

Suprema Corte de Justicia

DIRECCIÓN Pasaje de los Derechos Humanos 1310

CEDULÓN

COMISION DE PROMOCION Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA - M.E.F.

Montevideo, 7 de septiembre de 2020

En autos caratulados:

FABRICAS NACIONALES DE CERVEZA S.A.C/MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS

Ficha 1-124/2019

Tramitados ante esta Sede se ha dispuesto notificar a Ud. la providencia que a continuación se transcribe:

//tencia No.262 MINISTRO REDACTOR: DOCTOR TABARÉ SOSA AGUIRRE Montevideo, tres de setiembre de dos mil veinte VISTOS: Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "FÁBRICAS NACIONALES DE CERVEZA S.A. C/ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS - ACCIÓN DE NULIDAD - EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ART. 14 DE LA LEY N° 18.159", IUE: 1-124/2019. RESULTANDO: I.- El 20 de agosto de 2018, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (T.C.A.) compareció Fábricas Nacionales de Cerveza S.A. (F.N.C.) y promovió acción de nulidad contra la Resolución No. 121/2017, de 8 de noviembre de 2017, dictada por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (C.P.D.C.) del Ministerio de Economía y Finanzas (fs. 12 a 23 vto.). Alegó la antes nominada parte ante el Contencioso Administrativo de Anulación que por el acto administrativo impugnado (fs. 2 a 8), la sancionó con una multa de UI 15.000.000 tras haberse constatado que incurrió en "abuso de posición dominante" consistente en "la celebración de acuerdos de exclusividad que limitan a los consumidores la posibilidad de optar entre diversas marcas de cerveza y obtener diversos precios y prestaciones, además de representar un obstáculo a los restantes competidores para el desarrollo efectivo de la libre competencia". Asimismo, el referido acto ordenó a FNC el "cese inmediato de la conducta reputada como ilegal" (fs. 8). II.- En el marco de dicha acción de nulidad y en ocasión de presentar sus alegatos, la parte actora interpuso excepción de inconstitucionalidad contra el art. 14 de la Ley No. 18.159 de 20 de julio de 2007 (fs. 53 a 58 vto.). Señaló en tal oportunidad que la norma impugnada, en su inciso primero, establece un deber de colaborar en las investigaciones y procedimientos llevados a cabo por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia y, para el caso de sujetos acusados o investigados de llevar adelante prácticas anticompetitivas, el incumplimiento de tal deber, sostuvo, genera una presunción de culpabilidad en su contra. Alega que tal presunción es contraria al principio constitucional de no auto incriminación y a la presunción de inocencia. Asimismo, adujo, constituye violación al derecho de defensa, al debido proceso o procedimiento y a la libertad. Subrayó que la norma atacada es ostensiblemente inconstitucional pues determina una presunción de culpabilidad del acusado en un procedimiento sancionatorio; no sólo se establece un deber de colaboración y a su incumplimiento se liga una sanción en procedimientos sancionatorios, sino que se establece como consecuencia específica la presunción de que los hechos coinciden con las alegaciones del denunciante, lo que resulta particularmente grave. Sostuvo que al amparo de la norma impugnada basta con la denuncia



