

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 24 de julio de 2018.

No. 208

VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados “SUPERMERCADOS DISCO DEL URUGUAY S.A. (DISCO) con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de Nulidad” (Ficha No. 109/2015).

RESULTANDO:

I) Que con fecha 18/3/2015, a fs. 75, compareció la accionante, entablado demanda de nulidad contra la Resolución N° 80/2014 dictada por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia con fecha 19 de agosto de 2014, por la cual se ordenó a la actora el cese definitivo de la conducta de exigencia a los distribuidores de cualquier producto de venta al público de establecer precios mínimos obligatorios, y se le aplicó una multa de 2.000.000 U.I. (dos millones de unidades indexadas) (fs. 767 en foliatura roja de los A.A.).

Señaló que el presente caso debe juzgarse al amparo de la Ley No. 18.159, de 20 de julio de 2007, de Defensa de la Competencia, y su Decreto Reglamentario N° 404/007, de 29 de octubre de 2007, que establecen el marco jurídico aplicable a la conducta que la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC) consideró configurada en el caso.

Indicó que la Ley de Defensa de la Competencia 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.

Sostuvo que la resolución atacada deberá anularse dado que, al contrario de lo que se afirma en ella y en los informes en que se sustenta, lo cierto es que en las actuaciones administrativas llevadas a cabo quedó plenamente probado que DISCO no fija precios mínimos de venta de los productos congelados, sino que dicha práctica es llevada a cabo por parte de los distribuidores mayoristas o proveedores de tales productos.

Apuntó, asimismo, que no surge suficientemente probado que DISCO haya ejercido presiones a los distribuidores mayoristas para que éstos fijen precios mínimos de venta de los productos congelados. Los indicios en que se basa la CPDC son muy débiles. Los correos electrónicos son insuficientes para dar por probada una conducta de esta naturaleza, que devino en la aplicación de la sanción.

Agregó que la realidad demuestra que son los distribuidores mayoristas quienes utilizan los precios mínimos para maximizar sus beneficios económicos, vendiendo los productos a DISCO a un precio más elevado, amparados incluso en un acuerdo de precios horizontal, detectado por la Comisión, del que DISCO no fue parte.

Manifestó, por otro lado, que la sanción que se aplicó a DISCO es absolutamente desproporcionada y excesiva; viola la normativa legal al no haberse determinado la existencia ni entidad patrimonial del daño presuntamente causado por la conducta imputada, no haber considerado que DISCO es ajeno a la fijación de precios sugeridos, no haber considerado la ausencia de intencionalidad, ni la correcta y leal actitud

asumida durante las actuaciones administrativas, ni haberse determinado correctamente por la Comisión el mercado relevante en el que se desarrolla la competencia, requisito sin el cual no es posible evaluar si una práctica afecta las condiciones de competencia, tal como expresamente lo exige el artículo 5° de la Ley No. 18.159.

Añadió que la sanción aplicada, además de excesiva y visiblemente desproporcionada, es contraria a la jurisprudencia administrativa anterior de la Comisión, lo cual evidencia más aún el vicio en los motivos por abuso o exceso de poder.

Agregó que la compareciente ya ha sido sancionada por la vía de los hechos mediante la exposición pública a que fue sometida por las declaraciones públicas efectuadas por los propios miembros de la Comisión, antes incluso de haber tenido la oportunidad procesal para articular sus descargos. La publicidad de los detalles de la investigación administrativa constituyó en los hechos, además de un prejuizgamiento inadmisibles, una sanción con efectos más perjudiciales que los previstos en el art. 17 lit. B) de la Ley 18.159. En consecuencia, la sanción aplicada por la resolución impugnada configura una nueva sanción por los mismos hechos, lo cual provoca la nulidad del acto administrativo, por violación del principio de que nadie puede ser sancionado dos veces por los mismos hechos o “*non bis in ídem*”.

Expresó que, al no resolverse por la CPDC el mercado relevante por producto, ello impide apreciar en su justo término la participación de DISCO en dicho mercado, y consecuentemente, el impacto de la conducta imputada. A ello se suma la inexistencia del más mínimo intento de

determinar la cuota de mercado de DISCO, presupuesto sin el cual es imposible apreciar la gravedad de la conducta así como el presunto daño.

Dijo que, en el procedimiento de la negociación con el proveedor o distribuidor mayorista de congelados, éste naturalmente trata de obtener que DISCO le compre al mejor precio posible, mientras que DISCO intenta comprar al menor precio posible, ambos buscando legítimamente maximizar sus beneficios; ésta es la regla básica aplicable a toda negociación de compraventa entre dos operadores del mercado.

Narró que DISCO, al igual que las restantes cadenas, es en muchos casos un “tomador de precios” de los proveedores e importadores, como ocurrió en el caso de autos, en el que resultó probado que los proveedores concertaron precios (Considerando 11 de la resolución) y una de las perjudicadas por esa concertación de precios es naturalmente la actora, en tanto compradora de productos congelados a un precio que no le permite mantener el margen de su ganancia. No es DISCO quien negoció con el proveedor los precios de venta al público.

Afirmó que lo que le interesa a DISCO no es que suban los precios, sino su margen de ganancia; a quien verdaderamente le interesaba que los competidores de DISCO subiesen los precios era a la proveedora GRABA S.A., para que DISCO no intentara renegociar a la baja las condiciones de compra originalmente obtenidas por GRABA S.A., que de esa manera vería menguada la ganancia proyectada al cerrar el acuerdo de compra con DISCO. Fue por ello que, ante el temor de que DISCO se abasteciera con otro proveedor, presionó para que se subiesen los precios del mercado, tal como ella misma reconoció en su comparecencia ante la Comisión, aunque escudada en que fue presionada para ello por la accionante.

Adjuntó con su demanda un informe del Profesor Juan Pablo CAJARVILLE, donde se señala que “el Tribunal deberá anular el acto administrativo impugnado, en cuanto afecta a DISCO, por falta de motivos, en tal caso, su conducta lejos de constituir una infracción a la Ley No. 18.159, habría procurado impedir o poner término a las prácticas prohibidas previstas en las letras A) y C) del art. 4º de esa Ley”.

Por otro lado, sostuvo que la sanción aplicada es exorbitante, en tanto no atiende al texto de la Ley 18.159 y no es consistente con la jurisprudencia de la Comisión en otras actuaciones.

Adujo que la resolución impugnada contiene una violación abierta al Principio de Imparcialidad, que debe regir todo proceso administrativo, en especial aquellos que pueden resultar en la aplicación de sanciones. La Comisión dispensa a DISCO un tratamiento muchísimo más riguroso que a las otras empresas involucradas, lo cual vicia el acto administrativo impugnado, por exceso o abuso de poder.

Señaló que el legislador no ha dejado en libertad a la Comisión para imponer las sanciones en forma absolutamente discrecional y mucho menos en forma arbitraria, sino que ha establecido una serie de criterios y parámetros que necesariamente deben ser respetados, so pena de que el acto resulte viciado de nulidad.

Apuntó que el primero de tales criterios es la “entidad patrimonial del daño causado”. En autos, existe total ausencia de prueba del daño presuntamente causado por la conducta imputada. La realidad es que la conducta imputada a DISCO no causó perjuicio alguno, no afectó de modo alguno la competencia en el mercado, lo cual explica que no haya ninguna consideración al respecto en todo el expediente.

Anotó que el segundo criterio indicado por la normativa es “el grado de participación de los responsables”. Al respecto, DISCO es ajeno a la fijación de precios sugeridos, no es proveedor de congelados, y obviamente no formaba parte del acuerdo. Sin embargo, nada de esto es tomado en consideración por la Comisión a la hora de imponer sanciones.

Prosiguió señalando que el tercer criterio es “la intencionalidad”. En el caso, lo que DISCO hizo fue solicitar rebaja de los precios de compra al proveedor; no hubo intención de ejercer presiones para exigir precios mínimos, por lo tanto no hubo intención de violar las normas de Defensa de la Competencia.

Agregó que el cuarto criterio es “la condición de reincidente”. Al respecto, DISCO nunca incurrió en ninguna práctica violatoria de las normas de Defensa de la Competencia; jamás ha sido sancionada por violación de las referidas normas, por lo tanto no reviste la condición de reincidente, lo cual debió haber determinado, en todo caso, una sanción más leve.

Indicó que el último criterio es el correspondiente a “la actitud asumida durante el desarrollo de las actuaciones administrativas”. Sobre el punto, es inentendible e injustificable que se haya tomado como atenuante, para las otras empresas, la actitud tomada durante el procedimiento, y no haya sido así para DISCO, quien asumió una actitud de lealtad frente a la Comisión, no obstaculizó la obtención de pruebas y menos aún desarrolló actitudes procesales tendientes a dilatar el proceso administrativo.

Concluyó respecto a los parámetros que debió atender la Comisión al graduar la sanción: que no hay daño patrimonial probado en estos obrados; que DISCO no es el protagonista de la situación; que no tuvo intención de

violación de las normas de Defensa de la Competencia, sino de desarrollar una práctica comercial legítima y habitual (pedir rebaja a un proveedor); que no es reincidente porque nunca antes incurrió en violación de normas de Defensa de la Competencia; que adoptó una actitud franca y leal durante el desarrollo de las actuaciones administrativas.

Por otra parte, reiteró que la accionante ya fue sancionada por estos hechos, por lo que se configura violación del principio “*non bis in ídem*”. Ello por cuanto, sin que hubiera mediado resolución formal alguna, fue objeto de una sanción por la vía de haberse hecho públicas por parte de la Comisión las presuntas infracciones cometidas, y que la actora sería objeto de multa. En otras palabras, la Comisión hizo público que DISCO habría violado las normas de Defensa de la Competencia. Ello, en sí mismo, es una sanción aplicada a la actora, adoptada para hacerlo más grave, sin procedimiento administrativo previo y sin garantías. En consecuencia, la sanción contenida en la resolución impugnada es una nueva sanción, esta vez consistente en una gravosa y desproporcionada multa, y por lo tanto vulnera el principio de que nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho, lo cual configura otro vicio invalidante del acto administrativo recurrido.

