

Rodrigo DÍAZ INVERSO

Universidad de la República (Uruguay)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2347-2046>

rodrigodiazinverso@hotmail.com

Recibido: 18/11/2024 - Aceptado: 21/11/2024

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

Díaz Inverso, R. (2024) Competencia de los entes estatales industriales y comerciales: nota a una sentencia relevante para el debate.

Revista de Derecho, 23(46), Artículo e4610. <https://doi.org/10.47274/DERUM/46.10>

Competencia de los entes estatales industriales y comerciales: nota a una sentencia relevante para el debate

1

Jurisdiction of industrial and commercial state entities:
note to a relevant ruling for the debate.

Competência dos organismos públicos do sector
industrial e comercial: nota a um acórdão relevante
para o debate

1. Introducción

Es un hecho notorio que Uruguay cuenta con un sector público fuerte en el ámbito industrial y comercial, bajo la - siempre imprecisa - forma de “empresas públicas”.

En la mayoría de los casos, las actividades estatales de ese tipo se presentan en régimen de competencia con el sector privado.

Ello genera que en ocasiones controversias respecto a si el ente estatal está actuando o no dentro de su ámbito competencial o si está violentando el rol subsidiario que algunas corrientes de pensamiento le asignan al Estado.

En el presente trabajo comentaremos una sentencia que aporta elementos interesantes a la discusión, a cuenta de futuros desarrollos.

2. El caso

2.1. La postura del actor

Una reconocida empresa de plaza (Abitab S.A.) compareció ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) a efectos de obtener la anulación de una resolución dictada por el Consejo Ejecutivo de la Unidad de Certificación Electrónica de la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (Agesic). En virtud de esta, se había autorizado la condición de prestador de servicios de confianza acreditado de firma electrónica avanzada con custodia centralizada e identificación digital de la Administración Nacional de Telecomunicaciones (Antel) y su inscripción en el Registro de Prestadores de Servicios de Confianza. Todo ello en el marco de la ley de firma electrónica n.º 18.600.

La resolución en cuestión determinaba que Antel se constituyera como competidor directo de la actora en esa actividad comercial.

En apoyo a su pretensión anulatoria, Abitab S.A. invocó los siguientes argumentos:

- i. vicios en la motivación por inexactitud en el derecho. Las normas invocadas son correctas, pero no son las únicas que se deben tener en cuenta, en la medida en que se debió advertir que Antel estaba actuando por fuera de su especialidad, en violación al artículo 190 de la Constitución;
- ii. Antel es incompetente para el ejercicio de la actividad autorizada, en tanto únicamente tiene atribuida competencia en materia de telegrafía, télex y telefonía fija por hilos;
- iii. por desconocimiento del principio de subsidiariedad. Al respecto, la posición defendida por el actor – según surge de la sentencia – es la siguiente: es un principio de organización política de la sociedad que deslinda el ámbito de competencia de sus integrantes y que tiene su fuente en la doctrina social de la Iglesia Católica. Dicho principio parte del carácter personal del hombre, sujeto de la actividad social y política y de la necesaria ordenación de la sociedad política hacia el bien común.

El mismo resulta incompatible con una visión colectivista de la vida política y con una perspectiva individualista. Esto obviamente implica una postura filosófica pero también jurídica, al ser recibida por el Derecho. Para el consultor dictaminante, el artículo 10 de la Constitución de la República en forma implícita pero clara veda el “principio de antisubsidariedad”, lo que no es otra cosa que la recepción del principio de subsidiariedad a nivel constitucional.

2.2. La postura de la demandada

La Administración demandada compareció contradiciendo la pretensión y afirmando que:

- i. la actividad en cuestión está librada a la libre competencia;
- ii. la competencia de Antel, de acuerdo con los artículos 4 y 7 del Decreto-Ley n.º 14.235 consiste en brindar servicios de telecomunicaciones urbanos y de larga distancia, nacionales e internacionales, presentes y futuros, así como otras actividades vinculadas a las telecomunicaciones. La definición de telecomunicaciones es la que surge del Convenio Internacional de Telecomunicaciones y del artículo 12 de la Ley n.º 16.211. A ello se suma que, en palabras de la Administración, se produce un vínculo entre las telecomunicaciones y los servicios de confianza. Los servicios de identidad digital y firma electrónica avanzada utilizan tecnologías de la información y comunicaciones (TIC) e integran el ámbito de las telecomunicaciones. Tan es así que se verifica a nivel internacional que las instituciones con competencia en materia de telecomunicaciones también suelen prestar los servicios de identidad digital y firma electrónica. Así por ejemplo sucede con MOVISTAR en España y CLARO en Méjico. La prestación de servicios de confianza no puede considerarse ajena al giro o negocio que el legislador atribuyó a ANTEL.
- iii. en relación con el principio de subsidiariedad, entendió que no aplicaba a la controversia, y que la actividad podía ser prestada por ambas empresas (Abitab y Antel) en régimen de competencia.

