

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 13 de agosto de 2019.

No. 520

VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “VISUAR URUGUAY S.A. con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de Nulidad” (Ficha No. 603/2017).

RESULTANDO :

I) La parte actora compareció y dedujo pretensión anulatoria contra la Resolución No. 158/016, de 9 de diciembre de 2016, mediante la cual se dispuso: “1. *Considerar finalizada la presente investigación concluyendo que las empresas VISUAR URUGUAY S.A., TGM S.A., INCOTEL S.A., LG ELECTRONICS ARGENTINA S.A., MOTOCICLO S.A. y SAMSUNG ELECTRONICS ARGENTINA SUCURSAL URUGUAY S.A. han violado la normativa vigente en materia de libre competencia, articulas 2 inciso segundo y 4 literales A e I de la Ley 18.159.*

2. Ordenar a las empresas VISUAR URUGUAY S.A., TGM S.A., INCOTEL S.A., LG ELECTRONICS ARGENTINA S.A., MOTOCICLO S.A. y SAMSUNG ELECTRONICS ARGENTINA SUCURSAL URUGUAY S.A. el cese definitivo de la conducta de fijación de precios mínimos de reventa en el mercado de televisores en el territorio nacional.

3. Sancionar a las empresas VISUAR URUGUAY S.A. con multa de U.I. 1.400.000 (unidades indexadas un millón cuatrocientas mil), a INCOTEL S.A. y LG ELECTRONICS ARGENTINA S.A. con multa de U.I. 550.000 (unidades indexadas quinientos cincuenta mil) cada una, a TGM

S.A. con multa de U.I. 200.000 (unidades indexadas doscientas mil), a MOTOCICLO S.A. con multa de U.I. 1.700.000 (unidades indexadas un millón setecientas mil) y a SAMSUNG ELECTRONICS ARGENTINA SUCURSAL URUGUAY S.A. con Apercibimiento (...)” (fs. 2 a 5 vto., infolios y fs. 1342 a 1345 vto., pieza 7, en 1628 fojas, A.A.).

En su expresión de agravios, manifestó en síntesis que: a) no existió de su parte incumplimiento a la normativa; b) la conducta que se le imputa carece de sustento y de racionalidad; c) carece de posición dominante; d) el cese transitorio de ventas a BARANUR S.A. obedeció a motivos estrictamente comerciales; e) no está probado el supuesto de hecho que motivó la sanción; f) existió abuso de la Administración en el ejercicio de su poder sancionatorio, con desproporción de la sanción; g) en comparación con la situación de otros denunciados se violó el principio de igualdad; h) la sanción resulta irracional en atención a la colaboración que prestó VISUAR S.A.

La actora no llevó a cabo una política de fijación de precios de reventa. No existen pruebas que VISUAR S.A. impusiera precios mínimos a los comercios minoristas por el simple hecho que dicha práctica no se verificó en la realidad.

El mercado de televisores no es concentrado, sino que es normal y de perfecta competencia. No tiene sustento ni razonabilidad la conducta que se le imputa. Si se impusieran precios mínimos perdería el mercado que ha ido ganando pues los consumidores dejarían de comprarle para hacerlo a la competencia.

La modalidad con la que comercializa la actora es la de presentar una lista de productos al potencial cliente (canal de distribución) y un precio de

venta al público sugerido o de referencia, lo cual de por sí no es ilegal pues en definitiva no se impone un precio al canal de venta, quien luego decide a qué precio comercializará la mercadería. No se puede obviar que BARANUR S.A. es una empresa independiente, ajena a VISUAR S.A. y que por tanto tiene la capacidad y aptitud de fijar los precios que entienda del caso.

Para imputarle responsabilidad, la Comisión se apoyó en un e-mail donde un empleado de BARANUR S.A. sostuvo que respetaría los precios de venta al público. Si dicha empresa respeta o no los precios es una cuestión netamente interna y de carácter comercial de dicha empresa. Mediante este único medio de prueba se hizo la mera inferencia que la accionante habría impuesto un precio de reventa cuando ello no fue y no surge probado que así fuera.

Al no existir ningún medio de prueba que acredite la conducta imputada, no cabe más que concluir en la ilicitud del acto. Lo mismo cabe decir respecto a la supuesta “*posición dominante*” que tendría VISUAR S.A., que no sólo no se verificó en la realidad, sino que tampoco se acreditó que existiera una afectación en el mercado. De las actuaciones surge que VISUAR S.A. representa aproximadamente un veintiséis por ciento del mercado de televisores, por lo que carece de posición dominante dado que no posee la capacidad de fijar las variables del mercado. Pero aún si se entendiera que se puede responsabilizar a una empresa sin posición dominante, VISUAR S.A. actuando en forma independiente carece de capacidad para distorsionar la competencia. Por otra parte, lo que la Ley castiga es el abuso de posición dominante.

La Comisión fundó sus conclusiones de “*imposición*” de precios mínimos únicamente en un correo electrónico que envió el Sr. Rafael Cernicchiaro (de la empresa WOOW), que se contestó en forma genérica y sin dar ningún tipo de instrucción por el Sr. Manuel Luelmo (dependiente de VISUAR S.A.).

En dicho correo electrónico fue BARANUR S.A. que informó a VISUAR S.A. que aceptaba, en forma por demás genérica todos los puntos con la visión y el objetivo que hubiera un crecimiento comercial conjunto a futuro entre ambas empresas. No existió un solo atisbo de abuso ni imposición de ningún tipo. La orfandad probatoria en ese sentido es palmaria. No existe ningún medio de prueba que permita concluir que la actora le impuso el precio de reventa a BARANUR S.A. y mucho menos en forma abusiva. El correo electrónico es sumamente genérico y nada acredita al respecto.

La Administración señaló que TGM S.A., INCOTEL S.A. y VISUAR URUGUAY S.A. tenían una participación en el entorno del treinta por ciento del mercado en el período 2012-2014. No parece razonable afirmar que con dicha participación pudieran por sí solos afectar en forma sustancial las variables del mercado. Es totalmente arbitrario concluir que como la práctica la habrían llevado a cabo “*tres empresas*” se afecta el mercado. Lo relevante es el porcentaje y no el número de empresas. En lo que refiere a VISUAR S.A., no son relevantes las conductas de TGM S.A. y LG ELECTRONICS ARGENTINA S.A. porque no existió ni surgió probado ningún pacto colusorio.

Tampoco resulta probado que se perjudicara a los consumidores pues existían una infinidad de opciones de compra y acceso a los televisores que

vendía VISUAR S.A. en los más diversos canales, tanto tradicionales como “*online*”. No sólo es sumamente amplia la oferta y la demanda, sino que además se trata de un mercado con una competencia acérrima.

En cuanto a los precios a los que vendía BARANUR S.A. sus productos, no fueron ni remotamente el motivo por el cual se cesó transitoriamente la venta. Por el contrario, el cese puntual de las ventas se debió a motivos estrictamente comerciales. Es la propia Comisión la que vinculó el cese de las ventas con las condiciones de precios de reventa.

BARANUR S.A. vendía a los precios que quería (precios muy bajos en opinión de MOTOCICLO S.A.) y VISUAR S.A. continuaba vendiéndole. Si no se hubiesen verificado presiones por parte de MOTOCICLO S.A. y de SAMSUNG la actora jamás habría dejado de venderle. El cese transitorio de ventas a BARANUR S.A. por parte de la accionante no se debió a un incumplimiento de los precios de reventa sino a una política comercial de SAMSUNG derivada de las presiones de MOTOCICLO S.A.- Además, VISUAR S.A. reanudó las ventas a BARANUR S.A. en forma prácticamente inmediata pues en diciembre de 2014 se volvió a comercializar con la referida empresa.

