

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 5 de febrero de 2015.

No. 63

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “MINERA ARATIRÍ S.A. con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS Y MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y MINERÍA. Acción de Nulidad” (Ficha No. 784/12).

RESULTANDO:

I) Que, con fecha 16/10/2012, compareció la promotora demandando la anulación (fs. 7/21 vta.) de la resolución de fecha 27/3/2012 dictada por los Sres. Ministros de Economía y Finanzas y de Industria, Energía y Minería, por la cual no se hizo lugar a lo solicitado por la empresa MINERA ARATIRÍ S.A., que petitionó el amparo a los beneficios fiscales previstos en la Ley 16.906 y el Decreto No. 455/007 (fs. 101 y 101 A.A., ver también: nota presentada ante la Comisión de Aplicación de la Ley 16.906 (COMAP), a fs. 19/20 A.A).

Luego de relatar las actividades que ha venido desarrollando y las que impulsa en el Uruguay, la actora se detuvo en el proyecto presentado a consideración de la “COMAP” y que, finalmente, no fue promovido.

Dijo que la implementación de ese proyecto requiere de una inversión total de USD 1.759.497.495 y su factibilidad depende, en buena medida, de la aplicación correcta del marco normativo vigente, pues fue en consideración de ese marco jurídico que se confeccionó el plan de negocios.

Alegó que el Poder Ejecutivo -mediante el acto administrativo cuestionado- alteró, ilícitamente, el sistema preestablecido de base constitucional y legal. Particularmente, porque denegó el acceso a los beneficios que pretendía obtener MINERA ARATIRÍ S.A. en violación al derecho constitucional a la seguridad jurídica, la igualdad y la libertad de empresa.

Desconoció la utilidad pública de la actividad minera reconocida por la Ley. Asimismo, señaló que el obrar administrativo colide contra el interés nacional en la promoción de inversiones (que tiene fuente legislativa) y con los criterios legales para la aplicación de las exoneraciones fiscales relacionadas con proyectos de inversión.

Recordó que diversas disposiciones legales declaran de utilidad pública a la actividad minera y destacó algunos preceptos de la Ley 16.906. En lo concreto, sostuvo que dicha Ley, en su art. 16, trata más favorablemente a los proyectos de inversión que se proponen desarrollar fuera de Montevideo. Por lo tanto, si la Ley ordena tratar con mayor benevolencia a esos proyectos -permitiendo al Poder Ejecutivo ampliar los montos exonerados- no pueden derechamente denegarse los beneficios en su caso.

Si bien el Poder Ejecutivo tiene cierta discrecionalidad para apreciar razonablemente los supuestos de aplicación de los criterios legales ante la presentación de proyectos concretos, debe sin lugar a dudas apegarse íntegramente a estos parámetros legales y, de más está decir, no puede desconsiderarlos, de lo contrario, se afectaría groseramente el principio de reserva legal que en materia de exenciones tributarias la Constitución de la República establece.

Indicó que el Poder Ejecutivo debe declarar promovidos (tiene el deber de hacerlo), y de conferir los beneficios fiscales que la Ley establece, en el caso de proyectos que satisfagan los parámetros que la misma Ley consigna. Insistió en que la Ley (el Código de Minería Decreto-Ley 14.242), declara de utilidad pública a la actividad minera.

Consideró que la resolución cuestionada resulta ilegítima, en tanto se funda en criterios manejados por la Comisión de Aplicación (“COMAP”) que desconocen las normas de promoción de la actividad minera. Por otro lado, por el acto impugnado se le reprocha no contar con determinados permisos y habilitaciones (ambiental previa; habilitación a los efectos del puerto proyectado etc.), que no resultan necesarios para resolver sobre lo solicitado.

Estas razones, explicitó, conllevan transgresiones al ordenamiento jurídico y vulneran Reglas de Derecho.

Por otra parte, cuestionó el informe de la COMAP de fecha 21/3/2012, en el que se fundamentó el acto resistido. Analizó los argumentos vertidos y precisó que éstos no resultan, en modo alguno, acertados ni se corresponden con la normativa aplicable.

