

Montevideo, 26 de setiembre de 2017.

Sr. Intendente de Soriano
Agustín Bascou
Presente.-

De la mayor consideración:

Por la presente cúmpleme responder con la premura requerida la consulta formulada respecto a la regularidad jurídica de hacer efectivo a su respecto lo establecido en el art. 292 de la Constitución y en el art. 38 de la ley orgánica departamental.

La respuesta negativa a dicha cuestión surge del simple cotejo de la situación creada con las disposiciones referidas, para demostrar lo cual se seguirá el siguiente itinerario:

- a) relación de hechos causales;
- b) descripción del marco jurídico aplicable; y
- c) encuadramiento jurídico de los hechos causales en el marco aplicable.

A partir de las referidas premisas, que se desarrollarán por su orden a continuación, se podrá alcanzar la conclusión adelantada.

1 RELACION DE ANTECEDENTES

- 1.1 Según versiones de prensa, “Representantes del Frente Amplio en el departamento de Soriano denunciaron en un **comunicado** que durante 2016 una estación de servicio propiedad del Intendente de Soriano, Agustín Bascou, vendía a la Intendencia casi el triple de combustible que la competencia. Aseguran que hubo conjunción de interés personal y público y que no se respetó el art. 291 de la Constitución” (así: El Observador de 25 de setiembre de 2007, pág. 9).

En su mérito, la Junta Departamental de Soriano ha sido objeto de **convocatoria** a sesión extraordinaria para el día de hoy a fin de tratar lo solicitado por los tres ediles convocantes: “Hacer efectivo lo establecido en el art. 292 de la Constitución de la República y art. 38 de la ley orgánica municipal en relación al Intendente de Soriano”.

- 1.2 De acuerdo a la información proporcionada y a lo que resulta de la **respuesta al pedido de informes** cursada a la Cámara de Representantes por la Sra. Ministra del Industria, Energía y Minería el pasado 27 de abril de 2017 contenido los datos proporcionados por la Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland (ANCAP), la estación de servicio de Radial Mercedes Limitada, de la que el Intendente es propietario y administrador, nunca contrató con la Intendencia de Soriano.

En efecto, al tenor del **convenio entre ANCAP y la Intendencia de Soriano fechado el 15 de enero de 2014**, siendo Intendente Guillermo Besozzi, se acordó la integración de la flota departamental al Sistema de Control Vehicular computarizado aprobado por Decreto del Poder Ejecutivo N° 462/994 de 11 de octubre de 1994 y, consecuentemente, al abastecimiento de dicha flota a través de la red de estaciones ANCAP adheridas al Sistema (cláusulas segunda y cuarta).

Dicho convenio se celebró directamente al amparo de lo previsto en el art. 33, lit. C, num. 1 del TOCAF y, según pronunciamiento del Tribunal de Cuentas frente a similar precedente en la Intendencia de Tacuarembó, “es muy beneficioso a los intereses de la Intendencia”, no siendo de aplicación los arts. 38 a 42 de la ley orgánica departamental ni el art. 46 del TOCAF (así: oficio N° 4813/05 de 14 de setiembre de 2005).

A su vez, Radial Mercedes Limitada, al igual que todas las estaciones de servicio del sello ANCAP, actúa en el marco de un **contrato operativo de concesión con DUCSA**, que es la Distribuidora Uruguaya de Combustibles S.A., sociedad comercial perteneciente a ANCAP. El referido es un verdadero contrato de adhesión que tiene por objeto “la regulación de las relaciones comerciales entre el Distribuidor y el Concesionario, comprendiendo la venta de los productos ANCAP comercializados por el Distribuidor, así como la distribución y venta de todo tipo de productos que no interfieran con la venta de combustibles y lubricantes que fuere acordada por las partes” (cláusula tercera).

- 1.3 **En suma**, como ya lo he explicado antes de ahora, las estaciones de servicio que actúan en plaza lo hacen en el marco de un entramado contractual que las vincula inmediatamente con DUCSA y mediamente con ANCAP en su carácter de proveedor monopólico de combustibles

(ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Especial”, A.M.F., Montevideo, 2010, volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 400 y sigtes.; y 2017, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 476 y sigtes.).

De la descripción de dicho régimen se desprende claramente que la Intendencia de Soriano no ha contratado con ninguna estación de servicio en particular sino que lo ha hecho con ANCAP, adhiriendo al moderno Sistema conocido por la sigla SISCONVE.