de una práctica anticompetitiva y la exigencia de información al denunciado para que, en ese preciso instante y en un procedimiento sancionatorio, se invierta la carga de la prueba en perjuicio del acusado. Asegura que se barre así con una de las garantías más elementales del estado de derecho. Manifestó que la violación de la Constitución es incuestionable, pues la formulación legal objetada no hace otra cosa que determinar la consagración por ley de una culpabilidad por defecto. Puntualizó que la presunción contenida en la disposición atacada fue aplicada al caso concreto y, por lo tanto, fue determinante de las sanciones y obligaciones en ella impuestas (la multa y la orden de cese). Así, en la medida en que la norma en cuestión opera en forma determinante de aspectos de procedimiento y como uno de los motivos jurídicos del acto impugnado en el proceso anulatorio, es imprescindible considerar su regularidad constitucional y convencional, pues si la presunción de base legal es ilegítima y así se declara, también lo será el acto que en ella se funda al aplicar una sanción. Dijo que la presunción de inocencia en materia de procedimientos que pueden conducir a la imposición de sanciones se ubica en el art. 20 de la Constitución -que debe interpretarse con vocación expansiva-, en los arts. 7 y 10 y, en todo caso, sus potenciales proyecciones pueden derivarse sin inconvenientes del art. 72. A su vez, el principio también se encuentra formulado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, concretamente en los arts. 8.1 y 8.2 de la Convención Americana. Afirmó que el deber de colaboración establecido en el art. 14 de la Ley No. 18.159 de ningún modo puede significar el liso y llano sacrificio de una garantía constitucional, pues allí encuentra su límite y, si su avasallamiento es establecido por ley, pues entonces ésta debe reputarse inconstitucional y así declararse. Sostuvo que el procedimiento ante la Comisión de Promoción de Defensa de la Competencia en materia de persecución de aparentes prácticas anticompetitivas es propiamente sancionatorio. El investigado es pasible de una eventual sanción y, por ello, se encuentra en una posición de eventual autoincriminación que exige la tutela del derecho de defensa. A continuación, se refirió a la procedencia de la inconstitucionalidad por vía de excepción en el proceso contencioso administrativo seguido ante el T.C.A. y, por último, fundamentó la existencia de un interés directo, personal y legítimo afectado por la norma impugnada, lo cual le confiere legitimación activa para promover la presente excepción. En suma, solicitó que se eleve el expediente a la Suprema Corte de Justicia a efectos de que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de la disposición legal cuestionada. III.- Por Decreto No. 6201/2019, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo resolvió dar curso a la excepción de inconstitucionalidad opuesta en el proceso por la parte actora, suspender las actuaciones y remitir los autos a la Suprema Corte de Justicia (fs. 60 y 60vto.). IV.- Las actuaciones fueron recibidas por la Suprema Corte de Justicia el 11 de setiembre de 2019 (fs. 63). V.- Por Decreto No. 2043/2019, de 7 de octubre de 2019, se confirió traslado a la demandada y vista al Sr. Fiscal de Corte (fs. 77). VI.- A fs. 125 a 137 evacuó el traslado la demandada Estado - Ministerio de Economía y Finanzas - Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia y solicitó se desestime la excepción de inconstitucionalidad. VII.- Se diligenció la prueba ofrecida y las partes presentaron sus alegatos (la actora a fs. 143 a 146 y la demandada, a fs. 148 a 151). VIII.- Previo pasaje a estudio, se acordó sentencia en legal forma. CONSIDERANDO: I.- La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, aunque por diversos argumentos, habrá desestimar la excepción de inconstitucionalidad opuesta por la actora, sin imponer especiales sanciones procesales. II.- De manera preliminar -atento asimismo a los diferentes fundamentos de votos- corresponde formular precisiones relativas a la situación jurídica subjetiva de la impugnante en tanto determina su legitimación sustancial. Para el Sr. Ministro Dr. Tosi, la oportunidad en que se ha planteado la inconstitucionalidad sella en forma adversa su destino, por lo que, por razones ajenas al mérito que de seguido se expresan, desestima la excepción. En su fundamentación, el nombrado Magistrado se afilia a la tesis según la cual, en cualquiera de las vías (acción, excepción o de



