

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 29 de setiembre de 2015.

No. 682

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “COMPAÑÍA INDUSTRIAL DE TABACOS MONTE PAZ con ESTADO. MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA. Acción de Nulidad” (Ficha No. 41/2013)

RESULTANDO:

I) Que compareció el doctor Rodolfo MEZZERA en representación de COMPAÑÍA INDUSTRIAL DE TABACOS MONTE PAZ, a demandar la declaración de nulidad de la Resolución de la Dirección General de la Salud del Ministerio de Salud Pública identificada con el No. 287/2012 del 17 de mayo de 2012 (fs. 13 y 13 vuelto *infolios*). Por el acto impugnado, se le impuso a la actora una multa de 20.000 UI (veinte mil unidades indexadas); por inobservancias a la normativa en materia de control antitabaco.

En lo inicial, narró que el 15 de noviembre de 2011 la Dirección General de la Salud labró un acta de constatación, identificada con el No. 4766, en la que documentó la existencia de publicidad exterior de la marca de cigarrillos “NEVADA” en el mostrador de ventana y en el protector de una estufa a gas, dentro del boliche: “PICOS PARDOS” de la ciudad de Montevideo.

El 1º de diciembre de 2011, la Comisión Interinstitucional Asesora para el Control de Tabaco dictaminó que existió incumplimiento de la Ley

No. 18.256 y del Decreto No. 284/2008 por parte de COMPAÑÍA INDUSTRIAL DE TABACOS MONTE PAZ S.A. y aconsejó la aplicación de una multa de 40.000 UI (cuarenta mil unidades indexadas), por infracción al Capítulo V, art. 16 de la Ley No. 18.256. Previo conferimiento de vista, que fue evacuada por la empresa, se le impuso la sanción resistida.

Indicó que la multa resulta ilegítima porque en todo momento cumplió con la Ley No. 18.256 y el Decreto No. 284/2008. La propia Dirección que dictó el acto sancionatorio otorgó un plazo para subsanar el supuesto inconveniente, lo cual se cumplió, pero no se constató luego por la Dirección General de la Salud y, en cambio, se determinó la sanción directa a COMPAÑÍA INDUSTRIAL DE TABACOS MONTE PAZ S.A.

Subrayó que ninguna participación existió de su representada en los hechos alegados. No se ha determinado -y ni siquiera alegado- la colocación de dichos elementos en el exterior del local con su participación.

Finalmente, pidió la anulación del acto impugnado, por falta de notoriedad justificante de la anulación y ausencia de mala fe de la actora (SIC).

II) Corrido el traslado correspondiente, compareció la doctora Silvina ECHARTE ACEVEDO en representación de la parte demandada.

En su escrito, recordó puntillosamente -y exhaustivamente- el marco normativo vigente en el país en materia de contralor del tabaco, adoptado luego de que el país asumiera una serie de compromisos internacionales, entre los que destaca la adhesión al Convenio Marco de la Organización

Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, ratificado por la Ley No. 17.793. Se detuvo en las medidas que el país se comprometió a adoptar luego de internalizar ese instrumento; en particular, en lo concerniente a la publicidad del tabaco. Hizo muy extensos desarrollos sobre este tópico, analizando la normativa legal (de fuente interna e internacional) y reglamentaria.

Señaló que es insostenible el argumento que utiliza la actora, que alega que nada ha tenido que ver en los medios de publicidad y promoción utilizados en el bar “PICOS PARDOS”. Es obvio que es el principal responsable en la colocación y en el mantenimiento de todos los mecanismos directos e indirectos de publicidad y promoción de los productos de tabaco, ya sea por haberlos puesto directamente o por no conminar al vendedor a que los retirara.

Señaló que la Ley No. 18.256 de Control de Tabaquismo es de orden público y prohíbe expresamente toda forma de publicidad, promoción o patrocinio de los productos de tabaco. Dicha ley fue reglamentada por el Decreto No. 284/2008 y se especificó qué se entiende por publicidad o promoción, así como sus limitaciones.

Puntualizó que, en el caso en examen, la Administración se constituyó en el bar “PICOS PARDOS” y constató el incumplimiento de las normas vigentes mencionadas más arriba, puesto que se halló publicidad de la marca de cigarrillos “NEVADA”. La publicidad constatada se encuentra prohibida normativamente.