Añadió sobre el punto que la publicidad en sí misma es, por expresa disposición legal, una sanción en nuestra Ley de Defensa de la Competencia. El artículo 7º de la Resolución N° 1/2009, que reglamenta la actuación de la Comisión, dispone textualmente que: “Los miembros de la Comisión deben guardar reserva de los casos que tienen a su consideración y manejar con absoluta discreción los datos que llegan a su resolución en virtud del cargo que ocupan”.

Insistió respecto a la incorrecta definición del Mercado Relevante y la consecuente imposibilidad de apreciación del impacto de la conducta imputada en la competencia dentro de dicho mercado.

Finalmente, se agravió por el distinto tratamiento dispensado a empresas que se encontraban en situaciones análogas al comenzar la investigación, tales como TIENDA INGLESA y MACROMERCADO, las que finalmente no fueron objeto de sanción alguna, lo que es demostrativo de la existencia de desviación de poder en la actuación de la Administración.

En suma, solicitó la anulación del acto impugnado.

II) Que con fecha 29/5/2015, a fs. 111, compareció la demandada, contestando la demanda incoada.

Señaló que la Administración actuó conforme a Derecho y dentro de las competencias que le fueron conferidas por la Ley No. 18.159 y su Decreto Reglamentario, razón por la cual controvertió que la resolución impugnada se haya dictado en violación a la normativa de la materia.

Relató que la Comisión, a través de la resolución impugnada, resolvió sancionar a la empresa compareciente, en virtud de haber constatado la configuración de prácticas, conductas, recomendaciones individuales y concertadas que tuvieron por efecto u objeto la restricción, limitación, obstaculización y distorsión de la libre competencia. Esto se concluyó en virtud de la prueba diligenciada en obrados y conforme a los múltiples informes técnicos jurídicos y económicos realizados.

Dijo al respecto que, en lo que refiere a DISCO, resultó plenamente probado que presionó en reiteradas oportunidades a los distribuidores, para que éstos exigieran a sus clientes que respetaran el precio mínimo de

reventa de sus productos, amenazando imponer sanciones y haciéndolo efectivamente al suspender la compra de varios productos distribuidos por GRABA S.A., violando los artículos 2° y 4° literal A de la Ley No. 18.159.

Expresó que, frente al argumento utilizado por la actora en cuanto a que quedó plenamente probado que DISCO no fijó precios mínimos de venta de los productos congelados, sino que dicha práctica fue llevada a cabo por parte de los distribuidores mayoristas o proveedores de tales productos, la Comisión entendió que DISCO fue el instigador de la práctica, presionando a los distribuidores mayoristas a fijar precios mínimos de reventa. A dicha conclusión no se arribó de forma caprichosa o arbitraria, sino que fue el resultado de la prueba diligenciada en el extenso expediente.

Manifestó que la investigación llevada a cabo por la Comisión permitió detectar una constante fijación de topes mínimos para la reventa a través de la imposición de listados de precios obligatorios, y la constante presión por parte de DISCO a favor de dicho sistema.

Afirmó que está claro que DISCO no buscaba una mejora en sus precios de compra, en el intercambio de correos con los proveedores, ya que ese punto no surge de prueba alguna, sino que ejerció la presión necesaria para no perder competitividad en los productos congelados frente a otros comercios de venta de dichos productos, incitando a que el proveedor fiscalizara los precios de venta al público de los demás comercios y suspendiera a aquellos que no se ajustaran a los precios sugeridos.

Sostuvo que la lista de precios entregada por los proveedores a los minoristas se corresponde con los precios que DISCO entendía correctos,

tal como se desprende claramente de los correos electrónicos agregados en los antecedentes administrativos. Es por eso que la Comisión ha descartado el argumento planteado por DISCO en su defensa, en la que expresa que no se han interpretado correctamente el sentido de las comunicaciones, y que lo único que hizo DISCO fue negociar con su proveedor la compra al menor precio posible.

Dijo que toda la gestión tuvo como objetivo que DISCO no perdiera competitividad frente a otros vendedores de congelados.

Señaló que la suspensión de la compra de los productos por parte de DISCO a GRABA S.A., como consecuencia de la situación constatada de venta de productos congelados por otros comercios a un precio menor, surge debidamente acreditada del expediente.

Manifestó que el análisis de cualquiera de las listas de precios agregadas en autos permite constatar el claro perjuicio padecido por los consumidores. Así, por ejemplo, en el listado agregado a fojas 266 y 267, se constata que GRABA S.A. fijaba precios de venta al público en algunos casos superiores al 100 % del valor del producto, impuestos incluidos.

En lo que refiere a la sanción impuesta por la Administración, expresó que no comparte el argumento de la contraria en cuanto a que aquella resulte exagerada, desproporcionada y mucho menos que colida con la normativa aplicable en la materia. Por el contrario, la sanción se estableció teniendo en cuenta como especial agravante su grado de participación e intencionalidad, dada su calidad de promotor de las prácticas anticompetitivas.

Agregó que la postura analítica, reflexiva y revisionista de la Comisión se ve reafirmada en el hecho de que se haya reducido la multa

inicialmente proyectada, de 6.000.000 a 2.000.000 de Unidades Indexadas, resultando falso, asimismo, que la primariedad de DISCO no haya sido tenido en cuenta.

Dijo que las infracciones se deben analizar en cada caso en particular por la Comisión, quien deberá establecer una sanción al infractor teniendo en cuenta los umbrales allí establecidos.

Rechazó el argumento esgrimido por la administrada en el sentido de que tratándose de una empresa sin antecedentes de infracción hubiese correspondido en todo caso una sanción de apercibimiento. Con dicho criterio simplista, todo infractor de las normas de Defensa de la Competencia, que carezca de antecedentes, debería ser sancionado con la pena más leve, consistente en el apercibimiento, independientemente del daño causado a la libre competencia y en definitiva a los usuarios y consumidores.

Respecto a la presunta vulneración del principio “*non bis in ídem*”, entendió que dicho agravio merece ser desestimado, por cuanto la multa aplicada a la infractora por medio del acto encausado es la única sanción impuesta por el hecho ilícito constatado. De ninguna manera puede compartirse la opinión de la contraria, en cuanto a que la notoriedad pública adquirida por la investigación implique una sanción, que haga aplicable el principio de *non bis in ídem*.

Entendió que no es correcta la afirmación de la actora respecto a que la Comisión dicto resolución sin haber dado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 5° de la Ley 18.159, relativo a la definición del Mercado Relevante. Ello por cuanto, emerge de los antecedentes que el mercado relevante fue oportunamente definido y surge de la Resolución N° 133/2013.

Sostuvo que la definición del mercado relevante como el de “alimentos congelados y ultracongelados en el territorio nacional”, que surge de los análisis realizados en los informes, no resulta arbitraria ni caprichosa, sino que surge de los informes económicos realizados, en los que se hizo un análisis desde el lado de la oferta y la demanda, y en particular se analizó la característica de los alimentos congelados, especialmente desde el punto de vista de su conservación, transporte y utilidad que le brinda al consumidor final. A su vez, respecto de la sustituibilidad, se consideró que se está en un nivel de transacciones mayoristas, lo que sumado a las características de los productos sobre los que trata el expediente, hace que la definición del mercado relevante, considerando a los alimentos congelados, se encuentre alineada con los criterios utilizados a nivel internacional.

Agregó que, en el caso, se consideró desde el punto de vista de la oferta que la característica de la conservación de los alimentos congelados, sigue la misma lógica que la de otros productos a los que hizo referencia. Y desde el punto de vista de la demanda, esa misma característica hace que tengan diferentes propiedades que los alimentos frescos, en cuanto a durabilidad y utilización oportuna de los mismos, y que por ende los diferencia del resto de los alimentos.

En suma, solicitó el rechazo de la demanda incoada.

III) Abierto el juicio a prueba, se produjo la que obra certificada a fs. 140.

IV) Alegó la parte actora a fs. 144 y ss., en tanto la demandada no presentó su alegato (acuse de rebeldía a fs. 177).

V) Se confirió vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, quien produjo el Dictamen No. 206/2017, a fs. 197, aconsejando el rechazo de la demanda incoada.

VI) Se citó a las partes para sentencia, la que previo pasaje a estudio de los Sres. Ministros, y con la integración del Ministro del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3er Turno Dr. Eduardo BORGES, se acordó dictar en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO :

I) Que en la especie se han acreditado los extremos legales habilitantes requeridos por la normativa vigente (arts. 4 y 9 de la Ley 15.869), para el correcto accionamiento de nulidad.

II) En obrados, se demanda la nulidad de la Resolución N° 80/2014 dictada por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia con fecha 19 de agosto de 2014, por la cual se ordenó a la actora el cese definitivo de la conducta de exigencia a los distribuidores de cualquier producto de venta al público de establecer precios mínimos obligatorios, y se le aplicó una multa de 2.000.000 U.I. (dos millones de unidades indexadas) (fs. 767 en foliatura roja de los A.A.).

Contra el acto encausado, notificado a la accionante el 19 de agosto de 2014 (fs. 775 A.A.), interpuso en forma tempestiva los correspondientes recursos de revocación y jerárquico, el día 29 del mismo mes (fs. 796 y ss. A.A.).

El último recurso fue desestimado en forma expresa mediante el dictado de la Resolución N° 14.074 del Ministro de Economía y Finanzas, en ejercicio de atribuciones delegadas, de fecha 8 de diciembre de 2014, notificada a la actora el 12 de diciembre de 2014 (fs. 881 y 893 A.A.).

Finalmente, la demanda de nulidad fue introducida en tiempo útil, el día 18 de marzo de 2015 (nota de cargo a fs. 104 de autos).

III) El Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, por Dictamen No. 206/2017, a fs. 197, aconsejó el rechazo de la demanda incoada.

IV) El Tribunal, en decisión adoptada por unanimidad, compartirá lo dictaminado por la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, y procederá a desestimar el planteo anulatorio impetrado, en mérito a los fundamentos que se desarrollan en los siguientes numerales.

V) Antecedentes.

