

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 2 de mayo de 2013

No. 265

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "RODÓ SOUBERBIELLE, PABLO con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de nulidad" (Ficha No. 626/10).

RESULTANDO:

I) Que, con fecha 19/10/2010, compareció el promotor (fs. 2/11 vta.) demandando la anulación de la resolución No. 007/2010 de fecha 5/1/2010, dictada por el Director General de Rentas, mediante la cual se dispuso la instrucción de procedimiento disciplinario con suspensión preventiva y retención de los medios sueldos correspondientes; de la resolución de fecha 22/2/2010 dictada por la Instructora Sumariante por la cual se le denegó la fiscalización y/o contralor de la actividad probatoria; y de la resolución de fecha 6/9/2010 dictada por el Poder Ejecutivo, por la cual se dispuso la rescisión del contrato de función pública que lo vinculaba con la Dirección General Impositiva.-

Indicó que, siendo funcionario de la Dirección General Impositiva -por contrato de función pública celebrado en marzo de 2009- se le instruyó sumario administrativo por presunta violación al esquema de incompatibilidades, culminando con la rescisión del vínculo funcional que mantenía con la Administración.-

Precisó que la Auditoría Interna desconoció la normativa que racionaliza su actuación y realizó investigaciones sin contar con la previa

resolución habilitante del Director General de Rentas (ex art. 3, lit. c), del Decreto No. 166/005).-

Alegó que, en la sustanciación de las investigaciones irregularmente dispuestas, se realizaron inspecciones a diversos contribuyentes sin haberles advertido que las fiscalizaciones no obedecían al cumplimiento de sus obligaciones tributarias, lo que destaca irregularidad cuando el deber de colaboración del sujeto pasivo no resulta extensible a las investigaciones que despliegue la accionada sobre sus funcionarios.-

Señaló que, inmediatamente a la notificación del acto de inicio del sumario, peticionó la notificación de todas las instancias probatorias a efectos de verificar su desarrollo, fundamentándose la denegatoria en que la reserva de las actuaciones alcanza al sumariado, en solución inadecuada en tanto la vista posterior no posibilita subsanar la producción de un marco probatorio sin control.-

Expresó que todas las diligencias probatorias se dirigieron a empresas con quienes mantuvo vínculo profesional con anterioridad a su ingreso a la Administración, según las declaraciones de los representantes de sus antiguos clientes quienes fueron contestes en la culminación del vínculo profesional en marzo de 2009.-

Puntualizó que no resulta posible postular que con el ingreso a la Administración Pública se desvanece el vínculo con las empresas con quienes operó como asesor contable, ya que se mantiene la responsabilidad civil por el período de tiempo en que se desplegó la actuación profesional, razón por la cual, las respuestas a consultas referidas a la extensión temporal en la cual actuó como asesor contable, se imponía como

imperativo de actuación y sin transgredir deber funcional alguno ya que no implicó asesoramiento profesional.-

Afirmó que la calificación jurídica de los hechos no resultó razonable, ya que el estrecho margen temporal transcurrido entre su ingreso a la función pública y los hechos reprochados, evidencia que se trató del cierre de las tareas que comprometían su anterior labor profesional.-

En suma, peticionó la anulación de los actos administrativos cuestionados.-

II) Conferido traslado de la demanda, la Administración lo evacuó a fs. 20/29, bregando por su rechazo en base a los siguientes fundamentos.-

En lo formal, señaló que la resolución No. 007/2010 por la cual se dispuso la instrucción de sumario ha devenido firme, en virtud de que pese a haber sido recurrida mediante los recursos administrativos correspondientes, la misma no fue objeto de nulidad ante el Tribunal dentro del plazo de caducidad de la acción (vide: fs. 21).-

Precisó que la actuación de la Auditoría Interna se enmarcó dentro del cometido establecido en el literal b) del art. 3 del Decreto No. 166/005, en cuanto prevé: “*Controlar de forma sistemática y permanente el cumplimiento del régimen de incompatibilidades y dedicación exclusiva por parte de los funcionarios de la Dirección General Impositiva*”; por lo cual las actuaciones tendientes al contralor del régimen de exclusividad e incompatibilidad, no requerían para su inicio de la previa resolución del Director General de Rentas.-

Indicó que, aún de admitirse apartamiento adjetivo, no resultaron cercenados los derechos del reclamante, ya que la totalidad de las

actuaciones fueron convalidadas por el Director General de Rentas a través de la resolución que dispuso la instrucción de sumario administrativo, en aplicación del principio de finalismo.-

Manifestó que, suponer que a los funcionarios actuantes de la Auditoría Interna les estaba vedado constituirse en domicilios de los sujetos pasivos con quienes el sumariado tuvo eventual vinculación, a efectos de recabar pruebas que permitieran arribar a la verdad material de los hechos, significa imponer una cortapisa a las naturales y jurídicas potestades de control de aquella.-

En cuanto al acceso del expediente administrativo durante la tramitación del sumario, sostuvo que no resultaba posible, habida cuenta que al funcionario investigado le es oponible el secreto de la actuación, y en tanto el control de las probanzas se verifica luego del informe de instrucción al encontrarse el expediente de manifiesto.-

Por último, explicó que resulta acreditado que, el promotor violentó en forma flagrante el régimen de incompatibilidad, ya que realizó una liquidación de haberes de una trabajadora de la empresa AZANIA S.R.L., período comprendido entre enero y junio de 2009, tarea profesional desarrollada luego de la suscripción del contrato de función pública.-