oficio), los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad se retrotraen a la fecha en que se haya promovido su planteo y no más allá, porque de acuerdo con los arts. 258 de la Constitución y 509 y 510 del Código General del Proceso, la declaración de inconstitucionalidad solo tiene efectos en el caso concreto o, más específicamente, en el procedimiento en el cual se haya pronunciado. Por ello, a juicio del prenombrado Ministro, resulta imperioso analizar si el fallo eventualmente declaratorio de la inconstitucionalidad de una disposición legal, tendría aplicación en el proceso en que la cuestión se plantea, pues la Corte solo habrá de pronunciarse respecto de la inconstitucionalidad de una norma legal cuando la eventual declaración de inconstitucionalidad tenga por consecuencia impedir la aplicación de dicha disposición en el proceso principal y, por el contrario, cuando la declaración de inconstitucionalidad y consecuente desaplicación de la norma atacada resulte completamente irrelevante a efectos de la resolución del proceso principal, la Corporación no deberá pronunciarse sobre el mérito del planteo, dado que, en tales circunstancias, el pronunciamiento sobre el fondo del asunto supondría "(...) la emisión de un juicio abstracto, genérico y no relevante para la resolución de un caso concreto, actividad que no está habilitada por el ordenamiento jurídico (art. 508 del C.G.P.) (...)" (cf. Sentencia Corte de Justicia No. 918/2019). Agrega que, en la especie, la excepción de inconstitucionalidad del art. 14 de la Ley No. 18.159 fue opuesta el 29 de agosto de 2019 (fs. 53 a 58 vto.) y, en consecuencia, si hipotéticamente la Corte entendiera que la disposición legal cuestionada es inconstitucional, los efectos de tal declaración operarían a partir del 29 de agosto de 2019. Teniendo en cuenta que el acto administrativo impugnado a través de la acción de nulidad fue dictado el 8 de noviembre de 2017, una eventual declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada no tendría efecto alguno en el caso concreto a ser resuelto por el T.C.A. en el proceso contencioso anulatorio en cuyo marco se planteó la inconstitucionalidad, dado que, cuando se dictó el acto administrativo accionado de nulidad (8 de noviembre de 2017), resultaba plenamente operativa para el administrado sancionado por dicho acto la disposición prevista en el art. 14 de la Ley No. 18.159 y ello no se vería alterado por una eventual declaración de inconstitucionalidad de la norma. Aunque ahora se declarara la inconstitucionalidad pretendida, ello no afectaría la regularidad jurídica del acto administrativo impugnado de nulidad, pues, reitera, los efectos de tal declaración solo operarían a partir del 29 de agosto de 2019. Sostuvo que a ello se refirió el T.C.A. en Sentencia No. 201/2017 cuando concluyó: "(...) los efectos que se consumaron durante el intervalo de vigencia de la norma luego reputada inconstitucional no son alterados ni removidos por gracia de la inconstitucionalidad posteriormente declarada (...)". Además dijo que, si bien el citado pronunciamiento refería a un supuesto en parte diverso al de obrados, pues en aquel la inconstitucionalidad se había planteado por la contribuyente por la vía de acción (antes de entablarse la demanda de nulidad), y no por excepción, como sucede en el presente caso, la equiparación de los efectos temporales de la sentencia de declaración de inconstitucionalidad en cualquiera de sus vías, conduce a las mismas conclusiones a las que arribó el T.C.A. en tal ocasión. En conclusión, el Sr. Ministro Dr. Tosi considera que, en la especie, una eventual declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada carecería de total relevancia para la dilucidación del caso concreto que tiene a estudio el T.C.A. y, en consecuencia, la actora en dicho proceso carece de interés para plantear la inconstitucionalidad de la norma, lo que conduce, necesariamente, al rechazo de la excepción opuesta, sin ingresar en el análisis de mérito. Para los restantes miembros de la Suprema Corte de Justicia, la oportunidad del planteo de la pretensión de declaración de inconstitucionalidad no tiene relación con las situaciones jurídicas sustanciales activas que determinan la legitimación. Los Sres. Ministros Dres. Martínez y Turell estiman que, desde que la impugnante no solicitó se determinara la eficacia temporal de la sentencia que eventualmente declare la inconstitucionalidad solicitada, no corresponde que



