii) no dependen de ninguna agencia del Prestatario”*;
- c) Documentos Estándar de Licitación para la contratación de diseño y construcción de obras menores (art. 4.5): *“Las empresas estatales del país Prestatario serán elegibles solamente si pueden demostrar que (i) tienen autonomía legal y financiera; (ii) operan conforme a las leyes comerciales; y (iii) no dependen de ninguna agencia del Prestatario”*; y
- d) Documentos Estándar de Licitación para la contratación de diseño y construcción de obras civiles, en todas sus modalidades (art. 4.5): *“Las empresas estatales del país Prestatario serán elegibles solamente si pueden demostrar que (i) tienen autonomía legal y financiera; (ii) operan conforme a las leyes comerciales; y (iii) no dependen de ninguna agencia del Contratante”*.

Respecto de los segundos, las **“Políticas para la Selección y Contratación de Consultores Financiados por el BID”**, recogen las mismas restricciones para la elegibilidad de los oferentes, particularmente en lo que refiere a las “empresas de propiedad del Estado”.

En tal sentido, se establece que *“Las empresas de propiedad del Estado o entidades estatales del país del Prestatario pueden participar solamente si pueden demostrar que:*

<sup>10</sup> Ver: <https://www.iadb.org/es/projects/adquisiciones-de-proyectos>. Fecha de consulta: 04/07/2019

(i) tienen autonomía legal y financiera; (ii) funcionan conforme a las leyes comerciales; y (iii) no son entidades dependientes del Prestatario o del Subprestatario” (num. 1.11.B).

No obstante, dispone una excepción a esa limitación, consistente que “cuando se requieran los servicios de universidades estatales o de centros de investigación del país del Prestatario por considerarse que, dada la naturaleza única y excepcional de sus servicios, su participación es vital para la ejecución de un proyecto, el Banco puede aceptar, caso por caso, la contratación de esas instituciones” (num. 1.11.C).

En el marco de dichas Políticas, el Documento Estándar de Contratación para consultorías establece una serie de “Restricciones para empresas del Gobierno”: “Las empresas o instituciones de propiedad del Gobierno en el país del Prestatario serán elegibles sólo si pueden demostrar que: (i) son legal y económicamente autónomas; (ii) realizan operaciones de acuerdo con el derecho comercial; y (iii) no son agencias dependientes del Cliente” (art. 6.3.c).

En definitiva: es claro que procedimientos competitivos convocados por el Estado con financiamiento -total o parcial- del BID, son inequívocos en cuanto a las limitaciones que se establecen para que las “empresas estatales” puedan ser “elegibles”. Estas exigencias son: (i) contar con autonomía legal y financiera; (ii) operar conforme a las leyes comerciales; y (iii) no depender de ninguna agencia del Contratante. Corresponde a cada “empresa estatal» demostrar, al momento de formular su oferta, que cumple con cada uno de los tres requisitos referidos. La omisión de dicha acreditación determinará que su oferta sea inadmisibles por no ser un sujeto “elegible”. Así lo establece expresamente el Pliego al determinar que “serán elegibles solamente si pueden demostrar que...”.

### 3. RÉGIMEN RESULTANTE

#### A) Análisis a la luz del TOCAF

El art. 33, lit. C, num. 1 del TOCAF habilita expresamente la contratación directa -como excepción a la “licitación pública u otro procedimiento competitivo”- entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales, o con personas jurídicas de Derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por el Estado o de personas públicas no estatales.

El acápite de dicho art. 33 dispone una opción en favor de la entidad licitante, ya sea para contratar “directamente o por el procedimiento que el ordenador determine por razones de buena administración”, si se configuran las hipótesis legales taxativamente previstas.

En base a dicho texto legal, en su redacción actual, la contratación entre entes públicos y privados de propiedad 100% estatal está habilitada, tanto de forma directa como por medio de los procedimientos competitivos que se determinen. De ese modo, la participación en los procedimientos competitivos de los sujetos que menciona la norma, está habilitada por ley.

No obstante, cabe formular las siguientes precisiones en cuanto al alcance de dicha facultad.