3

2.3. La postura de Antel

Antel compareció como tercerista coadyuvante con la Administración demandada, a efectos de defender la legalidad del acto enjuiciado.

De su postura destacamos la defensa del concepto amplio de telecomunicaciones que recoge nuestro derecho positivo y la ausencia de recepción del principio de subsidiariedad en nuestro ordenamiento.

2.4. La sentencia

Por sentencia 918 de 8 de setiembre de 2022 el TCA desestimó la demanda de Abitab y confirmó el acto impugnado. El tribunal, integrado por los ministros Simón, Vázquez (redactor), Corujo, Klett y Salvo, adoptó su decisión por unanimidad.

3. Notas sobre el caso

La sentencia del tribunal aborda dos temas bien importantes de la actuación administrativa, en especial cuando ésta se despliega en el marco de los llamados cometidos industriales y comerciales¹ del Estado: el principio de especialidad y el principio de subsidiariedad.

Con respecto al primero de ellos, no existe discusión en la dogmática en cuanto a su procedencia en nuestro derecho positivo. Los órganos administrativos deben tener atribuidos en forma expresa sus cometidos, por vía constitucional o legal, para poder actuar en una determinada materia. Surge a texto expreso del artículo 190 para los entes autónomos y servicios descentralizados y en general se entiende de aplicación a toda administración estatal, cualquiera sea su naturaleza jurídica.

En cuanto al principio de subsidiariedad, su aceptación dista de ser pacífica y para el tribunal, no tiene cabida.

3.1. Sobre el principio de especialidad

Comencemos con el principio de especialidad y la forma en cómo el tribunal lo aborda, adelantando desde ya nuestra coincidencia.

La sentencia comienza detallando la actividad que Antel pretendía desarrollar y para la cual solicitó la autorización al órgano competente (prestador de servicio de confianza).

4 Y entonces adopta un criterio certero – en línea con lo argumentado por Antel – en cuanto a la vinculación estrecha entre ese tipo de servicios (por ejemplo, de firma electrónica) y el giro principal de dicho servicio descentralizado (las telecomunicaciones). Además invoca expresamente un dictamen de Antel en el cual se da cuenta de que las empresas del rubro telecomunicaciones habitualmente prestan ese tipo de servicios.

Quiere decir que el tribunal asume allí un criterio de razonabilidad y de realismo: si la realidad de la industria en la cual participa el ente estatal muestra que las empresas con giros similares realizan esas actividades, es razonable o plausible interpretar el cometido del ente en función de esas realidades del mercado en que opera.

Se trata en definitiva de adoptar un criterio evolutivo del cometido, que atienda a los cambios (sociales, tecnológicos, económicos, culturales) que se van sucediendo y que tienen impacto en los bienes y servicios que el organismo estatal ofrece.

Este criterio del tribunal perfectamente sería replicable en la interpretación de las normas atributivas de competencia de otros entes autónomos y servicios descentralizados industriales y comerciales del Estado.

Por ejemplo, para interpretar la competencia de la Administración Nacional de las Usinas y Trasmisiones del Estado (UTE) en relación con “cualquiera de las actividades de la industria eléctrica”² sería necesario comparar con lo que otras empresas del sector eléctrico realizan, en Uruguay y otras partes del mundo. En definitiva, la propia “industria

1 Optamos por la denominación “cometidos industriales y comercial del Estado”, en lugar de la propuesta por Sayagués Laso de “actuación estatal en el campo de la actividad privada” (2002, p. 93), por entender que se adecuaba mejor al léxico constitucional.

2 Artículo 3, Ley n.º 15.031.

eléctrica” es el parámetro de razonabilidad para definir cuáles son las actividades de esa misma industria que UTE está facultada a realizar.