la Suprema Corte de Justicia emita pronunciamiento sobre ello, por estricto apego al principio de congruencia (cf. Nicastro, Gustavo, "Proceso de declaración de inconstitucionalidad de la ley. Cuestiones relevantes en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia", en J. Vieras (coord.). Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Procesos constitucionales, F.C.U., Montevideo, 2018, pág. 548). Sobre este último punto, el Sr. Ministro Dr. Tosi aclara que, a su juicio, la Corte debe pronunciarse siempre respecto a los efectos temporales de la sentencia, por los fundamentos expuestos en discordia a Sentencia No. 244/2020, a la que se remite. Por su parte, los Sres. Ministros Dres. Minvielle y el redactor consideran que una eventual sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de la norma legal cuestionada tendría eficacia temporal ex tunc y retrotraería sus efectos al momento en de la efectiva lesión al gestionante. Particularmente para el redactor, los hechos configurativos de la legitimación no requieren ser puntualmente acreditados ya que, como enseña Cassinelli Muñoz, la fórmula constitucional impone la adopción de un criterio que se atenga al contenido de la solicitud, sin perjuicio de revisarse la calificación jurídica que el solicitante haya hecho de los hechos que invoca (cf. Cassinelli Muñoz, Horacio, "El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución Uruguaya" en Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX, Estudios en Homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, T. III pág. 292). Por otra parte, se estima que el criterio hermenéutico o punto de vista metodológico debe rechazar una posición restrictiva al reconocimiento de legitimación en los procesos de inconstitucionalidad y asumirse la supremacía constitucional, la consignación expresa de su defensa jurídica y la tutela jurisdiccional efectiva de los individuos (véase al respecto Gamarra Antes, Diego, "Legitimación activa para la promoción de procesos de inconstitucionalidad de actos legislativos en el ordenamiento jurídico uruguayo" en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, 2016, Año 15, No. 30, pág. 42). En suma, en opinión de los cuatro Ministros nombrados, la gestionante está legitimada activamente de consuno con las normas de los arts. 256, 257 y 258 de la Constitución de la República. III.- La norma legal impugnada, art. 14 de la Ley No. 18.159, de 20 de julio de 2007, dispone: "(Prueba) Toda persona, física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, queda sujeta al deber de colaboración con el órgano de aplicación y estará obligada a proporcionar a requerimiento de éste, en un plazo de diez días corridos contados desde el siguiente al que le fuere requerida, toda la información que conociere y todo documento que tuviere en su poder. En caso que la información fuera requerida del o de los involucrados en la conducta que se investiga, su omisión en proporcionarla deberá entenderse como una presunción en su contra. Los deberes establecidos en este artículo en ningún caso significan la obligación de revelar secretos comerciales, planos, "cómo hacer", inventos, fórmulas y patentes". La disposición impugnada se encuentra inserta en la ley que regula la defensa de la libre competencia en el comercio; más concretamente, en el capítulo referido al procedimiento para la investigación y sanción de prácticas prohibidas que se puede iniciar ante la C.P.D.C. del Ministerio de Economía y Finanzas. En su primer inciso, establece un deber de colaboración en las investigaciones y procedimientos llevados a cabo por la Comisión, que alcanza a "toda persona, física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera". Asimismo, para el caso de que el investigado no aporte la información requerida, es decir, no colabore en el procedimiento, la norma dispone una presunción en su contra. IV.- Según alega la promotora, se trata de una presunción de culpabilidad que, como tal, resulta contraria a los principios de no autoincriminación y de inocencia, lo cual transgrede el principio de defensa, el debido procedimiento y la libertad (arts. 20, 7, 10 y 72 de la Constitución; 8.1 y 8.2 de la Convención Americana). La Suprema Corte de Justicia no comparte tal intelección, por lo que, obviamente, se postulará solución adversa a lo alegado. En doctrina se ha defendido tanto la pertenencia de la materia al derecho administrativo sancionador, al derecho penal como la



autonomía de ambas disciplinas (cf. Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Tecnos, Madrid, 2012, págs. 21, 22). En función de ello, los Sres. Ministros Dres. Martínez y Turell, a diferencia de lo que propone la gestionante, consideran que no resulta jurídicamente exacta la extensión, sin más, de las reglas concebidas para el derecho penal a asuntos de orden administrativo. Desde otra perspectiva, la Sra. Ministra Dra. Minvielle y el redactor, con matizaciones, consideran que los principios generales de derecho penal (incluidos los invocados por F.N.C., esto es, el principio de inocencia y de no autoincriminación), son aplicables a los procedimientos administrativos, con las adaptaciones o modulaciones necesarias y propias de cada disciplina. Como sostiene Nieto, el derecho administrativo sancionador y el derecho penal convencional forman parte de una unidad superior, el derecho punitivo del Estado. Cuando se imponen al derecho administrativo sancionador los principios del derecho penal, no es porque se considere a éste de naturaleza superior, sino porque tales principios son los únicos que se conocen -hasta ahora- como expresión de la potestad punitiva del Estado (cf. Nieto, A. Derecho Administrativo Sancionador cit., pág. 135). Por ello, según señala en su voto particular la Sra. Ministra Dra. Minvielle, esa unidad sustantiva impide que una de las modulaciones del ejercicio del poder punitivo sea desprovista de los métodos adecuados para su correcto entendimiento y/o alcance de sus preceptos. De lo contrario, operaría una suerte de desfragmentación de una parcela del orden jurídico sobre aquellos principios generales que le informan como directivas de interpretación, entendidas como "criterios que se proponen con el objeto de orientar y limitar al intérprete en la tarea de búsqueda del significado de una formulación formativa" (Simaz, Alexis Leonel, Principio de legalidad e interpretación, Nova Tesis Editorial Jurídica, 2013, pág. 143). En efecto, existe simetría ontológica entre los ilícitos penales y las infracciones administrativas, en tanto la represión del Estado no es otra cosa que una limitación a los derechos fundamentales como correlativo de la inobservancia normativa. Como lo sostiene Díaz Fraile, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, se debe partir de la premisa de que el derecho administrativo sancionador es, junto al derecho penal, una manifestación del "ius puniendi" del Estado, lo que conduce a admitir la aplicabilidad de las garantías propias del derecho penal al procedimiento administrativo sancionador, si bien dicha aplicación no puede ser literal o mimética, sino con los matices o modulaciones que vengan impuestos por la propia naturaleza del procedimiento administrativo sancionador (cf. Díaz Fraile, Francisco, Derecho administrativo sancionador. Análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Atelier, Barcelona, 2016, págs. 133, 134). A criterio de la Sra. Ministra Dra. Minvielle, en los ilícitos penales la respuesta del orden jurídico a las conductas antijurídicas de los particulares es la limitación o privación en el ejercicio o goce de la libertad personal; mientras que en las infracciones administrativas -las referidas a la materia de defensa de la competencia no son la excepción- el correlativo castigo o reproche jurídico consiste en limitaciones al derecho de propiedad (a través de la imposición de multas). Por lo tanto, las reprimendas en uno y otro caso están caracterizadas por limitaciones a derechos individuales, debiéndose necesariamente colegir sobre la paridad ontológica entre unas y otras figuras. La no aplicación en el ámbito administrativo sancionador de las garantías frente a la autoincriminación podría comportar la desprotección de los valores esenciales que constituyen el fundamento de las mismas. Aun cuando en la mayor parte de los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora vigentes, la eventualidad teórica de que los ciudadanos sufran coacciones abusivas o situaciones que violenten su voluntad de forma ilegítima es reducida, no puede negarse que dicha posibilidad puede llegar a concretarse, motivo por el que, como principio general, debe defenderse, prima facie, la vigencia de las garantías frente a la autoincriminación también en sede de las infracciones y sanciones administrativas (cf. Sarró Riu, Jorge, El derecho a no autoinculparse del contribuyente, Bosch,



Barcelona, 2009, págs. 67, 68). En la misma línea se enmarca la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que postula que, si bien el art. 8 de la C.A.D.H. se titula "Garantías judiciales", su aplicación no se limita a los procesos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que las personas puedan defenderse adecuadamente de cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. Esas otras instancias procesales pueden comprender aquellas en las que se determinan derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. De acuerdo con la Corte Interamericana, "cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal". La amplitud en el desarrollo del art. 8 se justifica en el hecho de que las garantías allí enunciadas superen los casos tradicionales de la jurisdicción penal e incluso los procesos estrictamente judiciales (cf. Ibáñez Rivas, Juana María, "Artículo 8. Garantías judiciales" en Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario, Steiner - Fuchs Ed., Bogotá, 2019, pág. 264). La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá, en sentencia de 2 de febrero de 2001, expresó: "(...) En cualquier materia, inclusive (...) la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso. (...) Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas". V.- Despejada esta cuestión, la Suprema Corte de Justicia no comparte la particular interpretación de la promotora, según la cual el deber de colaboración impuesto por la norma atacada vulnera el derecho a no autoincriminarse, reconocido por el art. 72 de la Constitución y el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica. La inclusión del deber de colaboración en el procedimiento administrativo concreta un afianzamiento de la regla moral (principio de buena fe y lealtad). Como explica Hernández Gil, "la buena fe, como las buenas costumbres, es siempre una vía de comunicación del derecho con la moral. El derecho, que a veces no absorbe todas las exigencias éticas del comportamiento e incluso las modifica, permitiendo estimar que algo sea jurídicamente correcto pero moralmente recusable, en ocasiones, por el contrario, acude de modo expreso a la moral" (citado por González Pérez, Jesús, El principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Civitas, Madrid, 1983, pág. 13). Según expresa Sainz Moreno, Diez Picazo, define, "(...) [e]n sus Fundamentos del Derecho Patrimonial Civil (Tomo I, 1978) la buena fe [como] ?aquella conducta que revela la posición moral de una persona respecto de una situación jurídica?. Es un arquetipo de conducta social, la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado, diligente, esto es, ?guardar fidelidad a la palabra dada, no defraudar la confianza de los demás, no abusar de la confianza de los otros, conducirse conforme cabe esperar de cuantos con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico? (...)" (Sainz Moreno, Fernando, "La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados", en Revista de Administración Pública, No. 89, págs. 296, 297). Para sancionar el proceder contrario a la buena fe, que la norma concreta en el deber de colaborar en la investigación, la disposición atacada estatuye una presunción legal de veracidad de los hechos denunciados. La razón que justifica dicha presunción fluye con naturalidad: la investigación de las conductas anticompetitivas, por definición, encuentra al órgano encargado de dicho procedimiento en claras desventajas y dificultades de orden probatorio para determinar si se incurrió o no en el



comportamiento prohibido, pues la práctica contraria a la libre competencia tiene naturaleza clandestina. Ya en la definición del art. 2 de la Ley No. 18.159, de 20 de julio de 2007, ya en la descripción a título enunciativo del art. 4 de la ley (tanto en la redacción original impugnada como en la dada por la Ley No. 19.833, de 20 de setiembre de 2019, posterior al planteo de la excepción de inconstitucionalidad), la práctica contraria a la libre competencia se ve signada por la clandestinidad y el ocultamiento, lo que entorpece su acreditación. El deber de colaboración a cargo del investigado y la presunción en su contra, en caso de incumplimiento, son una herramienta razonable para contrarrestar esa falta de equilibrio inicial que aqueja al investigador. Si el legislador no apelara, en cierta medida, a técnicas presuntivas razonables, como reacción al incumplimiento de un deber de colaboración con el órgano de aplicación de las normas de defensa de la competencia, fácilmente la potestad sancionatoria de la administración -que busca disuadir prácticas reñidas con principios básicos que garantizan el libre mercado- se convertiría en una atribución carente de aplicación práctica y el deber de colaboración se vería reducido a un mero compromiso moral del interesado (cf. Pucciarello, Mariana, Derecho a no autoincriminarse y el deber de colaborar en el ámbito tributario, Ad Hoc, Buenos Aires, 2011, pág. 135). En igual sentido y en términos enteramente compatibles, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que "[l]a configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y de la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva" (Sentencia No. 161/1997, citada por Sarró Riu, Jorge, El derecho a no autoincriminarse, cit. pág. 115). En términos compatibles y trasladables, el Tribunal General de la Unión Europea sostuvo: "...no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia..." (sentencia Aalborg Portland y otros c/ Comisión, 27 de setiembre de 2006). Y más recientemente: "...en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia..." (STJUE, 6 de diciembre de 2012, Comisión Europea c/ Verhuizingen Coppens). El derecho a no autoincriminarse se contrapone a la situación jurídica de otros interesados en el procedimiento administrativo que lo que pretenden es que el órgano administrativo con funciones rectoras y de supervisión garantice el normal desarrollo de la actividad económica. Si toda técnica presuntiva al incumplimiento de un deber de colaboración fuera inconstitucional, la garantía que se arroga al exceptante se transmutaría en un derecho absoluto, sin condicionamiento alguno ni sujeto a los límites estrictamente necesarios para el ejercicio efectivo y eficaz de las potestades públicas. Finalmente, cabe señalar que el derecho a no autoincriminarse previene al titular no tanto de la aportación como de la producción de pruebas. Tal derecho busca garantizar que en el proceso de producción de una prueba, la fiabilidad de ésta no se ve comprometida como consecuencia del vicio que afecta a una voluntad sometida a coacción (cf. Sarró Riu, Jorge, El derecho a no autoincriminarse, cit., págs. 124 y 125). La norma impugnada habilita a la Administración a requerir del investigado la información que ya obrase en su poder, por lo que no se advierte que suponga una afectación al contenido o núcleo esencial de la garantía fundamental. La presunción aplicada es corolario del incumplimiento del deber de colaborar aportando



