

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 9 de octubre de 2014.

No. 458

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY (AEU) con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de nulidad" (Ficha No. 885/11).

RESULTANDO:

I. Se procesa en autos demanda de nulidad contra la Resolución N° 49/011 emitida por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia el 10 de mayo de 2011.

Luego de historiar los aspectos relativos al agotamiento de la vía administrativa y su legitimación activa, señaló que al imponerse la obligación de derogar una reglamentación propia de la asociación, se está limitando una de las expresiones más básicas del derecho de asociación, que no es otra más que la posibilidad de dictar sus propias reglas; limitación que no ha sido impuesta por una ley, sino simplemente por un acto administrativo, por lo que éste resulta ilegítimo.

Indicó que el Arancel Oficial de la Asociación de Escribanos del Uruguay no es una mera norma interna sino que tiene fuerza y valor de ley en sentido orgánico-formal, en tanto diversas normas de rango legal remiten a ella a través de la técnica del reenvío.

Afirmó que la limitación al principio general de la libre competencia no sólo tiene rango legal, sino que además está dispuesta en función del

interés general, no existiendo ni constitucional ni legalmente la obligación de explicitar que la ley es dictada por dichas razones.

Alegó que el correcto y transparente desarrollo de la actividad notarial en sí misma es de interés general, no solo porque consiste en la tarea fundamental para el funcionamiento de un estado de Derecho de dar fe pública, sino que además implica labores como agentes de percepción de la Administración Tributaria del Estado.

Manifestó que aun cuando se considerara que el Arancel limita la competencia, igualmente la práctica de fijarlo no podría considerarse anticompetitiva en tanto constituye una facultad o prerrogativa especial otorgada por ley y el art. 2° in fine de la ley N° 18.159 dispone que el ejercicio de éstas no se considerará práctica anticompetitiva ni abuso de posición dominante.

Consideró que dicha prerrogativa especial conferida por la ley de la AEU no puede considerarse derogada por la ley N° 18.159 en tanto ésta no la incluyó en la enumeración de disposiciones derogadas.

Por dichas razones concluyó que, no siendo el principio de libre competencia de carácter absoluto y existiendo la prerrogativa legal otorgada a la AEU para el dictado del Arancel Oficial, no puede ser considerada una práctica anticompetitiva en tanto ha sido otorgada por Ley en sentido orgánico formal, dictada por razones de interés general.

Explicó que lejos de restringir la competencia, la existencia de un Arancel la favorece, en tanto impide la concentración del mercado y permite que la competencia no se centre en el precio sino en otras características del escribano más relevantes para la función de interés general que cumple.

Adujo que, aun cuando se entendiera que la existencia de un Arancel distorsiona la competencia, la práctica no podría ser considerada ilegítima conforme a las normas de defensa de la competencia dado que no genera un perjuicio al consumidor, sino que por el contrario le resulta beneficioso.

Expresó que, la consecuencia de no haber valorado los descargos oportunamente presentados, es la violación de la garantía de defensa, razón por la cual se impone su anulación.

Expuso que la resolución impugnada vulneró el núcleo esencial del derecho de asociación, incurriendo en una incorrecta ponderación de derechos y jerarquizando ilegítimamente un derecho sobre otro sin que exista ninguna disposición que lo habilite, incurriendo, además, en arbitrariedad e irrazonabilidad.

II. Conferido traslado de la demanda, a fs. 27 a 31 compareció el representante de la Administración demandada quien bregó por la confirmación del acto resistido.

Expresó que no puede admitirse que una asociación dicte sus propias normas en contravención de disposiciones legales de orden público, como lo son las contenidas en la ley N° 18.159.

Resaltó que sin desconocer la técnica del reenvío, sí se desconoce la presunta “fuerza inderogable” que pretende la actora atribuirle a su arancel oficial.

Sostuvo que ninguna de las normas citadas por la demandante, han excluido al ejercicio del notariado de las reglas de la libre competencia, no se ha consagrado un principio diferente por ley que le exima de su sujeción al régimen general consagrado en la ley 18.159.

Luego de analizar cada punto esgrimido en la demanda, respecto a que el arancel no distorsiona la competencia, consideró que quedará a cargo del legislador disponer exenciones, subsidios, etc. que, si bien afectará a la competencia, será con respaldo legal.