Se produjo una errónea valoración de la prueba en base a hechos inexistentes. VISUAR S.A. no violó ninguna norma jurídica y su conducta ha sido totalmente ajustada a derecho.

Existió abuso de la Administración en el ejercicio de su poder sancionatorio con desproporción en la sanción. No existe relación razonable entre el monto de la multa y la actividad de la empresa. Por supuestamente haberle impuesto un precio de venta a una sola empresa minorista se la sancionó con un millón cuatrocientas mil unidades

indexadas. No hay ningún parámetro que permita justificar una sanción de tal magnitud.

A las otras empresas se les impuso una multa mucho menor en función de su participación en el mercado, lo cual es totalmente ajeno a la conducta en sí misma. La pretendida mayor capacidad contributiva que se le atribuye viola el principio de razonabilidad. Se violó además el principio de igualdad por el distinto tratamiento a las empresas. En el Informe No. 9/016, el asesor Thomasset consideró que SAMSUNG EA intervenía en las decisiones comerciales de la empresa, resultando inverosímil que desconociera las políticas de precios mínimos de reventa. Es sumamente cuestionable que se multe a una empresa por la fijación de precios mínimos de reventa obligatorios cuando la propia Administración señaló que era SAMSUNG la que dirigía la política de precios. Otro factor que determina la irracionalidad de la sanción es que no se considerara como atenuante su actitud de buena fe y colaboración. La Comisión le impuso una multa completamente desmedida.

En definitiva, solicitó el amparo de la demanda (fs. 36 a 56).

II) Conferido el correspondiente traslado compareció la Dra. Alejandra Giufra -en representación de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia-, quien tras relacionar los antecedentes del caso se opuso al accionamiento en base a la siguiente fundamentación.

En primer lugar, se refirió al mercado relevante, el que quedó circunscripto al de *“televisores en el territorio nacional”*, por ser éste en donde se estaban verificando con mayor frecuencia las prácticas anticompetitivas. Dentro de dicho mercado, pueden distinguirse tres niveles en la cadena de comercialización: 1er. nivel: el de las empresas que

representan a las marcas comerciales y participan activamente en la negociación entre distribuidores y minoristas; 2do. nivel: el de los distribuidores. Se trata de empresas independientes al punto que algunas trabajan sin exclusividad; y 3er. nivel: el de los minoristas, que adquieren los televisores para revendérselos al público. No actúan como representantes ni consignatarios de la mercadería, comprando los productos bajo su propio costo y riesgo.

De las empresas sancionadas, SAMSUNG ELECTRONICS ARGENTINA SUCURSAL URUGUAY S.A. y LG ELECTRONICS S.A. actúan en el primer nivel; VISUAR URUGUAY S.A., TGM S.A. e INCOTEL S.A. en el segundo; y MOTOCICLO S.A. en el tercero. Por su parte, BARANUR S.A. (la denunciante) es minorista, actuando en el mismo nivel que MOTOCICLO S.A.

En segundo término, expresó que la Comisión sancionó a VISUAR S.A. por fijar precios mínimos de venta. En el Informe No. 49/2015 se realizó un profundo análisis acerca de la fijación de precios mínimos de reventa, conducta que la jurisprudencia norteamericana y la europea han considerado que se trata de una práctica anticompetitiva, porque puede restringir la competencia de varias maneras facilitando la colusión con el efecto inmediato de que los distribuidores se vean impedidos de bajar el precio. En otras palabras, el efecto directo del mantenimiento de precios de venta es un incremento de los precios. En nuestro continente las consideraciones han sido similares. El principal perjudicado por los precios de reventa mínimos es el consumidor.

En el caso concreto, de los mails intercambiados entre Rafael Cernicchiaro (WOOW) y Manuel Luelmo (VISUAR S.A.), así como del

mail enviado por Leonardo Silveira (WOOW) a Tacuabé Terradas (SAMSUNG), resulta suficientemente acreditada la existencia de una práctica concertada de fijación de precios mínimos y otras condiciones de reventa de televisores planos SAMSUNG entre SAMSUNG EA y VISUAR S.A.

El tenor de las comunicaciones es claro: para vender productos SAMSUNG, WOOW estaba obligada a aplicar los precios por VISUAR S.A. Manuel Luelmo (dependiente de VISUAR S.A.) lo reconoció al señalarle a Rafael Cernicchiaro (WOOW) que debía respetar los puntos que habían tratado el día anterior y que ponía por escrito. Esos puntos eran “*vender sus productos a PVP*” y que para la fijación de descuentos se atendiera a determinadas condiciones. Por lo tanto, resulta contradictorio afirmar que el precio de venta al público no fuera obligatorio mientras simultáneamente exigía que este (y las condiciones de descuento) fueran respetadas.

VISUAR S.A. cuestionó que la Comisión se basara únicamente en dos mails para fijar su condena, obviando tendenciosamente la trascendencia de estas comunicaciones. De su lectura se aprecia que fueron las que fijaron las condiciones que rigieron la relación comercial con WOOW, de allí al futuro y por tiempo indeterminado.

En cuanto a los argumentos expuestos por el cese de ventas, no corresponde su análisis porque VISUAR S.A. no fue sancionada por dicha práctica.

La Comisión concluyó que, al tratarse de una idéntica práctica impulsada por varias empresas, sus efectos podían presentarse como si hubiera existido un acuerdo inter-marcario. El Informe No. 108/2015

estuvo orientado en este sentido al señalar que la práctica de fijación de precios mínimos de reventa (PMR), fue llevada adelante por un conjunto de empresas en forma simultánea (TGM S.A., VISUAR SA. e INCOTEL S.A.), razón por la cual se analizaron las cuotas conjuntas del mercado de las empresas involucradas, para determinar el impacto de la práctica.

La argumentación tendente a negar una posición de dominio carece de asidero, pues la actora no fue condenada por ello, sino por incurrir en una práctica individual cometida simultáneamente por una pluralidad de agentes que ostentan una significativa participación del mercado (treinta por ciento).

La Comisión consideró que dicho porcentaje de participación en el mercado era suficiente para afectar las condiciones del mercado, presionando los precios al alza en comparación a los niveles que serían fijados por las empresas si no tuvieran dicha restricción.

El efecto de la fijación de los precios mínimos de reventa es que los comercios minoristas se vean impedidos de competir bajando los precios de venta al público. La práctica de fijación de precios de reventa operó como una clara limitación a la competencia dentro del mercado relevante, pues teniendo los agentes un precio de reventa mínimo que respetar, no era posible competir por debajo del mismo. Este tipo de limitaciones tiende a favorecer a los grandes locales de venta, pues ante la igualdad de precios con los canales de venta no tradicionales, el consumidor tenderá a concurrir a los primeros.

Adicionalmente, el perjuicio a los usuarios y consumidores se traduce en un incremento de los precios pagados. Resulta evidente que, si los comercios se ven impedidos de vender por debajo de determinada línea

de precio, el sobre precio artificial recaerá sobre ellos.