No existen impedimentos jurídicos en la tramitación de los beneficios que puedan invocarse por encontrarse el proyecto de inversión sometido a permisos y autorizaciones estatales. Se vulnera el principio de legalidad, el de igualdad, el de buena fe y el de seguridad jurídica. No existe norma alguna que habilite a denegar el beneficio tramitado por la pendencia en la obtención de permisos administrativos relacionados con el proyecto.

Manifestó que si bien resulta posible otorgar los beneficios condicionados a que se obtengan las autorizaciones, concesiones y habilitaciones pertinentes, no es un requisito para que un acto administrativo los reconozca.

Denunció que la Administración ha violado el principio de igualdad con su proceder, porque en otros casos, ha otorgado los beneficios previstos en la Ley de Inversiones sin requerir -como condición *sine qua non*- el contar con los permisos, autorizaciones y habilitaciones. Ello implica un actuar arbitrario, discriminatorio y, por ende, ilegítimo.

Resaltó que la propia Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas reconoció que era innecesario contar con esos permisos y autorizaciones previas para que el Proyecto fuera declarado promovido.

Por igual, descartó la relevancia de los restantes argumentos utilizados al dictarse el acto resistido. En particular, expresó que el Poder Ejecutivo hizo caudal de: “...*las particulares características de este tipo de emprendimientos.*”, lo que se traduce en un argumento vago y difuso, encubriendo bajo el mismo, una severa arbitrariedad.

Explicó que admitir que puedan denegarse o concederse beneficios fiscales en función de argumentos de esa vaguedad, determina que deba admitirse que el Poder Ejecutivo pueda proceder a su arbitrio. Se desconoce la magnitud del proyecto; su cuantía; la actividad logística e industrial que se desarrollará, así como su ubicación fuera de Montevideo. También se desconoce la diversificación en las exportaciones y la generación de empleo directo e indirecto.

Añadió que no resulta consistente el argumento de que el Poder Ejecutivo no considera objeto de promoción a las actividades mineras. Por

el contrario, desde 2005 a la fecha de presentación de la demanda pudo constatar que se promocionaron diversos proyectos.

Añadió que el Poder Ejecutivo no aplicó los criterios de consideración obligatoria dispuestos por la Ley de Inversiones ni se ajustó a los designios del Código de Minería, lo que supone un apartamiento del principio de legalidad. Si bien cabe reconocer cierta discrecionalidad al Poder Ejecutivo, resulta indudable que la situación de hecho que el legislador ordena contemplar para otorgar el beneficio promocional, tiene que ver con una serie de pautas que están prescritas en la Ley.

Puntualizó que el Poder Ejecutivo desconsideró una serie de pautas que el art. 11 de la Ley 16.906 ordena considerar. La discrecionalidad del Poder Ejecutivo también estaba contenida, en la emergencia, por la calificación de “*utilidad pública*” de la minería que hace el Código de Minería. El proyecto presentado calificaba, con creces, para ser beneficiario de los estímulos tributarios a la inversión previstos en la Ley 16.906 (en especial en su art. 11).

II) Conferido traslado de la demanda, la Administración lo evacuó a fs. 30/39, bregando por su rechazo en base a los siguientes fundamentos.

Sostuvo que, el Poder Ejecutivo definió una serie de pautas para el tratamiento de la Minería de Gran Porte en el marco de la Comisión Multipartidaria de Análisis de la Minería de Gran Porte, a la que convocó el Sr. Presidente de la República.

Esos lineamientos trazaron grandes patrones de actuación sobre los emprendimientos en esta materia. Uno de ellos fue el de dotar al país de una política de Estado en la materia y de un régimen específico existente

aplicable a esta área, de modo de establecer reglas en materia tributaria, ambiental y en función de las necesidades sociales.

Teniendo en cuenta los criterios definidos, como se señaló en el informe de la COMAP en el que se sustenta el acto, no se contemplaron los proyectos de mega-minería a efectos de la Ley 16.906. Las definiciones en materia de política tributaria de la mega-minería, se plasmó en un proyecto de ley que se encuentra a estudio del Parlamento.