En igual sentido sirve para interpretar los cometidos del Banco de Seguros del Estado (BSE), al que el legislador le atribuyó competencia para realizar “todo tipo de operaciones de seguros, reaseguros, contratación de rentas vitalicias, administración de fondos de ahorro previsional y de seguros de retiro y demás operaciones similares o conexas a las detalladas precedentemente, así como todas aquellas que efectúen las empresas del ramo”³. Nuevamente, es el propio sector de actividad en que el organismo despliega su actividad, el que aporta los insumos necesarios para la interpretación del alcance de sus cometidos.

Mismo razonamiento podríamos aplicar para la competencia de Ancap de “refinar petróleos crudos o sus derivados, preparar y vender todos los productos propios de esta industria”⁴, o del Banco República en cuanto a “realizar toda clase de operaciones comerciales y/o financieras que constituyan transacciones bancarias usuales”⁵.

Estos ejemplos, y la propia sentencia del tribunal que comentamos, sirven para postular un criterio hermenéutico a utilizar al momento de interpretar el giro que tiene atribuido un ente industrial o comercial del Estado: la realidad de empresas que desarrollen la misma actividad que la empresa pública sirve de parámetro de referencia para determinar los “límites” del sector económico en cuestión; la “industria” es fuente material de la interpretación normativa del cometido; es el hecho social que adquiere trascendencia jurídica. El tribunal utiliza para referirse a ello el término “las realidades de las empresas del ramo en el resto del mundo”.

Recordemos que la Constitución refiere a “negocios extraños al giro” y “actividades normales” en el artículo 190. Para interpretar esa “extrañeza” o esa “normalidad” nada mejor que acudir a las prácticas de empresas semejantes, aun cuando éstas puedan tener fines distintos (notoriamente si la comparación la hacemos con empresas privadas, tendrán fines de lucro). Los usos y costumbres del sector servirán como parámetro de normalidad de las actividades que pretende realizar el ente.

Y si en todo caso la ley entiende necesario prohibirle a la empresa pública incursionar en algún sector especial de la actividad que le comete o desarrollar ciertas operaciones, debería establecerlo a texto expreso para evitar equívocos. De hecho, es posible advertir en algunas de las leyes orgánicas de estos entes autónomos y servicios descentralizados una preocupación por limitar su actividad a ciertas áreas específicas.

El artículo 190 proviene de la Constitución de 1934, repitiéndose en las siguientes con modificaciones de detalle. Ante un texto constitucional aluvional, no siempre es sencillo identificar el trasfondo político filosófico que inspiró un artículo en particular.

Su ratio parecería ser la de evitar que los fondos públicos de estas administraciones se destinaran a actividades que no eran las que el legislador les encomendaba.

Ahora bien, también podría entenderse que la disposición buscar dar una protección a las empresas privadas potencialmente sometidas a la competencia estatal en el campo

3 Artículo 3, Ley n.º 18.243.

4 Artículo 3, literal k, Ley n.º 8.764.

5 Artículo 3, Ley n.º 18.716.

industrial o comercial. En otras palabras, para que el Estado le compita al privado, se requiere de una ley que expresamente le atribuya la competencia. Con esta última lógica, ¿no sería razonable que si la finalidad del artículo 190 es darles una protección a los privados, la conducta de estos sea también un parámetro relevante para determinar cómo debe interpretarse la materia atribuida por ley?

En segundo lugar, resulta compatible el abordaje jurídico que el tribunal realiza en torno al concepto de telecomunicaciones partiendo de la norma internacional (Convenio Internacional de Telecomunicaciones, ratificado por Ley n.º 12.273), pasando por la carta orgánica de Antel (Decreto-ley n.º 14.235) e incluso leyes que, sin referir explícitamente a Antel, sirven para interpretar qué debe entenderse por telecomunicaciones (ley orgánica de la Unidad Reguladora de Comunicaciones). En esa línea se había pronunciado Cajarville al estudiar el tema (Cajarville, 2019, p. 74-87).

Con respecto a la especialidad, nos resta destacar la adhesión del tribunal a la posición de Sayagués (2002, p. 199-204), en cuanto a la amplitud con que debe interpretarse la extensión de los fines (entendemos que más que fines, está refiriendo a cometidos). Es decir que lejos de postularse interpretaciones restrictivas o minimalistas de los cometidos atribuidos a los entes industriales y comerciales, el TCA comparte que la interpretación puede tener amplitud.