Con respecto a la cuantía fijada para la multa, se encuentra dentro de los parámetros previstos en la Ley. La justificación de cada cuantía surge expresada en los Considerandos Nos. 33 y 34 del acto, así como también de los informes que le dieron sustento. Se tomó especialmente en cuenta la dimensión de las empresas en el mercado relevante y su poder en las relaciones comerciales bilaterales, debiendo aclararse que dentro del treinta por ciento de participación VISUAR S.A. ocupaba la mayor parte del mismo.

Con referencia a la violación al principio de igualdad, la actora trajo a colación la disparidad con la sanción impuesta a SAMSUNG E.A. citando un informe técnico (No. 9/2016) que le atribuía participación en la fijación de precios de reventa. Sin embargo, la Comisión no sancionó a dicha empresa por esa conducta sino por el cese de ventas. Al ser la plataforma fáctica distinta, no es posible concluir en la existencia de un quiebre al principio de igualdad.

Por último, la colaboración de la empresa VISUAR S.A. se consideró especialmente conforme surge del Considerando 33 del acto.

En suma, solicitó la confirmación de la resolución impugnada (fs. 60 a 68 vto.).

III) Por Decreto No. 8197/2017 (fs. 70) se dispuso la apertura a prueba, diligenciándose la que luce agregada y certificada a fs. 76.

IV) Las partes alegaron por su orden (fs. 79 - 93 y fs. 96 - 97, respectivamente).

V) El Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso

Administrativo se pronunció mediante Dictamen No. 518/2018, y aconsejó el rechazo de la demanda (fs. 100 a 101).

VI) Puestos los autos para sentencia, previo pase a estudio de los Sres. Ministros en forma sucesiva, se acordó en legal y oportuna forma (fs. 103).

CONSIDERANDO :

I) En el aspecto formal, se han cumplido las exigencias que, según la normativa vigente (Constitución artículos Nos. 317 y 319 y Ley No. 15.869 de 22 de junio de 1987, artículos 4 y 9), habilitan el examen de la pretensión anulatoria.

La Resolución No. 158/016 se emitió el 9 de diciembre de 2016 (fs. 2 a 5 vto., *infolios* y fs. 1342 a 1345 vto., pieza 7, en 1628 fojas, A.A.) y se notificó vía electrónica el 12 de diciembre de 2016 (fs. 1350, pieza 7, A.A.).

El 22 de diciembre de 2016 se interpusieron en forma conjunta y subsidiaria los recursos de revocación y jerárquico (fs. 1420 a 1438, pieza 7, A.A.).

El acto conclusivo de la vía administrativa se produjo mediante *denegatoria ficta*, a los doscientos días sin que la Administración resolviera el recurso jerárquico, el 17 de julio de 2016.

La demanda se interpuso tempestivamente el 8 de setiembre de 2017 (nota de cargo, fs. 57).

II) A fin de efectuar un correcto abordaje de la situación planteada corresponde realizar una reseña de los antecedentes relevantes para la resolución de la causa.

El 24 de julio de 2014, la empresa BARANUR S.A. (cuyo nombre

comercial es “*WOOW*”, tienda “*on-line*” de compras de distintos tipos de bienes y servicios), planteó ante la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Finanzas, una denuncia por prácticas anticompetitivas desplegadas por los representantes y distribuidores oficiales de las principales marcas de productos de electrónica (principalmente, de *televisores*), quienes en determinado momento se pusieron de acuerdo para dejarle de vender sus productos (fs. 160 a 171, pieza 1, A.A.). Adjuntó además recaudos documentales en nueve anexos que fueron incorporados a las actuaciones (fs. 002 a 159, pieza 1, A.A.).

El 31 de julio de 2014 se expidió la Dra. Alejandra Giufra, quien por Informe No. 67/2014 (fs. 173 a 173 vto., pieza 1, A.A.) sugirió declarar la pertinencia de la denuncia y dar vista a los denunciados, así como a MOTOCICLO S.A., temperamento que se siguió mediante Resolución No. 74/014, de 5 de agosto de 2014 (fs. 172 a 172 vto., pieza 1, A.A.).

En el decurso de la instrucción del procedimiento se procedió a conferir vista de la denuncia a todas las empresas involucradas y a MOTOCICLO S.A., así como al diligenciamiento de la prueba ofrecida por dichas empresas (fs. 175 a 211, pieza 1; fs. 212 a 449 vto., pieza 2; fs. 441 a 653, pieza 3; y fs. 654 a 678, pieza 4, A.A.).

El 23 de diciembre de 2014, se emitió el informe económico No. 109/2014, por parte del Economista Marcelo Pereira, quien analizó las características del mercado relevante de la electrónica (estableciendo un número de veinticinco mercados relevantes de productos en los cuales los oferentes serían aquellos que realizan ventas mayoristas), y sus distintos

canales de comercialización, en particular para la dispersión de precios, así como la eventual existencia de “free riders” (fs. 681 a 692, pieza 4, A.A.).

El 19 de enero de 2015, el Dr. Martín Thomasset elaboró el informe jurídico No. 2/2015 (fs. 695 a 723, pieza 4, A.A.), en el cual consideró que ***“Las probanzas diligenciadas hasta el momento arrojan pruebas contundentes respecto a la posible existencia de una política de fijación de precios de reventa por parte de algunos agentes. Asimismo, surge la existencia de pautas para la fijación de descuentos, llegando en algunos casos a establecerse topes porcentuales, e incluso mecanismos y formas en que estos podían hacerse efectivos.”*** (fs. 703, pieza 4, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

El dictaminante analizó todos los mails intercambiados entre los representantes de distintas marcas y la empresa denunciante sobre la fijación de los precios de venta al público, y el posterior cese de ventas de algunas de ellas (fs. 703 vto. a 706, pieza 4, A.A.).

Sostuvo que, con relación a la alegación de que las conductas individuales no pueden ser anticompetitivas de no existir posición de dominio, *“el suscrito destaca que el artículo 2 de la Ley N° 18.159, además de prohibir el abuso de posición dominante, prohíbe “todas las prácticas, conductas o recomendaciones, **individuales**...que tengan por efecto y objeto...” De este modo la Ley es clara al distinguir al abuso de posición dominante (cuyo ejercicio además puede ser colectivo) de las prácticas, conductas o recomendaciones individuales.”* (fs. 719, pieza 4, A.A.).

Concluyó su informe afirmando la necesidad de ampliar el elenco de personas citadas diligenciando nuevos elementos probatorios, dar vista a

las empresas involucradas del informe, intimar a PANASONIC a comparecer, dar por evacuada la vista de SONY URUGUAY y tener por presentados los descargos de INTCOMEX (TGM) S.A. (fs. 723 vto., pieza 4, A.A.).

El 28 de enero de 2015 se dictó la Resolución No. 3/2015, por la cual la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia dispuso conferir vista de las actuaciones y diligenciar la prueba propuesta en el informe No. 2/015 (fs. 726 a 727, pieza 4, A.A.).