En definitiva, solicitó la confirmación del acto administrativo impugnado.-

III) Abierto el juicio a prueba (fs. 31), se produjo la que obra certificada a fs. 38 y alegaron las partes por su orden (la actora a fs. 41/46 vta. y la demandada a fs. 49/55).-

IV) Oído el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen No. 222/12 glosado a fs. 58/59 vta.) aconsejó la confirmación del acto cuestionado.-

V) Se citó a las partes para sentencia (fs. 61), la que, previo pasaje a estudio de los Sres. Ministros, acordaron su dictado en legal y oportuna forma.-

CONSIDERANDO:

I) Que, en la especie, se han cumplido los requisitos establecidos en la Constitución de la República y normas concordantes, para el útil inicio de la presente acción (ex arts. 317 y 319 de la Constitución de la República, arts. 4 y 9 de la Ley 15.869).-

II) En autos, se promueve la anulación de la resolución No. 007/2010 de fecha 5/1/2010, dictada por el Director General de Rentas, mediante la cual se dispuso la instrucción de procedimiento disciplinario con suspensión preventiva y retención de los medios sueldos correspondientes (fs. 36/36 vta. Pieza 1 A.A.); de la resolución de fecha 22/2/2010 dictada por la Instructora Sumariante por la cual se le denegó la fiscalización y/o contralor de la actividad probatoria (fs. 314/318 Pieza 2 A.A.); y de la resolución de fecha 6/9/2010 dictada por el Poder Ejecutivo, por la cual se dispuso la rescisión del contrato de función pública que lo vinculaba con la Dirección General Impositiva (fs. 473 y vta. Pieza 2 A.A.).-

La primera atacada fue notificada el 5/1/2010 (fs. 273 Pieza 2 A.A.) e impugnada utilitariamente el 5/2/2010 (fs. 309/309 vta. Ib.), configurándose la denegatoria ficta el 31/8/2010; la segunda fue notificada el 25/2/2010 (fs. 356 Ib.) e impugnada en tiempo y forma con fecha

5/3/2010 (fs. 401/403 Ib.), operando la denegatoria ficta el 28/9/2010; la tercera fue notificada el 22/9/2010 (fs. 474) e impugnada útilmente con fecha 1/10/2010; ocurriéndose en plazo respecto a las dos primeras y prematuramente respecto de la tercera (convalidándose las actuaciones, ex art. 9 *in fine* Ley 15.869).-

III) Que, las alegaciones de las partes surgen suficientemente explicitadas en el Capítulo de RESULTANDOS, al cual habrá de remitirse la Corporación en aras de la brevedad.-

IV) Que, el Tribunal por unanimidad y, apartándose en el caso de lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, recibirá la pretensión anulatoria actuada en los contenidos que se intentarán explicitar a continuación.-

V) En lo inicial, debe de verse que el actor ingresó a la DGI el 23/03/2009, en el cargo Asesor XIII, serie Contador Público, escalafón “A”, grado 04, bajo el régimen de contrato de función pública (fs. 288 A.A.).-

Con fecha 16/12/2009, el Director de la División Interior puso en conocimiento del Auditor Interno de la DGI, la situación ocurrida en el Departamento de Maldonado: cuando dos funcionarios de dicha localidad, en momentos totalmente independientes, escucharon de los propietarios de dos empresas locales (AZANIA SRL y ALUMINIOS DEL ESTE SRL) que su Contador trabajaba en DGI y que su nombre era “Pablo” (fs. 47 pieza 1 A.A. y fs. 384 pieza 2 A.A.); por lo que se realizó un chequeo de los movimientos informáticos de las empresas, el que arrojó que el actor había retirado, en el año 2008, una constancia para imprimir facturas de la

empresa AZANIA (fs. 61 pieza 1 A.A.), y en base a ello, los auditores concluyeron que el mencionado “Pablo” era el accionante.-

El 23/12/2009 los auditores designados retiraron de la firma AZANIA SRL determinados archivos de dos computadoras existentes en la empresa, y en el acta consignaron: *“Asimismo, se deja constancia de que el Sr. Daniel Dalmas ha presentado la colaboración con estos auditores, permitiendo el ingreso al local y la inspección realizada”* (fs. 199 Pieza 1 A.A.); entre los que se encontraban dos mails provenientes de la casilla de correo prodo@adinet.com.uy dirigidos a la casilla ledodalmas@hotmail.com (correo electrónico comercial de AZANIA SRL); uno enviado con fecha 29/07/2009 rezaba: *“Mando recibos de sueldos, hay que descipear el archivo y imprimirlo. Saludos Pablo”* (sic) (fs. 205 A.A.), el cual contenía como archivo adjunto recibos de sueldo de los empleados de la firma, desde enero de 2009 a junio de 2009 (fs. 206 a 219 ibídem).-

Y, el restante, de fecha 4/11/2009 decía: *“Situación con los certificado: El problema surge en un pago realizado en mayo de 2009 donde el abitab imputó mal los códigos de impuestos que se pagaron, y al presentar las dec. juradas apareció el error. Es por ello que tenemos que hacer un pago por el impuesto que quedó impago en mayo de 2009 y luego pedir el crédito por el impuesto pagado de más en mayo. Esto se puede hacer con el mismo crédito pero dado la urgencia y que este procedimiento demora más de 2 semanas, lo mejor es pagar con plata lo impago y luego con el crédito que surja pagar los impuestos del mes que viene. Por ello les pido que le den a gabriela \$7600. Con esto esperamos pagar lo adeudado (IVA) y deps tranquilos pedimos el crédito de IRAE por similar importe.*