Consideró que la igualdad a acceso a servicios notariales que invoca la demandante, es loable pero no es lo que rige la economía de mercado.

Afirmó que no existió violación del derecho de defensa puesto que, los argumentos de las evacuaciones de vista y posiciones de las colegiaciones fueron objeto de valoración, sólo que se discrepó con el enfoque planteado por las gremiales.

Concluyó que no existió ni arbitrariedad ni irrazonabilidad.

III. Que abierto el juicio a prueba (fs. 33) se produjo la que luce certificada a fs. 79.

IV. Que alegaron de bien probado las partes por su orden (fs. 82 a 93 vta. y 96 a 100, respectivamente).

V. Que, conferida vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen N° 558/13 de fs. 105 y vta.), se citó a las partes para sentencia (fs. 107), la que se acordó en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) Que, en la especie, se han acreditado los extremos legales habilitantes requeridos por la normativa vigente (artículos 4 y 9 de la ley No. 15.869), para el correcto accionamiento de la acción de nulidad.

II) Que, la parte actora impugna la resolución N° 49/011, dictada el 10 de mayo de 2011, por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia por la que: 1) se dirige al Colegio de Abogados del

Uruguay, a la Asociación de Escribanos del Uruguay y al Colegio de Contadores, Administradores y Economistas del Uruguay, la instrucción obligatoria de derogar, en un plazo de 90 días, los aranceles profesionales resueltos por cada gremial, así como toda norma interna que se regule su existencia y su aplicación por parte de sus respectivos asociados, informando posteriormente a la Comisión del cumplimiento de dicha instrucción; 2) se autoriza a la Asociación de Escribanos del Uruguay a mantener y seguir fijando el Arancel Oficial con la única y exclusiva finalidad de ser utilizado a los efectos de la aportación a la Caja Notarial de la Seguridad Social, 3) se instruye al Colegio de Abogados del Uruguay, a la Asociación de Escribanos del Uruguay y al Colegio de Contadores, Administradores y Economistas del Uruguay para que, en un plazo de 120 días, difundan las derogaciones y autorizaciones establecidas en los numerales anteriores entre sus asociados y el público en general a través de los medios de comunicación que utilicen habitualmente para comunicarse con ellos, incluyendo los respectivos sitios webs, haciendo referencia a la presente resolución e informando posteriormente a la Comisión del cumplimiento dicha instrucción; 4) se continúa el estudio preparatorio de las condiciones de competencia en los restantes mercados de servicios profesionales.

La demandante considera ilegítimo el acto atacado por cuanto: a) constituye una violación al derecho de asociación; b) desconoce que el principio de libre competencia no es absoluto; c) se aparta de la realidad en tanto el Arancel no distorsiona la competencia; d) desconoce los beneficios para el consumidor o usuario plasmados en nuestra legislación desde la época pre-constitucional; e) es violatorio de la garantía de defensa en tanto

no se han considerado los argumentos expuestos en los descargos; f) no pondera los derechos en juego según la Constitución; y, g) es intrínsecamente contradictorio y, por ende, irrazonable.

III) Que, el propósito del acto impugnado obedece al “...objetivo de establecer la plena vigencia del principio de la libre competencia en los mercados de servicios profesionales...”, y, en tal sentido, se ordenó un estudio referido a los aranceles y otras prácticas, especialmente en algunas profesiones, como las de Administrador, Abogado, Contador Público, Economista y Escribano Público; estudio que estuvo a cargo del Economista Juan Alberdi y de la Doctora Karina Martínez.

A criterio de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, se puede concluir que: “...en general las asociaciones de profesionales tienen aranceles que guían u obligan a sus afiliados y aún a profesionales colegas que no están asociados a fijar sus honorarios correspondientes al ejercicio liberal de sus respectivas profesiones de acuerdo a las pautas que ellas establecen...” (Considerando 1 de la recurrida).

Sostiene, en consecuencia, que: “...la existencia de los referidos aranceles, en tanto tienen un cierto grado de obligatoriedad y establece precios únicos o mínimos para los servicios a prestarse, constituye a juicio de la Comisión una recomendación que tiene por objeto restringir, distorsionar o impedir la libre competencia, de acuerdo a la definición del Art. 2º y de los literales A y J del Art. 4º de la Ley N° 18.159 de 20 de julio de 2007...” (Considerando 2).