Una vez evacuadas las vistas y diligenciada la prueba, el Dr. Thomasset volvió a pronunciarse mediante informe No. 49/2015 de 20 de julio de 2015 (fs. 985 a 1014, pieza 5, A.A.), en el cual señaló como *conclusiones preliminares*: “1- **Que varias de las investigadas cesaron parcial o totalmente sus ventas a BARANUR. Al momento surge constatado el cese de ventas/negativa a comercializar por parte de VISUAR, SAMSUNG EA, INTCOMEX, PHILIPS U, TECH DATA y LG EA;**

2- *Que atento a la información que surge de autos no en todos los casos es posible identificar los productos afectados, por lo que se sugiere a las partes a que aporten información suficiente para su identificación;*

3- **Que existieron presiones de terceros, habiéndose logrado identificar a la firma MOTOCICLO;**

4- **Que el cese habría operado como sanción por el incumplimiento de BARANUR a los precios mínimos de reventa fijados;**

5- *Que INCOTEL fue la empresa que más televisores vendió a BARANUR durante el 2014, y que el 96% de los mismos eran marca AOC;*

6- *Que si bien (al menos hasta el momento) no se ha logrado constatar la existencia de un acuerdo intermarcas, las prácticas detectadas podrían tener un efecto similar al que si éste hubiese existido;*

7- *No puede pasar inadvertido el hecho de que algunos de los distribuidores que participaron en el cese actúan intermediando entre los minoristas y las marcas competidoras.*” (fs. 1010 a 1011, pieza 5, A.A.) (la negrilla no está en el original).

El 18 de diciembre de 2015 se realizó el informe económico No. 108/2015 por parte de la Economista Stephanie Lima (fs. 1086 a 1096 vto., pieza 6, A.A.), quien entendió que el mercado relevante en el cual se habían llevado adelante prácticas de fijación de precios mínimos de reventa había quedado circunscripto al de la comercialización de *televisores en el territorio nacional*.

De su análisis a dicho mercado relevante concluyó: “(...) *no se encontraron razones de eficiencia económica que justifique la fijación de precios mínimos de reventa (PMR)*.”

Por otra parte, tampoco fue posible hallar condiciones de comercialización especiales como ser acuerdo de exclusividad u obligación de comprar determinado mix de productos, que enfrentaran los competidores de Baranur, y que justificaran que a este último le fueran impuestos PMR de manera de equiparar dichas condiciones.

En cuanto a la posible existencia de una práctica de Free-riding llevada adelante por Baranur en detrimento de sus competidores, no se encontró evidencia que sostenga este argumento. Por un lado, de acuerdo a la literatura consultada, la modalidad de compra de los consumidores consiste mayoritariamente en buscar precios por internet para luego

realizar sus compras en un local comercial. Por otra parte, se pudo constatar que otras empresas que compiten con Baranur utilizan su misma modalidad de venta, además de contar con locales comerciales instalados.

Finalmente al analizar la participación de mercado conjunta de las empresas: TGM S.A (INTCOMEX), INCOTEL S.A. y VISUAR URUGUAY S.A, se pudo determinar que sus ventas representan prácticamente un tercio del mercado relevante, por lo cual la práctica de fijación de PMR incidirá en las condiciones de comercialización dentro del mismo, concretamente presionando los precios al alza, en comparación a los niveles que serán fijados por las empresas si no tuvieran esta restricción (...)

Como se expresó anteriormente no se encontraron razones de eficiencia económica ni de otra índole que justifiquen la fijación de PMR, por lo cual, en el caso analizado, dicha conducta constituye una práctica anticompetitiva pasible de ser sancionada por parte de la Comisión.” (fs. 1096 a 1096 vto., pieza 6, A.A.) (la negrilla no está en el original).

El 21 de enero de 2016 el Dr. Martín Thomasset emitió el informe jurídico No. 9/2016 (fs. 1098 a 1108 vto., pieza 6, A.A.), en el cual compartió la categorización de mercado relevante realizada y concluyó -en lo que aquí interesa-: “3- **Que VISUAR y SAMSUNG EA concertaron imponer a BARANUR precios mínimos obligatorios y políticas de descuentos para la reventa de productos marca SAMSUNG, en especial de televisores planos**”.

Asimismo, señaló con relación al cese de ventas: “1- **Que varias de las investigadas cesaron parcial o totalmente sus ventas a BARANUR. Al**

momento surge constatado el cese de ventas/negativa a comercializar televisores planos por parte de VISUAR, SAMSUNG EA, INTCOMEX y LG EA.

2- *Que existieron presiones de terceros, habiéndose logrado identificar a la firma MOTOCICLO (...)*” (fs. 1108, pieza 6, A.A.) (la negrilla no está en el original).

El 7 de abril de 2016 la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia dictó la Resolución No. 37/016 (fs. 1110 a 1110 vto., pieza 6, A.A.), por la cual consideró finalizada la investigación y ordenó dar vista a las partes del proyecto de resolución final sancionatorio (fs. 1111 a 1114, pieza 6, A.A.) para que manifestaran sus descargos y ofrecieran, de entenderlo necesario, prueba complementaria.

En esta etapa, la actora presentó su escrito de descargos esgrimiendo planteos defensivos de análogo tenor al de la demanda que formuló en autos (fs. 1189 a 1199, pieza 6, A.A.).

Una vez incorporadas la totalidad de las evacuaciones de vista se volvió a expedir el Dr. Martín Thomasset mediante informe jurídico No. 109/2016 (fs. 1327 a 1334, pieza 6, A.A.). Con respecto a los descargos presentados por VISUAR S.A. señaló -en lo medular- que la prueba no refiere a precios sugeridos sino obligatorios, cuestión que quedó clara con la respuesta del Sr. Manuel Luelmo, en la que señaló que debían “*respetarse*” los puntos que surgían del mail, entre ellos los “*PVP*”. Si debían respetarse es porque BARANUR S.A. no tenía flexibilidad alguna para fijar otra cosa. Por otra parte, VISUAR S.A. no debería olvidar que BARANUR S.A. es un agente independiente que estaba en una posición de inferioridad comercial respecto de sus proveedores. Además, es menester

destacar que si bien es cierto que en el caso de VISUAR S.A. se trató de “*un solo mail*”, de éste surgieron las condiciones de comercialización entre ambas empresas. Recalcó que debe tenerse en cuenta el contexto, donde era habitual que las empresas fijaran precios de reventa obligatorios. De dicho mail surgieron las condiciones de comercialización entre ambas compañías, con lo cual se respaldan adecuadamente las conclusiones atacadas (fs. 1330 a 1331, pieza 6, A.A.).

Luego de ello hizo lo propio la Economista Stephanie Lima al expedirse por informe No. 123/2016, de 8 de diciembre de 2016 (fs. 1338 a 1341, piezas 6 a 7, A.A.). Sobre los descargos presentados por VISUAR S.A. dijo -en esencia- lo siguiente: ***“A fs. 1291 la empresa VISUAR afirma no poseer posición dominante en el mercado relevante, al respecto, se reitera que en el presente expediente las cuotas de mercado de las empresas fueron analizadas en forma conjunta por verificarse un grado de concomitancia en la práctica de fijación de precios mínimos de reventa. Posteriormente agrega: “(...) no parece razonable pensar que únicamente el 30% de los sujetos que participan en el mercado pueden por sí solos afectar en forma SUSTANCIAL las variables del mercado”. Respecto a este último punto, cabe aclarar que el porcentaje de mercado necesario para afectar las condiciones del mismo, varía en cada caso, no existiendo actualmente en la Ley No. 18.159 parámetros que establezcan cuando una participación de mercado puede ser considerada como dominante o no por parte de la Comisión. En el caso particular del mercado de televisores en el territorio nacional, la información analizada (aportada por la asesoría de Política Económica) permitió constatar que el resto de la oferta se encuentra altamente atomizada por lo que 3***

empresas que conjuntamente reúnen el 30% del mercado si tienen un grado de impacto importante en el mismo (...)” (fs. 1340 vto., pieza 7, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Finalmente, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia del MEF procedió al dictado del acto sancionatorio que se enjuicia en los presentes obrados (fs. 2 a 5 vto., *infolios* y fs. 1342 a 1345 vto., pieza 7, en 1628 fojas, A.A.).