2 ENCUADRAMIENTO JURÍDICO

- 2.1 En virtud de lo establecido en el **art. 292 de la Constitución** -citado en la convocatoria para la sesión extraordinaria de la Junta Departamental- se establece que “La inobservancia de lo preceptuado en los artículos precedentes, importará la pérdida inmediata del cargo”.

Las disposiciones remitidas, que forman parte del Capítulo VIII de la Sección XVI de la Carta, son los arts. 289 a 291. El primero establece la incompatibilidad del cargo de Intendente con otro empleo público y el segundo regula incompatibilidades para integrar las Juntas Departamentales.

Por su parte, en el **art. 291 de la Constitución** se dispone que “Los Intendentes, los miembros de las Juntas Departamentales y de las Juntas Locales, tampoco podrán durante su mandato:

1º) Intervenir como directores o administradores en empresas que contraten obras o suministros con el Gobierno Departamental, o con cualquier otro órgano público que tenga que ver con el mismo.

2º) Tramitar o dirigir asuntos propios o de terceros ante el Gobierno Departamental”.

- 2.2 Agrega el **art. 38 de la ley Nº 9.515 de 28 de octubre de 1935** -también citado en la convocatoria para la sesión extraordinaria de la Junta Departamental- que la pérdida inmediata del cargo a que refiere el art. 292 de la Carta Política “será decretada por el Senado, previa acusación de un tercio de votos de las Juntas Departamentales” (inc. 2º).

- 2.3 **En suma**, el procedimiento que se pretende poner en marcha es el previsto en el **art. 296 de la Constitución**, a cuyo tenor “Los Intendentes y los miembros de las Junta Departamental podrán ser acusados ante la Cámara de Senadores por un tercio de votos del total de componentes de

dicha Junta por los motivos previstos en el art. 93”, que son “violación de la Constitución u otros delitos graves”.

Tal como resulta de la relación de hechos precedente y según se verá a continuación, en el caso no se configura ninguno de tales supuestos.

3 APLICACIÓN AL CASO

- 3.1 De acuerdo a las versiones de prensa, se promovería el juicio político por considerar que el Intendente, como ordenador primario de gastos de la Intendencia de Soriano (arts. 26 y 27, lit. f del TOCAF), ha contratado con Radial Mercedes Limitada, de la que es propietario, y, en consecuencia, ha violado el art. 291 de la Carta al intervenir como director o administrador en una empresa que contrata suministros con el Gobierno Departamental, o con cualquier otro órgano público que tenga que ver con el mismo.

Sin embargo, ello no es así ni desde el punto de vista fáctico ni desde el punto de vista jurídico y, por eso, no se configura un supuesto habilitante del procedimiento convocado.

- 3.2 **Desde el punto de vista fáctico**, no existe ningún contrato que vincule a la Intendencia con Radial Mercedes Limitada ni el Intendente ha dispuesto, como ordenador primario de gastos, ningún pago a la referida estación de servicio.

Además, ello sería imposible ya que los pagos de combustibles consumidos por la flota departamental los factura ANCAP, que es quien percibe el pago correspondiente.

- 3.3 **Desde el punto de vista jurídico**, más allá de la constatación de la realidad -que, por notoria, no requiere de prueba- ya ha quedado dicho que, desde la anterior administración, la Intendencia de Soriano se encuentra vinculada contractualmente con ANCAP y que Radial Mercedes Limitada, al igual que todas las demás estaciones de servicio del país, se encuentra vinculada contractualmente con DUCSA, que es una sociedad comercial regida por el Derecho privado.

Como es sabido, ANCAP es un Ente Autónomo y, como tal, es un sujeto de Derecho público y estatal, en tanto que DUCSA es una entidad privada de propiedad estatal de dicho Ente.

Para clarificarlo, vale la pena recordar la doble distinción entre personas públicas y privadas por una parte, y personas estatales y no estatales por

otra (ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Especial”, A.M.F., Montevideo, 2015, volumen 1, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 199 y sigtes.).