Además hay que firmarle a Gabriela un cambio de imputación. Cualquiera duda llámenme a casa después de las 18. Saludos” (sic) (fs. 220 Ib.).-

En la misma fecha, los auditores concurren al Departamento de Maldonado y tomaron declaración de: Daniel Dalmás propietario de la automotora ANZANIA SRL (fs. 222 Ib.); Nelsa Nora Handerson, cónyuge del anterior (fs. 228 Ib.); María Pereira, empleada de la automotora (fs. 233 Ib.); María Cristina Silveira Pereira, propietaria de “ALUMINIO DEL ESTE SRL”, (fs. 238 Ib.); al igual que a los funcionarios de la DGI Maldonado, Néstor Rocha y Leticia Carrera (fs. 245 a 247 Ib.); controlando la agenda de la empresa ANZANIA SRL y fotocopiando las hojas que contenían los días 26, 27 y 28 de mayo, en la cual existía una inscripción que indicaba: “6) Preguntar a Pablo” (fs. 227 Ib.).-

Seguidamente, el 28/12/2009 recibieron la declaración del actor (fs. 252 pieza 2 A.A.) y se le solicitó la apertura de las casillas de correos prodo@adinet.com.uy y alvaroirigaray@yahoo.com, que admitió haberlos utilizado indistintamente, frente a lo cual el accionante manifestó “*Debido a que yo no chequeo la casilla desde hace por lo menos seis meses o antes, y que desconozco el contenido de la misma, hago uso del derecho de no abrir la misma por yo no utilizar dicha casilla*” (sic) (fs. 259 Ib.).-

Con fecha 30/12/2009 los auditores elaboraron un informe concluyendo que: “*En virtud de lo expuesto, y sin perjuicio de ulteriores constataciones en el sumario administrativo disciplinario que se aconsejará, el dicente entiende que prima facie se ha configurado falta administrativa (art. 169 del Decreto 500/991) (...)*” (fs. 264 Ib.) (el resaltado pertenece al original).

Con tales antecedentes, con fecha 5/01/2010 el Director de Rentas, basándose en la investigación llevada a cabo por la Auditoría Interna, dictó la resolución No. 007/2010 disponiéndose el inicio de sumario al actor, con suspensión preventiva y retención de los medios sueldos correspondientes (fs. 267 Ib.).-

En el sumario se cumplieron diversas etapas: se designó a la instructora sumariante (fs. 271 Ib.); se efectuaron las notificaciones (fs. 272 a 279 Ib.), la instructora solicita una prórroga de 15 días (fs. 363 Ib.), la que fue autorizada por resolución del Director de Rentas No. 440/2010 (fs. 380 Ib.) y se le dio vista de las actuaciones al actor (fs. 442 ib.); recabándose la declaración de: Cr. Irigaray (fs. 294 Ib.); María Pereira (fs. 327 Ib.); Nelsa Handerson (fs. 330 Ib.); Daniel Ledo Dalmás (fs. 334 Ib.); Gabriela Fernández (fs. 337 Ib.); Gustavo Quinteros (342 Ib.); Néstor Rocha (fs. 344 Ib.); Sandra Larrosa; María Cristina Larrosa (350 Ib.); Leticia Silvia Carrera (fs. 354 Ib.); Silvia Meliá Benedetti (fs. 358 Ib.); Daniel Martínez (fs. 365 Ib.); al actor (fs. 369 Ib.); Silvia Gotta (fs. 374 Ib.); Cra. Silvy Mance, encargada del equipo de fiscalización al que pertenecía el actor (fs. 411 Ib.); ratificando sus expresiones los participantes en la investigación administrativa dispuesta.-

Con fecha 8/04/2010 la instructora sumariante elaboró su informe definitivo y concluyó que la prueba diligenciada plenamente acreditó que el actor incurrió en falta administrativa conforme a lo dispuesto en el art. 169 del decreto N° 500/991, ya que con su accionar violó, en forma reiterada, el régimen de incompatibilidad; afirmando que las faltas cometidas debían calificarse como graves y no existían causas atenuantes de su responsabilidad (fs. 416/439 Ib.).-

VI) Con tales antecedentes, se estima que el agravio enderezado contra la resolución que dispuso el inicio del sumario administrativo resulta plenamente de recibo.-

El art. 3 del Decreto No. 166/005 previó: *Créase la Auditoría Interna que dependerá de la Dirección General. La Auditoría Interna, sin perjuicio de las competencias otorgadas por las normas legales y decretos reglamentarios a la Auditoría Interna de la Nación y al Tribunal de Cuentas de la República, tendrá los siguientes cometidos: (...)*

b) Controlar de forma sistemática y permanente el cumplimiento del régimen de incompatibilidades y dedicación exclusiva por parte de los funcionarios de la Dirección General Impositiva.