Conforme surge de los elementos de prueba incorporados al proceso, en el año 2010 una empresa, cuyo nombre se encuentra reservado, consultó a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (en adelante: la Comisión o CPDC), por prácticas que estaban llevando adelante ciertas empresas en el mercado de los alimentos congelados, las cuales podrían ser anticompetitivas, en especial, la determinación de los precios de venta al por menor.

En virtud de ello, la Comisión inició un estudio preparatorio de las condiciones de competencia en dicho mercado, solicitando a las empresas que operaban en dicho rubro que remitieran cierta información (*vide*: fs. 2 a 28, 33 a 44, 47 a 67 y 78 a 106 A.A.).

Dos de dichas empresas, cuyos nombres también se encuentran reservados, contestaron dicha solicitud.

La primera informó que recibía listas de precios sugeridos por parte de los proveedores y señaló: “*Hemos recibido presiones de más de una*

empresa proveedora en relación a la fijación de precios de venta. De no ajustarnos a sus “Sugeridos” no nos entregaban mercadería” (fs. 32 A.A.).

La segunda empresa también contestó que recibía una lista con precios sugeridos para la venta al público, “(...) *particularmente solo para casas de congelados*”, y añadió: “*Hay proveedores que no entregan la mercadería en caso de que no respetemos los precios y en algunas circunstancias los precios son asimilados a las grandes cadenas debiendo nuestra empresa marcar el doble de ganancia para quedar al nivel de éstas, esto genera que nuestra propuesta comercial no sea atractiva*” (fs. 46 A.A.).

Mediante Informe N° 58/2011, de fecha 26/8/2011, el Asesor Ec. Marcelo PEREIRA delimitó el mercado relevante de alimentos congelados (fs. 110 vto. A.A.). Adicionalmente el referido Asesor identificó a las empresas de dicho mercado, a saber:

MAOSOL: representante o distribuidora de los productos CALAGUA, BURGERBIF, PELICANO, LAMB WESTON y SUPER CONGELADOS ARTICO.

GRABA: representante de los productos FARMFRITES, OERLEMANS, RAPI PAP, FRIBURGER, FRIPUR, PATY y VEGETALEX.

CRAMON: representante de los productos AVIKO, LUTOSA, OREGON POTATO CO., PINGUIN, COUNTRY HOUSE, FRIAND y DOUX.

MC CAIN – LA SIBARTA: distribuidora de productos en base de papa y pizzas congeladas.

FRIOPAN, PAGNIFIQUE y PANGIORNO: fabricantes de panificados congelados.

AVICOLA DEL OESTE: preparación de congelados de pollo

Por otro lado, el Asesor identificó a las casas de congelados, a saber: GLACIAL, AL-FRÍO, BAJO CERO, ALASKA, PORTAL FRÍO, PUNTOFRÍO y PORTISUR.

En base a dichas actuaciones, la CPDC dictó la Resolución N° 118/011, de fecha 5/10/2011, por la cual decidió iniciar una investigación de oficio respecto a la posible existencia de prácticas anticompetitivas en el departamento de Montevideo, cuyo objetivo era esclarecer los hechos e identificar a los posibles responsables (fs. 116 A.A.).

De dicha resolución se dio vista a las empresas distribuidoras (fs. 118 y ss. A.A.).

Por otro lado, la Comisión reiteró la solicitud de información a las empresas omisas en enviarlas (fs. 136 y ss. A.A.).

Posteriormente, por Resolución N° 30/012, de fecha 2/5/2012, decidió iniciar la acción judicial pertinente a fin de recabar mayor información (fs. 167 A.A.).

En función de lo peticionado por la Administración, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 18° Turno dispuso el diligenciamiento de inspecciones judiciales en varias empresas, lo que se realizó con el alguacil de la Sede y un perito informático. De dichas actuaciones se extrajo una cantidad importante de correos electrónicos enviados entre los distribuidores de los productos con las casas de congelados, así como con los supermercados DISCO, TATA, MULTIAHORRO y MACROMERCADO (fs. 168 a 434 A.A.).

En base a dichas probanzas, el Asesor Ec. PEREIRA realizó un nuevo informe, identificado con el N° 78/013, de fecha 5/11/2013 (fs. 436 y ss. A.A.).

Acto seguido, la Comisión dictó la Resolución N° 133/013, de fecha 12/11/2013, por la cual delimitó el alcance de la investigación, identificando como presuntos infractores a las empresas GRABA S.A., MAOSOL S.A., CE.ME.SA, GREENFROZEN S.A., MACROMERCADO MAYORISTA S.A. y SUPERMERCADOS DISCO DEL URUGUAY S.A. (fs. 455 Pieza II A.A.).

Adicionalmente, mediante esa misma resolución, ordenó a las empresas distribuidoras el cese -preventivo y cautelar- de la conducta de fijación de precios mínimos obligatorios de venta al público, mientras que en relación a MACROMERCADO y SUPERMERCADOS DISCO les ordenó el cese de la conducta de exigencia a los distribuidores de cualquier producto de venta al público de establecer precios mínimos obligatorios (fs. 455 y 456 A.A.).

Acto seguido, se dio vista a las empresas identificadas, las que procedieron a evacuarla (fs. 457 a 530 A.A.).

Los descargos presentados por las empresas investigadas fueron valorados por el Asesor Ec. PEREIRA, quien sostuvo que mantenía sus conclusiones de los informes anteriores respecto al establecimiento de precios mínimos de venta, así como la definición propuesta del mercado relevante (fs. 547 y vto. A.A.).

Por otra parte, los Asesores Dres. Alejandra GIUFRA, Martín THOMASSET y Patricia ORDOQUI realizaron un informe jurídico, en el cual, luego de valorar los descargos de las empresas involucradas,

concluyeron que se debía dar por finalizada la investigación, dado que el cúmulo probatorio logrado permitía concluir la existencia de prácticas anticompetitivas (fs. 549 y ss. A.A.).

Se realizó entonces un primer proyecto de resolución, del que se dio vista a los involucrados (fs. 562 y ss. A.A.).

Las empresas evacuaron la vista conferida (fs. 581 a 674 vto. A.A), cuyos descargos fueron analizados por el Asesor Dr. THOMASSET, quien concluyó que las infracciones a la Ley No. 18.159 surgían probadas y que las sanciones proyectadas estaban acorde a Derecho (fs. 697 y ss. A.A.). En ese mismo sentido se pronunció el Asesor Ec. PEREIRA, por informe N° 039/014 (fs. 704 y ss. A.A.).

Posteriormente, mediante Resolución N° 60/014, de fecha 1/7/2014, se decidió dar vista a las empresas de un nuevo proyecto de resolución, en el cual se redujeron las sanciones propuestas en el anterior proyecto (fs. 710 y ss. A.A.).

Esta última vista fue evacuada por la actora y por GRABA S.A. (fs. 733 a 758 A.A.). Los descargos realizados por las referidas empresas fueron analizados nuevamente por los Asesores Dr. THOMASSET y Ec. PEREIRA (fs. 760 y ss. A.A.).

Finalmente, la CPDC dictó la resolución enjuiciada en autos, por la cual se decidió:

“1. Finalizar la presente investigación de oficio concluyendo que las empresas GRABA SA, MAOSOL S.A., CE.ME.SA, GREENFROZEN S.A., y SUPERMERCADOS DISCO DEL URUGUAY S.A., han violado las disposiciones legales citadas en los considerandos de la presente resolución.

2. Ordenar a las empresas GRABA S.A., MAOSOL S.A., CE.ME.S.A. y GREENFROZEN S.A. el cese definitivo de la conducta de fijación de precios mínimos obligatorios de venta al público para sus clientes, debiendo comunicar de manera fehaciente a cada uno de ellos que no se entregarán más las referidas listas, siendo absolutamente libre la fijación de precios a los consumidores que realice cada comercio.

3. Ordenar a SUPERMERCADOS DISCO DEL URUGUAY S.A. el cese definitivo de la conducta de exigencia a los distribuidores de cualquier producto de venta al público de establecer precios mínimos obligatorios.

4. Fijar una sanción consistente en Multa de 2.000.000 UI (dos millones de Unidades Indexadas) para SUPERMERCADOS DISCO DEL URUGUAY S.A., 170.000 UI (ciento setenta mil Unidades Indexadas) para GRABA S.A.; y un apercibimiento para MAOSOL S.A., CE.ME.SA y GREENFROZEN S.A. (...)” (fs. 767 A.A.).

VI) Respecto a la práctica anticompetitiva constatada por la Comisión y la existencia de responsabilidad de la actora.

La promotora sostiene en su demanda, en primer lugar, que en las actuaciones administrativas llevadas a cabo quedó plenamente probado que DISCO no fija precios mínimos de venta de los productos congelados, sino que dicha práctica es llevada a cabo por parte de los distribuidores mayoristas o proveedores de tales productos.

Apunta, asimismo, que no surge suficientemente probado que DISCO haya ejercido presiones a los distribuidores mayoristas para que éstos fijen precios mínimos de venta de los productos congelados.

Afirma que la realidad demuestra que son los distribuidores mayoristas quienes utilizan los precios mínimos para maximizar sus beneficios económicos, vendiendo los productos a DISCO a un precio más elevado, amparados incluso en un acuerdo de precios horizontal, detectado por la Comisión, del que DISCO no fue parte.

A juicio del Tribunal, no le asiste razón a la accionante en su planteo.

Conforme surge de los antecedentes previamente relevados, la CPDC detectó en el marco de la investigación la existencia de conductas que claramente implican prácticas anticompetitivas en el mercado de productos congelados. En tal sentido, se constató y probó en forma fehaciente que la actora, SUPERMERCADOS DISCO, presionaba a los distribuidores de productos congelados (GRABA S.A., MAOSOL S.A. y otros), a fin de que éstos exigieran a sus clientes minoristas la fijación de determinados precios mínimos de venta al público de sus productos.

La hipótesis ensayada por la Comisión, que a juicio de la prueba obrante en autos puede considerarse la más plausible, es que la presión de DISCO obedecía a que los precios de venta al público de los “pequeños competidores” en el mercado de congelados eran considerablemente inferiores a los que ofrecía la actora.