3.3.1 *La diferencia entre entidades públicas y privadas* debe realizarse en razón del régimen jurídico que las rige: si se regulan primordialmente por el Derecho público serán públicas, y si se regulan primordialmente por el Derecho privado, serán privadas. Tal diferenciación proyecta, entre otras, las siguientes consecuencias en uno y otro caso:

- a) las personas públicas son creadas por la Constitución o la ley, persiguen un fin de interés general, suelen implicar formas de adhesión imperativas, poseen prerrogativas especiales en virtud de su fin, y la disposición patrimonial se encuentra delimitada; y
- b) las personas privadas son de creación particular en función de igual interés, suelen presentar libertad de adhesión, no se caracterizan por prerrogativas especiales, y su patrimonio puede ser dispuesto según el estatuto respectivo.

3.3.2 A su vez, *el deslinde entre personas estatales y no estatales* está dado por su pertenencia a la organización jurídica de la colectividad, es decir, el Estado en sentido amplio por oposición al Estado en sentido estricto (que es la persona pública mayor, integrada por los tres Poderes de Gobierno y los órganos de creación constitucional Corte Electoral, Tribunal de Cuentas y Tribunal de lo Contencioso Administrativo).

Desde el punto de vista lógico, siendo las precedentes dos clasificaciones diferentes fundadas en dos criterios diversos, es posible considerar cuatro categorías resultantes que hoy existen en nuestro Derecho (ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Uruguayo”, Porrúa – UNAM, México, 2005, pág. 124 y sigtes.):

- a) personas públicas estatales (como son el Estado y cada uno de los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales);
- b) personas públicas no estatales (como se categorizan legalmente las así llamadas);
- c) personas privadas no estatales (como son las personas jurídicas civiles y comerciales en sus distintas especies); y

- d) personas privadas estatales (como pueden considerarse las instituidas como tales caso de DUCSA, ALUR S.A., etc.- o las que, por adquisición o por expropiación, son nacionalizadas).
- 3.4 **Desde el punto de vista procesal**, corresponde coincidir con José KORZENIAK en la “falta de lógica” del juicio político en el caso de los Intendentes, por lo que “No es sencillo encontrar la armonía entre estos dos aspectos del estatuto de los Intendentes: por un lado carecen de fueros y, sin embargo, son pasibles de un juicio político que, en nuestro país, sólo tiene por efecto separar de su cargo al acusado si el Senado hace lugar a aquél para que quede a disposición de la Justicia (arts. 296, 102 y 103). En el caso del Presidente de la República, de los Ministros y de los Legisladores (arts. 172, 178, 102) sin juicio político o sin desafuero, no es posible iniciarles procesos penales. Pero esto no es así en el caso de los Intendentes” (José KORZENIAK – “Primer Curso de Derecho Público. Derecho Constitucional”, F.C.U., Montevideo, 2001, págs. 647 y 648).
- 3.5 **En suma**, como enseña el mismo Profesor, el art. 291 “debe entenderse con sentido racional. Se trata de evitar que use su cargo para obtener ventajas” (así: José KORZENIAK – “La Constitución explicada”, F.C.U. – Planeta, Montevideo, 2007, pág. 407). Pues bien: ¿cuál es la ventaja obtenida o procurada en el caso? Acaso, ¿el Intendente ha instruido a sus dependientes para que carguen combustible en su estación? O ¿ha jugado con un tarifario que no puede manejar porque es establecido unilateralmente por ANCAP? La sola formulación de las preguntas conduce a su respuesta.

4 CONCLUSIONES

De las consideraciones formuladas en los párrafos precedentes, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- a) no procede la aplicación en el caso de lo establecido en el art. 292 de la Constitución y en el art. 38 de la ley orgánica departamental por cuanto no se verifican los supuestos habilitantes de los mismos;
- b) ello es así porque el Intendente no ha contratado suministro de combustible para la flota departamental con una empresa de la que es propietario sino que la Intendencia se encuentra vinculada al efecto con ANCAP desde antes de iniciarse la actual gestión de gobierno; y

- c) tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico y procesal, los contratos celebrados por la Intendencia con ANCAP, por Radial Mercedes Limitada con DUCSA, y por ANCAP con DUCSA están lejos de configurar los supuestos previstos en el art. 291 de la Constitución.

Quedo a las órdenes para cualquier aclaración o ampliación que se estime necesaria o conveniente.

Saludo a Usted muy atentamente,



Dr. Carlos E. Delpiazzo

Profesor de Derecho Administrativo (UM)

Ex Director del Programa Máster en

Derecho Administrativo Económico (UM)

Ex Profesor de Derecho Administrativo (UdelaR)

Ex Director del Instituto de Derecho Administrativo (UdelaR)

Ex Decano de la Facultad de Derecho (UCU)