En el caso de la Asociación de Escribanos del Uruguay, la Comisión entiende que: “...en la justificación de la existencia de los aranceles profesionales presentada por la Asociación..., al decirse que “Los profesionales se ven beneficiados por la existencia de un Arancel, en la medida que se establece una remuneración para su trabajo que no es arbitraria ni queda sujeta a la libre competencia en la cual los poderosos ganan y los débiles pierden sino, por el contrario, honorarios que se establecen por las autoridades competentes en atención a la actividad desarrollada, la cual, por su naturaleza, no debe ser regida por las leyes del Mercado”, se está planteando la no vigencia de la Ley N° 18.159 en el mercado de los servicios notariales sin citar ninguna norma que fundamente dicha excepción en el marco de lo establecido en el primer inciso del Art. 2° de la Ley 15.189..., ni ninguna razón de eficiencia que lo justifique.....” (Considerando 6°).

A su vez, en el Considerando 11°) se expresa que: “...de acuerdo a la sugerencia de la Caja Notarial de Seguridad Social, sería posible que el aporte de los escribanos a la Caja Notarial de la Seguridad Social siguiera efectuándose a partir de un ficto (Art. 29 de la Ley N° 17.437) pero sin que dicho ficto mantenga el carácter de arancel de cumplimiento exigido a los miembros de la correspondiente Asociación....”.

Al contestarse la demanda se sostuvo que no se ha violado el derecho de asociación dado que no es admisible que una asociación dicte sus propias normas en contravención de disposiciones legales de orden público.

No es de recibo pretender que una ley posterior en el tiempo y de orden público, deba ceder frente a disposiciones de reenvío a una

reglamentación de una asociación, dejando inmutable un sistema de percepción de honorarios que debe ser modificado.

Ninguna de las normas que se han citado en la demanda han excluido al ejercicio del notariado de las reglas de la libre competencia, no se ha consagrado un principio diferente por ley que le exima de su sujeción al régimen general consagrado en la ley de 2007.

Considera que basta mirar otros servicios y mercados para comprender que un acuerdo de precios mínimos colide totalmente con las disposiciones de la ley de libre competencia.

La aseveración que el arancel no perjudica al consumidor constituye una aseveración que, en todo caso, podría hacerse si se estableciera un arancel máximo, pero al fijar un mínimo cabe preguntarse de qué abuso se protege al consumidor que, en cualquier caso, tendrá que abonar esa cantidad o más.

La Comisión observó en todo momento no solo el debido proceso sino el camino de diálogo permanente, tanto con la demandante como con las otras gremiales. Los argumentos de las evacuaciones de vista y posiciones de las colegiaciones fueron objeto de valoración en todos los casos, sólo que se discrepa con el enfoque planteado por las gremiales.

No existe contradicción en el hecho de ordenar derogar y permitir “mantener y seguir fijando”, al sólo efecto del cálculo tributario. Viene al caso recordar el supuesto del salario mínimo nacional y su transformación en la actual base de prestaciones y contribuciones. Se siguió fijando un índice para indexar ciertas prestaciones, sólo que dejó de ser el salario mínimo nacional y pasó a ser un indicador para indexar ciertas sumas. Es el

mismo caso, sólo que con una picardía evidente se pretende estigmatizar la actuación de la Comisión mostrando una incongruencia que no existe.

IV) Que, en el presente pronunciamiento, en lo pertinente, se han de reproducir la fundamentación expuesta en los autos individualizados con la ficha 149/2012, en donde el Colegio de Abogados del Uruguay acciona reclamando la nulidad de la resolución también aquí atacada, puesto que, en puridad, el debate se plantea en términos similares.

En la referida sentencia, se ha expuesto por este Tribunal que: “...parece desprenderse del texto de la impugnada, en especial de su Considerando 2), que en el caso que nos ocupa, el órgano de aplicación, reputa que la mera existencia de arancel en determinadas asociaciones profesionales, constituye un supuesto violatorio de los principios y reglas de la libre competencia.