III) El Tribunal, habrá de compartir la solución propuesta por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (fs. 100 a 101 vto.), y desestimaré la demanda, por los fundamentos que se explicitarán.

De los antecedentes administrativos que informan la investigación de competencia llevada adelante por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia surge que la empresa BARANUR S.A. (que gira bajo el nombre comercial WOOW como tienda de venta “*on - line*” de bienes y servicios en Uruguay), denunció a determinadas empresas importadoras y distribuidoras de productos electrónicos -principalmente, en lo referente a televisores- por **bloqueo y exclusión del mercado** (fs. 160 a 171 vto., pieza 1, A.A.).

En el decurso de la investigación se entendió que existían pruebas contundentes respecto a *“la posible existencia de una política de fijación de precios de reventa por parte de algunos agentes”* (fs. 703, pieza 4, A.A.).

Así pues, los ejes de la investigación transitaron por la averiguación de la existencia de dos prácticas anticompetitivas: **a) la fijación obligatoria de precios mínimos de reventa** de los productos denunciados

por parte ciertos agentes; y **b) el cese de la venta y suministro de tales productos** por parte de determinadas empresas.

Tras cumplirse las distintas etapas del procedimiento, la Administración dio por concluida la investigación señalando -en términos generales- que “(...) *las empresas VISUAR URUGUAY S.A., TGM S.A., INCOTEL S.A., LG ELECTRONICS ARGENTINA S.A., MOTOCICLO S.A. y SAMSUNG ELECTRONICS ARGENTINA SUCURSAL URUGUAY S.A. han violado la normativa vigente en materia de libre competencia, artículos 2 inciso segundo y 4 literales A e I de la Ley 18.159.*” (punto 1 del contenido dispositivo del acto, a fs. 5 vto., *infolios* y a fs. 1345 vto., pieza 7, A.A.).

La determinación de la responsabilidad de VISUAR S.A. se centró en sancionarla por su participación en la fijación de precios mínimos de reventa. En este sentido, en el Considerando 29) se expresó: “*Que conforme todo lo expresado, la Comisión se habrá de expedir ordenando el cese de la conducta de fijación de precios mínimos de reventa en el mercado de televisores en el territorio nacional y sancionando a las empresas cuya participación en dicha práctica ha resultado probada: TGM S.A. (INTCOMEX), INCOTEL S.A., VISUAR URUGAUY S.A. y LG ELECTRONICS ARGENTINA S.A.*” (fs. 4 vto. a 5, *infolios* y fs. 1344 vto. a 1345, pieza 7, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

En tanto la responsabilidad por el cese de la venta y suministro de televisores a la denunciante, así como el ejercicio de presiones para proceder en tal sentido, exigiendo que se respetaran los precios mínimos de

reventa, recayó sobre otras empresas (ver Considerandos 30), 31) y 32) del acto, a fs. 5, *infolios* y a fs. 1345, pieza 7, A.A.).

Antes de ingresar al análisis del caso concreto, resulta relevante efectuar algunas precisiones generales acerca de la Ley de Defensa de la Competencia No. 18.159.

Nuestro esquema normativo, de acuerdo a lo previsto en el inciso 3° del artículo 2° de la Ley No. 18.159, adhiere al enfoque europeo de defensa de competencia en el sentido de que no considera ninguna conducta como anticompetitiva *“per se”* sino que toda conducta aparentemente anticompetitiva debe ser evaluada a la luz de la regla de la razón o *“rule of reason”*; es decir, por más que una conducta sea lo más objetivamente restrictiva de la competencia, puede llegar a no serlo si se demuestra que tal conducta es desplegada a efectos de compensar o contrarrestar aspectos negativos del mercado que se trate en cuestión.

Dicho inciso 3° del artículo 2° de la Ley No. 18.159 establece: *“A efectos de valorar las prácticas, conductas o recomendaciones indicadas en el párrafo que antecede, el órgano de aplicación podrá tomar en cuenta si esas prácticas, conductas o recomendaciones generan ganancias de eficiencia económica de los sujetos, unidades económicas y empresas involucradas, la posibilidad de obtener las mismas a través de formas alternativas, y el beneficio que se traslada a los consumidores. La conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación con sus competidores, no constituye una conducta de restricción de la competencia.”*

Como lo advierte Martínez Blanco, *“A entender de los propios promotores de la ley, con este artículo se está priorizando el uso de la*

regla de la razón (“rule of reason”), que requiere un análisis que evalúe y sopesa por un lado los argumentos de ejercicio de poder de mercado y por el otro los argumentos de eficiencia.

No todo ejercicio de poder de mercado, ni todos los acuerdos o actuaciones entre empresas, que parecen lucir externamente como anticompetitivos, en los hechos lo son” (Cf. Camilo Martínez Blanco, “Manual Básico de Derecho de la Competencia”, FCU, 1ª edición, noviembre de 2007, p. 71).

En la misma línea de razonamiento, Algorta Morales observa: “A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, nuestra ley no sanciona prácticas “per se”, sino que 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” (Cf. Paula Algorta Morales, “Prácticas Prohibidas”, en “Estudios sobre la Defensa de la Competencia y Relaciones de Consumo”, Dirección: Santiago Pereira Campos y Daniel Rueda Kramer, FCU, 1ª edición, octubre de 2008, p. 39).

En otro orden, y como en todos los casos de defensa de la competencia, la determinación del mercado relevante y su ámbito

geográfico es un elemento clave para la correcta dilucidación de este tipo de asuntos. En este sentido, el artículo 5º de la Ley No. 18.159 dispone: “(Mercado relevante). - 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.”

De acuerdo con la referida norma legal resulta fundamental la noción de sustituibilidad (tanto sea de la demanda como de la oferta) como factor esencial para poder definir de la mejor manera el concepto de mercado de producto relevante.

Así, Martínez Blanco define al concepto de sustituibilidad como “(...) el grado en que los productos y servicios, pueden considerarse intercambiables desde el punto de vista de los productores o de los consumidores (...)” (Cf. Camilo Martínez Blanco, “Manual Básico de Derecho de la Competencia”, op. cit., p. 177 y Miguel Odriozola, “El Mercado Relevante”, en “Estudios sobre la Defensa de la Competencia y Relaciones de Consumo”, op. cit., p. 69).

En el *sub examine*, el mercado relevante quedó delimitado a la *comercialización de televisores en Uruguay*. En este sentido, se comparte el análisis efectuado por la Economista Stephanie Lima en su informe económico No. 108/015 de fecha 18 de diciembre de 2015 (fs. 1086 a 1096

vto., pieza 6, A.A.), en el cual delimita precisamente cuál es el mercado relevante en el caso.

Es claro que la denuncia se dirigió fundamentalmente al mercado de los televisores (a lo sumo extendido a los monitores de computadora por su intercambiabilidad), pero no más allá puesto que este tipo de productos electrónicos no son intercambiables con otros, como ser equipos de audio, heladeras o secadores de cabello.