*c) **Investigar previa resolución del Director General de Rentas**, las presuntas implicancias y violaciones al régimen de exclusividad e incompatibilidades en las que incurran los funcionarios, y si correspondiere, aconsejar la aplicación de sanciones una vez sustanciadas las actuaciones con las garantías del debido proceso (...)*”

El actor entendió que la actuación de la Auditoría, al estar regida por el literal c) del art. 3º, fue ilegítima en tanto no se obtuvo la resolución del Director de Rentas, en tanto la Administración demandada señaló que la actuación estaba regida por el literal b) de la norma, y, por ende, no resultaba necesario obtener la resolución precitada.-

Cierto es, que ambos literales regulan los cometidos de la Auditoría con respecto al régimen de incompatibilidades y dedicación exclusiva al que están sujetos los funcionarios de la DGI, pero no regulan la misma situación, en tanto el literal b) determina que la Auditoría es competente para *Controlar de forma sistemática y permanente* el cumplimiento del

régimen; y el literal c) define la potestad de *Investigar las presuntas implicancias y violaciones* al régimen.-

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española **controlar** significa “ejercer el control”, mientras que **investigar** es definido como “1. Hacer diligencias para descubrir algo; 2. Realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia; 3. Aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente”.-

De la simple lectura del literal b) surge que se otorga una competencia permanente, lo que posibilita establecer ciertos procedimientos sistemáticos para el control “en bloque” de todos los funcionarios al cumplimiento del régimen; por lo que, razonablemente, no se establece como requisito para el ejercicio de aquélla solicitar al Director de Rentas que emita una resolución de autorización, en solución físicamente imposible y determinante de que el procedimiento de control deviniera virtualmente inoperante.-

El literal c) comprende situaciones diferenciales a las reguladas por el anterior, porque de lo contrario no hubiese sido incluido en la nómina de poderes jurídicos asignados, en tanto el vocablo utilizado, investigar, apunta a distinta función; no es la de contralor en forma permanente, sino la de **investigar** a los funcionarios, para comprobar el cumplimiento de éstos del régimen de incompatibilidades y exclusividad al que están sujetos; por lo que se estableció una suerte de requisito de procedibilidad (autorización del Director de Rentas) para que la Auditoría pudiera regularmente actuar en función de sus cometidos.-

El objeto de la investigación administrativa es, como indica CAJARVILLE, comprobar la existencia de hechos o actos irregulares e individualizar a los responsables. Si de la misma surgieran motivos suficientes para imputar razonablemente a un funcionario la comisión de una falta administrativa se dispondrá de un sumario administrativo, que es el procedimiento tendiente a comprobar la comisión de la falta y determinar la responsabilidad del imputado. Y afirma “*Ambos tipos de procedimiento se inician con resolución fundada del jerarca de la respectiva Unidad Ejecutora o del Ministerio respectivo, que al disponer la instrucción designará al funcionario encargado de la investigación (art. 185)*” (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*Procedimiento Administrativo*”, Idea, Montevideo, 1997, pág. 66).-

En nuestro caso, faltó dicha autorización y, por ende, la actuación de la Auditoría Interna debe calificarse como ilegítima; cuando la primera resolución del Director de Rentas en el expediente administrativo que dispuso el inicio del sumario *se concretó cuando la actuación del equipo de auditores ya estaba concluida.*

Razón por la cual, no puede compartirse la postulación de la accionada a que la situación se regulaba por el ex art. 3 literal b) multicitado, destacando que: “*Y ello por cuanto el mencionado literal c) abarca las hipótesis en las cuales el Director General de Rentas dispone la instrucción de una investigación administrativa o de un sumario administrativo, según las circunstancias, al amparo del Decreto 500/991, cuando las causas u origen sea de la investigación, sea del sumario, radiquen en la violación (o presunta violación o implicancia) al régimen de incompatibilidad y exclusividad (...)*” (fs. 23 ppal.); cuando en el caso,

como viniera particularizadamente de relevarse, se comprueba palmariamente la actividad de investigación desarrollada por la Auditoría Interna participante.-

Como se ha dicho: *“Los actos administrativos de procedimiento pueden cumplirse con vicios de forma. El art. 7º del Dec. 500/991 regula la sanción de esa ilegitimidad, estableciendo en qué casos se afecta la validez del acto acarreando su nulidad: el vicio de forma produce ese efecto si ha impedido que el acto cumpla con el fin que lo determina o si hubiera disminuido las garantías de proceso provocando indefensión”* (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: *“Procedimiento administrativo”*, Idea, Montevideo, 1997, pág. 57).-

Por ello, aplicaría en el caso lo establecido por el citado Profesor en cuanto a que *“(…) el fundamento de la economía de trámites que suele invocarse, según el cual de nada vale anular el acto cuando de observarse el procedimiento debido se habría llegado a idéntica solución, si bien puede valer en los contados casos en que la actividad administrativa es totalmente reglada (...) De lo que viene de exponerse resulta la necesidad de deslindar los efectos del vicio de forma de un acto de procedimiento sobre la validez del propio acto vicioso, y sobre la del acto final al que aquél tiende instrumentalmente (...) El acto final será nulo si el acto de procedimiento inválido era debido, de tal manera que el acto final no pudiera dictarse legítimamente sin ese antecedente (...)”* (ob. cit., pág. 58 y 59).-

Razón por la cual, no resultaba innecesaria, tal como afirma la demandada, la existencia de una resolución previa del Director de Rentas, para que se pudiera investigar a uno de sus funcionarios, en tanto forma

parte de las garantías que tienen éstos de que sólo serán investigados cuando el jerarca máximo entienda exista mérito suficiente para así disponerlo.-

