

TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE SEXTO TURNO.

Ministra Redactora: Dra. Martha Alves De Simas.

Ministras Firmantes: Dras. Martha Alves De Simas, Marta Gómez Haedo, Cristina Cabrera.

Montevideo, 11 de octubre de 2018.

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia, estos autos caratulados: "BRITISH AMERICAN TOBACCO LTD C/PODER EJECUTIVO, AMPARO", IUE: 2-37586/2018; venidos a conocimiento de la Sala en mérito al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3º Turno, Dr. Pablo Eguren Casal.

RESULTANDO:

1º) La impugnada, a cuya relación de hechos se remite por ajustarse a lo actuado infolios, amparó parcialmente la demanda y en su mérito, suspendió la aplicación del Decreto Nº 235/018 dictado por el Poder Ejecutivo hasta tanto el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se pronuncie sobre el pedido de suspensión provisional de este decreto.

2º) Contra la referida sentencia, la parte demandada a través de su Representante, interpuso recurso de apelación, manifestando en lo medular:

a) Las afirmaciones realizadas en los Considerandos IV y V de la sentencia constituyen meros supuestos del sentenciante. Ni de la demanda impetrada, ni de los recursos administrativos interpuestos surge una mención específica del daño, por el contrario, solo existe una mera referencia sin que se haya delimitado en qué consistiría el daño, ni las cifras aproximadas y lo más grave aún respecto de qué productos.

La Ley 16.011 en ningún momento habla de daño irreparable, por lo que el daño nunca pudo constituir un fundamento del fallo.

b) Tampoco puede constituir fundamento de la sentencia, la remisión de un proyecto de ley por parte del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo, dado que, dicha iniciativa legislativa tiene motivaciones formales y finalidades diversas de las que llevaron a la aprobación del Decreto 235/2018.

c) La decisión impugnada suspende la aplicación del Decreto 235/018 hasta tanto el TCA se pronuncie sobre el pedido de suspensión provisional.

Se parte entonces de la suposición de que el Poder Ejecutivo no va a revocar el acto, ni lo va a analizar, prejuzgando respecto de los daños que se causarán.

La ejecución del fallo queda condicionada a la conducta del particular con la evidente inseguridad jurídica que ello implica.

d) No se consideró que la acción de amparo es de carácter residual. La demora de los procedimientos administrativos o judiciales que tiene a su alcance la accionante para la protección de sus derechos, no es suficiente argumento para promover la pretensión.

e) La sentencia deviene de imposible cumplimiento porque el amparo no tiene efecto erga omnes sino para el caso concreto y la actora no identificó su título marcario, ni el listado de sus productos y por tanto el Poder Ejecutivo, al tiempo de desaplicar el Decreto 235/2018 a su respecto, no podrá efectuar la lógica conexión entre British American Tobacco Limited y un producto de tabaco específico y presentaciones de productos de tabaco determinados.

3º) Sustanciado el recurso, la actora abogó por el mantenimiento de la decisión en los términos de fs. 160 a 171.

4º) Franqueada la alzada, se recibieron los autos el 8 de octubre pasado.

5º) Encontrándose desintegrada la Sala en mérito a la designación de la Dra. Selva Klett como Ministra del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se procedió al sorteo de rigor, recayendo la asignación en la Dra. Cristina Cabrera.

CONSIDERANDO:

I) La Sala, especialmente integrada y por el número de voluntades requerido por la ley (artículo 61 de la LOT), habrá de revocar la decisión de primera instancia.

II) El caso de autos.

En la especie, BRITISH AMERICAN TOBACCO (SOUTH AMERICA), SUCURSAL URUGUAY (BAT), promueve acción de amparo contra el ESTADO, PODER EJECUTIVO.

Se funda en que el Poder Ejecutivo dictó el Decreto 235/018 de 6 de agosto pasado, el que en forma manifiesta e ilegítima afecta los derechos constitucionales de libertad de industria y empresa y de propiedad de BAT.

El Poder Ejecutivo introdujo un régimen extremadamente restrictivo de presentación de las cajillas de cigarrillos, eliminando el uso de marcas y signos propios de cada empresa y su implementación completa en seis meses.

El Decreto establece las advertencias sanitarias que serán utilizadas en los envases de productos de tabaco, previendo el empaquetado y diseño neutro o genérico de todos los productos de tabaco, otorgando al Ministerio de Salud Pública la potestad de determinar la forma, color, material, tamaño y diseño de todos los envases y envoltorios de productos de tabaco en

su exterior e interior, el texto, color, estilo, tamaño de letra y la ubicación o posición de las leyendas o inscripciones de los envases.

La cajillas de cigarrillos serán todas idénticas, solo que variará el nombre del producto, escrito en la misma letra.

El nuevo régimen invade esferas reservadas a la Ley por la propia Constitución, prohíbe a las empresas productoras o comercializadoras de productos de tabaco, el uso de sus marcas y signos distintivos de cada una de ellas.

Entiende que se cumplen todos los requisitos de los arts. 1 y 2 de la Ley No 16.011 para que proceda el amparo.

El Decreto es un acto de la autoridad manifiestamente ilegítimo e inconstitucional porque invade una esfera reservada exclusivamente a la ley, limitativa de la libertad de industria y de comercio y el derecho de propiedad sobre sus marcas y signos. Los derechos fundamentales solo pueden regularse por ley dictada por el Parlamento y por probadas razones de interés general y no por Decreto.

No hay otra vía efectiva de defensa que permita obtener igual resultado, porque el Poder Ejecutivo no respondió hasta el momento a las solicitudes de suspensión del Decreto y pasarán meses antes de que el TCA ordene dicha suspensión, cuando éste ya estará en vigor y será obligatorio el 6/2/2019.