Tal y como se señala en doctrina, el artículo 2º de la ley 18.159 está directamente inspirado en el artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea y, en tal sentido, “...la primera etapa en la evaluación de conductas consiste en analizar si la conducta en cuestión genera o proyecta una distorsión en la competencia en el mercado relevante.

Si la conducta no tiene incidencia en la competencia, la misma resulta irrelevante a los fines de la Ley. Podrá tratarse de una práctica ilegal por constituir, por ejemplo, un acto de competencia desleal, pero sin distorsión de la competencia, no violará la Ley...” (Alejandro ALTERWAIN, ¿Cómo determinar si una práctica empresarial es “anticompetitiva, Revista de Derecho y Tribunales, Nº 7, pág. 125 y ss.).

En tal orden de ideas, se ha dicho: “...La Ley, entonces, se afilia a esta postura de concebir las reglas de defensa de la competencia como un

instrumento de protección del consumidor. El medio por el que opta la Ley para lograr ese fin (objeto) perseguido por la Ley es la “promoción y defensa de la competencia” (además del estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de acceso de empresas y productos a los mercados).

(.....) Así, el inciso segundo del artículo 3 establece que, al valorar las conductas se deberá tener en cuenta si contribuyen al fin perseguido por la Ley (el bienestar de los consumidores y usuarios) y si permiten concretar uno de los medios establecidos en la Ley para ello (la eficiencia económica). El inciso mencionado dice, concretamente: “A efectos de valorar las prácticas, conductas o recomendaciones indicadas.....el órgano de aplicación podrá tomar en cuenta si esas prácticas, conductas o recomendaciones generan ganancias de eficiencia económica a los sujetos, unidades económicas y empresas involucradas, la posibilidad de obtener las mismas a través de formas alternativas, y el bienestar que se traslada a los consumidores”.

El Dr. Alejandro Alterwain sostiene: “Cuando una práctica no provoca efectiva o potencialmente un daño al actual o futuro usuario -ya sea en materia de precios, calidad, innovación o alternativas- la práctica no es anticompetitiva, en los términos de la Ley.... Ello implica que a efectos de determinar si una conducta es anticompetitiva, no basta que se cumpla el “tipo”, es decir, la estricta configuración del ilícito del Artículo 2 de la Ley.

Es necesario que dicha conducta afecte el objeto o bien jurídico protegido por la norma, en este caso el bienestar del actual y futuro consumidor y usuario”.

Con el mismo fundamento, la Ley no prohíbe la actuación que se realice en el mercado para obtener una posición dominante. La conquista

del mercado en cuanto tal no es anticompetitiva (artículo 2, numeral tercero in fine). Lo que se prohíbe es el abuso de dicha posición dominante, con el fin de obtener ventajas o causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio (artículo 6).....” (Cristina VIGNONE, Fundamentos de la Ley N° 18.159 de promoción y defensa de la competencia, Revista citada, N° 16, pág. 240 y 241).....”.

En suma, en la referido pronunciamiento se concluía en que: “...Para la calificación y juzgamiento de esta clase de conductas, tengamos presente que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, nuestra ley no sanciona con prácticas per se, sino que se requiere de un proceso de valoración de la conducta por parte del Órgano de Aplicación (Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia).

Por ende, no todas aquellas prácticas con apariencia anticompetitiva podrán ser sancionadas, sino que se deberá analizar la razonabilidad de las mismas y determinar si ellas tienen causa justificada.

A estos efectos, el Órgano de Aplicación deberá analizar si la conducta con aspecto anticompetitivo es razonable o no a nivel de mercado, o si se realiza a los solos efectos de obtener ventajas o causar perjuicios a terceros con el objeto o efecto de limitar la competencia...(Cfm. ALGORTA MORALES Paula, Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo, págs. 39 - 41)...” (voto de la Sra. Ministra, Dra. Mariela Sassón).

V) Que, así las cosas, la controversia se plantea a punto de partida de reputarse, en la resolución N° 49/011 recurrida, que el Arancel del AEU constituye “...una recomendación que tiene por objeto

restringir, distorsionar o impedir la competencia, de acuerdo a la definición del Art. 2º y de los literales A) y J) del artículo 4º de la ley 18.159”.