Se fundamentó la decisión en que, en atención a esos lineamientos oportunamente definidos por el Poder Ejecutivo, no correspondía declarar promovido el proyecto presentado.

Destacó que el acto impugnado no prohíbe ni obstaculiza la actividad de la reclamante. Simplemente no concede los beneficios fiscales previstos en la Ley 16.906. Por tanto, resulta legítima la decisión de no hacer lugar a la concesión de los beneficios fiscales solicitados.

En tal sentido, expresó que la Ley de Inversiones no consagra criterios automáticos o compulsivos que constriñan al Poder Ejecutivo a otorgar sí o sí los beneficios, o declarar promovida cierta actividad. Puede tomar otros parámetros distintos a los previstos en la Ley siempre que lo haga fundadamente.

Recordó las reglas que rigen la promoción de inversiones y, en particular, las concesiones de beneficios fiscales por parte del Poder Ejecutivo en aplicación de la Ley 16.906 y su reglamentación.

Indicó que el legislador otorgó al Poder Ejecutivo una facultad discrecional para otorgar beneficios fiscales y promover actividades y proyectos. Dicha facultad no es ilimitada, se encuentra constreñida no solamente por las disposiciones de la propia Ley 16.906, sino también por

otras disposiciones del orden jurídico (en este caso las que refieren a la protección de los recursos naturales renovables y el medio ambiente).

Descartó la efectiva ocurrencia de violaciones al principio de igualdad e indicó que la actora reproduce un concepto de igualdad que no resulta acertado. Dijo que el acto encausado no afecta el principio de seguridad jurídica y la teoría de los actos propios. El Poder Ejecutivo, luego de estudiar el proyecto, fundadamente decidió que no se daban los supuestos para declararlo promovido.

En definitiva, sostuvo que el acto resulta legítimo porque se ajusta estrictamente a las disposiciones de la Ley 16.906 y al resto de las normas que refieren a los recursos naturales. Además, se halla suficientemente motivado, por lo que no existen objeciones para formular en cuanto a la rectitud jurídica del acto administrativo resistido.

III) Abierto el juicio a prueba, se produjo la que obra certificada a fs. 58 y alegaron las partes por su orden (la actora a fs. 60/65 vta. y la demandada a fs. 68/72).

IV) Oído el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen No. 83/2014 glosado a fs. 75/76), aconsejó la confirmación del acto administrativo cuestionado.

V) Se citó a las partes para sentencia (fs. 78), la que, previo pasaje a estudio de los Sres. Ministros, se acordó su dictado en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO :

I) Que, en la especie, se han acreditado los extremos legales habilitantes requeridos por la normativa vigente para el correcto

accionamiento en sede contencioso-anulatória (arts. 317 y 319 de la Constitución de la República y los arts. 4 y 9 de la Ley 15.869).

II) En autos se promueve la anulación de la resolución de fecha 27/3/2012 dictada por los Sres. Ministros de Economía y Finanzas y de Industria, Energía y Minería, por la cual no se hizo lugar a la solicitud de la empresa MINERA ARATIRÍ S.A., de amparo a los beneficios fiscales previstos en la Ley 16.906 y el Decreto No. 455/007 (fs. 101 y vto. A.A., ver también: nota presentada ante la Comisión de Aplicación de la Ley 16.906 (COMAP), a fs. 19/20 A.A.).

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

IV) Que, el Tribunal por unanimidad, y compartiendo lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, desestimaré la pretensión anulatória actuada en los contenidos que se intentarán explicitar a continuación.

V) En lo inicial, corresponde señalar que la actora presentó un proyecto a efectos de obtener los beneficios fiscales que el Poder Ejecutivo está facultado a conceder, al amparo de lo establecido en la Ley 16.906 (ver en especial nota de presentación a fs. 19 y 20 A.A.).