A través del mecanismo de los “precios sugeridos”, que los proveedores entregaban a los comerciantes (casas de venta de productos congelados), se buscaba el propósito de que éstos vendieran los referidos productos al mismo precio al que se venden en las grandes superficies.

Se probó, mediante los elementos documentales reunidos en el copioso expediente administrativo, que existió un acuerdo de concertación de precios entre los proveedores de productos congelados, y que por detrás

de ese acuerdo estaba la presión ejercida por DISCO, quien había amenazado a los proveedores con suspenderles las compras si no exigían a los minoristas la venta a determinados precios mínimos.

Al analizar el punto, expresa en su voto el Ministro Dr. Alfredo GÓMEZ TEDESCHI: *“Estas distribuidoras, así como algunas firmas productoras de productos congelados, realizan presiones a fin de que los minoristas y “casas de congelados” alineen precios de venta al público de determinados productos.*

En el caso de la actora, también se constató que existió un castigo a GRABA S.A. por no haber logrado el cometido en el alineamiento de precios en el mercado minorista (suspendiendo momentáneamente la compra de productos a GRABA S.A.).

Dichas conductas, en el caso las imputables a DISCO, se hayan pormenorizadamente reseñadas en los informes técnicos de la Comisión que obran en los antecedentes, a partir de un análisis de profusa prueba que consiste, fundamentalmente, en correos electrónicos agregados.

Se destaca a modo de ejemplo, algunas manifestaciones que indican la presión de DISCO, a través de su Jefe de Compras, Sr. MARIOTTA, a la proveedora GRABA S.A., para que exija a las casas de congelados ajustar sus precios mínimos (vide: fs. 262, 269, 281, 286, 287, 296, 338 y 359 A.A., entre otros). También consta en los antecedentes la presión de DISCO a MAOSOL S.A. para que adopte similar conducta respecto de sus clientes (vide: fs. 360 A.A.). Y emerge también de la prueba la sanción impuesta por DISCO a GRABA S.A. por no cumplir adecuadamente con su requisitoria de regular precios de las casa de congelados, suspendiendo la compra de sus producto (vide: fs. 274, 278, 279 A.A.)”

VII) Por otra parte, analizada pormenorizadamente la prueba reunida en el expediente, cabe concluir que resulta claramente probada la conducta infraccional.

La prueba sobre dicha práctica surge de los correos electrónicos obtenidos en las inspecciones judiciales realizadas.

En el caso de la actora, los correos que la involucran surgen de las conversaciones mantenidas entre el Jefe de Compras de DISCO, Adrián MARIOTTA, y los representantes de la empresa GRABA S.A. (familia BABUGLIA). Los correos fueron agregados a los antecedentes y a continuación serán transcritos los más importantes:

- Correo enviado el **17/9/2009** por Gabriela BABUGLIA para MARIOTTA, cuyo asunto era: “PROBLEMA DE PRECIOS”:

“Estimado Mariota

Como bien sabe nosotros siempre salvaguardamos una cadena de precios que entendemos tiene que ser justa para el buen funcionamiento del mercado. (...)

El tema de los locales de congelados lo vengo siguiendo desde hace un par de meses porque se empezaron a multiplicar (...).

*La cadena de precio la maneja Babuglia desde hace veinte años y nunca tuvimos problemas aun cuando es casi un arte con productos que no tienen muchos márgenes y **hay que contemplar con un precio muy especial el volumen que implican clientes importantes como ustedes.***

Es por este motivo que nosotros aun cuando la competencia vende a cualquier precio tratamos o quisimos tratar de mantener un perfil bajo en estos locales no estimulando este nuevo tipo de venta que implica vender a cualquier precio sacrificando márgenes.

Quiero que sepa entonces que voy a seguir en el tema y no vamos a volver a tener problemas porque fue es y será la política de Graba.

Para subsanar este inconveniente puntual le voy a modificar el precio de nuestro producto la Papa Oerlemans 4x2.5kg. La más perjudicada es nuestra empresa que tiene que bajar precios para solucionar estos problemas simplemente porque no se tratan de precios reales. (...)" (SIC, excepto resaltados y/o subrayados, fs. 262 A.A.).

- En un correo interno entre los integrantes de GRABA de fecha **2/10/2009**, Gabriela BABUGLIA afirmó:

“Estimada

Sé que no es tu intención herir mis sentimientos pero te metiste en un tema escabroso...

El rubro locales de congelados se multiplico este año y me dio mas de varios dolores de cabeza imaginate que tuve que dar explicaciones al macro y a mariota sobre los precios de esta gente cuyo fin es vender sacrificando margen por debajo de todos los demás en la plaza.

Me puse como (...) y durante un mes no le di pelota a ninguno nuevo hasta implementar lista de precio mínimo sugerido y hacerla cumplir revisando antes de entregar la lista de estos señores en la web no entregando mercadería si los precios no eran correctos. (...)" (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 264 A.A.).

- Correo enviado por MARIOTTA para los integrantes de GRABA el **19/4/2010**:

“(...) Como ya hemos hablado algo del tema telefónicamente con Fernanda y nos ha dicho comprender el problema de precios y compartir nuestra preocupación, les solicitamos que revisen la situación actual y

avancen en el ajuste de los precios que aún estén defasados” (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 269 A.A. Pieza I.).

- Con fecha **7/5/2010** Adrián MAROTTA le escribió nuevamente a los integrantes de GRABA, adjuntándole la lista de precios de PORTISUR, EXPRO y de otros comercios (fs. 272 A.A.).

- El **10/5/2010**, el representante de la empresa actora volvió a dirigirse a Gabriela BABUGLIA, de GRABA S.A., señalando en su correo:

“*Gabriela:*

Mejor así, que los precios se arreglen cuanto antes como hemos hablado, pues para nosotros es un tema vital y aun no está resuelto.

No te preocupes por la competencia que de ello nos ocupamos nosotros.

Cada uno tiene que hacer sus deberes...” (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 272 A.A.).

- La respuesta de Gabriela BABUGLIA de fecha **11/5/2010** fue la siguiente:

“*Estimado Mariotta,*

Sí estamos trabajando.-

Quiero que sepa que en los lugares que los precios están mal no estamos entregando.-

De todos modos en esta semana tiene que quedar solucionado. Estamos en eso.

Sepa entender que es difícil, pero es nuestra intención que las cosas se arreglen.-

Me gustaría saber si la competencia va a arreglar los precios (...).

Es importante seguir una línea” (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 273 A.A.)

- El **12/8/2010**, a las 11:45 AM, Adrián MARIOTTA le informó a GRABA S.A. que **DISCO suspendía la compra de 8 de sus productos** (véase mail obrante a fs. 278 A.A.).

- El mismo día, a las 6:19 PM, Gabriela BABUGLIA le respondió a MARIOTTA:

“Adrián

Por favor pásame los precios de todos los productos que ustedes entienden son los correctos.

Le paso mi relevamiento de precio, entiendo que algunos unos pocos productos estén más baratos pero no son todos ni cerca la mayoría.-

Además hubo una clara movilización de nuestra empresa para solucionar el tema y los precios mejoraron notoriamente.-

De hecho hay productos que por más que figuren en la lista de algunos comercios ni siquiera se entregan por no respetar los sugeridos.-

Pero si los precios no son los que ustedes quieren pásame los precios y nosotros pondremos esos de sugeridos” (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 277 A.A.).

- Al día siguiente (**13/8/2010**), a las 11:32 AM, MARIOTTA respondió:

*“De acuerdo a lo solicitado por Uds., **se adjunta listado con EJEMPLOS de precios.** (...)”* (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 275 A.A.).

- Ese mismo día, en horas de la tarde, en un correo interno circulado entre los integrantes de GRABA, Fernanda BABUGLIA envió a E. BABUGLIA, A. BABUGLIA y G. FERNÁNDEZ, un proyecto de correo cuyo destinatario sería MARIOTTA, en el cual expresaba:

“Estimado Mariotta

Entendemos que la medida esta no esta siendo ni adecuada ni justa ya que somos la única empresa en el mercado que nos hemos abocado a poner fin en los precios de venta de estos clientes.

Y somos los UNICOS suspendidos. LO CUAL NOS DEJA EN UNA POSICION INCOMODA NO SOLO CON USTEDES SINO CON EL RESTO DEL MERCADO. SOMOS LOS UNICOS QUE DEBEMOS AJUSTAR LOS PRECIOS?

YA QUE SEGÚN LO QUE TENEMOS ENTENDIDO A NADIE MAS SE LE SUSPENDIO LA COMPRA.

Ademas entendemos que en la mayoria de los productos que nos estan suspendiendo no tienen logica ya que o bien ni los vendemos en estos locales (...) ni tienen problema sustancial de precio como para tomar este tipo de medidas (...)" (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 279 A.A.).

- Esa misma tarde, a las 4:02 PM, Eduardo BABUGLIA le escribió a MARIOTTA:

“Estimado Sr. Adrian MARIOTTA

De acuerdo a nuestra conversación telefónica le confirmo que nuestra empresa tiene la voluntad de solucionar los problemas suscitados con los precios de nuestros productos a nivel de la plaza. Hemos intentado infructuosamente de comunicarnos con el Sr. Roberto Couce para establecer lo antes posible una reunión para zanjar estas diferencias.

Por otra parte dado nuestra larga y amistosa relación comercial entendemos que esta reunión debe hacerse sin el condicionamiento de la suspensión de compras de nuestros productos.

*Por este motivo le solicito tenga a bien coordinar una reunión con su gerencia con la urgencia que esta situación amerita, **pero mientras tanto esta se realice se levante dicha suspensión**” (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 281 A.A.).*

- Dos días más tarde, el **15/8/2010**, Eduardo BABUGLIA envió un correo al resto de los integrantes de GRABA, cuyo asunto era “ASUNTO DISCO - CASAS DE CONGELADOS”, en el cual expresó:

*(...) Estamos frente a un problema a resolver. Mirando la planilla de precios, si bien la libertad es libre, **Disco esta en su derecho a defender su posición dominante.***

Los precios que vende la competencia son en muchísimos casos muy inferiores a la de ellos.