Distintos tipos de agentes económicos se mueven en dicho mercado, a saber: los importadores representantes de determinada marca en Uruguay (SAMSUNG, LG o AOC), sus distribuidores oficiales (como por ejemplo la accionante respecto de la marca SAMSUNG) y sus vendedores mayoristas y minoristas.

La accionante VISUAR URUGUAY S.A., es *distribuidor oficial* de la marca SAMSUNG en Uruguay y ostenta aproximadamente un veintiséis por ciento del mercado relevante de televisores en el país, principal operador en un mercado poco concentrado y con varios operadores en escena.

En este contexto, y a partir del encuadre normativo, conceptual y fáctico que se viene de reseñar, se habrá de analizar el caso concreto.

IV) El argumento central de la demanda apuntó a sostener básicamente que no está probado el supuesto de hecho que motivó su sanción. La accionante cuestiona que a partir de un mail donde un empleado de la denunciante menciona precios y un dependiente de VISUAR S.A. se refiere a ellos con una aceptación genérica de crecimiento no puede tenerse por probada su participación en la fijación de precios. Mediante este único medio de prueba se hizo una mera inferencia que la

accionante habría impuesto un precio de reventa cuando ello no fue y no surge probado que así haya sido.

Los integrantes del Tribunal consideran que de acuerdo a la prueba recogida en la instrucción de la investigación desarrollada (sobre todo, en los e-mails intercambiados entre los directivos de VISUAR y los ejecutivos de WOOW y las declaraciones de los gerentes y ejecutivos de ventas de las empresas involucradas), y de acuerdo a la “*rule of reason*”, surgen ***indicios claros, unívocos y concordantes*** que la empresa distribuidora accionante sancionada, VISUAR URUGUAY S.A (televisores Samsung), participó junto a otras empresas también sancionadas (TGM S.A (INTCOMEX, televisores o monitores AOC) e INCOTEL S.A (televisores LG) de un ***acuerdo colusorio de tipo vertical*** para la fijación de precios mínimos de reventa a la empresa de ventas “*on-line*” BARANUR S.A. (WOOW).

Dicho acuerdo colusorio se revela al menos ***implícitamente*** en los múltiples elementos probatorios agregados en obrados, y sobre todo por el comportamiento unísono de los agentes en el mercado en el desarrollo de la práctica anticompetitiva reseñada durante el período investigado.

No existe una explicación alternativa racional a la práctica concertada de que, en determinado momento, los distribuidores coludidos decidieron no venderle más productos a la denunciante.

Como define Devis Echandía, el indicio es “*un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en las normas generales de la experiencia o en principios científicos o*

técnicos.” (Cf. Hernando Devis Echandía: “*Teoría General de la Prueba Judicial*”, tomo II, Zavalia Editor, 5ª edición, Bs. Aires, 1981, p. 601).

En similar sentido, Taruffo señala que el indicio demuestra un hecho secundario, que sirve para establecer, mediante un razonamiento inferencial, la verdad del hecho principal (Cf. Michele Taruffo: “*La prueba de los hechos*”, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 456).

Para que la evidencia circunstancial tenga suficiente valor probatorio se ha sostenido que es fundamental que exista una **pluralidad de indicios**, que tengan relación con el hecho a probar, que tengan **armonía y concordancia**, que el enlace entre los indicios y los hechos constitutivos de la hipótesis se ajusten a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia de modo que se eliminen las hipótesis alternativas. A su vez es menester que **no existan contraindicios que posibiliten desbalancear el razonamiento** en sentido contrario (Cf. Daniel González Lagier: “*Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal*” en AA. VV.: “*El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*”, ARA, Lima, 2010, p. 312 a 321) (sentencias Nos. 221/2013, 601/2017 y 549/2018).

Pero, como lo advertía Gorphe, “(...) **su número, menos aún que el de los testimonios, no debe conducir a error. Como recomienda Rittler, no deben contarse mecánicamente los hechos indiciarios y concluir inmediatamente según sea más o menos elevado su número, que existe mayor o menor fuerza probatoria (...)** **“A menudo, decía Bentham, dos motivos que aislados no pesan más que una pluma, al encontrarse juntos pesan como una rueda de molino sobre el acusado”**” (Cf. François Gorphe, “*La apreciación judicial de las pruebas*”, Editorial La Ley, Buenos Aires,

1967, ps. 361 a 362. NB: El autor no hace referencia a ninguna obra específica de la cita que atribuye a Jeremy Bentham).

En el presente caso, se trata de un mail de 27 de agosto de 2013 en el cual el Jefe de Vertical Store, WOOW, Rafael Cernicchiaro se dirige a Manuel Luelmo, de VISUAR S.A., refiriendo a los puntos principales para una relación sustentable, dentro de los cuales consignó: “(...) *Visuar permitirá a WoOw (sic) **vender sus productos a PVP** y en caso que sea a través de alguna tarjeta o banco aplicar un descuento al menos igual al mayor del mercado en ese momento, para que sea coherente con el posicionamiento del sito (...)*”. Más adelante, señaló: “(...) *Restaría ver un poco más los descuentos que Visuar pueda aplicar a WoOw (sic) en función del descuento a aplicar para permitir una rentabilidad justa que haga sustentable el acuerdo*” (fs. 10, pieza 1, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

En respuesta, el Sr. Manuel Luelmo, Director Comercial de Visuar Uruguay S.A. expresó: “(...) *Con respecto a los puntos, comparto contigo en que **respetando los puntos** que tocamos ayer y hoy pones por escrito lo único que nos queda es crecer (...)*” (fs. 20, pieza 1, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Es este el punto en torno al cual la accionante cuestiona la insuficiencia probatoria de la conducta que se le atribuyó y la demandada lo controvierte expresando que del referido mail fue que surgieron las condiciones de comercialización entre ambas empresas, enfatizando en la necesidad de tener en cuenta el contexto, en donde era habitual que las empresas fijaran precios de reventa obligatorios (fs. 1330 a 1331, pieza 6, A.A.).

Los integrantes del Tribunal coinciden en que los referidos correos electrónicos no pueden ser interpretados de modo aislado, sino dentro del contexto de la prueba y del cúmulo indiciario. En el caso, los correos son indicativos, no concluyentes, respecto de la fijación de precios mínimos de reventa.

No obstante, dichos correos dejan entrever dicha práctica, la cual, a la postre, resultó confirmada a partir del concierto empresarial a efectos de cesar, injustificadamente, las ventas a WOOW.

En términos extensibles a las vicisitudes probatorias de obrados, se ha señalado que: “(...) **existen “objetos difíciles de probar”, ya por las situaciones que entrañan, por los sujetos singulares que intervienen o por la combinación de ambos elementos.** En esta línea se encuentran las situaciones de violencia doméstica, la basada en género, acoso sexual, laboral, docente, los fenómenos de mobbing, bossing, bullying, el despido abusivo, la destitución ilegítima (arbitraria) de un funcionario público. El jurista debe aguzar los sentidos para encontrar la prueba que permita fundar su posición” (Cf. Selva Klett, “El estado y el avance de la ciencia procesal respecto de la actividad probatoria en vistas a posibles reformas”, en “II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas de Derecho Procesal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la International Association of Procedural Law”, Editorial Atelier, Libros Jurídicos, Barcelona, España, 2018, p. 605).