En primer lugar, la decisión de la Administración de proceder a la contratación directa y, en su caso, la resolución por la cual se selecciona el cocontratante, deben estar debidamente fundadas. En efecto, **si bien la Administración tiene discrecionalidad en la elección del procedimiento de contratación y del co-contratante, dicha decisión no puede ser arbitraria.**

Al respecto, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sostenido que “Aún tratándose de poderes discrecionales, éstos deben ejercerse racionalmente y, a sus efectos, la fundamentación del acto con adecuados motivos es lo que permite distinguir el juicioso y legítimo ejercicio de los mismos con la mera arbitrariedad o capricho o incluso el encubrimiento de motivos diversos”<sup>11</sup>.

En tal sentido, bien se ha destacado que “la finalidad, en cuanto elemento esencial del acto administrativo, hállase ínsita en la propia índole de la actividad de la Administración pública, cuya acción siempre debe tener en cuenta el interés público. No es menester entonces, que una norma requiera expresamente esa correlación entre la finalidad del acto y el interés público, pues la actuación permanente de la Administración pública para satisfacer dicho interés constituye un principio fundamental, que en el Estado de Derecho se impone como ineludible resultado de la sumisión de la Administración al orden jurídico”<sup>12</sup>.

El TCA ha sido reiterativo en afirmar la importancia de la “apreciación (que debe ser exacta) de los antecedentes pertinentes, de donde precisamente surge el deber de exponer (motivar) los hechos y circunstancias que concretamente conducen a una determinada decisión y la fundamentan”<sup>13</sup>. Asimismo, ha dicho que donde no hay motivación o la motivación es insuficiente por fundarse tan sólo en facultades discrecionales, se incurre en arbitrariedad<sup>14</sup>.

En tal sentido, “la garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible o subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa es abuso de poder, es arbitrariedad, es sistema autoritario de gobierno, si no tiene la humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres”<sup>15</sup>.

En segundo lugar, la habilitación legal de contratar directamente no debe entenderse como una habilitación amplísima, sino que, por el contrario, **su empleo opera únicamente en virtud de la existencia de justificadas razones de buena administración**.

Con carácter general, el apartamiento de la “buena administración” constituye una causal de nulidad del acto. Tal referencia “vale como consagración expresa, a nivel constitucional, de una regla de Derecho que se impone siempre a la Administración, por efecto de dichas menciones, y es la de que las autoridades administrativas deben siempre ejercer sus potestades con el designio de perseguir el interés del servicio”<sup>16</sup>.

En el caso particular, siguiendo a DURÁN MARTINEZ, de acuerdo al acápite del art. 33, “solo por razones de buena administración se puede prescindir de la licitación pública

<sup>11</sup> Sentencia N° 100/1999.

<sup>12</sup> Miguel S. MARIENHOFF - «Tratado de Derecho Administrativo» (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981), tomo II, págs. 535 y 344.

<sup>13</sup> Así: sentencias N° 65 de 10 de marzo de 1986 y de 23 diciembre de 2008.

<sup>14</sup> Así: sentencia N° 385 de 8 de junio de 2010 (el destacado me pertenece).

<sup>15</sup> Agustín GORDILLO - “Tratado de Derecho Administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2004, Tomo III, pág. X.13.

<sup>16</sup> Horacio CASSINELLI MUÑOZ - “El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya”, en Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX, Instituto de Estudios Administrativos Local, Madrid, 1969, tomo III, pág. 299.

para una contratación con entidades públicas y en este caso también razones de buena administración indicarán si procede a una contratación directa o a un procedimiento competitivo. Y si se procede a una contratación directa, como se ha dicho, no se debe perder de vista que ella no es igual a la celebrada en el ámbito privado, pues al tratarse de una contratación administrativa no deja de pertenecer al ámbito del Derecho Público y este es el Derecho de la sujeción. El particular contrata con quien quiere, la Administración contrata con quien debe<sup>17</sup>.