*Por lo tanto, **medidas a tomar:***

*1.- **Hacer un nuevo estudio de precios de las casas de congelados y establecer precios sugeridos.** LUNES*

Quiero ver sus precios y bonificaciones respecto a nuestros demás clientes.

*2. Hablar con cada una de estas casas establecer reuniones para **MARTES Y MIERCOLES, explicarles el problema y entregarles nuevas listas de precios.***

Tienen que cambiar en la misma semana los precios en internet y en sus tiendas. Respecto a los folletos, si tienen que imprimir nuevos nosotros los pagamos.

Al que no acceda, le dejamos automáticamente de vender. Ya el viernes no entregamos.

*3. **Paralelamente hablar con el disco:***

Si nosotros dejamos de vender automáticamente el viernes a las casas que no acepten nuestros sugeridos, ellos debieran suspender la acción sobre las compras de nuestros productos.

Vamos a fijar un 40% sobre los precios de ellos para fijar los precios sugeridos a las casas de congelados. ESTE ES EL UNICO CANAL QUE VAMOS A TOCAR.

Vamos a seguir haciendo ofertas rotativas.

En el caso de ofertas de ellos publicadas, nos tienen que pedir autorización y avisarnos con tiempo para tomar nuestras medidas. (...)

(SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 282 A.A.).

- En un nuevo correo electrónico, de fecha **17/8/2010**, dirigido a los demás integrantes de GRABA, Eduardo BABUGLIA afirmó:

“Por favor, vean esto, imprímanlo y lo hablamos producto por producto.

Hoy suspendemos la entrega de nuestros productos a las casas de congelados hasta tanto no modifiquen sus precios y se alineen a los precios sugeridos.

Hay que hablar con cada uno de ellos.

Lo que está marcado en celeste son los precios de Disco, TI y precios sugeridos casas de congelados.

Lo que está en rosado son precios a revisar y/o corregir” (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 283 A.A.).

- El **21/8/2010**, en un correo enviado por Andrés PÍRIZ, representante de la casa AL-FRÍO, dirigido a Fernanda BABUGLIA de GRABA S.A., aquél cuestiona la suspensión de ventas a su comercio, manifestando:

“Fernanda:

El otro día nos llegaron precios sugeridos, los cuales no fueron cambiados a la brevedad, culpa nuestra, deje para cambiarlos el fin de semana ya que me lleva poco más de dos horas hacer todas las modificaciones.

Pues el sábado me entero que nos suspendieron la venta (...)

Pero lo que me sorprende más aún, sé que el disco es la empresa que mas esta complicando con los precios y es por eso que fui al disco de 8 de octubre, y para mi suerte me entere que venden la papa de kilo 67,9 (sugerido 70) croq. 83.9 (sugerido 93) noissetes 90 (Sugerido 97)

En resumen la verdad no entiendo nada, cual es la idea, que disco sea la empresa que venda mas barato, que las casas de congelados vendan mas caro, que sus productos no se vendan mas????? No tengo idea para mi es poco serio (...)" (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 324 A.A.).

- El **23/8/2010** MARIOTTA envió un mail a Fernanda BABUGLIA, en cual le indicaba:

"Fernanda:

Te cuento que la información que tenemos a la fecha es de ajuste en los precios de Portalfrío y Puntofrío, pero por ejemplo BajoCero y Alfrío no han variado los mismos.

No tenemos datos de Portisur puesto que no ha actualizado la lista de precios a sus clientes como lo hace vía e-mail normalmente (...)" (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 286 vto. A.A.).

- Ante dicho correo, el **24/8/2010** Fernanda BABUGLIA le respondió a MARIOTTA:

"Adrian

Como habíamos quedado procedimos de la siguiente manera

- *Se repartieron listas de precios nuevas CON LOS PRECIOS SUGERIDOS*
- *Se suspendieron entregas hasta el arreglo de los mismos*
- *Se verificaron los precios*

LA SITUACION ES LA SIGUIENTE

✓ *Portal frío ya hizo el arreglo. SOLUCIONADO*

✓ *Punto frío ya hizo el arreglo. SOLUCIONADO (...)*” (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 286 A.A.).

A continuación, BABULGIA detalló todas las casas de congelados junto con la palabra “SOLUCIONADO”. Y culminó su correo señalando:

“(...) Y el resto de la competencia sigue vendiendo y por debajo de ustedes.

Esperamos que nos den su conformidad para entregar nuevamente. (...)”

(SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 286 A.A.).

- Con fecha **25/8/2010**, el representante de AL-FRÍO envió un nuevo email dirigido a GRABA, en el cual manifestó:

“Fernanda:

Te cuento que me gustaría saber que van hacer con los precios del disco porque tampoco me gusta estar 10 pesos mas arriba que ellos en todos los productos. (...)” (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 359 A.A.).

- El **30/8/2010**, MARIOTTA le escribió a Fernanda BABUGLIA, en el que señalaba:

“(...) Te cuento que el tema de precios de Portisur sigue complicado”

(SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 287 A.A.).

- Ante ello, BABUGLIA le responde:

“(...) Le estoy reenviando el mail recibido por parte de la gente de Portisur en respuesta a la reunión que tuvimos por este tema.

Como verá se hizo todo el esfuerzo y la gestión para terminar con este tema a la brevedad por nuestra parte.

(...) Hoy fuimos hasta Portisur los dos locales y estamos con todos los productos que aún nos compran con los precios sugeridos establecidos.

Hoy solo tiene 2 productos que no están sujetos a nuestros precios sugeridos pero que es un stock que ya tenían porque Graba no le ha entregado más. (...)

Entendemos que GRABA ha hecho todo lo que estuvo a su alcance y se ha logrado igualar los precios en todos lados.

Hoy en día no le estamos vendiendo ni a DISCO ni a muchas de estas casas de congelados y nuestra competencia SI.

Esperamos una respuesta de ustedes al respecto para saber como vamos a seguir adelante” (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 288 A.A.).

- Por otra parte, el 7/9/2010, el representante de MAOSOL S.A., Pablo SALKIND, envió un correo electrónico a Jorge NÚÑEZ, diciéndole:

“(...) Me están llamando al orden los muchachos de Disco, dicen que hay una carnicería que reabrió y puso congelados con unos precios de película, es en Gral. Flores y Reyles.

La conocés ??

Bó, no hay duda de los precios que te hago, pero te los doy para que hagas mucha guita!! (...) No regales más, subí los precios así no me rompen más los (...). Pablito Cicero va a pasar y te va a dejar precios sugeridos para ordenar esto” (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 360 A.A.).

- El **14/9/2010**, el referido representante de MAOSOL le escribió a Danilo CARDONE, de ÁRTICO (distribuidora de productos congelados):

“Estimado Danilo;

Quería comentarte una situación que vuelve a repetirse y es el desorden en los precios del mercado de la línea de Rebozados Artico.

La firma portisur tiene anunciada en su página web las ofertas del mes y una de ellas es la Formita Ártico cuyo precio de venta es \$ 83 x kg.

Obviamente es una situación que trae problemas ya que las grandes cadenas que son nuestros clientes me están pidiendo explicaciones las cuales no tengo, o mejor dicho debo andar escondiendo. No puedo argumentar a Tienda y a Disco que Maosol es el representante pero que también Osan vende a otros distribuidores a tan bajos precios permitiendo que la cadena de precios se distorcionen tan fuertemente. (...) vuelvo a sugerirte que por la perdurabilidad del negocio hagas un ordenamiento y le comuniques a Brancotex que suba sus precios a este tipo de clientes como es portisur. Ésta canalización no va a buen puerto. Si Osan decide seguir vendiéndole a Brancotex a precios tan bajos creo que sería absolutamente necesario exigirle precios mínimos de venta”
(SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. fs. 361 A.A.).

- Meses más tarde, el **6/4/2011**, el representante de AL-FRÍO le escribió a Gabriela BABUGLIA de GRABA, para quejarse por los precios de otras casas de congelados. Manifestó en tal ocasión:

“Gabriela:

Como estas? Te cuento que ayer hable con tu hermana porque me dijo alejandro que ella le habia tirado la propuesta. Ahora Cecilia me dijo que tu seguís con las casas de congelados.

Te cuento que me pasaron el sugerido de las PATY x 12 y me dicen que es 201, te mando abajo el mail de cecilia.

Bueno te comento que GLACIAL vende la paty x 12 a \$ 164, decime que hago porque el mailing esta en proceso.

*Te digo la verdad me tiene cansado este colega con los temas precios, el otro día con las croquetas oerlemans me mato, **quiere que el disco nos empiece a perseguir de nuevo.***” (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 340 vto. A.A.).

- Casi un año después, el **8/3/2012**, Fernanda BABUGLIA volvió a comunicarse con Adrián MARIOTTA:

“Estimado Mariotta.

Le paso este mailing de una de las casas de congelados, a quien le hemos dejado de vender en un 90% de nuestro surtido para no tener problemas con ustedes.

No todos estamos en la misma. La papa Tradicional de Mc cain esta en Disco a \$ 149 y además hoy esta de oferta la fina a \$ 129.

Espero le sirva la información” (SIC excepto resaltados y/o subrayados, fs. 291 A.A.).

La transcripción extensa –pero necesaria- de las diferentes comunicaciones de los proveedores, muchos de ellos con el representante de la actora, dan cuenta de la práctica anticompetitiva llevada adelante.

VIII) La probanza documental que viene de relevarse fue correctamente valorada por los Asesores de la CPDC. Puede verse al respecto el Informe N° 78/013 del Ec. Marcelo PEREIRA (fs. 436 a 454 vto. A.A.), así como el Informe N° 13/014 de los Dres. Alejandra

GIUFRA, Martín THOMASSET y Patricia ORDOQUI (fs. 549 a 559 A.A.).

En el último de dichos dictámenes, al analizar la conducta de la aquí accionante, sostienen los asesores jurídicos de la Comisión: *“De las presentes actuaciones se desprende que SUPERMERCADOS DISCO DEL URUGUAY S.A. (EN ADELANTE “DISCO”) ha incurrido en varias de las conductas tipificadas en la Ley N° 18.159.-*

En efecto, surge plenamente constatado que en reiteradas oportunidades DISCO presionó a GRABA S.A. para que ésta le exigiera a varios de sus clientes una suba en el precio de venta al público de sus productos, siendo el principal ejecutor de esta política el Jefe de Compras de DISCO, Sr. Adrián Mariotta.-

Las comunicaciones sostenidas entre Mariotta y los miembros de GRABA S.A. reflejan un tono imperativo por parte del primero de los citados, existiendo un contralor constante, y la amenaza de consecuencias concretas en caso de no lograrse las directivas impartidas por DISCO” (fs. 555 vto. A.A.).

Y más adelante, concluyen los asesores: *“En conclusión, y en virtud de lo expuesto precedentemente, se ha logrado constatar fehacientemente que DISCO violó el precepto legal previsto en el artículo 2 de la Ley N° 18.159, incurriendo expresamente en la prohibición prevista en el literal a) del artículo 4 de la ley de referencia, y que coaccionó a GRABA S.A. a incurrir en las prácticas prohibidas previstas en los literales b), d), f) e i) de dicho artículo.*

La conducta de DISCO atentó contra la libre competencia del mercado, imponiendo condiciones de negociación a empresas de menor poderío económico, al punto de fomentar y exigir su desabastecimiento.-

Tampoco generó beneficio alguno a los consumidores, sino que por el contrario les perjudicó, por cuanto debieron pagar más caro por la compra de sus productos” (fs. 557 y vto. A.A.).

IX) Por otro lado, a juicio del Tribunal, no resulta verosímil la versión de los hechos presentada por la actora.

De acuerdo con la postura de la accionante, la negociación de DISCO con GRABA S.A., recogida en los mails previamente transcritos, habría buscado simplemente obtener un mayor margen de ganancia para la empresa actora, a través de lograr mejores precios de compra de los productos vendidos por ese proveedor, presionando a éste para renegociar a la baja tales precios, bajo el entendido que, en caso de no hacerlo, pasaría a compararle a otro proveedor.

El planteo no resulta de recibo, en tanto se entiende contundentemente probado en obrados que la presión ejercida por DISCO tuvo otra finalidad bien distinta: que sus competidores (las casas de congelados) tuvieran que subir sus precios de venta al público, a fin de que no vendieran los productos congelados a precios más baratos que los ofrecidos por DISCO.

La mera lectura de los correos electrónicos enviados por el Sr. MARIOTTA a los representantes de GRABA S.A. echa por tierra la argumentación ensayada por la actora.

A este respecto, cabe convocar el fundado voto del Ministro Dr. GÓMEZ TEDESCHI, quien señala en su voto: “*Resulta inadmisibile la*

lectura que hace la actora de lo que emana de los correos cursados por el Sr. MARIOTTA, diciendo que el funcionario incurrió en error al no haber suspendido de inmediato la compra de productos cuyas condiciones no servían a la empresa.

Precisamente, allí estuvo la presión ejercida por DISCO, al condicionar la suspensión de compra a la adopción de las medidas que la proveedora debía implementar respecto de terceros” (fin de la transcripción del voto del Ministro Dr. GÓMEZ TEDESCHI).

La defensa de la actora surge desacreditada por los mentados correos electrónicos. No parece razonable, tal como afirmó, que los mismos se debieran a una usual negociación sobre los precios.

De la lectura de los mismos puede concluirse, tal como lo hizo la Comisión, que la actora, al ver que las “casas de congelados” tenían los mismos productos a un precio menor que en sus locales, comenzó a exigirles a los proveedores que éstos les impusieran precios mínimos, **incurriendo en la práctica prohibida por el literal A) del artículo 4 citado.**

Ello porque de otra forma no se entiende por qué DISCO le enviaba a sus proveedores, sobre todo a GRABA, la lista de los precios de las casas de congelados y que aquélla respondiera de la forma en que lo hizo. Esto es, diciéndole que solucionaría el tema de los precios de las casas de congelados, que le marcaría precios “sugeridos” de venta al público, los que no serían inferiores a los de la actora, que mandara a sus empleados para verificar que se estuviera cumpliendo con los precios sugeridos y, finalmente, que **aceptara que la actora le dijera cuáles eran los precios que entendían como correctos para las casas de congelados.**

La mentada negociación no era tal. DISCO suspendió la compra de ciertos productos a GRABA y en los correos electrónicos se nota la desesperación de ésta por tratar de que las casas de congelados subieran sus precios y de esa forma levantar la suspensión de que le había impuesto la accionante.

Adicionalmente, surgen correos de los propietarios de casas de congelados y del representante de MAOSOL sindicando a DISCO como uno de los agentes que “presionaba” por los precios en las mencionadas casas. A tal punto que uno de ellos cuestiona a GRABA sobre el objetivo de la lista de precios: ¿qué DISCO sea el que venda más barato? La preocupación de las casas de congelados debe entenderse porque al parificar sus precios con los de las cadenas de supermercados, se les hacía imposible competir

Por lo expuesto, entonces, cabe compartir las conclusiones a las que arriba en su dictamen el Asesor Dr. Martín THOMASSET, cuando expresa: *“También resulta indiscutible que esta medida representa beneficios para DISCO, dado que cuanto mayor es el precio al que su competencia vende sus productos más competitivos serán los precios de DISCO. Señalar lo contrario significa ignorar las reglas básicas del mercado. ¿Qué sentido tiene para DISCO que los competidores aumenten los precios al valor que DISCO los comercializa? Precisamente ese, que los precios de DISCO sean iguales o semejantes a los fijados por sus competidores. Sabido es que las casas de alimentos de congelados compiten con los grandes supermercados a través de la fijación de un precio menor. Si el precio es similar o mayor, el consumidor tenderá a dirigirse al Supermercado, por*

cuanto es quien le ofrece una mayor variedad de productos y servicios” (Informe N° 35/014, a fs. 699 A.A).

X) En suma, de acuerdo a los elementos relevados, entiende el Tribunal que la presión ejercida por DISCO respecto a las proveedoras de productos congelados, a fin de que éstas impusieran listas de precios mínimos a las casas de venta de congelados, se encuentra suficientemente probada.

Dicha conducta resulta violatoria de lo dispuesto en los arts. 2° y 4° literal A) de la Ley 18.159.

En tal sentido, el art. 2° de la “Ley de Defensa de la Libre Competencia en el Comercio”, prohíbe tanto “*el abuso de posición dominante*”, como “*todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante*”.

A su vez, el art. 4° de la Ley, realiza una enumeración a título enunciativo de prácticas que se declaran expresamente prohibidas, en tanto configuren alguna de las situaciones enunciadas en el art. 2°. Concretamente, en el literal A) de dicha disposición, se declara prohibida la práctica consistente en “*Concertar o imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva*”.

Esta hipótesis es, justamente, la que ha sido detectada en el caso, habiéndose probado la existencia de una imposición de precios de venta de parte de los proveedores de productos congelados a las casas de venta de dichos productos, imposición que fue promovida o instigada por la empresa

actora, razón por la cual cabe considerar como responsables de esta práctica anticompetitiva tanto a la promotora de la conducta (la aquí accionante), como a sus ejecutoras materiales (las empresas distribuidoras de productos congelados).

Es claro que se trata de una conducta que tuvo por efecto restringir o al menos distorsionar la competencia en el mercado relevante (de productos congelados), por lo cual se verifican en el caso los requisitos previstos en el art. 2º para considerar que estamos ante la configuración de una práctica anticompetitiva.

XI) Respecto a la legitimidad de la sanción aplicada a la actora.

Habiéndose concluido, en los párrafos anteriores, que la conducta anticompetitiva de la accionante está suficientemente acreditada en obrados, cabe ahora enfocarse en la legitimidad (o ilegitimidad) de la sanción aplicada por la Administración respecto a la infracción cometida por la empresa.

Sobre el punto, aduce la impugnante en su demanda, que la sanción que le fue aplicada resulta desproporcionada y excesiva.

Funda tal agravio en tres planteos: por un lado, sostiene que no se tomaron en cuenta, para la fijación de la multa, los parámetros indicados en la normativa legal; por otro lado, señala que la sanción es ilegítima por no haberse determinado correctamente por la Comisión el mercado relevante en el que se desarrolla la competencia; y por último, alega que la sanción aplicada es excesiva y desproporcionada en relación a la jurisprudencia administrativa anterior de la Comisión.

A juicio del Tribunal, no le asiste razón a la actora en tales planteos, en función de los motivos que serán analizados a continuación.

XII) Primeramente, sostiene la promotora que el legislador no ha dejado en libertad a la Comisión para imponer las sanciones en forma absolutamente discrecional y mucho menos en forma arbitraria, sino que ha establecido una serie de criterios y parámetros que necesariamente deben ser respetados, so pena de que el acto resulte viciado de nulidad.

A este respecto, considera la actora que la resolución viola la normativa legal, por cuanto: a) no determinó la existencia ni entidad patrimonial del daño presuntamente causado por la conducta imputada; b) en cuanto al grado de participación, no consideró que DISCO es ajeno a la fijación de precios sugeridos; c) no valoró la ausencia de intencionalidad de la actora; d) respecto a la “condición de reincidente”, no tomó en consideración la ausencia de antecedentes de la empresa accionante; e) no tomó en cuenta la correcta y leal actitud asumida por la promotora durante las actuaciones administrativas, lo que sí fue considerado como atenuante para otras de las empresas investigadas.

A juicio del Tribunal, el agravio no resulta de recibo.

En primer término, corresponde señalar que la sanción impuesta a la actora se encuentra dentro de los márgenes previstos en la Ley 18.159, más precisamente en su art. 17, cuya redacción original, vigente al momento del dictado del acto encausado, preveía:

“Art. 17: Cuando las actuaciones administrativas concluyeran con la constatación de que se desarrollaron prácticas anticompetitivas, el órgano de aplicación deberá ordenar su cese inmediato y de los efectos de las

mismas que aún subsistieren, así como sancionar a sus autores y responsables.

Las sanciones consistirán en:

A) Apercibimiento.

B) Apercibimiento con publicación de la resolución, a costa del infractor, en dos diarios de circulación nacional.

C) Multa que se determinará entre una cantidad mínima de 100.000 UI (cien mil unidades indexadas) y una cantidad máxima del que fuere superior de los siguientes valores:

1) 20.000.000 UI (veinte millones de unidades indexadas).

2) El equivalente al 10% (diez por ciento) de la facturación anual del infractor.

3) El equivalente a tres veces el perjuicio causado por la práctica anticompetitiva, si fuera determinable.

Las sanciones podrán aplicarse independiente o conjuntamente según resulte de las circunstancias del caso. (...)”.

Ahora bien. Tal como correctamente apunta la actora, el legislador no ha dejado en libertad a la Comisión para aplicar tales sanciones en forma totalmente discrecional, sino que ha establecido una serie de parámetros que deben ser respetados a la hora de determinar la sanción a imponer.

En tal sentido, en el inciso 4° del citado art. 17 de la Ley 18.159, se dispone lo siguiente: “*A efectos de su determinación, se tomará en cuenta: la entidad patrimonial del daño causado; el grado de participación de los responsables; la intencionalidad; la condición de reincidente; y la actitud asumida durante el desarrollo de las actuaciones administrativas*”.

En la especie, a criterio de la mayoría del Cuerpo, la Administración ha tomado razonablemente en consideración los parámetros previstos en la ley para la determinación de la sanción a aplicar a la empresa accionante.

XIII) A este respecto, las mayores dudas podrían presentarse en relación al primero de los criterios referidos en la norma, el relativo a “*la entidad patrimonial del daño causado*”, puesto que en el cuerpo de la resolución impugnada no se hace referencia concreta a la cuantía del perjuicio generado por la conducta de la actora.

En el Informe N° 13/014 de los Dres. Alejandra GIUFRA, Martín THOMASSET y Patricia ORDOQUI (obrante a fs. 549 a 559 A.A.), al que expresamente se remite la resolución atacada, sostienen los referidos asesores: “*La conducta de DISCO atentó contra la libre competencia del mercado, imponiendo condiciones de negociación a empresas de menor poderío económico, al punto de fomentar y exigir su desabastecimiento.- Tampoco generó beneficio alguno a los consumidores, sino que por el contrario les perjudicó, por cuanto debieron pagar más caro por la compra de sus productos*” (fs. 557 y vto. A.A.).

Si bien hay referencia al daño, tanto en la resolución como en algunos de los informes previos, es cierto que la entidad del daño patrimonial no ha sido cuantificada.

Sin embargo, no puede dejar de señalarse que la misma Ley 18.159, en su art. 17 literal C) numeral 3°, luego de referir al “*perjuicio causado por la práctica anticompetitiva*”, agrega inmediatamente: “*si fuera determinable*” (destacado no original).

Dicha aclaración final, realizada en la disposición legal al momento de regular la cuantía de las sanciones de multa, no hace más que anticiparse

a una realidad que la actora pretende desconocer: que en muchas ocasiones existen prácticas anticompetitivas que generan perjuicios, pero sin que la entidad de ese daño sea determinable.

En efecto, en los hechos es habitual que se verifiquen conductas contrarias a la competencia cuyos perjuicios sean difíciles o aun imposibles de determinar a ciencia cierta, no obstante lo cual, ello no significa que la práctica anticompetitiva no se haya configurado.

No puede obviarse, asimismo, que la actual legislación reguladora de la competencia ni siquiera exige, como condición *sine qua non*, que la conducta prohibida haya ocasionado un efectivo perjuicio al interés general.

Sobre el punto, conviene recordar lo dicho por el Tribunal en la Sentencia No. 59/2016:

“La Ley N° 18.159 prevé en su artículo 2°, la prohibición de “...todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante...”.

Así, cae el argumento de la accionante, acerca de que no se verificó “daño alguno al interés general, al bienestar, a los derechos de los consumidores.”.

La Ley N° 18.159 no exige como condición de procesabilidad como lo requería la antigua norma (Ley N° 17.243), en su artículo 14, “...que la distorsión en el mercado genere perjuicio relevante al interés general”.

Conforme la Ley N° 18.159, se entiende como “anticompetitivo” aquel comportamiento que produzca efectos negativos “restringir, limitar,

obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante”; así como el que sin haber llegado a producir esos efectos, se realice con el objetivo de producir un eventual perjuicio competitivo” (Cfme. Sentencia No. 59/2016).

En consecuencia, la objeción que señala la actora, relativa a que la Administración no cuantificó la entidad del daño causado, no puede ser de recibo como elemento que pueda determinar la ilegitimidad de la sanción aplicada, por cuanto debe tenerse presente que el perjuicio causado por la práctica anticompetitiva no siempre será determinable.

XIV) En segundo lugar, en lo que dice relación con “*el grado de participación de los responsables*” y con “*la intencionalidad*” de la conducta, debe de verse que la Comisión señala expresamente en el Considerando 16) de la resolución impugnada que “*(...) a los efectos de la determinación de las sanciones correspondientes, en relación a Supermercados Disco del Uruguay S.A. se considera especial agravante su grado de participación e intencionalidad, dada su calidad de promotor de las prácticas anticompetitivas constatadas, conforme surge del Considerando 8 de la presente Resolución*”.

A su vez, en el referido Considerando 8), se indica: “*Que, por su parte, Supermercados Disco del Uruguay S.A. presionó en reiteradas oportunidades a Graba S.A. para que ésta le exigiera a varios de sus clientes respetar el precio mínimo de reventa de sus productos, amenazando imponer sanciones y haciéndolo efectivamente al suspender la compra de varios productos distribuidos por Graba S.A., violando los arts. 2 y 4 literal A de la Ley 18.159*”.

Es claro, por ende, que los señalados parámetros fueron tenidos especialmente en cuenta por la Administración, y no puede caber duda, luego de la lectura de los correos electrónicos anteriormente transcritos, que efectivamente existió “*intencionalidad*” en la conducta de la actora, y que su “*grado de participación*” en la práctica anticompetitiva fue por demás relevante, al haber tanto presionado como sancionado a la proveedora GRABA S.A. respecto a la fijación de precios mínimos a las casas de congelados.

XV) Por su parte, en lo que atañe a “*la condición de reincidente*”, es evidente que tal circunstancia no fue utilizada en el caso como agravante, pues la actora (al igual que las restantes empresas sancionadas) carecía de antecedentes.

Ello fue expresamente señalado en el Considerando 19) de la resolución atacada, en el cual se indicó que “*(...) todas las empresas investigadas son primarias, siendo ésta una especial atenuante*”, agregándose en el Considerando 21) que la Comisión, en su nueva integración, ponderó “*(...) especialmente el atenuante de la primariedad referido precedentemente*”, lo que condujo a una reducción de las sanciones inicialmente proyectadas.

XVI) Finalmente, en cuanto a “*la actitud asumida durante el desarrollo de las actuaciones administrativas*”, emerge del Considerando 18) que dicho parámetro fue utilizado como “*especial atenuante*” con respecto a las empresas MAOSOL S.A., CE.ME.SA. y GREENFROZEN S.A., mientras que, en relación a las otras dos empresas sancionadas (la actora y GRABA S.A.), no surge a texto expreso que se

haya tomado en cuenta tal circunstancia como atenuante de responsabilidad.

Ahora bien. A juicio Tribunal, no se advierte ilegitimidad en el hecho de no haber contabilizado la actitud asumida por la accionante en el desarrollo de las actuaciones como circunstancia atenuante de su responsabilidad.

En tal sentido, no surge del procedimiento administrativo la existencia de una actitud colaborativa de la empresa actora, que haya de alguna forma facilitado la labor de investigación de la Comisión, por lo que no se advierte la presencia de una conducta procesal que deba ser “premiada” por la Administración.

Resulta innegable que la empresa inspeccionada contaba con su legítimo derecho a defenderse, lo cual implicaba, entre otras manifestaciones, el derecho a negar la autoría de la conducta infraccional imputada. Ello se encuentra fuera de discusión.

En base a lo anterior, resultaría indudablemente ilegítimo el actuar de la Administración si ésta le hubiera computado a la actora como circunstancia agravante el hecho haberse defendido de las imputaciones, o de haber negado la comisión de la infracción de la cual se la acusaba.

No obstante, de ello no se deriva que, por el mero hecho de haber ejercido adecuadamente su derecho de defensa, la empresa deba necesariamente beneficiarse del cómputo de tal circunstancia como atenuante.

Por el contrario, cabe interpretar la mencionada “circunstancia alteratoria”, a la que la ley refiere como “*actitud asumida durante el desarrollo de las actuaciones administrativas*”, como una cuestión que

tiende a atenuar la responsabilidad de aquellos sujetos fiscalizados que, en el curso de la investigación administrativa, asuman una actitud de efectiva colaboración con la Administración, brindando elementos que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos investigados.

Tal comportamiento no se ha verificado en el caso de la accionante, por lo que se entiende legítima la no consideración de esta atenuante.

En suma, cabe concluir que las pautas legales para la correcta determinación de la sanción fueron correctamente aplicadas por la Administración, lo que conduce al rechazo del presente agravio.

XVII) Por otro lado, apunta la accionante que la Comisión no ha determinado correctamente el mercado relevante en el que se desarrolla la competencia, requisito sin el cual no es posible evaluar si una práctica afecta las condiciones de competencia, tal como expresamente lo exige el artículo 5° de la Ley 18.159.

Expresa al respecto que, al no resolverse por la CPDC el mercado relevante por producto, ello impide apreciar en su justo término la participación de DISCO en dicho mercado, y consecuentemente, el impacto de la conducta imputada.

A juicio del Tribunal, tampoco le asiste razón en el punto.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 5° de la Ley 18.159: *“A efectos de evaluar si una práctica afecta las condiciones de competencia, deberá determinarse cuál es el mercado relevante en el que la misma se desarrolla. Esto implica analizar, entre otros factores, la existencia de productos o servicios sustitutos, así como el ámbito geográfico comprendido por el mercado, definiendo el espacio de competencia*

efectiva que corresponda. El órgano de aplicación establecerá los criterios generales para la determinación del mercado relevante”.