De lo contrario, los subordinados estarían expuestos a que cualquier integrante de la Auditoría Interna comenzara investigaciones cuando estimara pertinente, que fue lo que sucedió en el caso de autos, cuando quien decidió la investigación sobre la conducta del actor fue el Director de la Auditoría (fs. 260/265 A.A.), careciendo de potestad para ello, por lo que, toda la actuación desplegada por los funcionarios actuantes en ese marco resulta ilegítima y, claro está, insubsanable.-

Faltó, como se adelantara, el dictado del acto de autorización impuesto por la regla de Derecho Objetivo que regulaba la actuación del órgano Auditoría Interna de la DGI. Como enseña SAYAGUÉS LASO, los actos de autorización son aquéllos que deben mediar para habilitar el ejercicio de un poder o un derecho preexistente, el acto administrativo de autorización remueve el obstáculo jurídico establecido por el derecho objetivo. Y como enseña el Maestro: *“...si se prescinde de obtener la autorización requerida, el acto o hecho realizado es ilícito y puede dar motivo a la aplicación de las sanciones pertinentes, sin perjuicio de la invalidez del acto.”* (SAYAGUÉS LASO, Enrique: “Tratado de Derecho Administrativo”, T. I, FCU, Montevideo, 1998, págs. 345/346).-

VII) El agravio fincado en la realización de inspecciones en empresas a las que el reclamante prestaba sus servicios antes de su ingreso a la DGI, sin advertirles el fin de las mismas; también se estima debe ser recepcionado.-

Según la accionada, la Auditoría Interna, de acuerdo con el literal d) del art. 3 del Decreto No. 166/005, es competente para “*Investigar y detectar la participación de funcionarios, sujetos pasivos de tributos administrados por la Dirección General Impositiva o terceros **incursos en actos irregulares o ilícitos** derivados de la participación de funcionarios y proponer acciones a emprender*”; y en tal sentido, señala cómo resultaría posible efectuar controles si no recabando información y practicando diligencias con terceros que resulten involucrados; destacando, que de las actas labradas surge que los funcionarios se presentaron como pertenecientes a la Auditoría Interna y que los contribuyentes prestaron colaboración con ellos.-

Debe sin embargo precisarse, que de las actas que lucen a fs. 222/239 Pieza 1 A.A., donde se consignaron las diferentes declaraciones de los propietarios y empleados de las empresas AZANIA y ALUMINIO DEL ESTE, no surge que los auditores explicaran **cuál era el motivo de la inspección**; y a pesar de que de la lectura de las mismas, no se revela que las preguntas efectuadas tuvieran relación con la situación fiscal de las empresas, tal emergencia no se consolida como justificativo que para que los auditores no hicieran saber a los involucrados **el alcance de la inspección y sus derechos**; particularmente cuando puede considerarse habitual, que cualquier persona ante la presencia de funcionarios de la DGI en su comercio, procure prestar la más amplia colaboración.-

En la especie, la concurrencia a las empresas lo fue sin previo aviso, y sin poner en conocimiento de los inspeccionados el objeto de la actividad desplegada; haciéndose los funcionarios actuantes de las computadoras de ANZANIA SRL copiando su contenido, incautándose la agenda de la

empresa, fotocopiándose partes de la misma; y en similares contenidos, se canalizó la actividad instructoria desplegada en la firma ALUMINIO DEL ESTE SRL, ingresándose a la cuenta de correo electrónico (fs. 243 Ib.) y fotocopiándose una factura de Antel (fs. 243 Ib.).-

En tal sentido, correspondería puntualmente relevar cuál era la norma legal habilitante que permitió a los funcionarios, en el marco de una investigación administrativa, a constituirse en las mencionadas empresas y acceder a documentación e información como si estuvieran en el marco de una actuación inspectiva tributaria, la que no se logra perfectamente individualizar.-

Porque debe de verse, que de los antecedentes administrativos resulta que los funcionarios auditores actuaron tal como si se encontraran en el marco de una inspección tributaria: se constituyeron en las empresas, tomaron declaración a dueños y empleados, sin previa citación, accedieron a toda la información que las empresas tenían en las computadoras, accedieron al correo electrónico comercial, **sin dejar claramente consignado que no estaban obligados a dar acceso a esa información, ni tampoco señalar cuál era el respaldo normativo habilitante de tales conductas.**

Sostener que el permiso derivó del hecho de que la Administración debía buscar la verdad material, y que, por lo tanto, tenía que recabar información y efectuar diligencias con terceros, sin mencionar norma legal habilitante de tal proceder, con fundamento en los literales b) y d) del Decreto No. 166/005, se estima no resulta de recibo. Porque la disposición supra b) no habilita facultades en tal sentido; y el supra d) dispone exclusivamente que la Auditoría está facultada para investigar a sujetos

pasivos o terceros, que estén *incursos en actos irregulares o ilícitos derivados de la participación de funcionarios*, lo que no acontecía en el caso de autos por resultar bajo sospecha EXCLUSIVAMENTE el funcionario reclamante por eventual infracción al sistema de incompatibilidades.-

Correspondiendo destacar, que aunque los mencionados auditores fueran funcionarios de la DGI, *la emergencia no les otorgaba poderes omnímodos para implementar mecanismos de fiscalización que la ley le atribuye para el control y recaudación de los tributos, a cualquier efecto y con cualquier finalidad.*