Es decir, pues, queda fuera de la discusión y del análisis, el otro supuesto que prevé el artículo 2º, esto es, si la AEU, en tanto asociación gremial, abusa de una posición dominante en el mercado, en el sentido definido en el artículo 6º de la ley 18.159:

“....se entiende que uno o varios agentes gozan de una posición dominante en el mercado cuando pueden afectar sustancialmente las variables relevantes de éste, con prescindencia de las conductas de sus competidores, compradores, o proveedores....”.

Limitada la cuestión de esta manera, interesa a la decisión del presente caso recordar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2º de la ley 18.159, se prohíben 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.

Va de suyo que, en primer término, es preciso delimitar el mercado relevante puesto que sin dicha delimitación, no es posible determinar si la práctica, conducta, recomendación, tiene por efecto u objeto impedir, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar, el juego de la competencia.

Es claro que la valoración de esa práctica, conducta o recomendación que persigue por efecto u objeto la finalidad exigida legalmente, debe realizarse en un marco real y en el contexto jurídico y económico en que aquélla se despliega.

Ante textos similares, la justicia europea ha señalado que la exigencia finalística anotada, no constituyen requisitos acumulativos, sino

alternativos, tal como lo indica la conjunción disyuntiva “u”, lo que determina que el acaecimiento de uno de ellos, torna innecesario el análisis y/o verificación del otro supuesto.

La nocividad de los efectos de la práctica, conducta, recomendación respecto de la competencia exige que, de hecho, concurren de modo suficiente los supuestos que acrediten que se han conjugado los verbos previstos en la norma en estudio.

Respecto del objeto, como señala ALTERWAIN, debe atenderse al “...fin explícito o implícito de la práctica. De acuerdo con jurisprudencia reiterada de la Unión Europea, ante una idéntica expresión legal, no es necesario que la intención de las partes sea ilegítima, ni aún que las partes tengan una intención anticompetitiva. Basta que “por su propia naturaleza”, la práctica sea restrictiva de la competencia, tal como ocurre típicamente con los arreglos de precios o repartos de mercados.....” (op. cit. pág. 133).

En este orden de ideas, los tribunales comunitarios han presumido la existencia de una finalidad o tendencia restrictiva de la competencia, en particular, cuando es consecuencia necesaria de la práctica, una restricción de la competencia.

En tal sentido, se considera que las empresas guiadas por criterios racionales han de conocer las repercusiones que, según las circunstancias del caso, pueden derivarse de su conducta, de manera que, al menos indirectamente, desean esas repercusiones.

VI) Que el acto recurrido considera que la existencia de los referidos aranceles colide con lo preceptuado por el artículo 2º de la ley 18.159 y también con lo preceptuado por los literales A) y J) del artículo 4º de la referida norma.

Al respecto se estima del caso que debe puntualizarse que las prácticas “...expresamente prohibidas...” que se enumeran en el artículo 4º, a “...título enunciativo...”, lo son “...en tanto configuren alguna de las situaciones enunciadas en el Artículo 2º de la presente ley...”; esto es, en tanto tengan por efecto u objeto distorsionar la libre competencia actual o futura en el mercado relevante de que se trata.

Por consecuencia, como ha dicho la Sala Sexta del Tribunal General de la Unión Europea, en sentencia del 27 de setiembre de 2012 (asunto T - 357/2006): “...la carga de la prueba de una infracción....., incumbe a la autoridad que la alega, que está obligada a aportar las pruebas que acrediten de modo suficiente en Derecho la existencia de hechos constitutivos de una infracción. Por otra parte, el juez de la Unión ha precisado que la existencia de una duda en el ánimo del juez debe favorecer a la empresa destinataria de la decisión mediante la que se declara una infracción (véase en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, United Brands y United Brands Continental/Comisión, 27/76, Rec. p. 207, apartado 265) y que, por tanto, en consonancia con la presunción de inocencia, el juez no puede decidir que la Comisión ha acreditado la existencia de la infracción de que se trate de modo suficiente en Derecho si sigue albergando dudas sobre esta cuestión.....”.

VII) Que, a la luz de los conceptos expuestos, corresponde examinar si la prueba recopilada respalda el quehacer administrativo cuestionado por la parte actora.