Defendió la sanción impuesta, la que dijo que fue aplicada por la Administración en ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias. Indicó que la actora no niega haber incumplido con la normativa, sino que

su defensa se limita a decir que se le habría otorgado un plazo de 24 horas para retirar la publicidad exterior, lo cual no es cierto, porque no surge del acta de constatación correspondiente.

En definitiva, bregó por el rechazo de la demanda incoada.

III) Se abrió el juicio a prueba por el plazo legal (Decreto No. 3046/2013 de fs. 38) y, en esta estación procesal, se produjo a propuesta de la actora la que obra agregada y certificada a fs. 48. La demandada no cumplió con su deber de presentar los antecedentes administrativos (arts. 63 y 64 del Decreto-ley No. 15.524).

IV) Se ordenó alegar a la parte actora, que lo hizo por el escrito que corre a fs. 51 a 54 vuelto. A la demandada se le ordenó alegar y no lo hizo en plazo, por lo que fue útilmente acusada en rebeldía por la actora (fs. 57 y Decreto No. 4613/2014 de fs. 59).

V) Pasaron los autos a consideración del Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, quien una vez recibido el expediente, solicitó que se intimara a la Administración demandada la incorporación de la totalidad de las actuaciones que dieron mérito al acto impugnado, incluyendo los recursos deducidos (Dictamen No. 413/2014 de fs. 60).

VI) El Tribunal, de conformidad con lo solicitado por la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, procedió a intimar a la demandada la incorporación de los antecedentes (actuación de fs. 62, que le fuera notificada a la demanda el 7 de agosto de 2014, como consta a fs. 63).

Vencido el término sin que se incorporaran los antecedentes, los autos fueron girados nuevamente a consideración del Sr. Procurador del

Estado en lo Contencioso Administrativo, quien se expidió por el Dictamen No. 820/14, por el que aconsejó la anulación del acto encausado (fs. 66 y 66 vuelto).

VII) Por Decreto N° 11880/2014 (fs. 68) se llamó a las partes para sentencia, la que previo estudio de los Sres. Ministros fue acordada en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO :

I) Que la pretensión anulatoria se dirige contra la Resolución de la Dirección General de la Salud del Ministerio de Salud Pública identifica con el No. 287/2012 del 17 de mayo de 2012 (fs. 13 y 13 vuelto *infolios*). Por el acto impugnado, se le impuso una multa de 20.000 UI (veinte mil unidades indexadas) por inobservancias a la normativa en materia de control antitabaco.

II) El Tribunal por unanimidad de sus integrantes naturales, compartiendo la solución propuesta por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo -aunque por distintos fundamentos- amparará la pretensión anulatoria.

III) Es menester comenzar por señalar que, durante el proceso, la parte demandada incumplió con su deber de incorporar los antecedentes administrativos.

El art. 63 inciso primero del Decreto-ley No. 15.524, establece que la entidad estatal demandada, dentro del término para contestar la demanda, debe remitir los antecedentes administrativos. Éstos deberán contener la documentación que detalla el art. 64 del Decreto-ley citado. La preclusión de la oportunidad procesal para agregar los antecedentes, opera con el

decreto que declara conclusa la causa (Sentencias **714/2012**, **329/2010**, **420/2009**, **510/2005**, **1023/1999**, **737/1996**, entre muchas otras).

En la emergencia los antecedentes no fueron agregados.

La consecuencia que tiene la omisión de observar esa carga procesal, es la operatividad presunción establecida en el art. 65 del Decreto-Ley No. 15.524. Si la parte demandada omite incorporar los antecedentes administrativos, este órgano jurisdiccional queda facultado para dar por ciertas las afirmaciones del actor que no resulten contradichas por otros elementos del juicio.

Agregar los antecedentes administrativos es una carga que pesa sobre la parte demandada. Como enseña COUTURE, la carga implica la imposición de un vínculo en interés del propio litigante. Quien no se desembaraza de la carga que pesa sobre sí, corre el riesgo de sufrir las consecuencias gravosas previstas por el ordenamiento para esa omisión (Cf. COUTURE, Eduardo J: “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”, Depalma, Buenos Aires, 1958, págs. 211-213, en jurisprudencia, por todas, véanse las Sentencias Nos. **259/1998** y **710/2001**).