¿Acaso otro Organismo cualquiera, que pretendiera investigar a sus funcionarios por presuntas faltas administrativas, podría constituirse en cualquier empresa y acceder a su documentación e información comercial? No cabe otra respuesta más que la negativa, por lo que procede concluir que los auditores participantes solamente lo pudieron hacer porque ostentaban la calidad de tales y porque **no informaron, como era su deber, la función que estaban desempeñando**, que no era la fiscalización tributaria de las empresas investigadas.-

El exclusivo investigado lo era el actor, como funcionario de la DGI y no las empresas mencionadas, por lo que debe admitirse que se reprodujo una puntual situación de desborde funcional, si se tiene presente que incluso en el marco de la inspección tributaria la doctrina especializada ha establecido límites a la actuación del Fisco “*La invasión a la esfera íntima del contribuyente solo está admitida por la ley para acceder a aquella prueba que directamente permita verificar al Fisco el correcto pago o no de los impuestos (...). De manera que el hecho de que la información*

quede protegida por el secreto tributario, no autoriza al Fisco a requerir información del contribuyente que no conduce directamente a la verificación de la correcta liquidación de sus impuestos” (VARELA RELLÁN, Alberto y GUTIÉRREZ, Gianni: “El contribuyente frente a la inspección fiscal” AMF 2007, pág. 235).-

Resultando como uno de los límites más significativos a la obtención de información de terceros por parte de la Administración, el principio de proporcionalidad, que pretende excluir de los deberes de información tributaria “por una parte, todas aquellas actuaciones de obtención de información que no se consideren adecuadas, esto es, que no encuentren *fundamento objetivo* en la satisfacción del interés perseguido por el procedimiento en que dicha actuación se enmarca... (Cfe. PUCCIARELLO, Mariana: “Derecho a no autoincriminarse y deber de colaborar en el ámbito tributario”, Ad Hoc, 1ª Edición, Buenos Aires, 2011, pág. 33).-

Debe razonablemente concluirse, que la plataforma fáctica evidenciada y el vicio denunciado por el promotor, puede categorizarse por el órgano jurisdiccional, como hipótesis de desviación de poder, pues las facultades disciplinadas por la Ley con miras a la fiscalización de actividades (ex art. 68 C.T.) atienden inequívocamente a obtener información con *trascendencia tributaria*; y en el caso, el ejercicio de facultades con fines ajenos al normado (reprimir potencial inconducta de un funcionario público), provoca un verdadero desvío del poder atribuido en búsqueda de fines -si bien públicos- diversos al previsto por el legislador.-

Como señala GIORGI: “Existe desviación de poder cuando el acto administrativo ha sido dictado en consideración a un fin distinto -**sea de interés público** o privado- a aquel que se tuvo en vista al conferirse los poderes jurídicos a la Administración. El acto no se ajusta al fin propio o específico del servicio” (GIORGI, Héctor: “Obras y Dictámenes. Recopilación”, LA LEY URUGUAY, 1ª Edición, 2010, pág. 857; destacado no está en el original).-

Más recientemente, explica ROTONDO, que la desviación de poder se perfila cuando el fin querido por el órgano emisor del acto, se aparta del fin de interés general debido, según las normas atributivas de competencia. (ROTONDO TORNARÍA, Felipe: “Las causales en el Contencioso Administrativo de Anulación” en Temas de Derecho Administrativo, Editorial Universidad Ltda., Montevideo, Circa, 1989, pág. 21).-

Razón por la cual, no puede compararse como propone la accionada, que la Administración al influjo del principio de verdad material pueda recabar la información que crea pertinente y necesaria, habida cuenta que el Estado puede solamente actuar en aquello que la norma expresamente le habilita, pues de no ser así, los derechos y garantías individuales reconocidas en un Estado de Derecho cederían ante el activismo estatal sin freno ni contrapeso; solución que resulta totalmente inadecuada.-

Por lo que, resultan perfectamente trasladables las argumentaciones vertidas por el Tribunal en anterior oportunidad, al expresar que: “(...) *Tales antecedentes, conllevan al entendimiento de que la volición cuestionada adolece de nulidad manifiesta habida cuenta que, procede concluir, el medio probatorio en cuestión resultó irregular o ilegalmente incorporado a los procedimientos.*”-

(...)

La prueba así obtenida e incorporada debe ser categorizada como ilícita, inadmisibile porque como expresa DE SANTO: “La Admisibilidad de la prueba se relaciona, en cambio, con la legalidad (posibilidad jurídica) del medio propuesto para producirla o con el tiempo o la forma de su ofrecimiento o incorporación” (De Santo, Víctor; “La Prueba Judicial Teoría y Práctica”, 2ª Edición Actualizada, Bs.As. 1994, pág. 68).-

(...) En similar línea de entendimiento, se insiste doctrinariamente en el hecho de que, simultáneamente a la persecución de la verdad, los ordenamientos jurídicos actuales, tienen que preservar otros valores que se consideran merecedores de protección. Para decirlo de un modo gráfico, hay que buscar la verdad, pero no de cualquier manera. Como señala GASCÓN ABELLÁN, esto resulta muy sencillo de visualizar en procesos como el proceso penal, donde la ideología del garantismo se impone con fuerza, exigiendo que en la tarea de la averiguación de la verdad se protejan, en todo caso, determinados valores, particularmente la libertad y la dignidad de las personas. Aunque, por cierto, es un fenómeno que alcanza a todos los procesos (civiles, de familia; aduaneros; tributarios; laborales etc.). Muchas de las reglas procesales y procedimentales que gobiernan la prueba limitan o entorpecen la posibilidad de averiguar la verdad, y lo hacen en aras de proteger derechos o valores tanto o más valiosos que el de la averiguación de la verdad.

