

## **DECRETERO DE SENTENCIAS**

//tevideo, 24 de junio de 2014.

No. 261

### **VISTOS** en el Acuerdo:

Para resolución, estos autos caratulados: "FNC S.A. con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Suspensión de ejecución" (Ficha No. 851/13).

### **RESULTANDO**:

I) Que, con fecha 1/11/2013 (fs.5-19) compareció la promotora demandando la anulación de la resolución No. 51/013, de fecha 10/4/2013, dictada por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, mediante la cual, entre otras, se dispuso sancionar a Fábricas Nacionales de Cerveza S.A. con una multa de 10:000.000 U.I. (diez millones de unidades indexadas) en virtud de la ocurrencia de la práctica anticompetitiva denunciada consistente en limitar el acceso de la cerveza HEINEKEN al comercio minorista, en particular, en el sector de miniservicios, a través del abuso de la posición dominante, por medio de la bonificación sobre compras que se les concedía en función de que vendieran o no dicha marca de cerveza y caracterizarla como violatoria del inciso 2 del art. 2° y del literal A del art. 4° de la Ley 18.159 (fs. 1576/1579 vta. A.A.).

Acumulativamente solicitó la suspensión de la ejecución del acto administrativo cuestionado, expresando que la multa impuesta se trataría de un crédito fiscal, no obstante que, los fines, objetivos y la competencia que

la Ley le confiere a la Comisión no son de naturaleza tributaria ni recaudadora.

Destacó que, ante la eventualidad de que se pretenda ejecutar la resolución, ello de por sí incuestionablemente conduce y determina, máximo a la luz del monto de la multa fijada, que se le irrogarán “daños graves” y de trascendente entidad, en tanto, al órgano público involucrado no le generará daño alguno, desde que en nada alterará la organización y funcionamiento de aquél.

Señaló que, el hecho de que la multa no se haga efectiva hasta que el Tribunal se expida respecto del accionamiento instalado, ello en nada perjudicará la competencia, funcionamiento y los objetivos que por Ley a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia le fueron conferidos.

II) Conferido traslado de la solicitud de suspensión incoada, la Administración no lo evacuó, siendo acusada de rebeldía por la reclamante a fs. 24 y 26.

III) Intimada la agregación de los antecedentes administrativos ordenada (decreto No. 918/2014, fs. 26), la accionada los incorporó y se confirió vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen No. 273/2014 glosado a fs. 31/31 vta.) quien aconsejó desestimar la solicitud de suspensión movilizada.

IV) Finalmente, se llamó para resolución (fs. 33), la que, previo pasaje a estudio de los Sres. Ministros, se acordó en legal y oportuna forma.

### **CONSIDERANDO:**

I) Que el Tribunal, apartándose en la emergencia de lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, acogerá la demanda incidental de suspensión transitoria de la ejecución del acto administrativo impugnado, en los contenidos que se intentarán explicitar a continuación.

II) En lo inicial, si bien la promotora no esgrimió la causal de manifiesta ilegalidad del acto administrativo encausado, conforme a lo preceptuado en el art. 2 de la Ley 15.869, se habilita a que el Cuerpo decrete la medida suspensiva si, a su juicio, el acto aparece inicialmente como manifiestamente ilegal.

Por este motivo, cabe realizar un somero y periférico análisis para determinar si se configura o no la causal suspensiva (no aducida pero que puede ser relevada por el Tribunal de acuerdo al marco normativo aplicable).

Con tales entendimientos, procede necesariamente convenir que para acceder a una medida suspensiva como la impetrada, no ha de requerirse una labor profunda del juzgador a los efectos de verificar la ocurrencia de una contrariedad normativa.

Como tiene dicho la Sede con anterioridad: “...para acreditarse los extremos legales exigidos, el acto debe revelarse palmaria e irrefutablemente en abierta contradicción con la regla de derecho y que disipe cualquier margen de duda razonable acerca de su ilegitimidad.”-

Sobre esta premisa el Tribunal ha precisado que para acreditar el supuesto legal debe asistirse a una hipótesis: “... de ostensible, patente, evidente, incuestionable ilegalidad del acto administrativo, por cuanto es éste el exacto significado que el legislador quiso atribuir a la oración de

referencia (“manifiestamente ilegal”) en consonancia con lo que, ya antes, establece el Código General del Proceso a través de múltiples normas donde se utiliza la misma expresión (“manifiestamente ...”) (v. gr.: arts. 24, núms. 1 y 6; 119.2, 144.1, etc.)” (Cfe. Sentencia 620/1999, vide también Sentencia 1098/1994).-

(...) Pues bien; sobre este marco de calificación, estima la Corporación que el acto administrativo impugnado **no se divisa en franca y notoria contradicción con normas de superior rango normativo**, que meritase el acogimiento de la medida incidental suspensiva por la causal invocada.-

(...) El estudio sumario y conciso sobre la regularidad jurídica del acto no constituye -naturalmente- prejuzgamiento alguno sobre la cuestión de fondo sometida a decisión de la Sede (art. 2 inciso final eiusdem).

Y ello porque, en esta estación procesal el análisis no se efectúa con la profundidad y rigor sustancial propio de otra etapa del procedimiento. **La causal suspensiva no debe suponer la exploración exhaustiva del obrar administrativo para determinar su concordancia con la norma de mayor valía jurídica con la que se quiere correlacionársele.**” (Sentencia No. 791/2011; Cfe. Sentencias Nos. 516/2013, 91/2014, entre otras).

En la especie, se estima que no resulta posible disponer la suspensión por la causal premencionada, habida cuenta que el memorial de agravios de la actora en su demanda anulatoria dice relación básicamente sobre la incorrecta valoración del soporte probatorio reunido por la Administración que fuera determinante para entender acreditado el hecho infraccional tipificado. En efecto, los agravios que articuló la accionante necesariamente reclama que el órgano jurisdiccional analice particularizadamente la prueba

diligenciada en el procedimiento administrativo sancionador y, en consecuencia, considerar si existió mérito o no para reprimir una conducta o comportamiento infraccional sobre la base de su acreditación, lo que excede ampliamente la labor de cognición propia de esta etapa procesal.

III) Ahora bien, en cuanto a la causal suspensiva alegada por la promotora, más precisamente la relacionada con la “*teoría del balance*” de los perjuicios, a juicio de la Sede, y sin perjuicio de ulterioridades, corresponde hacer lugar a la suspensión solicitada, habida cuenta que los hechos alegados en la demanda incidental no fueron controvertidos por la accionada, en tanto fue acusada en rebeldía por la actora (fs. 24, 26 del ppal.).

Bajo la regencia del C.P.C. -compendio procesal en el que no existe regla alguna en cuanto a la admisión de hechos alegados por la contraparte- la doctrina especializada consideraba que: “...*sólo deben probarse los hechos controvertidos; por tanto quedan fuera del tema concreto de prueba los hechos admitidos.*”

*La admisión de un hecho es la aceptación de su existencia por la parte contraria al que lo alegó. (...).*

*La admisión puede ser expresa o tácita. La primera no ofrece mayores dificultades: es el reconocimiento del hecho afirmado por la parte contraria.*

*La admisión tácita es la falta de negación expresa del hecho alegado por el adversario, pudiendo controvertirlo.*

*Por tanto, para que haya admisión tácita se requiere: a) que el demandado haya contestado la demanda; b) que esté en condiciones de negarlo, por tratarse de un hecho personal o que pudo conocer.*

*Por tanto, no hay admisión tácita en los casos en que el demandado haya sido declarado rebelde por no comparecer o se le haya acusado rebeldía de la contestación a la demanda. (...) Por tanto, sólo existe admisión tácita cuando habiendo el demandado contestado la demanda y pudiendo negar el hecho alegado por el actor, no lo hizo.”* (VIERA, Luis A.: “La prueba” en AA.VV.: Curso de Derecho Procesal, Tomo II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1974, págs. 85/86).

Sin perjuicio de anotarse, que en la actualidad teniendo presente que el Decreto-Ley 15.524 no regula expresamente el supuesto en examen, resulta de aplicación la norma de reenvío contenida en el art. 104 eiusdem. En efecto, las disposiciones de la Ley 15.750 y el C.P.C. no contienen regla específica, pero sí el C.G.P. que corresponde considerar como una ley que rige la materia, concordante y complementaria (aunque no sea modificativa sino derogatoria del C.P.C. con excepción para este proceso. En doctrina, sobre el punto véase SOBA BRACESCO, Ignacio M.: “*La prueba pericial y el informe del asesor de parte en el proceso contencioso administrativo de anulación*” págs. 112 y 113; BUSCHIAZZO FIGARES, Elisa: “-Plazos procesales-Reflexiones teóricas a partir del estudio de algunos problemas prácticos”, págs. 26 a 28; ambos aportes doctrinarios en AA.VV. “XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, Paysandú-Uruguay, Mastergraf, 2013; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Medidas cautelares en el contencioso administrativo de anulación uruguayo*” en AA.VV. “Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO”, FCU, 1ª Edición, 2011, págs. 762 a 766.; BAROFFIO, Alberto: “*Garantías del administrado en el proceso contencioso administrativo de anulación*” en Revista de Derecho y Tribunales No. 11,

Amalio M. Fernández, 2009, págs. 126 a 129; para la aplicación del C.G.P. por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo véase: SÁNCHEZ CARNELLI, Lorenzo: “*El Código General del Proceso en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo*” en Revista de Derecho Público, FCU, Año 9, Número 18, 2000, págs.113 a 123).

El Tribunal, por otra parte, ha considerado que el C.G.P. resulta aplicable en el proceso contencioso administrativo de anulación, en forma **supletoria** y atendiendo a las características de aquél, admitiéndose la aplicación del C.G.P. mediante variada fundamentación: por analogía (Sentencia No. 4/2012), a través de la norma de integración -ex art. 104 del Decreto-Ley 15.524- (Sentencias Nos. 612/2006 y 682/1999, 807/1998, entre otras).

Debiéndose tener presente, que este proceso por imperio legal se rige PREDOMINANTEMENTE por el principio dispositivo (ex art. 38 del Decreto-Ley 15.524) por más que subyace el interés público en virtud de que el demandado es un órgano del Estado cuyo accionar se halla sujeto al contralor jurisdiccional.

Realizadas estas precisiones, procede necesariamente convenir que el SILENCIO de la demandada en punto a CONTROVERTIR los extremos fácticos alegados en la demanda incidental (contenida conjuntamente con la demanda anulatoria) en razón del acuse de rebeldía dispuesto a instancias de la parte actora (fs. 24 y 26 del ppal.) determinan su admisión. Debe de verse, que los arts. 130.2 (en la redacción dada por el art. 1 de la Ley 19.090) y 137 del C.G.P., armónicamente considerados rectoran que el silencio, las respuestas ambiguas o evasivas, así como **la falta de contestación se tendrán como admisión de los hechos alegados en la**

**demanda, en cuanto no resultaren contradichos por la prueba de autos y no se tratare de derechos indisponibles. Solo en circunstancias excepcionales podrá el Tribunal no aplicar la regla de admisión, atendiendo a razones debidamente fundadas expuestas para invocar que no se recuerda algún hecho o circunstancia alegada por el actor.**

Como señala VALENTÍN la ley equipara la incontestación de la demanda a la contestación no contradictoria, o con respuestas ambiguas o evasivas.

Entonces, en caso de incontestación, con o sin declaración en rebeldía, los hechos se tendrán por admitidos conforme a la versión del actor, por lo que se tendrán como existentes o inexistentes, de acuerdo a su alegación, salvo que resultaren contradichos por la prueba de autos, siempre que se trate de cuestiones disponibles (VALENTÍN, Gabriel: “La reforma del Código General del Proceso”, FCU, 1ª Edición, 2014, pág. 98).

En el sublite, en criterio del Cuerpo no median razones debidamente fundadas para enervar la regla de la admisión de los hechos alegados. Como tiene dicho la Sede: *“Así, el art. 313 del CPC estipula que “Contestación es la respuesta que da el reo a la demanda del actor, confesando o contradiciendo el fundamento de la acción”.- Como enseña Tarigo, el demandado tiene la carga, cuya trascendencia resulta obvia de negar la veracidad de los hechos alegados... si es que no quiere que los hechos queden admitidos (Lecciones... pág. 411).*-

*La regla de la admisión enseña que quien, por su posición o situación jurídica, está en condición de poder contradecir lo afirmado por su contraparte, tiene el deber de traerlo al proceso.- El no cumplimiento de ese deber le apareja la admisión de lo alegado por el contrario.- Lo que en*

*puridad no es otra cosa que la aplicación del principio de la buena fe y lealtad procesal.”* (Sentencia No. 275/2010).

Ello si bien determina que deba accederse -en esta oportunidad- a la medida suspensiva solicitada, al tenor del art. 3 de la Ley 15.869, de oficio o a petición de parte, y en cualquier etapa del trámite, se podrá en atención a nuevas circunstancias modificar o dejar sin efecto lo decidido (Cfe. Sentencia No. 204/2014).

En función de lo expuesto, corresponde necesariamente concluir que el amparo de la medida suspensiva opera por la admisión de los hechos alegados, y no como consecuencia de que la demandada no evacuara el traslado o haciéndolo, omite el adecuado cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 63 y 64 del Decreto-Ley 15.524, pudiendo en esa hipótesis el Tribunal decretar la suspensión si de las afirmaciones de la actora y de los elementos de juicio que ésta hubiera incorporado al efecto, surgen instancias que la hicieran pertinente. En la especialidad del caso, los antecedentes administrativos fueron incorporados en respuesta a la intimación realizada por el Tribunal en ejercicio de su poder-deber como conductor del proceso y lo prevenido en los arts. 73, 81 y 85 del Decreto-Ley 15.524.

Por otra parte, conviene destacar que se estima no puede compartirse el criterio que convoca para el caso la aplicación del art. 91, inciso 7°, literal A), del Código Tributario, en tanto la multa impuesta a la reclamante no constituye un crédito fiscal.

Simplemente se trata de una reprimenda en respuesta al hecho infraccional supuestamente constatado (*prácticas anti-competitivas*) en el marco de la potestad sancionatoria conferida a la Administración en mérito

a lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 18.159. Con tales entendimientos, no resulta posible extender la suspensión preceptiva del procedimiento (proceso judicial) -al que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo le ha asignado análogos efectos al instituto de la suspensión de la ejecución del acto administrativo (Cfe. Sentencias Nos. 137/2014, 68/2014, 611/2013, entre otras)- a supuestos ajenos a la regulación de la disposición legal.

En lo concreto, el art. 20 de la Ley 18.159 exclusivamente dispone que el testimonio de la resolución firme que imponga pena de multa constituirá título ejecutivo. No prevé la preceptividad de la suspensión del procedimiento en regulación similar a la contenida en el art. 91 del Código Tributario y por ello no aparece ajustada su consideración o relevamiento para desestimar la demanda incidental incoada.

Y menos aún, que por resultar el daño grave alegado de naturaleza “*económica*” no pueda constituir base adecuada para acceder a la medida solicitada. El art. 2 de la Ley 15.869 admite la posibilidad de suspender la ejecución de los efectos del acto impugnado y **EXPRESAMENTE** dispone que la posibilidad de percibir la correspondiente indemnización no impida que, atendidas las circunstancias del caso, se despache la medida. Razón por la cual, no puede revalidarse el criterio reiteradamente sustentado por el Cuerpo en Sentencias Nos. 122/2013, 164/2013, 834/2010, entre otras.

Esas circunstancias del caso, refieren inequívocamente a la situación particular del sujeto alcanzado por el obrar estatal, y ésta debe reputarse admitida de conformidad con el relato efectuado por la demandante, ante el silencio de la Administración demandada. Debiendo tenerse presente, que en el análisis comparativo que correspondería realizar al juzgador, los

antecedentes administrativos agregados no permiten mensurar el daño que la medida pudiera irrogar a la organización y funcionamiento del órgano público afectado.

Por un lado, la finalidad perseguida con la activación del poder sancionatorio no es la recaudación sino la búsqueda de mecanismos disuasorios, preventivos y represivos de ilícitos administrativos. Pero ante la magnitud de los daños graves alegados por la promotora (una vez más, no controvertidos) no se aprecia que el diferimiento de la ejecución de la volición redunde en un superior -en entidad- menoscabo a la Administración y, en consecuencia, al interés público comprometido. Porque, como señala GARBERÍ LLOBREGAT en consonancia con doctrina especializada: *“No puede admitirse un mero interés genérico por la ejecutividad de la actividad administrativa. Ha de tratarse, en cambio, de un interés específico, cualificado, prevalente, que esté exigiendo precisamente el cumplimiento inmediato de aquel acto concreto cuyos efectos se pretende dejar en suspenso temporalmente”* (GARBERÍ LLOBREGAT, José: *“Las medidas cautelares”* en AA. VV.: *“Derecho Procesal Administrativo”*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pág. 687).

En el caso, sin dejar de recalcar la aplicación de la regla de admisión de los hechos alegados por la actora, de la prueba reunida en autos (antecedentes administrativos) no se aprecian nítidamente elementos que permitan priorizar el interés público subyacente en los perjuicios que aparejaría la suspensión en la organización y funcionamiento del órgano público involucrado, por sobre los eventuales daños graves que pudieran ser ocasionados a la reclamante.

Por los fundamentos expuestos, los arts. 2 y 3 de la Ley 15.869, y apartándose de lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, el Tribunal

**RESUELVE:**

*Ampárase la demanda incidental incoada y, en su mérito, suspéndase transitoriamente la ejecución del acto administrativo en la fase de cuestionamiento.*

*Agréguense a los principales.*

Dr. Tobía (r.), Dra. Sassón, Dr. Harriague.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).