Y nos permitimos agregar: esa amplitud es especialmente aceptable cuando los cometidos están recogidos en las disposiciones normativas con redacciones amplias, que permiten acompañar la evolución del sector económico de que se trate, sin violentar en lo más mínimo el texto legal.

6

3.2. El principio de subsidiariedad

El segundo punto destacado del fallo es su posicionamiento frente al “principio de subsidiariedad”. La sentencia lo despacha en un párrafo:

En lo que concierne a la invocación del principio de subsidiariedad, más allá de lo opinable que resulta su consagración y alcance en nuestro ordenamiento jurídico, debe verse que no corresponde al caso en el encare que hace la accionante y su consultor - patrocinante, sobre la base de una visión ideológica subjetiva acerca de la intervención y el tamaño del Estado, cuestiones que resultan ajenas al control de juridicidad que le compete al Tribunal.

Ese único párrafo marca una postura del tribunal en relación con la subsidiariedad.

En primer lugar, planteando la duda respecto a que efectivamente tenga una consagración en nuestro ordenamiento jurídico y que, en el caso de tenerla, el alcance que se le debe dar a ese principio es también opinable. Pero más terminante aún es la crítica que dirige a la postura que plantea Durán Martínez sobre este principio, al entender que se trata de una visión ideológica subjetiva.

Esa postura del tribunal, tendiente a identificar el principio de subsidiariedad con determinadas posiciones filosóficas y políticas, y no como principio jurídico, ha sido planteada recientemente desde la dogmática argentina en un exhaustivo estudio (Cabral, 2022, p. 232-246).

En nuestro medio, han postulado la vigencia de este principio, además de Durán, autores como Brito, Delpiazzo o Cagnoni. Un interesante resumen de esas posturas y en especial sus matices (que, en ocasiones, son de importancia), realiza el Profesor Cajarville con particular agudeza (2008, p. 229-233).

Por nuestra parte manifestamos nuestra concordancia con la sentencia, agregando que en nuestra opinión, la subsidiariedad no es un principio de nuestro derecho positivo constitucional, que sirva para fundar una eventual interpretación restrictiva del ámbito competencial de una empresa pública o para cuestionar la constitucionalidad de las leyes que atribuyan tales competencias.

Repasemos el tratamiento que nuestra Constitución le dispensa a la actuación estatal en materia industrial y comercial:

- a) la complementariedad de servicios públicos como uno de los ejes de la integración latinoamericana (artículo 6);
- b) la posibilidad de que la gestión de servicios públicos esté directamente a cargo de entidades estatales (artículos 24 y 65 inciso segundo);
- c) la prestación exclusiva y directa de los servicios públicos de saneamiento y abastecimiento de agua potable por personas jurídicas estatales (artículo 47);
- d) la singularidad estatutaria de los funcionarios que trabajen en entes autónomos industriales y comerciales (artículo 63) y de aquellos que lo hagan en servicios descentralizados en atención a la diversa índole de sus cometidos (artículo 59 literal E);
- e) la exigencia de una mayoría menos calificada si se crea un monopolio en favor de una entidad estatal que de una empresa privada (artículo 85 numeral 17);
- f) la propia mención constitucional a la existencia de un “dominio industrial y comercial” a cargo del Estado (artículo 185). No prevé que *pueda* existir, sino que directamente lo tiene por existente;
- g) el reconocimiento de la existencia de “empresas públicas” (artículo 230) y su necesaria participación en las comisiones sectoriales de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto;
- h) la posibilidad de crear servicios descentralizados industriales y comerciales con mayoría absoluta, reservándose la mayoría calificada de dos tercios sólo para los entes autónomos;
- i) la atribución al Estado de la potestad de asociarse con privados en sociedades de economía mixta, para el desarrollo de actividades industriales, comerciales o agropecuarias (artículo 188 inciso tercero y cuarto);
- j) la existencia de “Bancos del Estado” (artículo 199);
- k) la existencia de servicios estatales de correos, telégrafos y puertos (artículo 186);
- l) la particularidad presupuestaria de los entes industriales y comerciales del Estado (artículo 221), que se traduce en una mayor flexibilidad (presupuesto anual y no quinquenal, aprobado por acto administrativo y no por ley).