La verdad que puede obtenerse en el proceso jurisdiccional -y, por supuesto que lo mismo vale para el procedimiento administrativo- está

condicionada por una serie de limitaciones de diverso orden, que son propios del contexto institucional en que se desarrollan. Estos condicionamientos son, por ejemplo, de orden temporal impuestos por los plazos en que debe cumplirse el proceso.

En lo que hace a este caso, interesa otro de los condicionamientos a la obtención de la verdad que se suele destacar: el concerniente a las limitaciones probatorias que se presentan al Juez -o al Administrador en este caso- fundadas en la protección de otros valores relevantes para el ordenamiento jurídico. Se trata de reglas que, enderezándose primariamente a la tutela de determinados valores extraprocesales que se consideran relevantes (el interés público; la privacidad de ciertas relaciones, la dignidad humana, las libertades y derechos) los hacen prevalecer frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad. Un caso bien sintomático de este fenómeno es el de un proceso donde haya una prueba obtenida a partir de escuchas telefónicas irregulares o a partir de un allanamiento sin orden judicial previa. En estos casos, aún cuando lleguemos a la verdad material de los hechos, dichas pruebas no pueden ingresarse válidamente al proceso por haber sido obtenidas violentando las garantías. El ordenamiento, ante estas situaciones opta por sacrificar el propósito de obtener la verdad material por proteger otros valores tanto o más valiosos. Se priorizan ciertos derechos -la intimidad o la inviolabilidad del domicilio- por sobre la finalidad de obtener la verdad a la que tiende el proceso. Los casos de las pruebas ilícitamente obtenidas, son casos en que las pruebas resultan nulas, porque se han conseguido violando las garantías institucionales de adquisición de la prueba (...)

La teoría del “árbol venenoso” -“fruit of the poisonous tree doctrine”- en materia tributaria, es pasible de ser aplicada en aquellos casos en que se verifican apartamientos de la normativa, en el momento de diligenciamiento de las pruebas, que determinan que, si el acto administrativo enjuiciado se vale de ellas, estará viciado de nulidad. Como señala SOLER: “Los actos administrativos que derivan de la obtención de pruebas ilegítimas por el modo en que han sido colectadas, son verdaderos actos ilícitos.” (Soler, Osvaldo; “Abuso del Estado en el ejercicio de la potestad tributaria”, La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 154).-

(...)

Porque no es suficiente que la Administración guíe su obrar administrativo a través de la búsqueda de la verdad material de los hechos, porque ésta debe obtenerse en el marco de la legalidad y el respeto a las garantías básicas que rodean el estatuto protector del administrado. El fin no justifica los medios, tan reprochable desde el punto de vista jurídico es obtener la prueba de cargo necesaria para acreditar el efectivo acaecimiento del hecho generador eludiendo caros principios generales de derecho: bilateralidad, contradicción, debido procedimiento; como también lo es brindar garantías redundantes sin sentido práctico para efectivizar los derechos sustanciales (...)” (Cfe. Sentencia 420/2012 y ampliamente 187/2012).-

VIII) En cuanto al agravio relativo a contralor y/o fiscalización de las actividades probatorias en la sustanciación del sumario administrativo, debe de verse que el accionante el 27/1/2010 solicitó la notificación de todas las diligencias cometidas y el acceso a las actuaciones

(fs. 302/303 Pieza 2 A.A.) lo que fuera denegado por resolución de fecha 22/2/2010 (fs. 314/318 Ib.) también cuestionada.-

Como ha destacado recientemente este órgano jurisdiccional: “...podría eventualmente sostenerse que pese al carácter secreto del procedimiento disciplinario, igualmente dicho carácter no enerva la denominada “*publicidad interna*” que debe existir entre el instructor y el funcionario objeto de las actuaciones, siendo éste partícipe necesario ya que el procedimiento se orienta a comprobar la existencia o no de responsabilidad administrativa. Por las razones apuntadas, puede reconocerse como una derivación o especificación del derecho de defensa el efectivo contralor de la prueba a diligenciar durante su sustanciación con independencia del estado en que se halle el procedimiento (ex art. 71 Decreto 500/991).”

Señala DURÁN MARTÍNEZ que el derecho a la asistencia letrada y contralor de probanzas debe entenderse vigente en la totalidad del proceso sumarial (arts. 71, 72, 168, 201 del Decreto 500/991), particularmente cuando el mismo por su contenido represivo corresponde sea parificado al proceso penal (Durán Martínez, Augusto; en Procedimiento Administrativo, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Serie de Congresos y Conferencias - Seminario realizado en U.C.U.D.A.L.- Montevideo, 1991, págs. 81 y ss., 88 y 89).-

Y en posterior aporte doctrinario, expresó el autor: “*Cuando hablamos del secreto con relación a actuaciones administrativas tenemos que partir de la base de que esto es excepcional, el principio es la publicidad.*”

Lo expuesto resulta muy claro hoy en día a partir de la ley N° 18.381, de 17 de octubre de 2008, relativa al acceso a la información pública. Pero en puridad, este derecho al acceso preexiste a la ley ya que deriva de la forma Republicana de Gobierno y además es inherente a la persona humana, por lo que es de los comprendidos en el art. 72 de la Constitución. (...) Es cierto que el principio de publicidad no es absoluto, admite restricciones. El artículo 8 de la ley N° 18.381 admite como excepciones aquellas informaciones definidas como secretas por la ley y las que se definan como de carácter reservado y confidencial. Y expresamente establece que esas excepciones serán de interpretación estricta” (Durán Martínez, Augusto; “El secreto de las actuaciones sumariales no alcanza al sumariado” en Estudios de Derecho Administrativo, año 2010-N° 2, LA LEY URUGUAY, pág. 750/751).-