La resolución impugnada se funda en el estudio realizado por los consultores Karina Martínez y Juan Alberti que, en el caso concreto de los Escribanos, en el capítulo VI del informe, denominado “Identificación de

posibles presunciones **no** corroboradas de prácticas anticompetitivas” (subrayado del Redactor), concluyó en que: “...El caso de los escribanos tiene muchos puntos en común al de los abogados pero difiere en algunos, donde es similar es en que el mercado relevante fue definido como el total de los profesionales de esta profesión y el mercado uruguayo en su totalidad. Se constató, además, la vigencia actual del arancel, la necesidad de éste a los efectos de estimar los aportes de los profesionales y la poca incidencia de las posibles barreras de entrada estudiadas. En los servicios prestados por estos profesionales, además, la legislación referente a los aportes a la seguridad social (Caja Notarial) hace remisión expresa al Arancel a efectos de su cálculo. En buena parte de su actividad deben por ley tener en cuenta estos aranceles.

Una diferencia importante respecto a los abogados, por otra parte, radica en el porcentaje de afiliados sobre el total de escribanos. La institución, tal cual se explicitaba en el análisis, cuenta con un 95% de afiliación. El análisis de impacto de la fijación de los aranceles radica entonces en si hoy estos profesionales estén, en la práctica, teniéndolos en cuenta al momento de fijar sus honorarios.

Según lo constatado en la reunión con la Asociación de Escribanos del Uruguay, no se detectan casos de incumplimiento pero, asimismo, se concluyó, por lo explicado en el apartado correspondiente, que hay una falta de mecanismos de control. En algunos casos parecería ser lógica la necesidad de escaparse del arancel.

En el caso de los escribanos se resume, así pues, que existe un incentivo a deslindarse del arancel y que existe la probabilidad de que esto suceda en la práctica. Este punto debe de constatarse con un análisis más

profundo de esta profesión pero es difícil suponer, en este escenario hipotético, que el arancel se traduzca perfectamente al precio de mercado.

Si es posible de definir a la práctica en sí misma como una asociación de agentes que compiten y por tanto, avalada por la ley en algunos casos y condenada por otros, representa una práctica anticompetitiva. El grado en el que esta práctica se traduce al mercado, al igual que en el caso de los abogados, debe ser estudiado con herramientas metodológicas que no fueron utilizadas en esta investigación.....” (fs. 41 y vto. A.A.).

En el capítulo de “CONCLUSIONES”, se asevera que la práctica de fijación de aranceles si bien estaría limitando de forma relativa la competencia. “....no se puede afirmar el grado en que estas prácticas se traducen al mercado y por tanto el grado en el que están afectando a la sociedad.....” (fs. 43 vto. A.A.).

Sobre tales premisas, manifiesta en su voto el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Harriague: “....De acuerdo a tales circunstancias, se imponía que en el estudio del mercado relevante realizado se determinase fehacientemente cuál es el impacto que el Arancel como práctica colusoria de imposición de precios tiene en el referido mercado de los servicios profesionales y así poder visualizar en qué medida es distorsivo o restrictivo de la competencia del mismo.

Y esto es precisamente lo que los consultores no pudieron determinar en su estudio conforme a las conclusiones que arribaron.

Sin poder acreditar en qué grado o medida la práctica de fijar un Arancel por parte de una asociación gremial restringe, limita, obstaculiza,

distorsiona o impide la competencia en un mercado relevante (artículo 2° de la ley 18.159), no hay acto competitivo en sí mismo considerado...”.

A su vez, la Sra. Ministra, Dra. Mariela Sassón expuso: “...del documento reseñado -base de la decisión- no surge que se haya acreditado que la recomendación -aranceles- que implicaría una imposición de precios de los servicios profesionales, tenga el carácter de abusiva, ni siquiera que tenga una traducción real al mercado.

Es claro que sin tal acreditación, resulta imposible considerar si distorsiona la competencia en el mercado, como tampoco si los consumidores se ven perjudicados por su existencia.

Porque justamente lo que debía acreditar la CPDC como presupuesto de hecho para dictar el acto, es el grado en que tales prácticas impactan, o al menos resultan idóneas para distorsionar la competencia en el mercado de los profesionales.....”.

En este orden de ideas, es preciso tener presente el informe que obra a fs. 324 y ss. A.A. de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas, en cuanto expresa que se: “...comparte lo manifestado por los recurrentes, en el sentido de que el estudio de campo que encomendó la Comisión con la finalidad de analizar de competencia en los mercados de servicios profesionales, a efectos de determinar la eventual existencia de limitaciones puntuales a la competencia, a través del análisis de los aranceles profesionales, concluyó que existe la práctica de asociación de agentes competidores para acordar un precio por sus servicios profesionales, “aunque sus efectos no hayan sido posible de medir y no se haya podido constatar si efectivamente esto se realizó en forma abusiva”....”.

Se agrega, luego, que: “.....Acorde a ello, podría inferirse que no se ha fehacientemente demostrado que la determinación de los aranceles profesionales determinen una distorsión o restricción de la competencia siendo necesario -como así lo manifestaron los consultores actuantes- un estudio más profundizado, de índole cuantitativo, basándose en una encuesta a una población representativa, en la cual se podrá conocer con mayor precisión el impacto real de los aranceles profesionales en el mercado y sus posibles limitaciones a la competencia.....”.

“...En el contexto previamente analizado y más aún de lo observado por el propio informe que antecede al acto, no podemos considerar en forma fundada, que las prácticas desarrolladas por las asociaciones gremiales que impugnan, sean las específicamente prohibidas por el artículo 4º de la Ley 18.159, necesitando para ello, de estudios más profundizados que puedan realmente cuantificar la limitación o el impacto que pueda generar la determinación de estos valores al usuario.....”.

En suma, a punto de partida de que en la legislación patria, no prevé la existencia de práctica anticompetitiva por sí, sino en tanto y en cuanto tengan por efecto u objeto la distorsión de la competencia en el mercado relevante correspondiente, va de suyo que es carga del órgano de aplicación, en el caso la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, acreditar fehacientemente la existencia de la práctica, conducta o recomendación en los términos exigidos por la ley.

A juicio del Tribunal, tal extremo no ha sido probado, lo que determina la nulidad del acto impugnado.

En efecto, como enseña CAJARVILLE: “...En todo caso, el acontecer de los hechos es una circunstancia exterior, cuya existencia se

impone a la Administración objetivamente, desde fuera, de la cual el ejercicio del poder de dictar el acto aparecerá como la consecuencia jurídica.

Por tanto, en cuanto a la apreciación de la existencia o inexistencia en sí misma de los hechos y su valoración jurídica (legitimidad o ilegitimidad), la Administración no goza de ninguna discrecionalidad.

Si los hechos operantes como supuesto normativo, o motivos del acto administrativo, no existen o no son como la Administración pretende, el acto estará viciado por inexistencia de los motivos...” (Sobre Derecho Administrativo, tomo II, págs. 31 y 32).

Sin perjuicio de lo dicho, se estima del caso señalar que el Colegiado participa del parecer de la actora cuando hace notar la irrazonabilidad del acto encausado, aludiendo a la “intrínseca contradicción” que se desprende de su parte dispositiva, numerales 1º y 3º, respectivamente.

Al respecto expresa en su voto el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Harriague: “... Claro está que no puede derogarse algo y mantenerse vigente al mismo tiempo. Independientemente de cuál sea el fin con que se pretende que este Arancel se continúe dictando, dicho dictado, impide por sí mismo, el cumplimiento del numeral 1º de la resolución resistida.

Dicha irrazonabilidad, torna arbitrario el acto impugnado, y la consecuencia de dicha arbitrariedad no puede ser otra que la ilegitimidad del acto cuya nulidad se impetra. Deviene aplicable, lo sostenido por GORDILLO, quien haciendo referencia a la temática planteada, señaló que la arbitrariedad, en cuanto vicio que hace antijurídico a un acto, tiene que ver con la exigencia de razonabilidad: vicia el objeto en los casos de actos contradictorios, desproporcionados, absurdos o ilógicos en su contenido y

vicia la voluntad cuando el administrador se base en su sola intención personal (Cfm. Tratado...tomo III, pág. 26 y ss)...”.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal,

F A L L A :

Haciendo lugar a la demanda y en su mérito, anulando la resolución N° 49/011, dictada el 10 de mayo de 2011, por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, en la parte objeto de impugnación.

Sin especial condenación.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$20.000 (pesos uruguayos veinte mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

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

Dr. Marquisio. (Sec. Letrado).