La implementación del Decreto es de imposible cumplimiento para los fabricantes e importadores de tabaco. Seis meses es un plazo demasiado corto para cumplir y BAT tendrá que retirarse del mercado al no poder cumplir con la disposición a tiempo.

El Decreto se dictó ante la demora en aprobar el proyecto de ley enviado al Parlamento.

El mismo fue recurrido el 27 de agosto, solicitándose la suspensión provisional. El 31 de agosto se solicitó un urgente pronunciamiento sobre el pedido de suspensión, sin obtener respuesta.

Solicita que se haga lugar a la acción de amparo y en definitiva, se suspenda la aplicación del Decreto a su respecto hasta que el T.C.A. se pronuncie sobre la ilegitimidad del mismo o en su defecto, se pronuncie sobre el pedido de suspensión provisional del Decreto que se solicitará inmediatamente de abierta la vía contenciosa anulatoria.

III) Análisis de agravios.

Asiste razón a la demandada al sentirse agraviada por el fallo recaído.

La acción de amparo, regulada por la Ley Nº 16.011, establece un procedimiento sumarísimo que se otorga a cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, contra todo acto, hecho u omisión de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares, que en forma actual o

inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución.

Solo procede cuando no existen otros medios jurídicos o administrativos que permitan obtener el mismo resultado perseguido o de existir, fueren claramente ineficaces para la protección del derecho, tal como dispone el artículo 2º de la norma.

Los extremos reseñados se deben dar en una relación de complementariedad.

Como expresa el Dr. Luis Alberto Viera: "...para que corresponda el amparo, deben concurrir todos ellos, en una estructura conceptual por la que no se entiende uno sin los otros (cf. aut. cit. en "La ley de Amparo").

IV) Y bien, para quienes concurrimos a conformar esta decisión, no se configuran en el caso, los elementos necesarios para la admisibilidad de la pretensión, en particular la inexistencia de otros medios que resulten eficaces para la protección de los derechos constitucionales supuestamente amenazados por el Decreto del Poder Ejecutivo Nº 235/018.

La situación fáctica planteada no ingresa en el concepto de residualidad y subsidiaridad que debe revestir la pretensión de amparo.

Cuando el artículo 2º de la ley 16.011 alude a medios "claramente ineficaces", cabe interpretar el término en su sentido natural, es decir que los

órganos del Estado, la legislación sustancial o procesal carezcan de las previsiones específicas para obtener la protección, no al razonable plazo que su actuación puede implicar.

Como ha sostenido la Sala en anteriores pronunciamientos, los promotores debieron presentar evidencia "in continenti" de que sus derechos no podían ser protegidos de otra manera.

Contrariamente a ello, se limitaron a aseverar que los otros mecanismos legales resultan ineficaces, lo que no se comparte (cf. Sent. 137/2012 en RUDP, 2/2014).

En igual sentido, la Sala Homónima de 7º Turno ha expresado: "...existiendo medios procesales naturales y disponibles, no puede hacerse "bypass" de ellos y por ende no es procedente utilizar una vía que es excepcionalísima y que solo opera en defecto como el amparo, para pretender el mismo resultado" (Cf. Sent. 10/2013 en ob. cit.).

Obsérvese que la actora solicitó la suspensión del acto en vía de amparo, cuando está transcurriendo el plazo para la resolución del recurso administrativo de revocación que dedujo en su contra el 27 de agosto pasado (fs. 7 y 8). Solicitó asimismo la suspensión de la ejecución del decreto, el que será aplicable a partir del 6 de febrero de 2019, por lo que por esta vía se está suspendiendo un acto administrativo que no se está ejecutando, sin dar la

oportunidad de que el Poder Ejecutivo en aras de una buena administración, revea su decisión.

A su vez, vencido el plazo o resuelto el recurso, la actora tendrá la acción de nulidad en el caso de mantenerse la decisión administrativa, pudiendo en dicha oportunidad, solicitar la suspensión del acto conforme disponen los artículos 2 y 3 de la Ley N° 15.869.

Al respecto esta Sala ha sostenido: "Por estas razones, no puede decirse que los medios no resultan eficaces para tutelar los derechos presuntamente violados, porque directamente no fueron intentados. Debe tenerse presente que el art. 2° de la Ley N° 16.011 refiere a que los medios para la protección del derecho deben ser "***claramente ineficaces***" y no menos eficaces que la medida que se pretende por la vía de amparo", (cf. sentencias Nos. 166/06, 123/08 y 105/2017 de la Sala).

La demora en la tramitación de los medios jurisdiccionales o administrativos no es sinónimo de ineficacia, por lo que no cabe asimilar mecánicamente la mera tardanza a la clara ineficacia que requiere la ley para tornar procedente el mecanismo del amparo (RUDP N° 3/97, c. 501, p. 385).

De recurrir a la acción de amparo en función de la tardanza de los medios administrativos o jurisdiccionales ordinarios, violando la previsión legal, se llegaría, por absorción, a vaciar de contenido a los otros instrumentos procesales específicos con que cuentan los litigantes para la debida defensa de sus derechos (RUDP, N° 3/95, c. 617, p. 436 y Sent. De TAC 6° N° 185/2018).

V) En referencia a las condenaciones procesales, no existen elementos que permitan atribuir especial imposición en este grado (artículos 261 y 56 del CGP).

Por lo expuesto, el Tribunal, **FALLA:**

Revócase la sentencia de primera instancia, desestimando la pretensión de amparo, sin especial condenación en el grado.

Notifíquese personalmente a las partes.

Oportunamente devuélvase a la Sede de origen.

Dra. Martha Alves de Simas

Ministra

Dra. Marta Gómez Haedo

Ministra

Dra. Cristina Cabrera

Ministra

Esc. Anabel Melgar

Secretaria