Dentro de los objetos difíciles de probar se inserta el concierto a efectos de la realización de prácticas anticompetitivas, máxime teniendo en cuenta que en nuestro sistema impera la regla de la “*rule of reason*”, que determina que no todo ejercicio de poder ni todos los acuerdos con

aparición anticompetitiva se consideren ilegales *per se*, debiendo ser analizados en función de su razonabilidad, lo que ha llevado a Martínez Blanco a destacar que “(...) ***Los acuerdos que no se consideran ilegales per se pueden ser tan o más perjudiciales que éstos, pero la prueba de sus efectos es más costosa*** (...)” (Cf. Camilo Martínez Blanco, “Manual Básico de Derecho de la Competencia”, op. cit., p. 71) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Siendo así, es prácticamente absurdo pretender la existencia de prueba directa sobre el concurso colusorio. Muy por el contrario, lo que deberá ser probado son los elementos “*indicativos*” de las prácticas anticompetitivas.

Cabe tener presente en este sentido las enseñanzas de Manzini en cuanto advertía: “***Si se tienen varios indicios con relación al hecho que se trata de probar, debe tener cuidado el Juez de valorarlos en su conjunto y no aisladamente, recordando que las cosas que singularmente consideradas no prueban, reunidas sí prueban, y que es uno de los más usados artificios de la Defensa, precisamente el de aislar los indicios para quitarle la fuerza probatoria que proviene de su conjunto***” (Cf. Vincenzo Manzini, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1952, t. III, p. 486) (la negrilla no está en el original).

En la emergencia no se trató de correos aislados que, de ser valorados autónomamente nada dicen. Muy por el contrario, estos adquirieron significación cuando se dejó de vender, sin ningún motivo razonable a la empresa denunciante (WOOW).

La sanción no se aplicó estricta y únicamente por el contenido de dichos correos, sino que dichos correos dejaron entrever lo que luego se

concretó, es decir, la fijación compulsiva de precios mínimos de reventa cuyo incumplimiento y el posterior cese repentino de las ventas a la denunciante.

Por otra parte, del punto de vista de la “*rule of reason*” no se encontraron razones de eficiencia económica y de ninguna otra índole que justificara la fijación de precios mínimos de referencia, tal como lo pone de manifiesto la Economista Stephanie Lima en su informe de 18 de diciembre de 2015, al concluir que “(...) *no se encontraron razones de eficiencia económica que justifique la fijación de precios mínimos de reventa (PMR).*”

(...) tampoco fue posible hallar condiciones de comercialización especiales como ser acuerdo de exclusividad u obligación de comprar determinado mix de productos, que enfrentaran los competidores de Baranur, y que justificaran que a este último le fueran impuestos PMR de manera de equiparar dichas condiciones

(...)

Finalmente al analizar la participación de mercado conjunta de las empresas: TGM S.A. (INTCOMEX), INCOTEL S.A. y VISUAR URUGUAY S.A., se pudo determinar que sus ventas representan prácticamente un tercio del mercado relevante, por lo cual la práctica de fijación de PMR incidirá en las condiciones de comercialización dentro del mismo, concretamente presionando los precios al alza, en comparación a los niveles que serán fijados por las empresas si no tuvieran esta restricción (...)

Como se expresó anteriormente no se encontraron razones de eficiencia económica ni de otra índole que justifiquen la fijación de

PMR, por lo cual, en el caso analizado, dicha conducta constituye una práctica anticompetitiva pasible de ser sancionada por parte de la Comisión.” (fs. 1096 a 1096 vto., pieza 6, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

V) En cuanto al planteo formulado por la accionante que carece de posición dominante, debe tenerse presente que el inciso 2° del artículo 2 de la Ley No. 18.159 no sólo prohíbe el abuso de posición dominante sino también **“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.”**

En tanto el artículo 4°, literal A) establece como práctica expresamente prohibida la de **“Concertar o imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva”**.

La base del reproche sancionatorio ejercido sobre la accionante es esta y no la de una situación de abuso de posición dominante de su parte.

Como observa Algorta Morales, *“(…) como principio general, la ley no solamente prohíbe el abuso de la posición dominante, sino que también prohíbe cualquier práctica y recomendación, individual o concertada, que tenga por efecto u objeto restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante.*

La norma prohíbe tanto conductas unilaterales, realizadas por un agente en forma independiente de sus competidores, como concertadas, esto es, cuando varios competidores o sujetos que actúan en igual o

diferentes eslabones de la cadena de producción acuerdan realizar conductas anticompetitivas.

Por lo tanto, se prohíbe no solamente aquellas prácticas abusivas realizadas por un agente económico que detente una posición dominante en el mercado, sino también cualquier práctica que tenga por efecto u objeto limitar la competencia cualquiera sea la participación en el mercado de él o los agentes que la realizan.

Sin embargo, consideramos que los actos con posibilidad de distorsionar la competencia y por ende tener el efecto prohibido por la norma son: a) los realizados de forma unilateral por sujetos que detentan una posición dominante o por aquellos sujetos que, si bien no poseen una posición dominante, gozan de un amplio poder de mercado, o b) aquellas concertaciones realizadas por sujetos que, sin detentar una posición dominante en el mercado, por medio del acuerdo logran similar efecto.”

(Cf. Paula Algorta Morales, “Prácticas Prohibidas”, en “Estudios sobre la Defensa de la Competencia y Relaciones de Consumo”, op. cit., p. 38).

Estos extremos fueron específicamente abordados por la Economista Stephanie Lima en su informe No. 123/2016, de 8 de diciembre de 2016, en el cual consignó: *“A fs. 1291 la empresa VISUAR afirma no poseer posición dominante en el mercado relevante, al respecto, se reitera que en el presente expediente las cuotas de mercado de las empresas fueron analizadas en forma conjunta por verificarse un grado de concomitancia en la práctica de fijación de precios mínimos de reventa. Posteriormente agrega: “(...) no parece razonable pensar que únicamente el 30% de los sujetos que participan en el mercado pueden por sí solos afectar en forma SUSTANCIAL las variables del mercado”. Respecto a este último*

punto, cabe aclarar que el porcentaje de mercado necesario para afectar las condiciones del mismo, varía en cada caso, no existiendo actualmente en la Ley 18.159 parámetros que establezcan cuando una participación de mercado puede ser considerada como dominante o no por parte de la Comisión. En el caso particular del mercado de televisores en el territorio nacional, la información analizada (aportada por la asesoría de Política Económica) permitió constatar que el resto de la oferta se encuentra altamente atomizada por lo que 3 empresas que conjuntamente reúnen el 30% del mercado si tienen un grado de impacto importante en el mismo (...)” (fs. 1340 vto., pieza 7, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Por lo tanto, si bien asiste razón a la accionante al afirmar que no ostentaba una posición dominante, debe de verse que se la sancionó por la incidencia que tuvo el acuerdo colusorio de fijación de precios mínimos que mantuvo con las otras empresas, en un porcentaje de un 30% y con una oferta del mercado que se presentaba como altamente atomizada.

Aun cuando no ostentara una posición dominante, ello no quita que incurriera en una práctica anticompetitiva de forma abusiva y que haya tenido por efecto u objeto restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia en el mercado relevante, como en definitiva sucedió.

VI) En una segunda línea argumental, la accionante cuestionó el ejercicio del poder sancionatorio por desproporción de la sanción, violación a la igualdad (en comparación con la situación de otros denunciados), e irracionalidad en atención a la colaboración que prestó durante la investigación.

Para los integrantes del Tribunal, no le asiste razón en sus planteos.

En primer lugar, la sanción de *multa* finalmente impuesta a la actora no se aprecia como desproporcionada o irrazonable dado que se encuadra perfectamente dentro de los parámetros legales previstos en nuestra norma de competencia.

En efecto, el artículo 17 de la Ley No. 18.159 establece que ***“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.

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.

Estas sanciones también podrán aplicarse a aquellos que incumplan las obligaciones dispuestas por el artículo 14 de la presente ley. Si correspondiere la sanción de multa, la cantidad mínima será de 5.000 UI (cinco mil unidades indexadas).

En el caso de prácticas concertadas entre competidores, se considerará como especial atenuante la denuncia realizada por uno de los miembros del acuerdo o el aporte que éste brinde para la obtención de pruebas”

En este sentido, la sanción de multa por un millón cuatrocientas mil unidades indexadas se encuentra dentro del amplio margen de discrecionalidad que confiere la Ley No. 18.159 en su artículo 17, apartado C).

Cabe recordar que “(...) *La jurisprudencia constante de este Tribunal -y la posición unánime de la doctrina administrativista- si bien se reconoce que la facultad sancionatoria de la Administración es discrecional, también se admite que el Tribunal está facultado a examinar y controlar la entidad de la sanción cuando ella se exhibe como ilegal (por ejemplo, por exceder el máximo establecido para la falta reprimida), desproporcionada (según la relación directa e inmediata entre la naturaleza, caracteres y entidad de la falta y magnitud de la repulsa administrativa) o irrazonable (véase, por todas, la Sentencia 363/2002, con nota de jurisprudencia de FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: “Control*

Jurisdiccional de la cuantificación de la sanción disciplinaria”, Anuario de Derecho Administrativo, Tomo X, págs. 97 a 105; en doctrina DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “Proporcionalidad entre la falta y la sanción”, en Revista Uruguaya de Estudios Administrativos, N° 1, Montevideo, 1980, pág. 134; GIANOLA MANTEGANI, Ariel: “Los límites de la potestad disciplinaria: razonable adecuación de la sanción a la falta”, RDJA, T. 72, Montevideo, 1972, págs. 155 y siguientes y del mismo autor: “Nuevamente sobre el control de grado de la sanción” en RDJA, T. 73, págs. 150 a 152; SACCHI, Carlos N: “Control jurisdiccional de las potestades discrecionales de un órgano interventor”, Revista de doctrina, jurisprudencia e información social, T. XXIV, Montevideo, 1981, págs. 822 a 833; CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Sobre actos administrativos”, en Sobre Derecho Administrativo, T. II, FCU, Montevideo, 2008, págs. 49 a 78 y VÁZQUEZ, Cristina: “El contralor jurisdiccional de la dosificación de la sanción” en Temas de Derecho Administrativo, Editorial Universidad Ltda., Montevideo, 1989, pág. 25 y siguientes).

Ahora bien, la elección de la reprimenda resulta, en principio, resorte de la Administración y es cuestión normalmente ajena a la jurisdicción, en cuanto corresponde al criterio discrecional del jerarca administrativo, salvo cuando se aprecia una evidente discordancia de la falta con la pena o, una desproporción susceptible de configurar desviación o exceso de poder; lo que, ciertamente, por lo precedentemente expuesto, en el ocurrente no se da (sentencias 470/987, 99/989, 282/989, 667/990, 212/992, 400/992, 253/993, 607/993, 1039/993,

224/994, 474/994, 1041/994, entre otras) (...)” (sentencia N° 322/2016) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

En lo que respecta a la violación a la igualdad en el ejercicio de la potestad sancionatoria, en comparación con la situación de otros denunciados, el Tribunal no advierte que éstas puedan resultar comparables.

Cada parte resultó sancionada en función de la participación que tuvieron en las respectivas conductas anticompetitivas que se les imputaron, teniendo presente sus dimensiones en el mercado relevante.

En el caso de la accionante, fue sancionada junto con TGM S.A. (INTCOMEX), INCOTEL S.A. y LG ELECTRONICS ARGENTINA S.A. por la participación que le correspondió en la conducta de fijación de precios mínimos de reventa en el mercado de televisores en el territorio nacional (Considerando 29) y Resuelve N° 3), a fs. 4 vto. y 5 vto., *infolios* y a fs. 1344 vto. y 1345 vto., pieza 7, A.A.).

En tal sentido, cobra especial relevancia lo consignado en el informe N° 109/016, de 25 de octubre de 2016, en cuanto señala: “*En lo que hace a la cuantía de las multas, en el Considerando 29 del P.R. establece que “en la graduación de la sanción se tendrá en cuenta la dimensión de las empresas en el mercado relevante”, surgiendo de la información aportada por las partes una participación comercial sensiblemente superior de la empresa VISUAR respecto a las empresas competidoras”* (fs. 1333 vto., pieza 6, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Tal como lo señala la propia actora en el punto 43) de su demanda, “de acuerdo a las actuaciones del expediente surge que Visuar

representa aproximadamente un 26% del mercado de televisores (...)” (fs. 40 vto., *infolios*) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Por lo tanto, aparece como la principal operadora, con un 26% del mercado relevante (mientras las otras empresas sancionadas representaban sólo el 4% restante), lo cual se traduce necesariamente en un grado de impacto superior.

De ahí que no resulte violatorio del principio de igualdad que se le impusiera una sanción mayor en función de su participación en el mercado, el que por lo demás, y según dio cuenta la Economista Stephanie Lima en su informe de 8 de diciembre de 2016, tenía al resto de la oferta “*altamente atomizada por lo que las 3 empresas que conjuntamente reúnen el 30% del mercado sí tienen un grado de impacto importante en el mismo*” (fs. 1340 vto., pieza 7, A.A.).

En cuanto a las comparaciones que la actora realiza respecto de la empresa SAMSUNG EA, no resultan de recibo en virtud que esta resultó sancionada por otra causal (disponer el cese de las ventas a BARANUR S.A., en un contexto de sometimiento a presiones de MOTOCICLO S.A. que fue considerado especialmente como atenuante) y no por la fijación de precios, tal como lo puso de relieve la demandada.

Por último, no se advierte irracionalidad o falta de consideración respecto de la colaboración que VISUAR S.A. prestó durante la investigación, lo cual emerge expresamente recogida en el Considerando 33) del acto, en tanto consignó: “*Que en relación a la sanción a imponerse a las distintas empresas, se habrá de considerar la naturaleza de la conducta constatada y sus efectos en el mercado, el grado de participación en el mercado, el grado de participación de los responsables y su*

intencionalidad, en tanto la colaboración brindada en el transcurso de las actuaciones será considerada como atenuante. Asimismo, en la graduación de cada sanción se tendrá en cuenta la dimensión de las empresas en el mercado relevante y su poder de mercado en las relaciones comerciales bilaterales” (fs. 5, infolios y fs. 1345, pieza 7, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Por las razones expuestas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en atención a lo dispuesto por los artículos 309 y 310 de la Constitución de la República, por mayoría de sus integrantes,

FALLA:

Desestímase la demanda incoada y, en su mérito, confírmase el acto impugnado.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la suma de \$33.000 (pesos uruguayos treinta y tres mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

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

Dra. Klett.

Dr. Maquisio (Sec. Letrado).