En el caso que nos ocupa, la consecuencia de omisión de la accionada, de desembarazarse de la carga que pesaba sobre sí, es que el Tribunal quede habilitado a aplicar la presunción prevista en el art. 65 del Decreto-ley No. 15.524 y, en su mérito, anule el acto impugnado tomando en cuenta los dichos del actor no contradichos por los otros elementos de juicio disponibles *infolios*.

IV) En base a estas premisas, corresponde señalar que el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la demanda, no fue

siquiera controvertido, por lo que el Tribunal lo tendrá por debidamente cumplimentado (arts. 4 y 9 de la Ley No. 15.869).

En este plano concerniente a la observancia de los requisitos formales, a la omisión de allegar los antecedentes, se suma el hecho de no controvertida la configuración de denegatoria ficta en vía administrativa (art. 24 del Decreto-Ley No. 15.524), ello constituye, por otra parte, una presunción simple en la emergencia que favorece la pretensión del actor (art. 6 de la Ley No. 15.869 en la redacción dada por el art. 41 de la Ley No. 17.292), que se pondera al momento del dictado de la sentencia por parte de este Tribunal.

V) En lo sustancial, cabe señalar que la parte actora adujo en su demanda que no hay prueba alguna de su participación en los hechos infraccionales que motivaron la imposición de la sanción de multa. Y, efectivamente, le asiste total razón, porque la Administración demandada no probó que ello haya ocurrido.

Resulta imperioso subrayar que la Ley No. 18.256, en la formulación vigente al momento en que los hechos que motivaron la imposición de la multa tuvieron lugar, establecía con toda claridad el principio de personalidad de la responsabilidad infraccional.

En efecto, el art. 18 de la citada ley establecía:

“De las infracciones previstas en esta ley es responsable su autor, en lo que correspondiere.”

Los elementos de juicio disponibles, no permiten atribuir esta responsabilidad a la actora, por lo que no surge acreditado que haya sido la autora de la infracción a la normativa antitabaco que se le endilgó.

Lo que la Administración constató fue la presencia de elementos publicitarios en un bar; pero no probó que la actora haya tenido responsabilidad en la presencia de esos elementos publicitarios. Es posible que el titular del comercio haya mantenido esa publicidad luego que entró a regir la prohibición legal de exhibir publicidad de cigarrillos, sin que la actora pudiera controlar o evitar esa situación.

Y máxime en el caso que nos ocupa, en que la empresa ya no vendía cigarrillos al momento de la infracción. En efecto, como surge de la demanda, en términos que no resultaron controvertidos en la contestación, en el acta en que se documentó la presunta infracción, se dejó constancia que **la empresa no tenía al momento de la inspección productos de tabaco a la venta** (fs. 5 *infolios*).

Va de suyo que la empresa tabacalera actora, como vendedora mayorista, puede controlar que las empresas a las que les provee cigarrillos observen puntualmente la normativa en materia de publicidad y no transgredan la normativa. Ahora bien, si como sucede en el caso del bar “PICOS PARDOS”, ya no le vendía cigarrillos, parece que no está dentro de sus posibilidades controlar también a sus ex clientes. Debe convenirse que resulta absolutamente irrazonable propugnar una diligencia extrema por parte del órgano público, al imputarle a COMPAÑÍA INDUSTRIAL DE TABACOS MONTEPAZ S.A. una infracción administrativa por una transgresión realizada por un ex cliente.

En cualquier caso, para que pueda imputarse válidamente una infracción administrativa, corresponde que concurra el elemento subjetivo (culpa o dolo); puesto que la responsabilidad objetiva no es la regla sino la excepción. Por tal motivo, no concurriendo el elemento subjetivo, en la

emergencia, no puede caberle responsabilidad administrativa alguna a la pretensora en atención al principio de personalidad de las penas.

Lo expuesto, no es más que la aplicación al Derecho Administrativo Sancionador, del **principio de culpabilidad** de rango constitucional, concretado a nivel infravalente (reglamentario) en el art. 169 del Decreto 500/991, el que más allá de su alcance inicialmente restringido a la Administración Central (omissis), debe entenderse aplicable la definición recogida, en virtud de condensar las doctrinas más recibidas en la materia (ex art. 332 de la Constitución de la República) (Cf. Sentencia **29/2014**).