Con tales entendimientos, podría sostenerse que la bilateralidad procedimental no comienza con el otorgamiento de la vista del informe final del sumariante (vide: Sentencias 704/2006 y 313/2011), y ello porque el sumariado **no es un tercero ajeno a los procedimientos**, es ni más ni menos que el individuo contra quien se dirige el obrar administrativo. Unilateralidad no debe confundirse con oficialidad, el procedimiento es y será dirigido por la Administración (impulsión de oficio), pero no por ello el sujeto sumariado deviene en un **mero veedor** *con un rol devaluado y absolutamente pasivo o testimonial frente al activismo estatal*. La verdad material de los hechos como directriz axiológica aplicable al procedimiento es perfectamente armonizable con ajustadas formas dirigidas a su acceso. En el sumario, el funcionario instructor deberá ceñirse a la verdad material, en virtud de lo cual tiene evidentemente potestades inquisitivas -en el

despliegue probatorio- a los efectos de conocer cómo sucedieron y si ocurrieron los hechos investigados, sin perjuicio de verificar si en ellos cupo responsabilidad al pretensor, pero **tan importante es el resultado como los medios empleados para su arribo.**-

Porque como expresa GORDILLO: *“Por lo demás, el control de la prueba es doble: de su producción y de los resultados de esa producción. No basta para satisfacer el principio de la audiencia del interesado, que éste se encuentre en una pericia, examen, etc., si no se le manifiestan los resultados de esa pericia para su control. A este último fin (control de los resultados de la prueba) se dirige precisamente la alegación de dicha prueba, a que nos referimos en el acápite siguiente. Nada tiene que ver el carácter instructorio o inquisitivo del procedimiento con el control de la producción de la prueba. Este control hace al mejor esclarecimiento de los hechos y a la adecuada producción de la prueba en defensa del administrado. Ninguno de estos aspectos es incompatible con aquel carácter instructorio. Este control del interesado sirve para la plena realización de los criterios rectores del procedimiento: legalidad objetiva, verdad material, defensa del interesado”* (Gordillo, Agustín; “Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 4, 10ª Edición, Fundación de Derecho Administrativo, VII 19 en consulta a http://www.gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo7.pdf).-

Sin que tenga aptitud purgatoria el eventual ofrecimiento de contraprueba para restar eficacia convictiva a la prueba testimonial rendida sin el debido contralor del interesado, como aconteció en el caso, pues la garantía no ha de suplirse mediante la exigencia de un estándar de diligencia en aras de privar de eficacia a la prueba diligenciada e

incorporada irregularmente. Aunque debe de verse que, en el *subespecie*, las probanzas ofrecidas por el demandante al evacuar la vista conferida no resultaron recepcionadas” (Sentencia 574/2012; Cfe. Sentencia 488/2012). Lo que determina, sin necesidad de otros abundamientos, que el agravio articulado deba de resultar integralmente recepcionado.-

IX) Por último, y en cuanto a la inexistencia de razonabilidad en el juicio analítico realizado por la Administración, con la consecuente rescisión del contrato de función pública dispuesta como corolario de un procedimiento disciplinario plagado de irregularidades procedimentales con sensible mengua de las garantías del interesado, deviene inutilitaria su particularizada consideración.-

Porque si las probanzas que fundamentaron el cometimiento del presunto hecho infraccional por el reclamante, fueron irregularmente incorporadas, el análisis de razonabilidad del criterio adoptado por la demandada -apartamiento del standard jurídico- carece de utilitaria relevancia jurídica, en cuanto a que para examinarse la logicidad del correctivo aplicado debe necesariamente admitirse, sin margen de duda razonable, la existencia de falta administrativa; la que para el caso no puede entenderse puntualmente comprobada en la irregularidad del soporte probatorio colectado e incorporado al inadecuado procedimiento sumarial desarrollado.-

Como destaca CAJARVILLE en los últimos años la jurisprudencia ha afirmado constantemente su control sobre la limitación razonable en el ejercicio de los poderes en relación a los motivos y la proporcionalidad entre motivo y contenido del acto como requisito de su legitimidad, principalmente en materia disciplinaria, pero también fuera de ella

(CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo II, FCU, 3ª Edición, 2012, pág. 61).-

Por consecuencia, cuando en el caso, el hecho justificante de la decisión no puede reputarse regularmente acreditado, el contenido decisorio del acto deviene ilegítimo, sin necesidad de despejar sobre la adecuada relación entre una supuesta y no comprobada conducta y la carga aflictiva propia del correctivo seleccionado.-

En definitiva, por los fundamentos expuestos, los arts. 309 y 310 de la Constitución de la República y, compartiendo lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, el Tribunal por unanimidad,

F A L L A:

Ampárase la demanda incoada y, en su mérito, anúlense las resoluciones impugnadas.-

Sin sanción procesal específica.-

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$ 20.000 (pesos uruguayos veinte mil).-

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.-

Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Preza, Dra. Sassón, Dr. Tobía (r.), Dr. Silbermann.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).