Por tanto, las normas constitucionales no arrojan un respaldo explícito a una visión subsidiaria del Estado en materia de actividad industrial y comercial. Regulan dicha participación (la cual, ciertamente, siempre requerirá ley y razones de interés general) pero no la encorsetan.

Hace más de 30 años, Cassinelli Muñoz planteó en términos categóricos que

en el Derecho Uruguayo Constitucional no rige – contrariamente a lo que sostiene alguna parte de la doctrina uruguaya –, el principio de subsidiariedad a nivel constitucional. La Constitución es neutra, en cuanto a la afirmación o negación de la idea de intervención del Estado en la economía, debe reducirse a aquellos casos en los cuales la actividad privada sea insuficiente o inconveniente. Es decir ese principio, sería entre nosotros una máxima política, compartible o no compartible, una opinión filosófica que se le ofrece al electorado antes de cada elección, y que el electorado puede apoyarla o no apoyarla, votando por los partidos que sean partidarios de esa solución o de la contraria. La Constitución uruguaya, mantiene una suficiente flexibilidad, como para admitir las dos soluciones doctrinales y sus consecuencias políticas prácticas (Cassinelli Muñoz, 1991, 47-48).

En igual sentido se pronunció Cajarville, sosteniendo que

la Constitución admite la legitimidad de la actividad comercial e industrial de las entidades estatales con una amplitud inconciliable con el principio de subsidiariedad aun en su visión positiva. Las razones de interés general que legitiman de acuerdo a nuestra Constitución la actividad industrial y comercial del Estado pueden ser ciertamente las previstas por el principio de subsidiariedad en cualquiera de sus versiones; pero también pueden ser otras las razones de interés general que legitimen la restricción y aun la exclusión de la actividad privada y el ejercicio de actividad industrial o comercial por el Estado, distintas a las admitidas por quienes sostienen el principio de subsidiariedad (Cajarville, 2008, p. 231).

Finalmente, podríamos decir que desde la dogmática argentina más reciente, Cabral realiza una apreciación perfectamente trasladable a nuestro texto constitucional:

que la Constitución nacional reconozca los derechos individuales como el de enseñar, comerciar o ejercer industria, no implica de ninguna manera que nuestro ordenamiento haya vedado al Estado asumir ese tipo de actividades, aun cuando las estén desarrollando el sector privado (Cabral, 2022, p. 240).

4. Conclusiones

La importancia del sector industrial y comercial del Estado uruguayo determina que controversias como la ventilada en la sentencia comentada sean relativamente frecuentes.

La relevancia de este fallo radica en su abordaje de los dos puntos centrales que hacen a la discusión sobre los límites de los cometidos industriales y comerciales de la entidades estatales: la especialidad y la subsidiariedad.

Con respecto a la primera, el tribunal marca un criterio interesante, remitiendo a un determinado hecho social (la realidad de la industria) para interpretar los preceptos jurídicos que asignan competencia a tales entidades.

En relación con la subsidiariedad, no la identifica como un principio de fuente constitucional, colocándola – en línea con importantes opiniones de la dogmática – como una máxima política o filosófica sin que nuestra Carta tome partido por ella.

Corresponderá pues a la ley definir ambas cuestiones: tanto el alcance (y limitaciones) de la competencia de las empresas públicas, como del rol expansivo o restrictivo que éstas asuman en los distintos mercados.

Referencias bibliográficas

Cabral, P. O. (2022). Los principios generales del Derecho Administrativo. De la subsidiariedad a la solidaridad. *Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado, Año 6 (7)*, 216-255.

Cajarville Peluffo, J. P. (2008). *Sobre Derecho Administrativo, Tomo II* (2º edición). Fundación de Cultura Universitaria.

Cajarville Peluffo, J. P. (2019). *Sobre Derecho Administrativo, Tomo III*. Fundación de Cultura Universitaria.

Cassinelli Muñoz, H. (1991). Exposición. En *Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización. Ciclo de conferencias organizado por el Instituto de Investigación Jurídica del "Centro Universitario Montefaro"* (pp. 42-49). Fundación de Cultura Universitaria.

Sayagués Laso, E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I* (8va edición. Puesta al día por D. H. Martins). Fundación de Cultura Universitaria.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy