

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 23 de octubre de 2014.

No. 545

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "CASMU IAMPP Y OTROS con ESTADO. MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA. Acción de nulidad" (Ficha No. 182/12).

RESULTANDO:

I) Que en autos comparecieron los representantes de CASMU IAMPP, COSEM, CÍRCULO CATÓLICO DE OBREROS DEL URUGUAY, MUTUALISTA HOSPITAL EVANGÉLICO, CRAME COOPERATIVA MÉDICA, COMERI COOPERATIVA MÉDICA DE RIVERA, impugnando los arts. 2 y 3 del Decreto 272/011 de fecha 1/8/11 (fs. 26 y ss. AA).

Afirmó que el impugnado lesiona los derechos de los recurrentes en la medida que se contravienen reglas de derecho de raigambre constitucional (arts. 7, 10, inc. 2º, y 36) y legal) art. 20, incs. 1º y 2º, de la ley 18.211, al pretender por vía reglamentaria limitar los derechos subjetivos referidos.

El art. 2º del decreto 272/011 es antijurídico, ya que incursiona en materia reservada a la ley. Al no contar con base legal que consagre dichos límites, el art. 2º del decreto importa un grave menoscabo a sendos principios constitucionales, razón por la que debe ser anulado. Nótese además que no existe interés general en limitar la libertad de los mensajes publicitarios, más allá de la frontera que impone el concepto de publicidad

engañososa. Los mensajes publicitarios que la norma impugnada se propone impulsar, pueden ser compartibles, pero no corresponde imponerlos a los administrados ni a su costo.

Conjuntamente con el art. 2 el art. 3 resulta ilegal. El mismo determina los contenidos que debería tener la publicidad en cuanto a promoción y prevención de salud, cuya realización con cargo a las instituciones de salud se cuestiona en el presente por antijurídico.

Las instituciones de asistencia médica colectiva comparecientes, son titulares de los derechos subjetivos referidos. Los mismos han sido desconocidos y en consecuencia vulnerados por el Poder Ejecutivo, todo lo cual causa un agravio y ocasiona perjuicios económicos a los firmantes, ya que por vía reglamentaria se les impone la obligación de financiar en un importante margen las publicidades que el Ministerio de Salud Pública debería financiar con recursos propios.

En suma, solicitaron la anulación del acto impugnado.

II) A fs. 42-53, contesta el traslado conferido la representante de la demandada, quien controvierte en su totalidad las afirmaciones de la contraria, afirmando que en estricto cumplimiento del cometido reglamentario que el legislador le encomendó al Poder Ejecutivo, se dictó el Decreto 272/011, el que no se encuentra viciado de ilegitimidad alguna que amerite su anulación.

Respecto al presupuesto de hecho del acto, expresó que existieron antecedentes, esencialmente en materia de políticas de salud e higiene poblacional que determinaron el dictado del mismo; y respecto del presupuesto de procedimiento, expresó que fueron cumplidos los trámites

previos al dictado del acto. Asimismo manifestó que la Administración no actuó con desviación, abuso o exceso de poder.

Sostuvo que el acto fue dictado en atención a las potestades y la discrecionalidad que su mandante ostenta. La norma impugnada apunta a promover mensajes que construyan cultura del cuidado personal, familiar y comunitario por la salud, ayudando a educar en nuevos valores que reduzcan factores de riesgo presentes en los hábitos de vida de los ciudadanos, propendiendo a reducir o controlar tanto las patologías crónicas como las agudas endémicas o epidémicas mediante la plena participación de los involucrados.

Analizó los principios bases del Sistema Nacional Integrado de Salud, establecidos en los arts. 3 y 4 de la ley 18.211, expresando que siguiendo dicha línea, no surge de la lectura de la norma impugnada que el Poder Ejecutivo -MSP- esté limitando derecho alguno, ni limitando la publicidad, ni restringiendo la libertad de expresión ni de información. Los arts. 1 y 2 del Decreto únicamente refieren a la situación fáctica en que, en el marco del art. 20 de la ley 18.211, y solo cuando los profesionales o entidades que presten servicios de salud se propongan ampliar el alcance de la publicidad, yendo más allá de lo referido en el inciso 1 del art. 20 de la ley. Así deberán recabar autorización del MSP, y solo en estos casos, la Administración tendrá en cuenta que los mismos tengan primordialmente un enfoque de promoción en salud y prevención de factores de riesgo e incidencia en eventos prevenibles de la población y el medio ambiente. También en este aspecto, y a los efectos de no afectar los derechos de libertad de expresión de pensamiento, el MSP sugerirá a los prestadores las

temáticas principales en el marco de los principios y objetivos del Sistema Nacional Integrado de Salud.

Señaló que el MSP no prohíbe la publicidad ni vulnera derecho fundamental alguno, solamente complementa las normas ya establecidas en la Ley 18.211, y en concreto el art. 20, pero siempre dentro del marco de los principios rectores y objetivos del Sistema Nacional Integrado de Salud.

Desde este enfoque de los derechos de la población es que el Poder Ejecutivo-Ministerio de Salud Pública, asume el rol de garante para que los usuarios reciban información certera, confiable y con evidencia científica, a favor de promocionar su salud y orientar sus acciones hacia el cuidado individual, colectivo y de los diferentes entornos por donde transcurre la vida, en un proceso de ayuda a la toma de decisiones con información adecuada y de manera coincidente con las normas citadas, la Ley Orgánica del MSP N° 9.202 y los arts. 44 y 168 de la Constitución. El decreto impugnado, solo aclara algunos aspectos que ya están plasmados en la ley y que se dicta en beneficio de la población y de los propios profesionales y entidades prestadoras de salud. El fin de la norma es garantizar el derecho al goce de la salud de toda la población, el que necesariamente debe prevalecer frente a todo derecho comercial, de industria o de expresión de los pensamientos etc. de aquellos agentes que comercializan y prestan servicios de salud.

Concluyó que a contrario de las argumentaciones de las empresas recurrentes, el Decreto 272/011 posee una indiscutible condición de manifiesta legitimidad, en cuanto se ajusta a normativas de Derecho Público expedidas por autoridad competente, sobre todo regulando con una ley lo que es materia de ello.

En definitiva pidió el rechazo de la demanda con costas y costos a la accionante.

III) Abierto el juicio a prueba, no la produjeron las partes, lo que obra certificado a fs. 74.

IV) Produjo su alegato la parte actora a fs. 76-77 y fue declarada la rebeldía de la demandada (fs. 82).

V) Fue oído el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (dictamen N° 598/2013 fs. 83-84). Por decreto No. 9255/13 se citó a las partes para sentencia.

VI) Habiendo fallecido el Sr. Ministro Dr. Preza, el Tribunal se integró con el Sr. Ministro Dr. Martínez Calandria, acordándose sentencia en legal forma.

CONSIDERANDO:

I) Que desde el punto de vista formal se cumplieron los requisitos exigidos por los art. 317 y 319 de la Constitución de la República y arts. 4 y 9 de la Ley 15.869, por lo que, corresponde ingresar al tema sustancial planteado por los contendientes.

II) En autos se promueve la anulación de los arts. 2 y 3 del Decreto No. 272/2011 de fecha 1/1/2011 dictado por el Poder Ejecutivo (vide: fs. 26/30 A.A.), por los que se reglamentó el art. 20 de la Ley 18.211, que regula aspectos concernientes a la publicidad que podrán realizar los profesionales y entidades que presten servicios de salud.

En lo que respecta a la fase de cuestionamiento, por los arts. 2 y 3 del Decreto No. 272/2011, se fijaron las pautas a considerar por el Ministerio de Salud Pública para aprobar la realización de publicidad por parte de los profesionales y entidades que presten servicios de salud y, puntualmente,

que no menos del 80% (ochenta por ciento) del contenido del mensaje publicitario deberá responder a las pautas establecidas (promoción de salud y prevención de factores de riesgo e incidencia de hábitos prevenibles que puedan afectar a la familia y al medio ambiente; fomento de hábitos y entornos de vida saludables, etc.).

Por el art. 3 citado, se establece que el Ministerio de Salud Pública, en el mes de diciembre de cada año, informará a los profesionales y entidades que presten servicios las patologías o factores de riesgo sobre las que se propone incidir con sus mensajes de prevención y promoción de estilos de vida y entornos saludables.

III) Que, las alegaciones de las partes surgen suficientemente relacionadas en el Capítulo de RESULTANDOS, al cual habrá de remitirse la Corporación 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, acogerá la pretensión anulatoria actuada, en los contenidos que se intentarán explicitar a continuación.

V) Tras el análisis de las disposiciones legales aplicables y el contenido dispositivo/regulatorio del acto impugnado, se estima que el Poder Ejecutivo resulta incompetente para limitar la libertad de las actoras a realizar su publicidad, especialmente, en cuanto les impone a los prestadores que destinen determinado espacio de sus mensajes a publicitar las políticas definidas por la Administración.

Debe de verse, que el derecho de las promotoras de hacer publicidad se ubica claramente, en el ámbito de la libertad. Si bien es cierto, sujeta a las autorizaciones y los controles de la Administración, pero en principio,

en ámbito de la libertad tutelada por el constituyente (arts. 7, 10, 36 y conchs., de la Constitución de la República).

En la emergencia, los arts. 2 y 3 del decreto restringen sensiblemente el contenido de la publicidad que las pretensoras pueden realizar, en tanto se les obliga -por vía reglamentaria- a destinar una parte sustancial del contenido de sus mensajes publicitarios a difundir las políticas que el Ministerio de Salud Pública defina cada año.

Tal restricción podía únicamente haber sido impuesta por una disposición legal sancionada por razones de interés general (art. 7 de la Constitución de la República).

Razón por la cual, una norma creada por Decreto carece de aptitud jurídica para limitar derechos fundamentales contenidos en la Carta, precisamente, cuando el impugnado no se trata de un reglamento de ejecución de Ley, como pretende la defensa de la demandada.

El reglamento de ejecución de ley, como enseña CAJARVILLE: *“...se dicta con el motivo de que existe una ley a ejecutar y con la finalidad de ejecutarla; para decirlo con las palabras de nuestra Constitución, con la finalidad de ejecutarla y hacerla ejecutar.”* (CAJARVILLE, Juan Pablo: *“Relaciones entre reglamento y Ley en el Derecho uruguayo”*, en *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo I, FCU, 3ª Edición, 2012, pág. 471).

Con tales entendimientos, procede necesariamente convenir que los arts. 2 y 3 del acto regla cuestionado, exorbitan el marco o alcance estipulado por el art. 20 de la Ley 18.211, particularmente, porque en nuestro Derecho, la limitación de derechos es, por imperio constitucional, materia reservada a la Ley.

Como señala CAJARVILLE, atendiendo a la materia, hay todo un ámbito de materias excluido de la potestad reglamentaria, como potestad de normación inicial: *la reserva de ley*, que puede esquematizarse en los siguientes rubros: la limitación de los derechos, deberes y garantías de los habitantes y de los ciudadanos (Cfe. CAJARVILLE, Juan Pablo: “Relaciones entre...”, cit., especialmente pág. 484).

Por lo demás, el Poder Ejecutivo al dictar el decreto cuestionado actuó por fuera de su parquet competencial, es decir, sin poder jurídico habilitante para restringir la protección en el goce de derechos constitucionalmente reconocidos.

De modo que, el obrar administrativo, no está amparado por alguna norma de aquellas que en la Teoría General del Derecho, se identifican como “normas de competencia”.

Menos aún, puede razonablemente entenderse que la adición de los requisitos establecidos en el acto reglamentario responda a la finalidad de asegurar el correcto desenvolvimiento del precepto legal. Porque, debe ciertamente admitirse que el art. 20 de la Ley 18.211 EXCLUSIVAMENTE subordina el ejercicio de un derecho (de libertad, al pretender ampliar el alcance de su publicidad más allá del alcance prescrito en el inciso 1° del art. 20 eiusdem), al dictado de un acto de autorización por parte del Ministerio de Salud Pública, en las **condiciones que establezca la reglamentación.**

Sucede que esas condicionantes por las que se hará eventualmente operativa la autorización a la que refiere la Ley no supone, francamente, una norma de permiso asignada al Poder Ejecutivo para que agregue,

prescriba y establezca, discrecionalmente, limitaciones al ejercicio de un derecho constitucionalmente tutelado.

De lo contrario, por vía reglamentaria el Poder Administrador se arrogaría facultades irrestrictas y limitativas de derechos fundamentales en franco desconocimiento del alcance de la atribución del legislador y, en definitiva, de los expresos límites sobre los que aquél contorneó el ámbito de acción del Poder Ejecutivo.

Sobre tales premisas, no cabe sino revalidar, en la emergencia, las argumentaciones desarrolladas en las Sentencias Nos. 147/2013 y 496/2013, en la que se anularon decretos dictados también en materia de salud pública, que eran ilegítimos por la misma razón que aparecen contrarios a la regla de Derecho los arts. 2 y 3 del Decreto No. 272/011 (ver también Sentencia No. 631/2013).

De tal forma, como se reseñara en los antecedentes jurisprudenciales precitados, las llamadas normas de competencia son normas que ni ordenan, permiten o prohíben la realización de determinadas conductas, sino que establecen las condiciones de validez del dictado de otras normas.

Las normas de competencia permiten calificar como válidas las normas dictadas en el ejercicio de la competencia.

En palabras de PRIETO SANCHÍS, las normas de competencia son aquellas que atribuyen a un sujeto u órgano la potestad o competencia para producir, a través de un cierto procedimiento, un resultado institucional que llamamos ley, decreto, sentencia, resolución etc. Las normas de competencia, prevén que, por el hecho de que un sujeto u órgano realice determinada conducta, en el marco de determinadas circunstancias, se obtiene un efecto o resultado normativo -e institucional- determinado.

La violación de las normas de competencia tiene como consecuencia la nulidad del acto dictado en infracción. PRIETO SANCHÍS maneja un ejemplo sumamente ilustrativo al señalar: “...las nulidades se asemejan un poco a las reglas de uso que, por ejemplo, acompañan a un electrodoméstico: si no sigo los pasos que aparecen en el manual de instrucciones, el aparato en cuestión no funciona y no logra los resultados apetecidos.” (PRIETO SANCHÍS, Luis: *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2008, págs. 68 a 72, véase también MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep María: *Introducción a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 85 y MENDONCA, Daniel: *Las claves del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2008, pág. 48).

Por su parte CAJARVILLE, desde la dogmática jurídica, señala que la existencia de una norma atributiva de competencia es un presupuesto del acto administrativo, sin la concurrencia del cual, el acto administrativo que se dicte estará viciado por incompetencia (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*Sobre actos administrativos*” en *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo II, FCU, 3ª Edición, 2012 págs. 24/25).

Por lo tanto, faltando un presupuesto para el dictado del acto impugnado, no cabe sino concluir en su invalidez absoluta, y consecuentemente disponer la anulación -en la fase resistida- del acto encausado.

Por igual, corresponde anotar como señalara el Cuerpo en la Sentencia No. 199/2012 que: “*Consecuentemente, el acto en causa está viciado de nulidad por haber sido dictado por un órgano incompetente de acuerdo con lo establecido por el artículo 227 del Decreto No. 500/991. Y, no puede sostenerse que el Ministro actuó en ejercicio de atribuciones*

delegadas del Poder Ejecutivo porque así no se hizo constar en el acto, ni tampoco en los antecedentes.

Como acertadamente lo expresa GIORGI “El acto administrativo debe formularse por el órgano o centro de administración competente, es decir, por quien ha sido habilitado jurídicamente para su emisión. Cuando la Administración dicta un acto exorbitando el campo de sus atribuciones, violando las reglas de la competencia, el acto está viciado de incompetencia, en principio, el más grave y el de mayor entidad de los vicios jurídicos.” (GIORGI, Héctor, “El Contencioso Administrativo de Anulación”, p. 199, Montevideo, 1958).

Ésta ha sido la posición que desde larga data ha sostenido esta Corporación como se desprende de lo expuesto en la Sentencia No. 587/2001:

“La causal de nulidad invocada es de pronunciamiento prioritario, en función de su incidencia respecto de las restantes articulaciones referidas con la ilegitimidad del acto. Aspecto que en la especie, a criterio de la unanimidad de miembros integrantes de la Corporación, se estima que se configura el VICIO INSUBSANABLE DE INCOMPETENCIA. (...)

En consecuencia, como expresa MARIENHOFF: “La violación de las normas sobre competencia determina la nulidad del respectivo acto administrativo. Esto obedece a que la “competencia” representa un requisito o elemento esencial del acto administrativo...”; y continúa diciendo: “...para que un acto administrativo sea tenido como acto “regular”, es indispensable que reúna las condiciones esenciales de validez, entre éstas que sea dictado por autoridad competente. (“Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, pág. 583)”.

Para mayor abundamiento, resulta trasladable al caso lo expuesto por el Maestro SAYAGUÉS LASO en cuanto define a la competencia como la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos. Sostiene que ella determina los límites dentro de los cuales han de moverse unas y otros. Asimismo, señala: “Este concepto desempeña en el derecho público un papel equivalente al de la capacidad de las personas físicas en el derecho privado. Pero existen señaladas diferencias. Lo más importante radica en la extensión de uno y otro concepto. En el derecho privado la capacidad reconocida al ser humano lo habilita para desenvolverse en todo sentido, sin otros límites que los establecidos a texto expreso por la Constitución o las leyes (arts. 7 y 10 de la Constitución). En cambio, las personas públicas y sus órganos actúan solamente en la zona que les fija el derecho vigente, debiendo fundarse siempre en textos expresos” (SAYAGUÉS LASO, Enrique. “Tratado de Derecho Administrativo”, T. I, p. 191, FCU, Ed. 1988).

En la misma línea de razonamiento, el Dr. CAJARVILLE PELUFFO, manifestó: “El presupuesto de derecho del dictado de un acto administrativo es la existencia de una norma atributiva de competencia a un órgano estatal. Si no existe una norma que atribuya la potestad de dictar el acto de que se trata, éste estará viciado de incompetencia.” (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “Sobre Derecho Administrativo”, T. II, p. 23 y 24, FCU, 2da Edición ampliada).

En suma, la actuación de la Administración, en el caso de infolios, no estuvo amparada por ninguna norma de aquellas que en la Teoría General del Derecho, se identifican como normas de competencia.

En palabras de PRIETO SANCHÍS, las normas de competencia son aquellas que atribuyen a un sujeto u órgano la potestad o competencia para producir, a través de un cierto procedimiento, un resultado institucional que llamamos ley, decreto, sentencia, resolución etc. Las normas de competencia, prevén que por el hecho de que un sujeto u órgano realice determinada conducta, en el marco de determinadas circunstancias, se obtiene un efecto o resultado normativo -e institucional- determinado. La infracción de las normas de competencia tiene como consecuencia el de la nulidad del acto dictado en infracción. (Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis: “Apuntes de Teoría del Derecho”, págs. 68 a 72, Trotta, Madrid, 2008).”

VI) Desde otro ángulo de participarse del criterio patrocinado por la accionada de que, es el propio art. 20 de la Ley 18.211 que le comete al Poder Ejecutivo la potestad reglamentaria (vide: fs. 47 del ppal.) y, por ende, constituye una vía adecuada para establecer cargas o condicionantes al ejercicio de un derecho preexistente, la solución anulatoria preanunciada aparece como ajustada, porque en la especialidad del caso, como sostiene la actora, los mensajes publicitarios que la norma impugnada se propone impulsar pueden ser compartibles pero no corresponde imponerlos a los Administrados ni a su costo (fs. 27 del ppal.).

Con lo cual, la causal de nulidad invocada bien puede categorizarla el Cuerpo en base al principio *iura novit curia*. Como indica VALENTÍN, en su reciente obra: “...todas las normas de Derecho Positivo integran el objeto del proceso. Por lo cual, si las partes no identifican o identifican erróneamente la norma jurídica (o mejor, la disposición que contiene la norma jurídica), el Tribunal puede de cualquier manera identificar o

individualizarla correctamente, sin incurrir necesariamente por ello en incongruencia.”

Y prosigue, señalando, que: “...el iura novit curia no habilita al Tribunal a relevar hechos diferentes a los alegados ni a resolver sobre requisitorias no formuladas por las partes, por lo que el principio de congruencia es un claro límite a la aplicación de aquella regla” (VALENTÍN, Gabriel: “Principio de congruencia y regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo”, FCU, 1ª Edición, 2013, págs. 111/112).

En la especie, la irregularidad aducida puede recalificarse jurídicamente por el juzgador, y esa onerosidad sobre las esferas jurídicas personales de los reclamantes, puede legítimamente categorizarse como una violación al principio de razonabilidad (ex art. 23, lit. a), del Decreto-Ley 15.524) en tanto alcanzado por el concepto amplio y general de regla de Derecho constitucional y legalmente establecido.

Como indica RISSO FERRAND el principio de proporcionalidad y el de razonabilidad, responden al común propósito de controlar el ejercicio de la potestad legislativa a la hora de limitar o restringir derechos humanos, y ambos tienen un origen jurisprudencial.

Señala el autor que el principio de razonabilidad resulta más vago, oponiéndose a lo arbitrario y reclamando la existencia de motivos y fines justificables a la hora de la regulación de los derechos humanos. (RISSO FERRAND, Martín: “Algunas garantías básicas de los derechos humanos”, FCU, 2ª Edición, 2011, pág. 134).

Por este motivo, se estima que la referencia realizada por el legislador a la regulación reglamentaria respecto del acto de autorización que deberá dictar el Ministerio de Salud Pública, *no puede suponer una*

libérrima potestad al órgano público para entorpecer el ejercicio de una libertad o derecho fundamental.

VII) Por último, dado el alcance general del impugnado, y en función de la desigualdad que la anulación con efecto inter-partes podría provocar entre los sujetos alcanzados, el Tribunal ejercerá la facultad conferida en el art. 311, inciso 2º, de la Constitución de la República, amplificando el alcance del pronunciamiento anulatorio, por fuera de los límites connaturales de la cosa juzgada.

La sentencia anulatoria con efectos generales y absolutos cumple “...una finalidad purgativa del ordenamiento de la que puede decirse que es primariamente relevante en interés de la Ley antes que el interés particular de los recurrentes”, objetivo que prima sobre evidentes razones de economía procesal al evitar el planteamiento de multitud de litigios, al tiempo que facilita la unidad de calificación de la ilegalidad declarada (GARCÍA DE ENTERRÍA: Ob. cit., t. I cit., págs. 244-245).” (Sentencia No. 1016/1998; Cfe. Sentencias Nos. 619/2013, 696/2013, 59/2014, entre otras).

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,

FALLA:

Ampárase la demanda, y en su mérito, anúlense los arts. 2 y 3 del acto regla impugnado con efectos generales y absolutos en interés de la regla de Derecho o de la Buena Administración.

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

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).