Complementariamente, analizando las causales de excepción a la Licitación Pública, bien se ha dicho que “el principio de subsidiariedad implica que el empleo de estas causales de excepción opere únicamente en virtud de la existencia de justificadas razones de buena administración, lo que circunda la necesidad de elección de los medios adecuados para el cumplimiento de los fines estatales [...] Como excepción a la licitación, la contratación directa estaría dejando fuera del mercado relevante a las posibles empresas que puedan competir con la persona privada con participación estatal. Ahora bien, el primer límite que afrontará esa contratación directa será el interés general como presupuesto indispensable para que la contratación sea lícita”<sup>18</sup>.

Según el Tribunal de Cuentas de la República, “la promoción de procedimientos más ágiles, no debe suponer como contrapartida, afectar dichos principios (los de publicidad, transparencia y concurrencia); y menos aún, dejar de lado, uno de los pilares del sistema, que supone que la Administración, al momento de contratar pueda acceder al mayor y mejor número de ofertas a fin de satisfacer el interés de la administración, que en definitiva está dirigido a la obtención del bien común”<sup>19</sup>.

En tercer lugar, el art. 33, inc. C, num. 1 del TOCAF llevó a la doctrina a señalar que **la contratación administrativa con otra entidad pública parece una “anomalía”**.

En efecto, señala DURÁN MARTÍNEZ que “la entidad pública al intervenir en el mercado como productor de bienes y servicios, lo hace en un ámbito que pertenece a la actividad privada, y si se procede a la contratación directa se desplaza al particular sin que este tenga siquiera la oportunidad de intervenir. [...] Tener en cuenta únicamente el carácter público de la entidad cocontratante para proceder a prescindir de la licitación pública equivale a identificar el bien común con el bien del Estado o de la entidad pública en cuestión, lo que no es así”<sup>20</sup>.

Incluso, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC), ha valorado al art. 33, lit. C, num. 1 del TOCAF como una “restricción a la competencia” que determina una “discriminación doblemente perjudicial: para el resto de los particulares, por encon-

<sup>17</sup> Augusto DURÁN MARTÍNEZ - “La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la licitación pública”, cit., pág. 196.

<sup>18</sup> Ximena PINTO y Pablo ZAK GODOY - “Defensa de la competencia y empresas públicas”, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VIII, 2009, N° 16 pág. 82 y 84.

<sup>19</sup> Así: “Segundo informe del Tribunal de Cuentas”, de 19 de setiembre de 2011, incluido en el proyecto de ley de Rendición de Cuentas aprobado por la Cámara de Representantes, punto 4.3,1 pág. 18.

<sup>20</sup> Augusto DURÁN MARTÍNEZ - “La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la licitación pública”, cit., pág. 194.

trarse en clara desventaja; y para el Estado, por cuanto aún queriendo hacerlo, perderá la posibilidad de elegir entre varias ofertas”<sup>21</sup>.

## B) Análisis a la luz de la ley N° 18.159

A los efectos de este análisis, corresponde hacer una valoración general de las prácticas anticompetitivas para luego, analizar concretamente el régimen de compra directa del art. 33, lit. C, num. 1 a la luz de las normas de defensa de la competencia.

**Con carácter general**, para poder juzgar si una conducta es anticompetitiva previamente debe analizarse su impacto dentro del “mercado relevante” en que la misma se desarrolla, lo que implica analizar, entre otros factores, la existencia de productos o servicios sustitutos y el ámbito geográfico comprendido por el mercado, definiendo el espacio de competencia efectiva que corresponda (**art. 5**), así como sobre el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios.

Dicho análisis sólo puede formularse en cada caso concreto, siendo estéril fijar una valoración abstracta limitada al estudio de la letra de la ley, particularmente en materia de “prácticas prohibidas” (que a título enunciativo recoge el art. 4) como para evaluar la posible configuración de un “abuso de posición dominante” (art. 6).

Entre la enumeración de “prácticas prohibidas” del **art. 4**, cabe destacar las siguientes:

- a) “Concertar o imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva (*lit. A*);
- b) “Limitar, restringir o concertar de modo injustificado la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico de bienes, servicios o factores productivos, en perjuicio de competidores o de consumidores” (*lit. B*); y
- c) “Coordinar la presentación o abstención a licitaciones o concursos de precios, públicos o privados” (*lit. E*).