En la especie, se entiende que la Administración ha cumplido adecuadamente con la exigencia normativa, relativa a la determinación del mercado relevante en el que se desarrollaron las prácticas previamente analizadas.

En tal sentido, en el Informe técnico N° 58/11, elaborado por el Ec. Marcelo PEREIRA, se delinea con precisión el mercado relevante, tanto en su definición, comprensiva de alimentos congelados y ultracongelados (a excepción de helados, postres y panificados, los que luego también serían incluidos), como en su nivel geográfico, delimitado por el territorio nacional (fs. 108 a 110 vto. A.A.).

En dicho informe, se dan pautas claras de las características del sector, dadas por la necesidad de equipamiento que permita la conservación del producto, la sustituibilidad de productos de acuerdo a la satisfacción de necesidades del consumidor final, los actores involucrados, etc.

Dicho universo de productos comprendidos en el mercado relevante se mantuvo en posterior informe del Ec. PEREIRA (N° 78/13, a fs. 453 vto. A.A.), aunque la CPDC finalmente resolvió, en función de la prueba relevada, incluir los helados, postres y panificados (*vide*: Resolución N° 133/13, a fs. 455 A.A.).

Contrariamente a lo afirmado por la actora, entiende el Tribunal que el criterio utilizado por la CPDC para definir el mercado relevante no luce como arbitrario.

Véase que ya en el Informe N° 78/13 se señalaba que en uno de los correos enviados por el Sr. MARIOTTA (Jefe de Compras de DISCO) a los

representantes de GRABA S.A., se les reclamaba a éstos por los precios de los helados “Frigor” (*vide*: fs. 440 A.A.). A su vez, también consta en el expediente la existencia de una comunicación entre GRABA y una casa de congelados que involucra tal producto (*vide*: correo electrónico obrante a fs. 359 A.A.).

En definitiva, el alcance de la investigación, delimitando el mercado relevante, fue adecuadamente explicitado por la Administración.

Así, el referido asesor Ec. PEREIRA, señaló con claridad: “(...) *La investigación no es en el mercado minorista de alimentos congelados, sino en el segmento mayorista, y teniendo en cuenta esos elementos es que se produjo la definición del mismo (en relación al mercado relevante), desde el punto de vista de producto así como geográfico*” (fs. 547 vto. A.A.).

Asimismo, en el Informe N° 39/014, nuevamente se explica la definición de mercado relevante adoptada por la Administración (*vide*: fs. 704 y ss. A.A.).

XVIII) Por lo demás, tratándose de una cuestión técnica, si la actora pretendía rebatir las fundadas consideraciones de los técnicos de la Administración en lo relativo a la definición del mercado relevante, debía presentar prueba hábil al efecto, lo que en el caso no hizo.

A propósito de cuestión similar, dijo el Tribunal en Sentencia No. 210/2017: “*Tratándose de una cuestión eminentemente técnica, la actora debió desplegar todas las probanzas a su alcance a efectos de avalar sus dichos, extremo que no acaeció.*”

En efecto, cuando se dirimen ante la jurisdicción contencioso anulatoria cuestiones que resultan eminentemente técnicas, su revisión por parte del Tribunal requiere, necesariamente, del aporte de prueba pericial

o técnica que acredite la sinrazón o el error de la decisión adoptada por la Administración.

Conforme ha sido señalado reiteradamente por el Tribunal, “(...) si es necesario rebatir apreciaciones técnicas fundadas de los funcionarios de la Administración, en materias técnicas o científicas, es indispensable producir prueba pericial que ilustre en esos aspectos, como única forma de informar o demostrar los errores de la decisión administrativa” (Cfme. Sentencia N° 174/2015; en igual sentido: Sentencias N° 958/1998, 742/2002, 940/2011 y 379/2012, entre otras)” (Cfme. Sentencia No. 210/2017).

En suma, cabe rechazar el agravio de la actora concerniente a la definición del mercado relevante por parte de la Administración.

XIX) Por último, en lo que a la medida de la sanción respecta, señala la promotora que la multa aplicada es desproporcionada en relación a la jurisprudencia administrativa anterior de la Comisión, lo cual, a su juicio, evidencia más aún el vicio en los motivos por abuso o exceso de poder.

Sobre el punto, estima la Sede, en mayoría, que no le asiste razón.

La actora trae a colación dos casos anteriores, uno relativo a un conflicto entre PLUNA y LOS CIPRESES S.A. (BUQUEBUS), y otro referente a la prestación de servicios de laboratorios a las instituciones públicas y privadas de asistencia médica de Salto.

Tratándose de casos cuyos hechos fueron diferentes a los que dieron lugar a la presente investigación (extremo en el que están de acuerdo ambas partes), se entiende por el Tribunal que no existe una base concreta que permita cotejar las sanciones adoptadas por la Administración en las

distintas oportunidades, a efectos de poder señalar como desproporcionada o excesiva la multa aplicada en la especie a la accionante.

En suma, si bien se ha agregado por la actora copia de las resoluciones recaídas en aquellos expedientes, la ausencia de adecuada fundamentación del agravio conduce indefectiblemente a su rechazo.

XX) Respecto a la alegada violación al principio “non bis in ídem”.

Sostiene asimismo la actora que ya ha sido sancionada por la vía de los hechos, mediante la exposición pública a que fue sometida por las declaraciones públicas efectuadas por los propios miembros de la Comisión, antes incluso de haber tenido la oportunidad procesal para articular sus descargos.

Aduce, al respecto, que la publicidad de los detalles de la investigación administrativa constituyó, en los hechos, una sanción con efectos más perjudiciales que los previstos en el art. 17 lit. B) de la Ley 18.159; por lo cual, la multa aplicada mediante la resolución impugnada configura una nueva sanción por los mismos hechos, lo cual provoca la nulidad del acto administrativo, por violación del principio de que nadie puede ser sancionado dos veces por los mismos hechos o “*non bis in ídem*”.

En relación a este planteo, entiende la mayoría del Tribunal que tampoco le asiste razón a la actora.

La participación mediática de los asesores y miembros de la Comisión, respecto a la cual existe suficiente prueba en obrados, no supone la existencia de una sanción propiamente dicha, que pueda llevar a pensar que la multa posteriormente impuesta mediante el acto encausado suponga una segunda sanción por los mismos hechos.

La normativa legal prevé, dentro del elenco de sanciones, a la publicación de la resolución sancionatoria, extremo que no se dio en el caso en la etapa de instrucción previa del asunto, a la que alude la accionante.

Tal como señala en su voto el Ministro Dr. GÓMEZ TEDESCHI, si la actora entiende que hubo perjuicio por manifestaciones “difamatorias” en la prensa, corresponde que ello sea dirimido ante la justicia competente, ya sea contra los funcionarios responsables o contra la propia Administración.

Pero no puede fundarse en las declaraciones de los jefes de la CPDC, la existencia de una presunta violación al principio de prohibición de doble juzgamiento o “*non bis in ídem*”, pues es claro que la empresa accionante no ha sido sometida a múltiples procedimientos por los mismos hechos.

XXI) Respecto a la invocada violación al principio de imparcialidad.

El último agravio de la actora dice relación con el distinto tratamiento dispensado a empresas que se encontraban en situaciones análogas al comenzar la investigación, lo que implica, a su juicio, una violación abierta al principio de imparcialidad, así como la existencia de desviación, abuso y exceso de poder.

En tal sentido, apunta por un lado que las firmas TIENDA INGLESA y MACROMERCADO, inicialmente investigadas, no fueron objeto de sanción alguna, lo que a su juicio es demostrativo de la existencia de desviación de poder en la actuación de la Administración. Por otro, observa que la Comisión dispensó a DISCO un tratamiento muchísimo más

riguroso que a las otras empresas sancionadas, lo cual, en su criterio, vicia el acto impugnado por exceso o abuso de poder.

A juicio del Tribunal el agravio tampoco resulta de recibo.

En primer término, respecto a la ausencia de sanción a TIENDA INGLESA, no surge de las actuaciones administrativas que haya existido un trato desigual ante situaciones análogas.

Se desconoce si se siguieron otras investigaciones respecto de dicha empresa, pero lo cierto es que, en la prueba obrante en esta causa, no consta la realización de una conducta por parte de aquélla que sea similar a la detectada en relación a la empresa actora.

Por su parte, en cuanto a la situación de MACROMERCADO, más allá de que se observan en el expediente algunos elementos que podrían eventualmente apuntar en el sentido de su posible participación en algunas de las conductas investigadas, lo cierto es que su situación fue analizada en su momento por los asesores de la CPDC, quienes estimaron que no se habían configurado a su respecto las prácticas anticompetitivas prohibidas por la ley.

No corresponde a este Tribunal sustituirse a la Administración en lo que atañe a la determinación de una eventual responsabilidad de dicha empresa en los hechos investigados.

Ello no quita que la Corporación pueda sí poner de manifiesto, cuando surja evidente, la existencia de un obrar ilegítimo de la Administración por resultar violatorio del principio de imparcialidad.

Sin embargo, a juicio de la mayoría, no se advierte que tal violación al referido principio haya tenido lugar en el presente caso, por lo que se irá al rechazo del agravio ensayado.

Por último, respecto al invocado “tratamiento muchísimo más riguroso” dispensado por la Comisión a DISCO en relación al conferido a las otras empresas sancionadas, se entiende que la diferencia entre las sanciones aplicadas en uno y otros casos tampoco resulta violatorio del principio de imparcialidad, sino que deriva del diferente grado de participación, y consecuentemente de responsabilidad, de cada una de las empresas en las conductas investigadas.

En suma, por los fundamentos expuestos, y atento a lo establecido en el artículo 309 de la Constitución de la República, el Tribunal, en mayoría,

FALLA:

Desestímase la pretensión anulatoria y, en su mérito, confírmase el acto administrativo impugnado.

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la cantidad de \$30.000 (pesos uruguayos treinta mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dr. Vázquez Cruz, Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Echeveste (r.), Dr. Corujo, Dr. Borges.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).