De acuerdo a la regulación legal (y también de sus sucesivos decretos reglamentarios, especialmente los Decretos Nos. 455/07 y 2/2012), se prevé un procedimiento en el que el interesado en beneficiarse de las franquicias tributarias, debe presentar un proyecto de inversión, para ser examinado por la Comisión de Aplicación de la Ley 16.906 (la "COMAP"), que realiza un análisis técnico y aconseja al Poder Ejecutivo,

que es quien, en definitiva, decide si concede o no el beneficio que la Ley le habilita a conceder (art. 11 eiusdem).

La competencia para decidir, en definitiva, la ostenta el Poder Ejecutivo, en tanto los dictámenes de la “COMAP” -como se ha señalado desde la doctrina- no son vinculantes (para este punto véase AKERMAN, Leonardo y COBAS, Francisco: “*Análisis del actual régimen de promoción de inversiones y sus principales problemas prácticos y jurídicos*” en Revista Tributaria, Tomo XLI, Número 239, marzo-abril 2014, pág. 221).

Pues bien, en el caso en examen, el proyecto presentado fue estudiado inicialmente en el seno de la Dirección Nacional de Industrias del Ministerio de Industria, Energía y Minería, donde se elaboró el informe que luce a fs. 89/91 A.A.

En dicho informe, se hizo caudal de lo convenido en la Comisión Multipartidaria de Análisis de la Minería de Gran Porte (CMAMGP) y de los acuerdos firmados en aquella oportunidad. Se señaló que existía voluntad expresa del Poder Ejecutivo en cuanto a no permitir que los mega emprendimientos mineros (como indudablemente es el de la reclamante), puedan hacer uso de los beneficios tributarios establecido en la Ley 16.906 o en otros regímenes promocionales. Asimismo, se expresó en el informe que, para los emprendimientos de este tipo, se busca tener un marco normativo específico en aspectos tributarios y vinculados diferentes al general de la Ley de Promoción de Inversiones y al tributario general. Razón por la cual, en el dictamen precitado se concluyó indicando que no correspondería acceder a la concesión de los beneficios solicitados (ver en especial lo expresado a fs. 90 A.A.).

Fue así, entonces, que la “COMAP”, al analizar la solicitud incoada, también concluyó que correspondía desestimarla. En el dictamen de fecha 21/3/2012, la Comisión informó que: “...*resolvió recomendar al Poder Ejecutivo no acceder a lo peticionado por la empresa considerando que cuando el Poder Ejecutivo se expida sobre el marco promocional aplicable al sector en cuestión, la firma tendrá la posibilidad, en caso de que el sector quede comprendido dentro del régimen de inversiones, de presentarse a efectos de solicitar los beneficios tributarios que correspondan a dicho momento.*” (fs. 99 A.A.).

Seguidamente, el Poder Ejecutivo hizo suyos estos criterios consignados al dictar el acto administrativo cuestionado y adicionó otro argumento (“a mayor abundamiento”): que la empresa no había obtenido algunos permisos que eran “*de previo y especial pronunciamiento*”, como la habilitación medioambiental, la habilitación de las autoridades competentes a los efectos del puerto minero proyectado, la autorización de la explotación minera del ministerio correspondiente entre otros, elementos sin los cuales se consideró que no se podía “*ingresar al fondo del asunto*”.

En definitiva, por tales razones, se dispuso no hacer lugar a lo peticionado.

Con tales antecedentes, a juicio de la Sede, los agravios de la promotora, se estima, no resultan de recibo, teniéndose presente que la facultad que ostenta el Poder Ejecutivo para conceder los beneficios tributarios al amparo de la Ley 16.906 es una facultad discrecional, como lo reconoce la propia pretensora y lo ha destacado la doctrina (Cfe. WHITELAW, James: “*Análisis desde la perspectiva del Derecho Financiero*” en AA. VV.: “Ley de Inversiones. Enfoques

multidisciplinarios”, FCU, Montevideo, 1998, págs. 26/28; GONZALEZ RODRÍGUEZ, Verónica: “*Procedimiento administrativo especial de promoción de inversiones (Ley 16.906 y Decreto Reglamentario 2/2012)*” en “El procedimiento administrativo y la función pública en la actualidad (Felipe ROTONDO: Coordinador)”, Facultad de Derecho, Universidad de la República, FCU, Montevideo, 2014, pág. 196 y AKERMAN, Leonardo y COBAS, Francisco: “Análisis...”, cit., pág. 221).

En tal sentido, debe razonablemente convenirse que la actuación de esa facultad discrecional, en la emergencia, aparece ajustada a Derecho. En efecto, en el momento en que el proyecto de inversión se presentó a consideración de la “COMAP”, el Poder Ejecutivo había definido ciertas *directrices* en el marco de la Comisión Multipartidaria de Análisis de la Minería de Gran Porte (“CMAMGP”). Una de esas *directrices* que se había consensuado, era la de no otorgar los beneficios de la Ley 16.906 a los proyectos de mega minería, porque se estaba próximo a definir un régimen legal particular para regular la mentada actividad.

Dicho régimen legal para la minería de gran porte, fue definido, finalmente, en la Ley 19.126, que contiene un capítulo especialmente dedicado al régimen tributario, con una regulación específica para este sector.

Al momento en que no se hizo lugar al proyecto presentado, es evidente que se estaba trabajando en la definición de ese régimen legal (adviértase que el proyecto de ley fue ingresado al Parlamento en el segundo semestre de 2012). Razón por la cual, parece ajustado que el Poder Ejecutivo se ciñera a las directrices definidas en la Comisión Multipartidaria de Análisis de la Minería de Gran Porte (“CMAMGP”) y

haya aguardado a la definición del régimen legal especial, antes de otorgar beneficios tributarios al amparo de la Ley 16.906 (que ciertamente significaban un renuncia fiscal por demás significativa para las arcas públicas). Ello es, en tal caso, una cuestión DE OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA.

Cabe recordar, siguiendo las enseñanzas de CAJARVILLE, que la Constitución (especialmente desde 1967) le atribuye al Poder Ejecutivo el papel de conductor de las políticas sectoriales. En particular en el área económica, tiene la competencia para definir la formulación de estas políticas sectoriales. Por lo tanto tiene la potestad de orientación, impulso y coordinación, la que debe ejercer con sujeción al ordenamiento jurídico vigente y al condicionamiento técnico y económico de cada sector.

Dicho rol orientador se materializa de diversas formas, dentro de la que se cuenta la formulación de actos de directiva; formulación de políticas sectoriales; de planificación, y especialmente, por actos jurídicos de cumplimiento de las orientaciones resueltas. Como enseña el autor: *“La directiva política -informal o formalizada en un acto de directiva; planificada o no- requiere para su cumplimiento el dictado de actos jurídicos en sentido estricto, creativos, modificativos o extintivos de situaciones jurídicas, dictados por diversos órganos y personas en ejercicio de potestades atribuidas por las normas vigentes.*

Estos actos jurídicos pueden tener la más diversa naturaleza y contenido: bilaterales (acuerdos, convenciones o contratos) o unilaterales, y entre estos últimos, actos generales normativos o no normativos, o subjetivos: autorizaciones (...) otorgamiento de exoneraciones, reducciones o franquicias de diversos gravámenes, o de subsidios y

subvenciones...” (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya*” en “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo I, FCU, 3ª Edición, Montevideo, 2012, especialmente págs. 75/76).

Al menos desde la divulgación masiva de la obra de DWORKIN, existe un consenso bastante extendido entre los juristas, de que el discurso jurídico no está compuesto únicamente por reglas en sentido estricto, sino que es dable reconocer en él la existencia de otros estándares como los principios y las directrices políticas (*policies*). El autor denomina directriz, o directriz política, al tipo de estándar que se propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (DWORKIN, Ronald: “Los Derechos en serio”, Ariel, Barcelona, 2002, págs. 72 y ss.).

Por cierto, esto implica reconocer lo que se ha denominado, la autonomía relativa del Derecho, puesto que el discurso jurídico, no es ajeno a otros discursos como el de la moral o el de la política social, sino que interacciona constantemente con ellos. El Derecho no constituye un orden cerrado ajeno a la moral, la política o la economía, por el contrario, una de las funciones principales del Derecho, es la de realizar fines sociales, o mejor dicho, contribuir a su realización. Existe una correspondencia entre el Derecho y los fines sociales puesto que al menos en sus aspectos importantes, el Derecho es, en buena medida, producto de fines sociales y políticos (en ese sentido véase TOLONEN, Hannu: “Reglas, principios y fines: la interrelación entre Derecho, moral y política”, en AA. VV.: “La normatividad del Derecho” (Aulis A. ARNIO, Ernesto GARZÓN

VALDÉS y Jyrki UUSITALO: Compiladores), Gedisa, Barcelona, 1997, pág. 81).

Por otra parte, como destaca SARLO, las directivas también aparecen previstas expresamente como instrumento en la gestión del propio Estado, como en la implementación de las políticas presupuestales en los entes autónomos de enseñanza, en el intento de coordinación educativa, y más recientemente en la implementación de una política de equidad educativa, el crédito público, la prestación de servicios públicos, la coordinación de la descentralización, la política de la gestión financiera del Estado, y en la implementación de la política de estadísticas nacionales, y en la implementación de la política tributaria (SARLO, Oscar: *“Directrices y directivas en la nueva institucionalidad de la vivienda en el Uruguay. A propósito de la Agencia Nacional de Vivienda”* en AA.VV.: “Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo MARTINS” (Augusto DURÁN MARTÍNEZ: Coordinador), FCU, 1ª Edición, Montevideo, 2008, pág. 679).

Esas pautas o directrices, en el caso en examen, fueron consensuadas en el seno de la multicitada Comisión Multipartidaria de Análisis de la Minería de Gran Porte (CMAMGP), traducidas en la forma en que el Poder Ejecutivo ejerció su rol director de la política sectorial (en este caso, del sector minero), como parte de la dirección de la política económica.

AKERAMN Y COBAS -citando este trabajo de CAJARVILLE- apuntan con razón en este sentido. Al analizar el rol del Poder Ejecutivo en la concesión de proyectos de inversión al amparo de la Ley 16.906 expresan: *“Es importante destacar que el Poder Ejecutivo es un órgano conductor y orientador político -especialmente en materia económico*

financiera-, y desde la reforma constitucional de 1967 vio reforzadas sus potestades referidas a la política económica y tributaria. Es precisamente el Poder Ejecutivo, el órgano competente de declarar promovidas las actividades sectoriales específicas (artículos 11 y 12 de la Ley 16.906).” (AKERMAN, Leonardo y COBAS, Francisco: “Análisis...”, cit., pág. 220)

Las definiciones del Poder Ejecutivo que se trasuntan en actos como los lineamientos que se definieron en la “CMAGMP”, son jurídicamente calificables como **actos de directiva**, que se dictan en ejercicio de un cometido implícito, derivado de la responsabilidad en la conducción de la política económica.

Desde esta orientación conceptual, indica CAJARVILLE sobre los actos de directiva que: *“La política sectorial del Poder Ejecutivo puede formularse en directivas de naturaleza política, o concretarse en actos jurídicos con eficacia de tales. El grado de imperatividad (jurídica) que la política adoptada revestirá para quienes actúen en el ámbito del sector dependerá de la naturaleza de los actos en que las opciones políticas se contengan.*

La directiva política puede manifestarse informalmente, por consensos o instrucciones, rígidos o elásticos, públicos o reservados. Pero puede expresarse formalmente también, mediante actos de directiva, en los que el Poder Ejecutivo, ejerciendo la potestad que le confieren las disposiciones analizadas, señale una orientación más o menos concreta a la actividad sectorial.

El acto de directiva, revestido de la forma propia del acto administrativo, no crea, modifica ni extingue relaciones jurídicas; por ser emanado fuera de la relación de jerarquía, o eventualmente dentro de una

relación pero sin intención de vincular la discrecionalidad de que goce el destinatario, no produce el deber de actuar conforme a su contenido, sino tan solo de tenerlo presente como orientación a aplicar; de ahí que su incumplimiento no afecte la legalidad sino el mérito de la gestión de aquellos a que se dirige. Todo lo cual no significa, ciertamente, que las directivas sean irrelevantes, porque el destinatario puede eventualmente ser llamado a responsabilidad por su inobservancia, según el estatuto jurídico a que esté sometido; eventualmente, porque un nuevo análisis del mérito a posteriori, puede convencer al órgano de contralor de que el comportamiento adoptado -aunque no coincidente con la directiva- ha sido el más adecuado, oportuno o conveniente.

La emanación de un acto de directiva supone en los sujetos a que se dirige, la aptitud de actuar por sí mismos en el mundo jurídico; y en el órgano que lo dicta, la titularidad de poderes que le permiten influir de alguna manera en esa actuación; de ahí su eficacia indirecta que se ha señalado.

Los destinatarios pueden ser entidades estatales descentralizadas, sujetas a potestades de coordinación o contralor (omissis), o personas privadas, respecto de las cuales el órgano orientador pueda, por lo menos, adoptar medidas de estímulo o desestímulo (omissis). Puede serlo incluso un órgano sometido a jerarquía del orientador, siempre que goce de alguna forma de desconcentración, en cuyo caso la posibilidad de influir sobre su actividad derivará naturalmente del ejercicio de las propias potestades jerárquicas; en este caso, la calificación del acto como orden jerárquica o mera directiva dependerá del grado de desconcentración, del

contenido del acto y de la intención -vinculante o no del comportamiento del subordinado- con que haya sido emitido.

Mediante el acto de directiva, el órgano orientador no hace sino señalar o explicitar el criterio de mérito que utilizará en el ejercicio de esos poderes que le permiten influir en el comportamiento del destinatario; de donde, tales poderes se suponen revestidos al menos de cierto margen de discrecionalidad, porque si fueran absolutamente reglados el acto no haría sino anunciar el cumplimiento de la norma aplicable.

La emanación de la directiva supone también un margen de apreciación de oportunidad o conveniencia en el destinatario: discrecionalidad de los órganos públicos o libertad de los sujetos privados; carecería de contenido propio de directiva, si se limitara a recomendar el cumplimiento de las normas que les impusieran una actitud determinada. El acto de directiva, por sí mismo, no limita desde el punto de vista jurídico esa discrecionalidad o libertad, puesto que no crea el deber de obedecerlo; la restricción que, fácticamente, pueda sufrir la libertad de apreciación del destinatario, dependerá de su estimación sobre las consecuencias desfavorables que pueda acarrearle el incumplimiento de la directiva, pero no de un deber jurídico de acatarla.

La directiva, entonces, se inserta en un doble juego de discrecionalidades -del orientador y del orientado- que no limita, pero que explica y justifica su dictado. Por su contenido, fija un criterio de mérito -político o meramente administrativo- que permanece tal, sin transformarse en elemento de la legalidad de la conducta; sin eficacia vinculante, ni siquiera para quien lo emite.

Para adquirir relevancia jurídica, la opción de mérito contenida en la directiva requiere su consagración en actos jurídicos dictados por la persona u órgano competente (omissis); de ahí que, en cierta manera, el acto de directiva pueda verse como preparatorio del posterior acto jurídico. Sin embargo, no puede confundirse con una opinión o un dictamen, aun cuando éstos recaigan sobre aspectos de mérito y no estrictamente técnicos; la diferencia debe buscarse sobre todo en las potestades del órgano del que emanan: las opiniones o dictámenes emanan de los órganos consultivos, mientras el acto de directiva lo dicta un órgano de la administración activa, dotado de poderes que permiten influir en el comportamiento del destinatario.

Cuando su contenido es político y no meramente administrativo, el acto de directiva es un típico “acto político”, excluido de la jurisdicción contencioso-administrativa [en la actualidad como afirma el autor incluido en la jurisdicción del Tribunal por operativa del art. 1 de la Ley 15.869, ver nota al pie No. 53]; a falta de norma expresa, esa exclusión se impondría igualmente, por la propia naturaleza indirecta de los actos de directiva: no afectando situaciones jurídicas, no existiría sujeto alguno legitimado para promover la acción de nulidad (Const. art. 309 inc. 3º). Por eso, aun cuando el acto de directiva se formule una opción de mérito meramente administrativa, de cualquier manera no es susceptible de impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.” (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “El Poder Ejecutivo...”, cit., págs. 69/72).

Asimismo, el Tribunal recientemente, siguiendo esta orientación ha señalado que son actos de directiva las pautas que el Poder Ejecutivo fija

antes de los Consejos de Salarios (Sentencia No. 661/2012) y, también las macro definiciones en política de salud, en lo que hace a la incorporación de ciertas tecnologías (Sentencia No. 44/2013); véanse, de igual forma, las Sentencias Nos. 606/2012 y 166/2013.

VI) El juego de estas directrices en la orientación de las facultades discrecionales de la Administración, resulta innegable. Desde luego que, por la existencia de esas orientaciones no resulta posible admitir que el Poder Ejecutivo violente la normativa, lo que sí es admisible es que ejercite sus potestades discrecionales, siempre que ello sea hecho racionalmente y de forma legítima, en función de esos parámetros.

Como agudamente apunta el Prof. Daniel ARTECONA GULLA, es la discrecionalidad la que permite a la Administración adecuar su acción a las exigencias de la realización del interés público en el caso concreto, a la diversidad y dinámica de los hechos económicos y sociales. Y acertadamente añade el autor, que las normas suelen dejar -y en el caso que nos ocupa dejan- cierto margen de acción de modo que el Administrador pueda escoger u optar entre un conjunto de medios cuál en cada caso es el más oportuno o adecuado para el logro del fin. Es el fin el que debe estar determinado, pero en la elección de los medios para lograrlo la Administración puede tener un margen más o menos amplio de libertad de acción. (ARTECONA GULLA, Daniel: “Discrecionalidad y desviación de poder. Necesidad y conveniencia de la consagración legal de potestades legales a favor de la Administración”, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, N° 30, Enero/Junio 2011, especialmente págs. 45/46).

Como señala la Sra. Ministra, Dra. Mariela SASSÓN en su voto:
“Ciertamente que, definir si una actividad como la mega minería se va a promover en el país y, estrictamente, definir qué clase de estímulos (dentro de aquellos que es resorte del Poder Ejecutivo conferirlos) se le darán, es claramente una decisión de política pública, de orientación de una política sectorial. Y, vale por ello reiterar, que esa definición es una cuestión de mérito que no puede el Tribunal juzgar porque no atañe a la rectitud jurídica del obrar administrativo.”

Debe de verse, que por el acto administrativo cuestionado, en cumplimiento de esa política pública predefinida, el Poder Ejecutivo deniega a la reclamante la concesión de los beneficios fiscales previstos en la Ley 16.906 hasta tanto se definiera un marco normativo específico en materia de mega minería.

Por lo demás, no se advierte en ello, que el ejercicio de la facultad discrecional conferida al Poder Ejecutivo en esta materia hubiera sido actuado en forma contraria con la regla de Derecho.

Finalmente, corresponde señalar, en cuanto a las presuntas violaciones al principio de igualdad articuladas por la promotora que, las mismas no pueden ser recepcionadas. Particularmente, porque el proyecto presentado por la actora es un mega proyecto, que no resulta parangonable en absoluto con los otros promovidos a los que hace mención en su acto de proposición inicial, no correspondiendo, por consecuencia, la invocación al principio de igualdad cuando se comparan situaciones radicalmente diferenciales.

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 :

Desestímase la demanda anulatoria entablada y, en su mérito, confirmase el acto administrativo impugnado. Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la cantidad de \$22.000 (pesos uruguayos veintidós mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dra. Sassón, Dr. Harriague, Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Tobía (r.), Dr. Echeveste.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).