En cuanto a la hipótesis de “abuso de posición dominante” (**art. 6**), “*se entiende que uno o varios agentes gozan de una posición dominante en el mercado cuando pueden afectar sustancialmente las variables relevantes de éste, con prescindencia de las conductas de sus competidores, compradores, o proveedores. Se considera que existe abuso de posición dominante cuando el o los agentes que se encuentran en tal situación actúan de manera indebida, con el fin de obtener ventajas o causar perjuicios a otros, los que no hubieran sido posibles de no existir tal posición de dominio*”.

Se ha señalado explícitamente dentro de las prácticas anticompetitivas prohibidas (que comprendan la enunciación del art. 4 de la ley N° 18.159), a los denominados “*precios predatorios*”, identificando a tal práctica como “*vender bienes o prestar servicios por debajo del costo de producción con el objetivo de perjudicar a un competidor desplazándolo del mercado, a efectos de mantener el predominio en el mismo*”<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Así: Informe N° 15/015 de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, de 12 de marzo de 2015, en [http://competencia.mef.gub.uy/innovaportal/file/15032/2/informe\\_15\\_15\\_estudio\\_sobre\\_normativa\\_en\\_compras\\_publicas.pdf](http://competencia.mef.gub.uy/innovaportal/file/15032/2/informe_15_15_estudio_sobre_normativa_en_compras_publicas.pdf). Fecha de consulta: 04/07/2019.

<sup>22</sup> Así: Paula ALGORTA MORALES - “Prácticas prohibidas” en Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 54; en similares términos: Benjamín PEÑAS MOYANO - “La venta a pérdida como acto de competencia desleal” en Distribución comercial y derecho a la competencia (La Ley, Madrid, 2011), pág. 606.

Analizando el alcance de la referida práctica anticompetitiva, se ha indicado que “esta conducta es conocida como práctica predatoria o precios predatorios [...] va claramente dirigida a perjudicar a un participante del mercado, pues pretende lisa y llanamente echar al competidor de dicho ámbito, o también, aunque la norma no lo diga, impedir que se asiente en el mercado. En este caso, el competidor o los competidores no tienen el poderío económico suficiente para aguantar la guerra de precios realizados a pérdida por el sujeto agente de la práctica desleal, por lo que son eliminados del mercado o se impide su acceso al mismo, lo que podrá dar lugar a una situación de monopolio u oligopolio. Además, en los casos la prohibición se justifica porque sólo transitoriamente puede considerarse ventajosa dicha práctica para los consumidores o para la economía nacional”<sup>23</sup>.

**Con carácter particular**, conforme al art. 33, lit. C, num. 1 del TOCAF, a la luz del principio de la libre competencia, comparto la opinión fundada de la CPDC en su informe N° 15/015 de 12 de marzo 2015, en el cual concluye que “la contratación directa, por oposición a los procedimientos competitivos, representa una restricción a la competencia. Mientras que los llamados abiertos tienen por esencia la publicidad, la concurrencia y la participación, este otro tipo de negociación otorga a la Administración discrecionalidad absoluta para elegir a sus contratistas, pudiendo dar lugar a arbitrariedades, privilegios indebidos, falta de control, barreras de entrada y discriminación”<sup>24</sup>.

Y agrega: “Las empresas privadas estatales fueron creadas para competir dentro del libre mercado y en pie de igualdad con los particulares. Actúan dentro del ámbito del Derecho Privado, responden al fin de lucro e intereses particulares, etc. Similares conceptos podemos hacer respecto a las empresas privadas propiedad de personas públicas no estatales, con el agregado de que su capital proviene de patrimonios particulares”.

De ese modo, califica a la excepción prevista en el art. 33, lit. C, num. 1 del TOCAF como una “discriminación doblemente perjudicial: para el resto de los particulares, por encontrarse en clara desventaja; y para el Estado, por cuanto aún queriendo hacerlo, perderá la posibilidad de elegir entre varias ofertas [...] En definitiva no vemos con malos ojos buscar formas alternativas a la licitación pública. Lo que sí nos preocupa es que bajo esta premisa se tienda a privilegiar a determinados actores. Fuera de los mercados donde el constituyente o legislador ha establecido monopolios, la competencia debería ser en pie de igualdad, o al menos aproximarse lo más posible a ello”.

Como excepción a la licitación, la contratación directa estaría dejando fuera del mercado relevante a las posibles empresas que puedan competir con la persona privada con participación estatal. Ahora bien, el límite fundamental que afrontará esa contratación directa será el interés general como presupuesto indispensable para que la contratación sea lícita; límite que también se analiza en una etapa anterior (sanción de la ley) puesto que si se entiende que el art. 506 de la Ley N° 18.362 constituye una limitación injustificada de los principios de igualdad y libertad, podría ser declarado inconstitucional.

En efecto, la competencia no es un valor absoluto en sí mismo. Arraigada a los principios de igualdad y libertad, y de la misma manera que estos derechos, podrá ser limitada por

<sup>23</sup> Benjamín PEÑAS MOYANO. “La venta a pérdida como acto de competencia desleal”, cit., págs. 613 y 614.

<sup>24</sup> Informe N° 15/015 de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, de 12 de marzo de 2015, cit., pág. 21.

leyes dictadas por razones de interés general. Habiendo concluido que el sistema de compras directas implica una limitación a la competencia, el legislador deberá valorar cuándo dichas restricciones responden al interés general, para lo cual deberá tenerse en cuenta (entre otros factores) si existe o no un beneficio a los consumidores y usuarios.

Según expresan PINTO NERÓN y ZAK, “Para la efectividad del principio de competencia se debe reconocer la necesidad de la existencia de, en primer lugar, la igualdad en la ley, esto es, que la ley no discrimine injustificadamente entre los distintos operadores de mercado. Asimismo la aplicación de la ley debe ser igual para todos (igualdad ante la ley), pudiéndose admitir correcciones realizadas por la propia ley a efectos de igualar situaciones desiguales (igualdad por la ley). Un mercado regido por la libre competencia que permita discriminaciones injustificadas entre los competidores resulta una contradicción en sí misma”<sup>25</sup>.

Según DURÁN MARTÍNEZ, “si el Estado adoptó el ropaje de Derecho Privado, no puede de golpe despojarse de él para pretender una contratación directa al amparo del literal A) del numeral 3 del artículo 33 del TOCAF y obtener así un beneficio circunstancial en una contratación... Si una entidad puede contratar con el Estado desplazando a cualquier otro particular, sin duda ello resulta incompatible con la ley que establezca el derecho de la competencia”<sup>26</sup>.

Asimismo, obviamente que la contratación directa no puede ser realizada con abuso de posición dominante (art. 2 de la ley N° 18159), debiendo señalarse aquí que, este tipo de contratación directa ingresaría dentro de lo tipificado como prácticas prohibidas en el caso de que se realice injustificadamente y con abuso de la posición dominante<sup>27</sup>.

### C) Análisis a la luz de las exigencias BID

Según el marco normativo referenciado, la normativa que exige el BID en los procesos competitivos de contratación que financia, regula cuáles son los oferentes “elegibles”. Así, para todos los procesos, exige que las “empresas estatales” en el territorio del contratante pueden participar solamente si tienen autonomía legal y financiera, funcionan conforme a las leyes comerciales y no son un organismo dependiente del contratante.

En base a ello, deberá analizarse en cada caso si se configuran acumulativamente estos tres requisitos, ya que la ausencia de uno de ellos determinará su exclusión como oferente “elegible”.

De ese modo, la “elegibilidad” de las “empresas del Estado” dependerá de cada ente instrumental oferente y del vínculo que mantenga con el órgano licitante, siendo estos los aspectos que permitirán conocer si existe “autonomía financiera” o si se trata de una entidad “dependiente del contratante”, respectivamente.

No obstante, cabe formular las siguientes valoraciones generales.

**En primer lugar, las personas jurídicas constituidas o creadas por una Administración pública son un instrumento del propio Estado.** Quiere decir que

<sup>25</sup> Ximena PINTO y Pablo ZAK GODOY – “Defensa de la competencia y empresas públicas” cit., pág. 80.

<sup>26</sup> Augusto DURÁN MARTÍNEZ - “La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la licitación pública”, en Anuario de Derecho Administrativo, Tomo 14, 2007, FCU, págs. 38 y 46.

<sup>27</sup> Ximena PINTO y Pablo ZAK GODOY – “Defensa de la competencia y empresas públicas” cit., pág. 84.

si guardan una relación con el Estado licitante<sup>28</sup>, configuran así uno de los impedimentos que prevé la normativa BID: no ser un organismo dependiente del contratante.

Precisamente, “son conocidos como entes instrumentales de la Administración aquellas personas jurídicas constituidas o creadas por una Administración pública, dotadas de personalidad jurídica propia, y a las que se encomienda la gestión de alguna o algunas de las competencias de titularidades del ente matriz”<sup>29</sup>.

Este fenómeno de la “instrumentalización” se caracteriza por dos notas esenciales que son: a) la personalidad jurídica propia de los entes instrumentales; y b) **su relación de instrumentalidad o dependencia con la Administración que los crea y a cuyos fines sirven**<sup>30</sup>.

Concretamente, los entes instrumentales se caracterizan por servir a una Administración Pública que, en ejercicio de pretendidas potestades de auto-organización, los crea para que cumplan con un fin o servicio propio de ésta, sometidos a su dirección y control. Por ende, se trata de diferentes personas jurídicas, pero que sirven instrumentalmente a un mismo interés, que no puede ser otro que el interés general de la Administración<sup>31</sup>.

Resulta de lo expuesto que, si bien la personería jurídica de los entes instrumentales los convierte en centros de imputación de situaciones y relaciones jurídicas, esto no evita que el ente instrumental y el órgano estatal del cual depende constituyan un “*complejo orgánico unitario*”.

La relación de dependencia con respecto al órgano estatal es entonces, y precisamente por esto, muy estrecha, siendo lógico que la Administración matriz disponga de especiales poderes para intervenir en su constitución y funcionamiento<sup>32</sup>.

Atendiendo a dicha relación de estrecha dependencia entre la Administración matriz y la entidad privada instrumental, parece claro que tal tipo de sujeto perteneciente a un organismo estatal merece el carácter de tal por su pertenencia a un organismo estatal. Tal temperamento ha sido compartido por nuestra Suprema Corte de Justicia, en cuya opinión “la circunstancia de que un ente estatal (en el caso, el BHU) acuda a la creación de una sociedad comercial (entidad instrumental) para el cumplimiento de sus cometidos, no puede aparejar la irresponsabilidad del ente matriz ni ocultar su estatalidad consecuente con la pertenencia al ente estatal” (así: sentencia N° 1006 de 6 de abril de 2011). También nuestro Derecho positivo ha incorporado normas indicativas de los rasgos señalados de instrumentalización de sociedades regidas primordialmente por el Derecho privado no obstante su

<sup>28</sup> La referencia debe entenderse hecha a cualquier entidad estatal, sea centralizada o descentralizada (tanto funcional como territorial).

<sup>29</sup> Ángel BALLESTEROS FERNÁNDEZ – “La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz” en Rev. de Estudios de la Administración Local y Autonómica (Madrid, 2006), N° 300 – 301, pág. 565.

<sup>30</sup> Ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Estudios sobre la responsabilidad de la Administración” (U.M., Montevideo, 2009), pág. 79.

<sup>31</sup> José Luis MEILAN GIL – “La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica” en A.A.V.V. - “Administración Instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo” (Civitas, Madrid, 1994), tomo II, pág. 988.

<sup>32</sup> Carlos E. DELPIAZZO – “Estudios sobre la responsabilidad de la Administración”, cit., pág. 80.

pertenencia a una entidad estatal, como es el caso del régimen de sus Directores conforme al art. 748 de la ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996<sup>33</sup>.

En segundo lugar, la relación de instrumentalidad implica también una **relación de dependencia económico-financiera** que surge desde el momento de creación del ente instrumental y que obedece básicamente a la integración de su capital mediante fondos públicos y a la constitución de su patrimonio a partir de bienes propios de la Administración matriz.

Dicha dependencia perdura durante toda la vida del ente instrumental, en el sentido de que los beneficios que consiga repercutirán en los Presupuestos Generales, siendo beneficios de la Hacienda Pública y quedando afectados a la consecución de los intereses generales que constituyan su objeto<sup>34</sup>. De la misma manera, cuando la actividad del ente instrumental no genere beneficios -por no ser una actividad lucrativa o por ser una actividad deficitaria- podrá seguir subsistiendo gracias al respaldo económico de su matriz.

Al respecto, cabe clasificar a los entes instrumentales de la siguiente manera:

a) *entes instrumentales administrativos o de gestión*, los cuales cumplen actividades no lucrativas y, en su mérito, guardan una relación de dependencia económico-financiera con su matriz; y

b) *entes instrumentales en régimen de libre competencia*, los cuales cumplen actividades de carácter económico en el mercado y, en su mérito, no dependen económicamente de su matriz, salvo al momento de su creación.

No obstante, respecto de las segundas, cabe insistir en su instrumentalidad, ya que, por el hecho de competir en el mercado, no dejan de ser creadas por una Administración Pública para el ejercicio de competencias que la ley atribuye a ésta. En efecto, no pueden desligarse de su finalidad de interés público. Es que solo puede admitirse que la Administración compita con los particulares en el mercado cuando así lo justifiquen razones de interés público. Y ello no significa que, una vez creado el ente empresarial, pueda abandonarse la persecución de este fin debido.

En tercer lugar, cuando la Administración utiliza sus propios medios para la obtención de prestaciones que constituyen el objeto de los contratos públicos, dicha actuación **no reviste la naturaleza jurídica de un contrato, sino que supone una operación interna** en el marco de las normas y régimen de funcionamiento del organismo público correspondiente.

A este tipo de operaciones, se las ha denominado operaciones “*in house*”, entendidas como aquellos supuestos en los que la Administración acude a sus medios propios para atender sus necesidades de suministro de bienes, prestación de servicios o realización de obras<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Así: Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General”, cit, volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 284.

<sup>34</sup> José ORTIZ MALLOL – “La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas”, en A.A.V.V., “La Administración Instrumental. VII Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía” (Sevilla, 2005), pág. 207.

<sup>35</sup> Juan José PERNAS GARCÍA – “Las operaciones in house y el Derecho Comunitario de contratos públicos” (Iustel, Madrid, 2008), pág. 59 y ss.

En cuarto lugar, **corresponde a cada ente instrumental demostrar su condición de entidad “elegible”**. En efecto, las normas BID son claras en cuanto a que la condición de elegibles las reviste “*solamente si pueden demostrar*” que cumplen con los tres requisitos ya citados: autonomía legal y financiera, operar conforme a las leyes comerciales y no depender de ninguna agencia del Contratante.

Siendo una “empresa del Estado” que no cumpla en acreditar activamente esas tres exigencias, su oferta será inadmisibles. Sencillamente porque no se verificarán las exigencias de elegibilidad que exige el BID.

En suma: los entes instrumentales son medios propios de la Administración en tanto responden a sus mismos intereses y el Estado conserva la dirección sobre los mismos a través de la pertenencia del paquete accionario, sea directa o indirecta.

Es sabido que la celebración de un contrato implica la existencia de dos voluntades independientes, capaces de negociar y ponerse de acuerdo. Respecto de la Administración matriz, el ente instrumental carece de ambas capacidades, porque directamente carece de una voluntad propia, distinta de la de su matriz. Sin embargo, cuando el Estado contrata con un ente instrumental de su propiedad, en la realidad la alteridad de voluntades necesarias para la celebración de un contrato no se verifica, ya que únicamente habría personerías jurídicas interpuestas tratando de ocultar una realidad evidente que es el complejo orgánico unitario del que habla la doctrina, que sin lugar a dudas responde a un interés común: el de la Administración.

#### 4. CONCLUSIONES

De las consideraciones formuladas, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) la redacción actual del art. 33, lit. C, num. 1 del TOCAF habilita expresamente a contratar de forma directa con entidades públicas y privadas de propiedad 100% estatal, lo cual no verifica, por ese solo proceder, una práctica anticompetitiva ni abuso de posición dominante, por tratarse del ejercicio de una facultad legal (art. 2 de la ley N° 18.159);

b) sin perjuicio de la facultad legal referida -que ha sido cuestionada por la doctrina ya referenciada- la opción por la contratación directa, así como la selección del cocontratante, no debe ser arbitraria, sino que debe fundarse de forma expresa y estar justificada en razones de buena administración;

c) en los procesos competitivos regidos por las instrucciones del BID, la “elegibilidad” dependerá en cada caso según el ente instrumental oferente y el órgano licitante, debiendo demostrar esa “empresa del Estado” que tiene “autonomía financiera” y que no guarda dependencia alguna con el Estado contratante, so pena de no ser “elegible”;

d) en los casos en que una entidad pública o privada de propiedad 100% estatal, oferte precios o condiciones sensiblemente inferiores al mercado -posiblemente en abuso de su situación “instrumental” o por carecer de interés lucrativo al tener una relación de dependencia económica-financiera del Estado- verificaría prácticas prohibidas o anticompetitivas pasibles de denuncia ante la CPDC de conformidad con los arts. 12 y siguientes de la ley N° 18.159, acreditando su verificación.

**BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.**

- ALGORTA MORALES, Paula - “Prácticas prohibidas” en Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 54;
- BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel - “La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz” en Rev. de Estudios de la Administración Local y Autonómica (Madrid, 2006), N° 300 - 301, pág. 565.
- BLANCO, Andrés - “Gasto público, presupuesto y deuda pública. Materiales básicos de lectura para estudiantes de Derecho Financiero”, en <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/me/article/view/130/123>. Fecha de consulta: 04/07/2019.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio - “El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya”, en Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX, Instituto de Estudios Administrativos Local (Madrid, 1969), tomo III, pág. 299.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “A propósito del tercer TOCAF”, en La Justicia Uruguaya, tomo 146, sección Doctrina, pág. 3 y ss.;
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Contratación Administrativa” (U.M., Montevideo, 1999, reedición 2004), pág. 79 y ss.
- DELPIAZZO, Carlo E. - “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2015), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 409 y ss.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2017), volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 283 y 284.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Estudios sobre la responsabilidad de la Administración” (U.M., Montevideo, 2009), pág. 79.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Génesis y evolución del TOCAF”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - “Comentarios al TOCAF sobre la Hacienda Pública (U.M., Montevideo, 2012), pág. 11 y ss.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto - “La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la licitación pública”, en “Estudios de Derecho Público” (Montevideo, 2008), volumen II, pág. 197; y en Anuario de Derecho Administrativo, Tomo 14, (FCU, Montevideo, 2007), págs. 38 y 46.
- GORDILLO, Agustín - “Tratado de Derecho Administrativo” (Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2004), Tomo III, pág. X.13.
- MARIENHOFF, Miguel S. - «Tratado de Derecho Administrativo» (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981), tomo II, págs. 535 y 344.
- MEILAN GIL, José Luis - “La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica” en A.A.V.V. - “Administración Instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo” (Civitas, Madrid, 1994), tomo II, pág. 988.
- ORTIZ MALLOL, José - “La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas”, en A.A.V.V., “La Administración Instrumental. VII Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía” (Sevilla, 2005), pág. 207.
- PEÑAS MOYANO, Benjamín - “La venta a pérdida como acto de competencia desleal” en Distribución comercial y derecho a la competencia (La Ley, Madrid, 2011), pág. 606.
- PERNAS GARCÍA, Juan José - “Las operaciones in house y el Derecho Comunitario de contratos públicos” (Iustel, Madrid, 2008), pág. 59 y ss.
- PINTO, Ximena y ZAK GODOY, Pablo - “Defensa de la competencia y empresas públicas”, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VIII, 2009, N° 16 pág. 82 y 84.

Fecha de recepción: 19 junio 2019.

Fecha de aceptación: 30 junio 2019.