Siguiendo el análisis del Prof. Alejandro NIETO, podemos afirmar que conceptualmente, la culpabilidad comprende los siguientes elementos esenciales:

- a) la imputabilidad en sentido estricto o posibilidad de actuar de otro modo;
- b) posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho (antes: dolo, culpa o imprudencia) y;
- c) ausencia de causas de exculpación o disculpa.

Como expresa el citado autor: *“...no basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacerse responsable a él; es preciso además que el hecho haya sido “querido” (doloso) o haya podido “preverse y evitarse” (que pueda existir culpa o imprudencia): “principio de dolo o culpa”. Por último, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a éste, como producto de una motivación racional normal: “principio de atribuibilidad” o de “culpabilidad en sentido estricto”.* (NIETO, Alejandro: “Derecho administrativo

sancionador”, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 323; en nuestra doctrina véase ROTONDO, Felipe: “Principios de culpabilidad y *non bis in idem* en materia de actividad sancionatoria de la administración” en “Estudios de Derecho Administrativo”, N° 2, Montevideo, 2010, La Ley URUGUAY, págs. 169 a 175).

Nuestra jurisprudencia, siguiendo una tendencia que puede observarse en el Derecho Comparado, se inclinó decididamente por la tesis que sostiene que la responsabilidad subjetiva es de principio (Cfe. Sentencia **599/2012**). Así lo expresó este Colegiado en la Sentencia No. **427/2010**:

“Salvo excepciones puntuales que confirman la regla, en el Derecho Nacional no es posible imputar infracciones penales o administrativas si no se acredita de modo fehaciente, que el presunto infractor infringió la norma administrativa, culpablemente.”

Así, la citada publicista enseña:

“En nuestro derecho hay una exclusión de la llamada responsabilidad objetiva, que a nuestro juicio debe considerarse principio rector que informa todo el sistema sancionatorio sin excepciones.”

En conclusión: en nuestro derecho -y por aplicación de principios generales de derecho- no existe responsabilidad objetiva y, por lo tanto, no puede prescindirse del elemento subjetivo o culpabilidad del infractor” (Cf. Lorenzo, Susana, ob. cit. ps. 82-83).” (ver especialmente también la sentencia No. **739/2013**).

En la emergencia, no se ha probado la culpabilidad de la compañía accionante y, por ende, la reprimenda administrativa impuesta deviene ilegítima.

A mayor abundamiento, también es un valor entendido que no puede existir responsabilidad solidaria en materia infraccional sin una regla expresa. Como se ha afirmado en la jurisprudencia española que cita NIETO en términos compartibles y trasladables al *sub-judice*:

“...la exigencia de responsabilidad solidaria [...] tiene que venir determinada de forma explícita y clara por una norma jurídica con rango de ley (...). Y ha de ser esta ley la que establezca qué obligaciones han de ser cumplidas conjuntamente por varias personas y, en su caso, regular en qué supuestos una persona determinada física o jurídica se coloca en el deber de prevenir la infracción administrativa que supuestamente cometa otra u otras personas” (NIETO, Alejandro: “Derecho...”, cit., pág. 379).

En definitiva, la suerte de la Administración está sellada, en el presente caso, por sus propias omisiones. Fueron sus propios incumplimientos con las cargas procesales que pesaban sobre sí, las que en definitiva la condenan.

La pasividad de la accionada, pese a la intimación a incorporar los antecedentes, hace que deban tenerse por ciertos los dichos de la actora en cuanto no resulten contradichos por la prueba obrante en autos. Y, ciertamente, los elementos de juicio disponibles, permiten concluir sin hesitaciones, que la actora no tuvo responsabilidad en la infracción a los preceptos de la Ley No. 18.256 que se le ha imputado, en consecuencia, corresponde hacer lugar a la pretensión anulatoria.

Por estos fundamentos, atento lo dispuesto por los arts. 309 y 310 de la Constitución de la República; 64 y 65 del Decreto-ley No. 15.524 y 18 de la Ley No. 18.256, el Tribunal, por unanimidad,

FALLA:

Ampárase la demanda instaurada y, en su mérito, anúlase el acto administrativo residenciado.

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).

Y, oportunamente, archívese.

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

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).