documentación que ya tuviere en su poder. Si se repara con atención, el legislador fue muy cuidadoso en dejar por fuera de este deber la revelación de secretos comerciales, planos, cómo hacer, inventos fórmulas y patentes, supuestos en los cuales el investigado puede legítimamente negarse a colaborar (art. 14 inc. 3º de la Ley). Por último, resulta ineludible destacar que el desenvolvimiento normal de los mercados merece especial consideración del legislador que, por eso, dotó a la ley del carácter de orden público, aspecto que no fue impugnado (art. 1: "La presente ley es de orden público y tiene por objeto fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados"). VI.- La Suprema Corte de Justicia tampoco comparte la interpretación del excepcionante según la cual la norma impugnada vulnera la presunción de inocencia (arts. 20 y 72 de la Constitución) del investigado. La técnica utilizada, "presunción relativa", sin perjuicio de admitir ser desvirtuada por el investigado, solo le facilita a la administración la obtención de la prueba de cargo. Ésta igualmente deberá acreditar el hecho base que da lugar al nacimiento de la presunción. No se presume ni se da por sentada la culpabilidad del investigado sin un hecho de base constitutivo que enlace el razonamiento indiciario expresado por el legislador. Si el administrado, con hechos positivos en contrario, acredita la desvinculación con este tipo de prácticas anticompetitivas, desvanece por completo la eficacia de la presunción relativa. Se alivia la labor instructoria sobre los hechos constitutivos de la infracción pero es ciertamente posible que ese juicio apriorístico resulte por completo desvirtuado por los elementos de juicio que aporte el interesado en el procedimiento administrativo. Como explica Pucciarello, se ha señalado que estas presunciones resultan válidas pues "nada impide que mediante los datos de la experiencia se pueda inferir de los hechos probados la ocurrencia de culpa. Para ello basta comprobar que el hecho sea consecuencia normal de negligencia o falta de previsión de culpa; es la inferencia de dolo o negligencia resultante del hecho mismo, recayendo, entonces, en el presunto infractor la demostración de la concurrencia de circunstancias ajenas a su voluntad que él no ha podido controlar" (Pucciarello, Mariana, Derecho a no auto incriminarse cit., pág. 47). En suma, y conforme el vocabulario jurídico latino, no se trata de una presunción "juris et de jure" (de derecho y por derecho, de pleno y absoluto derecho) que no admite prueba en contrario, sino "juris tantum" (lo que resulta del propio derecho, mientras el derecho no sea controvertido) porque así se designan las presunciones contra las cuales cabe prueba en contrario como la presunción legal en análisis. VII.- Finalmente, la Sra. Ministra Dra. Martínez, en su voto particular, considera oportuno señalar que el accionar de la Administración Tributaria se encuentra controlado, asimismo, por la acción jurisdiccional anulatoria del propio acto por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Por tanto, la legitimidad de la sanción será objeto de valoración por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En ese proceso, el administrado contará con todas las posibilidades probatorias a efectos de destruir la presunción establecida en la norma impugnada. Todo lo cual será evaluado por dicho Tribunal en la sentencia anulatoria. Por los fundamentos expuestos y, en atención a lo establecido en los arts. 508 y concordantes del Código General del Proceso, la Suprema Corte de Justicia FALLA: DESESTÍMASE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD OPUESTA, CON COSTAS DE PRECEPTO (ART. 523 DEL C.G.P.), SIN ESPECIAL CONDENA EN COSTOS. FÍJANSE LOS HONORARIOS FICTOS EN 60 B.P.C. NOTIFÍQUESE A DOMICILIO, Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE. DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ PRESIDENTE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DRA. ELENA MARTÍNEZ MINISTRA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DR. EDUARDO TURELL MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DR. LUIS TOSI BOERI MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE



