

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 13 de agosto de 2019.

No. 522

VISTOS :

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: “SAMSUNG ELECTRONICS ARGENTINA S.A. -SUCURSAL URUGUAY- con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de Nulidad” (Ficha No. 640/2017).

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, artículos 2 inciso segundo y 4 literales A e I de la Ley N° 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. 13 a 16 vto., infolios y fs. 1332 a 1335 vto., pieza IV, en 1618 fojas, A.A.).

En su expresión de agravios, manifestó en síntesis que: a) SAMSUNG no violó disposición alguna de la Ley No. 18.159. No fijó precios de reventa a minoristas ni infringió la prohibición de negar injustificadamente la venta de bienes; b) la CPDC no aplicó los principios generales provenientes del derecho sancionatorio; c) las presiones comerciales ejercidas por MOTOCICLO sobre SAMSUNG configuran una eximente de responsabilidad, no un atenuante; d) quedó probada la ausencia de culpabilidad de SAMSUNG; e) la defensa de SAMSUNG no puede equipararse a una situación de “*obediencia debida*”, tal como sugiere la CPDC.

La CPDC determinó que SAMSUNG no fue partícipe de una práctica de fijación de precios de reventa. Por ende, hay un evidente error cuando en la Resolución se determinada que SAMSUNG violó el artículo 2, inciso 2º y particularmente el 4 literal A de la Ley No. 18.159. Este último prohíbe la concertación o imposición de precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva. SAMSUNG no fue responsabilizada por una práctica vinculada a precios sino por la negativa a comercializar determinados productos.

En lo que respecta a la negativa injustificada de ventas, es necesario verificar que ésta sea realizada con un fin anticompetitivo o que haya creado efecto anticompetitivo en el mercado (artículo 2 inciso 2 de la Ley N° 18.159).

Que la negativa fue justificada surge con claridad por la situación generada por la empresa MOTOCICLO. Debe tenerse presente que al momento de la denuncia las compras de esta empresa representaban el diecinueve con veinte por ciento (19,20%) de las ventas de SAMSUNG. Las ventas a WOOW, por su parte, eran de tan solo un cero con quince por ciento (0,15%). Hubo presiones comerciales. MOTOCICLO llevó sus amenazas a la práctica, retirando de sus locales los productos de la marca SAMSUNG durante determinado período y “remató” los productos que tenía en stock, retirando luego los productos de la marca de sus locales. El único generador de la situación denunciada ante la Comisión fue la empresa MOTOCICLO. Tan responsable fue que recibió la mayor sanción en el marco del expediente.

Pero igualmente claro fue que la negativa no se realizó con un fin anticompetitivo ni generó efectos de este tipo en el mercado. En ningún caso la conducta de SAMSUNG tuvo “objeto” o “efecto” anticompetitivo.

Evidentemente, no fue intención de SAMSUNG distorsionar la competencia. La propia CPDC reconoció la influencia decisiva de MOTOCICLO en el accionar de SAMSUNG. El único fin de SAMSUNG al suspender provisoriamente las ventas fue procurar la subsistencia de su negocio en Uruguay y su red de distribuidores.

Además, la conducta de SAMSUNG tampoco tuvo un “efecto” anticompetitivo. Bajo la Ley N° 18.159, y salvo que pueda demostrarse el

“objeto” anticompetitivo, para que una práctica pueda ser considerada ilegal debe afectar el bien jurídico tutelado, es decir, el bienestar de los actuales o futuros consumidores.

La CPDC tampoco aplicó los principios generales provenientes del derecho sancionatorio, olvidando que no existe en el ordenamiento jurídico uruguayo una responsabilidad objetiva en la materia. La CPDC aplicó la Ley N° 18.159 sin criterio de imputación objetiva. Además, no cabe aplicar una sanción a un sujeto cuyo accionar fue determinado por un tercero.

Las presiones comerciales ejercidas por MOTOCICLO sobre SAMSUNG configuran una eximente de responsabilidad y no un atenuante. La interrupción transitoria de las ventas a WOOW por parte de SAMSUNG estuvo justificada por las presiones y amenazas de MOTOCICLO. La CPDC admitió la trascendencia económica de las presiones de esta empresa, que representaba uno de los principales canales de venta de los productos SAMSUNG en Uruguay. En este escenario, no puede sino concluirse que las presiones constituyeron una causa de justificación suficiente de la conducta de SAMSUNG. Por ende, no corresponde la aplicación de sanción alguna.

La situación causada por MOTOCICLO constituyó un “*hecho de tercero*” o “*estado de necesidad*”. En el caso de esta última causal, se trata de una eximente de responsabilidad prevista en la Ley Penal que resulta aplicable por analogía en materia administrativa sancionatoria. Es evidente que no existía una conducta alternativa que razonablemente se pudiera exigir a SAMSUNG. Se demostró que MOTOCICLO ejerció una presión comercial que puso en riesgo no solamente su libertad comercial sino también su patrimonio, motivo por el cual SAMSUNG respondió con una

conducta que, en el peor de los escenarios pudo generar un perjuicio menor a los mismos bienes jurídicos que estaban siendo afectados. Nótese que para SAMSUNG la imposibilidad de vender productos a MOTOCICLO implicaba la pérdida de uno de sus principales canales de venta de todos sus productos, mientras que para WOOW la falta de dichos productos no le impidió continuar comercializando productos SAMSUNG adquiridos en el “*mercado gris*”. La interrupción temporal de las ventas a WOOW respondió exclusivamente a la imposibilidad comercial configurada en ese momento, en defensa de los intereses comerciales legítimos de SAMSUNG, todo lo cual la exime de cualquier responsabilidad.

Para el caso que se entendiera que la justificación anteriormente descrita no impidiera la configuración de la infracción, SAMSUNG igualmente debió haber sido exonerado de responsabilidad por ausencia de culpabilidad. No se configuró el necesario elemento de imputación subjetiva, pues SAMSUNG no tuvo comercialmente la posibilidad de actuar de otro modo.

La CPDC rechazó la defensa de SAMSUNG en base a una extraña comparación con el instituto de la “*obediencia debida*”. En vez de examinar la justificación de “*hecho del tercero*” o la ausencia de culpabilidad, comparó la defensa de SAMSUNG con dicho instituto, que nada tiene que ver con este caso. Evidentemente, no estamos ante una situación de obediencia debida, pues SAMSUNG no pretendió deslindar su responsabilidad por haber cumplido con órdenes de terceros y menos de superiores (no había órdenes ni autoridad competente).

El comportamiento de SAMSUNG constituyó un típico caso de conducta comercial legítima, pues solamente procuró no perder a uno de

sus clientes más importantes. En este sentido, resulta ilegítimo que se le aplique una sanción cuando únicamente actuó para subsistir en el mercado.

En definitiva, solicitó el amparo de la demanda (fs. 26 a 43 vto.).

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 a través del Considerando N° 32),

la Comisión concluyó que SAMSUNG EA dispuso un cese de ventas en perjuicio de WOOW. El artículo 2 de la Ley N° 18.159 sanciona cualquier “conducta, práctica o recomendación”, que tiene por “efecto u objeto” restringir o impedir la competencia actual o futura dentro del mercado relevante. En aplicación de la “rule of reason”, la Comisión entendió que existió un efecto, y por tal motivo sancionó a la actora.

Conforme se desprende del Considerando N° 23), la práctica de impedir a BARANUR S.A. acceder a los televisores SAMSUNG comercializados por VISUAR URUGUAY S.A., tiene por efecto excluir a un competidor directo (de MOTOCICLO S.A.) del acceso a aproximadamente un treinta por ciento de las opciones de abastecimiento de televisores para su posterior reventa, con el consiguiente impacto en el mercado, afectando la competencia y generando perjuicio a los consumidores.

En cuanto al análisis de culpabilidad y antijuridicidad, si bien ambas partes coinciden en la existencia de presiones por parte de MOTOCICLO S.A., la Comisión entendió que tal extremo no operó como eximente de responsabilidad sino como un atenuante, razón por la cual la accionante fue apercibida y no multada (Considerando N° 34) del acto impugnado).

Conforme se señaló en el informe N° 109/2016, SAMSUNG EA tuvo la opción de decidir y pudo haberse negado a acatar una requisitoria que a su entender era ilegal, y perjudicaba a un tercero. En efecto, SAMSUNG EA y MOTOCICLO rompieron relaciones comerciales y no por ello SAMSUNG EA dejó de existir. Es claro que SAMSUNG EA obró conscientemente, ajustando su voluntad a los requerimientos de MOTOCICLO.

La existencia de presiones no inhibió la voluntad de decisión de la accionante y mucho menos en este caso, donde las consecuencias de la amenaza ni siquiera fueron lo suficientemente graves. De hecho, las sanciones de MOTOCICLO se hicieron efectivas y SAMSUNG EA no dejó de existir. Ni siquiera acreditó la entidad del daño durante las actuaciones administrativas.

El artículo 27 del Código Penal, que refiere al estado de necesidad, es una disposición prevista para personas físicas, no jurídicas. Tratándose de una norma de excepción, debe interpretarse como tal.

En conclusión, la Comisión entiende que SAMSUNG EA actuó libre y voluntariamente, constituyendo las presiones de MOTOCICLO una causal de atenuación de responsabilidad.

Mediando una conducta comercial (cese de venta), que tuvo efectos anticompetitivos sobre el mercado (impedir a BARANUR el acceso a aproximadamente un treinta por ciento de las opciones de abastecimiento de televisores para su posterior reventa), corresponde confirmar la decisión impugnada (fs. 47 a 50 vto.).

III) Por Decreto No. 8202/2017 (fs. 52) se dispuso la apertura a prueba, diligenciándose la que luce agregada y certificada a fs. 62.

IV) Las partes alegaron por su orden (fs. 65 - 70 vto. y fs. 73 - 73 vto., respectivamente).

V) El Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo se pronunció mediante Dictamen No. 608/2018, y aconsejó el rechazo de la demanda (fs. 76 a 76 vto.).

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. 78).

CONSIDERANDO :

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

La Resolución N° 158/016 se emitió el 9 de diciembre de 2016 (fs. 13 a 16 vto., *infolios* y fs. 1332 a 1335 vto. en numeración mecanografiada, pieza IV, A.A.), y se notificó vía electrónica el 12 de diciembre de 2016 (fs. 1337, pieza IV, A.A.).

El 22 de diciembre de 2016 se interpusieron en forma conjunta y subsidiaria los recursos de revocación y jerárquico (fs. 1405 a 1406 vto., pieza V, 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 13 de setiembre de 2017 (nota de cargo, fs. 44).

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 vto., pieza I, A.A.). Adjuntó además recaudos documentales en nueve anexos que fueron incorporados a las actuaciones (fs. 002 a 159, pieza I, A.A.).

El 31 de julio de 2014 se expidió la Dra. Alejandra Giufra, quien por informe N° 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 N° 74/014, de 5 de agosto de 2014 (fs. 174 a 174 vto., pieza I, A.A.).

En el decurso de la instrucción del procedimiento se confirió vista de la denuncia a todas las empresas involucradas y a MOTOCICLO S.A. (fs. 175 a 432, piezas I a II, A.A.), así como a diligenciar la prueba ofrecida por dichas empresas (fs. 438 a 647, pieza II, A.A.).

El 23 de diciembre de 2014, se emitió el informe económico N° 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. 674 a 685, pieza II, A.A.).

El 19 de enero de 2015, el Dr. Martín Thomasset elaboró el informe jurídico N° 2/2015 (fs. 688 a 716 vto., piezas II a III, A.A.), en el que por un lado 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 toques porcentuales, e incluso mecanismos y formas en que estos podían hacerse efectivos.” (fs. 696, pieza II, A.A.) (la negrilla no está en el original).

En otro orden, y en lo que respecta al cese de ventas en perjuicio de BARANUR S.A. expresó: *“Al evacuar su vista SAMSUNG EA, si bien rechaza la existencia de un acuerdo concertado (y también niega que recaiga sobre sí una obligación de vender), confiesa que uno de sus distribuidores, VISUAR URUGUAY S.A., “interrumpió transitoriamente las ventas de televisores a Woow” y que “dicha interrupción se debió a una situación puntual planteada con la firma Motociclo, uno de los principales canales de venta de los productos marca Samsung en Uruguay”* (fs. 702 vto., pieza III, A.A.) (la negrilla no está 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. 697 vto. a 706, piezas II a III, 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. 712, pieza III, 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, SUCURSAL DE SONY LATIN AMERICA INC. y tener por presentados los descargos de INTCOMEX (TGM) S.A. (fs. 716 vto., pieza 4, A.A.).

El 28 de enero de 2015 se dictó la Resolución N° 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 N° 2/015 (fs. 719 a 719 vto., pieza III, A.A.).

Una vez evacuadas las vistas y diligenciada la prueba, el Dr. Thomasset volvió a pronunciarse mediante informe N° 49/2015 de 20 de julio de 2015 (fs. 976 a 1004, pieza III, 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. 1000 vto. a 1001, pieza III, A.A.) (la negrilla no está en el original).

El 18 de diciembre de 2015 se realizó el informe económico N° 108/2015 por parte de la Economista Stephanie Lima (fs. 1076 a 1086 vto., pieza IV, 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. 1086 a 1086 vto., pieza IV, A.A.) (la negrilla no está en el original).

El 21 de enero de 2016 el Dr. Martín Thomasset emitió el informe jurídico N° 9/2016 (fs. 1088 a 1098 vto., pieza IV, A.A.) en el cual compartió la categorización de mercado relevante realizada y concluyó: “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”.

Con relación al cese de ventas, señaló: “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. 1098, pieza IV, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

El 7 de abril de 2016 la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia dictó la Resolución N° 37/016 (fs. 1100 a 1100 vto., pieza IV, A.A.), por la cual consideró finalizada la investigación y ordenó dar vista a las partes del proyecto de resolución final sancionatorio (fs. 1101 a 1104, pieza IV, 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 (fs. 1191 a 1193 vto., pieza IV, A.A.), argumentando en esencia que “***al admitirse la existencia y relevancia de las presiones comerciales de una empresa líder en el canal minorista, dicha situación operó como un eximente de responsabilidad y no como una atenuante***” (fs. 1191, pieza IV, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Una vez incorporadas la totalidad de las evacuaciones de vista se volvió a expedir el Dr. Martín Thomasset mediante informe jurídico N° 109/2016 (fs. 1317 a 1324 vto., pieza IV, A.A.). Con respecto a los

descargos presentados por SAMSUNG EA señaló -en lo medular- que “(...) ***Es claro que SAMSUNG EA obró conscientemente, ajustando su voluntad a los requerimientos de MOTOCICLO. Y dicha circunstancia, a criterio del firmante, constituye una atenuante de responsabilidad, no una eximente. En primer lugar, por cuanto la Ley N° 18.159 no previó las presiones de terceros operaran de tal forma. En segundo lugar, por cuanto SAMSUNG EA tuvo la opción de decidir, y bien pudo haberse negado a acatar una requisitoria que a su entender era ilegal, y que claramente perjudicaba a un tercero. En efecto SAMSUNG EA y MOTOCICLO rompieron relaciones comerciales, y no por ellos SAMSUNG EA ha dejado de existir. No cuestionamos que se tratara de una decisión extremadamente compleja, pero ello no implica (a nuestro criterio) que deba operar como eximente.***

La explicación esgrimida por SAMSUNG EA nos lleva al instituto de la “obediencia debida”, respecto al cual el Tribunal de lo Contencioso Económico ha sido categórico frente a casos de subordinación económica y/o laboral (...)” (fs. 1321 a 1321 vto., pieza IV, A.A.).

Luego de ello hizo lo propio la Economista Stephanie Lima al expedirse por informe N° 123/2016, de 8 de diciembre de 2016 (fs. 1328 a 1331, piezas IV, A.A.).

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. 13 a 16 vto., *infolios* y fs. 1332 a 1335 vto., pieza IV, A.A.).

III) El Tribunal, por unanimidad de sus integrantes, habrá de compartir la solución propuesta por el Sr. Procurador del Estado

en lo Contencioso Administrativo (fs. 76 a 76 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 I, 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. 696, pieza II, 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. 16 vto., *infolios* y a fs. 1335 vto., pieza IV, A.A.).

La determinación de la responsabilidad de SAMSUNG EA S.A. se centró en sancionarla por su participación en el cese de ventas a BARANUR S.A. En este sentido, en el Considerando 32) se expresó: ***“Que, asimismo, la Comisión se habrá de expedir sancionando a SAMSUNG ELECTRONICS ARGENTINA SUCURSAL URUGUAY S.A. por la conducta de disponer el cese de ventas a BARANUR S.A.”*** (fs. 16, *infolios* y fs. 1335, pieza IV, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Asimismo, con relación a la sanción a imponer a la accionante se consideró ***“como especial atenuante su situación de sometimiento a presiones para llevar a delante conductas que se sancionan y la activa colaboración brindada por dicha empresa durante la investigación, la cual contribuyó al esclarecimiento del caso”*** (Considerando 34), fs. 16, *infolios* y fs. 1335, pieza IV, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

En tanto la responsabilidad por la fijación de precios mínimos de reventa en el mercado de televisores, recayó sobre otras empresas (ver Considerandos 29), del acto, a fs. 15 vto. a 16, *infolios* y a fs. 1334 vto. a 1335, pieza IV, 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 N° 18.159.

Nuestro esquema normativo, de acuerdo a lo previsto en el inciso 3° del artículo 2° de la Ley 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 3º del artículo 2º de la Ley 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 N° 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 N° 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 ELECTRONICS ARGENTINA SUCURSAL URUGUAY, LG o AOC), sus distribuidores oficiales (VISUAR S.A., TGM S.A. e INCOTEL S.A.) por ejemplo la accionante respecto de la marca SAMSUNG y sus vendedores mayoristas y minoristas.

La accionante, SAMSUNG EA S.A., es *importador representante* de la marca SAMSUNG en Uruguay y se presenta como una “*oficina de estrategia comercial y marketing*” de dichos productos.

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 esgrimido por la accionante consistió en sostener que no violó ninguna disposición de la Ley N° 18.159, porque no fijó precios de reventa a minoristas, ni infringió la prohibición de negar injustificadamente la venta de bienes.

En lo que respecta al primer aspecto, la actora enfatizó en que no fue partícipe de una práctica de fijación de precios de reventa, por lo que hay un evidente error cuando en la Resolución se determina que violó el artículo 2 inciso 2°, y particularmente el artículo 4 literal A de la Ley N° 18.159, dado que fue responsabilizada por la negativa a comercializar determinados productos.

Surge de la Resolución impugnada que la accionante fue responsabilizada por su participación en el cese de ventas a BARANUR S.A. En efecto, en el Considerando 32) se indicó: “*Que, asimismo, la Comisión se habrá de expedir sancionando a SAMSUNG ELECTRONICS ARGENTINA SUCURSAL URUGUAY S.A. por la*

conducta de disponer el cese de ventas a BARANUR S.A.” (fs. 16, infolios y fs. 1335, pieza IV, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Sin embargo, al dar por concluida la investigación, en el acto se consignó 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. 16 vto., infolios y a fs. 1335 vto., pieza IV, A.A.).

Es evidente -y la actora así lo reconoce- que la conducta por la cual se sancionó a SAMSUNG EA SUCURSAL URUGUAY S.A., fue por su conducta al disponer el cese de ventas a BARANUR S.A. y no por la fijación de precios obligatorios.

El artículo 2 inciso 2º de la Ley N° 18.159 establece que “*Se prohíbe el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante.*”

El artículo 4º, literal A) prevé 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”.

En tanto el artículo 4º literal I) prohíbe “Rechazar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios.”

La base del reproche sancionatorio ejercido sobre la accionante se centró en esta última hipótesis, no estando en tela de juicio su participación en la concertación o imposición en la fijación de precios mínimos de venta, conducta por la cual fueron sancionadas otras empresas.

De manera que la referencia genérica que se hizo en el numeral 1º del contenido dispositivo del acto al artículo 4º literal A) carece de trascendencia para irrogar de nulidad al acto encausado. Ello por cuanto surge claramente de los Considerandos que refirieron a su conducta que no se la sancionó por haber infringido dicha norma (ver Considerandos 32) y 34) del acto, a fs. 16, *infolios* y fs. 1335, pieza IV, A.A.).

Como se ha señalado en sentencia N° 549/2017: “(...) **no todos los defectos en materia de motivación son trascendentes.**

El Tribunal ha entendido que no siempre la inexactitud de los motivos surte efecto invalidante del acto.

En sentencia N° 311/2005, el Tribunal expresó:

“... si bien es cierto que se advierte que la fundamentación del acto difiere en cierto modo con la decisión final adoptada en la resolución impugnada -lo que ha sido tomado por el reclamante como el elemento fundante de la anulación por error en la motivación-, ello no configura un vicio sustancial determinante por la comprobación de que no se cumplen con otras exigencias legales requeridas para el otorgamiento de la pasividad que pretende el actor (...)

(...) este error en la motivación del acto no es decisivo ni tiene la relevancia necesaria para justificar la anulación de la resolución, porque se trata de un error parcial en razón de que surge nítidamente de lo dispositivo de la declaración de que no tiene derecho a la jubilación en la

también fundamentación de que “...no cumple con lo dispuesto por los artículos 19 y 22 de la Ley No. 16.713 (...)” (la negrilla y el subrayado no están en el original).

V) El segundo aspecto al que apuntó la accionante para sostener que no violó ninguna disposición de la Ley N° 18.159, se focalizó en defender que no infringió la prohibición de negar injustificadamente la venta de bienes. El cese de la venta de bienes no se realizó con un fin anticompetitivo ni generó efectos de ese tipo en el mercado. No existía una conducta alternativa que razonablemente se pudiera exigir a SAMSUNG. MOTOCICLO ejerció una presión comercial que puso en riesgo no solamente su libertad comercial sino también su patrimonio. La interrupción temporal de las ventas a WOOW respondió exclusivamente a la imposibilidad comercial configurada en ese momento, en defensa de los intereses comerciales legítimos de SAMSUNG. Su conducta tuvo una justificación: procurar la subsistencia de su negocio en Uruguay y de su red de distribuidores. Las presiones comerciales de MOTOCICLO fueron el único generador del cese de ventas, y encuadraron dentro de la eximente de responsabilidad por el “*hecho de un tercero*” o un “*estado de necesidad*”. SAMSUNG EA S.A. debió optar entre continuar comercializando con BARANUR S.A. o con MOTOCICLO S.A., y lo hizo optando por el menor de los males.

La doctrina especializada al comentar la prohibición de negar injustificadamente las ventas establecida por el artículo 4 apartado I) de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia se pregunta: “**Por qué justificar una negativa de venta?**”

Las razones son semejantes a las esgrimidas para reprimir la fijación vertical de precios, que ya analizamos al estudiar el literal A) de este mismo artículo. Con la actitud negativa extrema de no vender, un proveedor, intenta extender el poder de mercado que se posee en cierto segmento hacia otras etapas de los procesos de comercialización, cuyas rentas son de difícil apropiabilidad

(...)

Si bien en principio, las empresas deben tener la libertad para comercializar con quienes quieran, y también para conceder un trato preferencial a compradores habituales, a menudo las negativas parciales o totales a vender o a satisfacer pedidos, en condiciones comerciales habituales, son utilizadas por empresas que gozan de una posición de mercado, constituyendo una expresión de la posición de dominio.

Como el propio literal lo expresa, estas conductas (“negativas de ventas de productos o prestación de servicios”) en cuanto son la expresión extrema de las restricciones verticales (“restricción absoluta”), deberán ser vistas con un enfoque negativo. Aunque recordamos que su catalogación final, está también sujeta al criterio del carácter razonable o no de las negativas o rechazos (“rule of reason”), ya que lo que se penaliza es hacerlo injustificadamente” (Cf. Camilo Martínez Blanco, “Manual Básico de Derecho de la Competencia”, op. cit., p. 162 a 163).

En similar sentido, explica Algorta Morales: “*Se trata de aquella conducta en la cual un agente económico se niega a vender un producto o prestar un servicio a otro sujeto.*”

La mayoría de estas hipótesis ocurre entre agentes económicos ubicados en diferentes niveles del proceso productivo y, en general, el

agente que se niega a la venta o a la prestación de servicio goza de una posición dominante en el mercado.

Una vez más la ley condena la discriminación entre agentes económicos, discriminación que puede colocar al sujeto discriminado en desventaja ante sus competidores.

En muchas ocasiones estas prácticas se encuentran justificadas por ejemplo cuando el comprador no es buen pagador, cuando el vendedor cuida la imagen de su producto y solamente lo vende a aquellos que cumplan con determinados requisitos de exposición y venta del producto, cuando por razones de stock solamente vende a compradores habituales, cuando siendo mayorista se niega a vender al consumidor final, etc. (...)” (Cf. Paula Algorta Morales, “Prácticas Prohibidas”, en “Estudios sobre la Defensa de la Competencia y Relaciones de Consumo”, op. cit., p. 52).

Más adelante, la autora ubica al rechazo injustificado de venta de bienes y servicios dentro de las **prácticas exclusorias**, a las que define como “**aquellas conductas cuyo fin es impedir el acceso al mercado de nuevos competidores, o provocar la salida de algunos de los que operan en él**” (Cf. Paula Algorta Morales, “Prácticas Prohibidas”, en “Estudios sobre la Defensa de la Competencia y Relaciones de Consumo”, op. cit., p. 58).

De conformidad con las pautas y definiciones legales y doctrinales que se vienen de reseñar, el Tribunal considera que no surge demostrado que se haya verificado una causal de justificación, que habilite a considerar que la conducta asumida por la actora no haya encuadrado dentro de una práctica anticompetitiva, y violatoria de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia.

El análisis de los argumentos expuestos en la presente acción anulatoria, no arroja una postura distinta a la que ya surgía de los antecedentes, habida cuenta de que nada nuevo se ha planteado ni tampoco se ha producido ninguna prueba.

En general se dirá, que no se comparte la valoración de la accionante acerca de su conducta, considerándose legítima la actuación de la Administración en el caso.

El artículo 2° de la ley 18.159 sanciona cualquier conducta, práctica o recomendación que tenga por objeto u efecto restringir o impedir la competencia. No caben dudas que tal efecto se produjo a partir de la conducta de las empresas imputadas, entre las que se incluye la actora.

Se consideró por la Administración, en punto no controvertido, que la práctica de impedir a BARANUR S.A. (WOOW) acceder a los televisores Samsung comercializados por VISUAR URUGUAY S.A., tuvo por efecto excluir a un competidor directo de MOTOCICLO S.A., del acceso a aproximadamente un treinta por ciento (30%) de las opciones de abastecimiento de televisores para su posterior reventa. El hecho que BARANUR S.A. (WOWW) haya podido acceder a otras marcas de televisores -importación mediante- no enerva tal conclusión.

En cuanto a la existencia de las eximentes de responsabilidad que pregonan la accionante, cabe compartir con la Administración que los hechos fueron valorados en justos términos. Si bien compleja, desde el punto de vista comercial, no puede negarse que tuvo la opción de acatar las exigencias de MOTOCICLO S.A. o no hacerlo, no configurándose entonces el “*hecho del tercero*” o el “*estado de necesidad*” que esgrime.

Con respecto al “estado de necesidad”, debe advertirse que la dogmática penal lo ubica como un instituto que opera con relación a las personas físicas y no respecto de personas jurídicas (Cf. Miguel Langón Cuñarro, “Manual de Derecho Penal Uruguayo”, Ediciones del Foro, Montevideo, 2006, p. 282 y siguientes).

Pero aun desde una tesis amplia de la referida eximente de responsabilidad, es claro que no se verifican los extremos planteados por la actora, en consonancia con las exigencias de la dogmática. Como enseña Gamarra: “***El esquema es éste: un sujeto colocado en una situación de necesidad (con caracteres de inmediatez e inevitabilidad), no provocada por él, que se origina en otras personas (imputables o no), fuerzas naturales, cosas o animales; el cual para evitar el daño debe recurrir a un comportamiento necesitado (o maniobra necesitada), que lesiona a un tercero; el mal causado debe ser de igual o menor jerarquía que el amenazado y es indiferente que afecte un derecho de la personalidad o un bien patrimonial (pero, si se trata de un derecho de la personalidad o un bien patrimonial (pero, si se trata de un derecho de la personalidad, el bien sacrificado debe ser igual o menor; y en caso de bien patrimonial, ser menor y pertenecer a esa misma clase).***

*En el caso fortuito existe una fuerza irresistible; **en el estado de necesidad el causante del daño está enfrentado a un mal inevitable (...)**”*

Y más adelante, advierte: “***(...) toda vez que el autor del comportamiento necesitado sea el que incurre en culpa, p. ej. Cuando conduce a exceso de velocidad, la causa de justificación no puede configurarse, y el propio Código Penal lo impide al exigir que el hecho no haya sido provocado por su conducta***” (Cf. Jorge Gamarra, “Tratado de

Derecho Civil Uruguayo”, tomo XIX, “*Responsabilidad Civil Extracontractual*”, volumen 1º, Montevideo, FCU, 1ª Edición, marzo de 1994, reimpresión inalterada, junio de 2000, ps. 221 a 222) (la negrilla y el subrayado no están en el original).-

En cuanto al “*hecho del tercero*”, tampoco se verificaron las circunstancias que habilitan a su procedencia. En la esencia de esta causal se encuentra la idea que el hecho del tercero destruye el nexo causal entre el daño y la acción del presunto ofensor, con lo cual se elimina por entero su responsabilidad (Cf. Juan Carlos Peirano Facio, “*Responsabilidad Extracontractual*”, Barreiro y Ramos S.A., Montevideo, 1954, p. 474, citado por Jorge Gamarra, en “*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*”, tomo XIX, op. cit., p. 351, quien sostiene que “*la eximente del tercero está correctamente ubicada en el plano de la relación de causalidad*”).

Gamarra explica que “*En esta eximente un tercero es causa del daño sufrido por la víctima; vale decir que en la producción del evento dañoso interviene un sujeto que no es el ofensor (...)*” (Cf. Jorge Gamarra, en “*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*”, tomo XIX, op. cit., p. 348).

Luego, precisa que, en puridad, **la figura como tal requiere “la presencia de tres sujetos (porque si así no fuera no sería posible hablar de hecho del tercero); el tema a discutir es la intervención que al tercero le cabe en la relación de causalidad.**

Estrictamente sólo podrá hablarse con propiedad del hecho del tercero cuando éste concurre con el ofensor en la producción del daño, y por tanto, esta eximente, al igual que el hecho de la víctima, tipifica una concausa.

No hay duda que el tercero debe ser causa del daño para que pueda configurarse la eximente” (Cf. Jorge Gamarra, en “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, tomo XIX, op. cit., p. 348).

Para el autor, cuando existe un único ofensor que causa por sí solo la totalidad del daño no se estaría estrictamente dentro de la referida categoría (por no existir un tercero). Mientras que cuando en la producción del daño intervienen dos sujetos, la eximente operaría como una concausa, con la participación de otro ofensor que por ser tal ya no sería tercero, dando lugar a una pluralidad de ofensores (artículo 1331) (Cf. Jorge Gamarra, en “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, tomo XIX, op. cit., p. 350).

Sin perjuicio de estas precisiones técnicas, Gamarra destaca en el análisis de la figura que “(...) lo que verdaderamente cuenta es que, cuando el ofensor pudo prever o evitar el comportamiento del tercero, o adoptar frente al mismo una decisión que hubiera impedido el daño de la víctima, y no lo hizo, en principio el daño le sería imputable, porque incurrió en culpa (sin perjuicio de un eventual concurso de responsabilidad, donde ésta resulte compartida por el tercero y el ofensor, lo cual sería cuestión de hecho, a apreciarse en cada caso concreto)” (Cf. Jorge Gamarra, en “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, tomo XIX, op. cit., p. 352) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Finalmente, el autor no deja de resaltar la importancia del carácter de imprevisible e irresistible del hecho del tercero para descartar la relación causal y excluir por completo su responsabilidad. Así entiende que *“hay que concluir que no es esencial que el hecho del tercero sea imprevisible ni irresistible, pero también que la ausencia de estos caracteres, como*

regla general, tiene la trascendencia de radicar la obligación resarcitoria en el ofensor” (Cf. Jorge Gamarra, en “*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*”, tomo XIX, op. cit., p. 352) (la negrilla no está en el original).

Aplicando los postulados y nociones aportados por la doctrina especializada, la Sala no advierte que surja acreditada la efectiva verificación de ninguna de las causales de justificación invocadas de acuerdo con la “*rule of reason*” que prevé la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia.

Véase que la actora pretende atribuir responsabilidad únicamente MOTOCICLO S.A., como si ella no hubiera tenido ninguna participación o incidencia en la práctica de exclusión del mercado relevante de venta de televisores de la empresa BARANUR S.A. (WOOW), invocando razones de subsistencia de su negocio que a la postre quedó demostrado que no fueron tales.

No puede razonablemente concluirse que el único factor que ocasionó la medida exclusoria se encuentre en las presiones ejercidas por MOTOCICLO S.A., aun cuando esta representara el diecinueve con veinte por ciento (19,20%) de las ventas de SAMSUNG.

En este sentido, la magnitud de dichas presiones no aparece con el rol determinante que se pretende, generando que SAMSUNG EA tuviera como única opción la de incurrir en el cese de ventas a la empresa BARANUR S.A. (WOOW), so riesgo de dejar de subsistir en el mercado nacional.

En definitiva, no se observa ninguna situación de inevitabilidad sin culpa de la actora, ni tampoco la presencia de un hecho de un tercero (MOTOCICLO S.A.) que haya sido susceptible de excluir a la accionante

del daño provocado (a la empresa denunciante) en el mercado relevante de televisores.

El Tribunal concuerda con los señalamientos realizados en el informe N° 109/016, en cuanto se destaca que: “**SAMSUNG EA tuvo la opción de decidir, y bien pudo haberse negado a acatar una requisitoria que a su entender era ilegal, y que claramente perjudicaba a un tercero. En efecto SAMSUNG EA y MOTOCICLO rompieron relaciones comerciales, y no por ellos SAMSUNG EA ha dejado de existir. No cuestionamos que se tratara de una decisión extremadamente compleja, pero ello no implica (a nuestro criterio) que deba operar como eximente.**” (fs. 1321 a 1321 vto., pieza IV, A.A.).

En cuanto a la mención que el referido asesor realiza luego al instituto de la “*obediencia debida*”, de ningún modo puede significar que no se hayan examinado las causales de justificación (estado de necesidad y hecho del tercero), y defensas (ausencia de culpabilidad) que esgrimió en sus descargos.

La accionante fue responsabilizada por la opción que adoptó, en violación a la Ley N° 18.159, de cesar las ventas a BARANUR S.A. (WOOW) en base a los principios generales que rigen en materia de derecho sancionatorio.

No se trató de un supuesto de responsabilidad objetiva sino de un reproche sancionatorio que tuvo como base la noción de culpabilidad de la actora, quien pudo y debió obrar de un modo lícito y no anticompetitivo y no lo hizo, cediendo ante las presiones de uno de sus principales clientes (MOTOCICLO S.A.), para excluir del mercado a un competidor (BARANUR S.A.), privándolo del acceso a aproximadamente un treinta

por ciento de las opciones de televisores para su posterior venta, con afectación a la competencia.

En ese contexto, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia tuvo especialmente en cuenta las presiones que existieron de parte de MOTOCICLO S.A., así como su conducta de colaboración, aplicándole a la actora una sanción sensiblemente menor (apercibimiento) a las impuestas a otras empresas que intervinieron en la conducta anticompetitiva (UI 1.400.000 a VISUAR S.A., UI 550.000 a INCOTEL S.A. y LG ELECTRONICS ARGENTINA S.A., UI 200.000 a TGM S.A. y UI 1.700.000 a MOTOCICLO S.A.) (véanse el Considerando 30) y el Resuelve 5), a fs. 16 y 17, *infolios* y a fs. 1103 y 1104, pieza IV, A.A.).

El órgano de aplicación admitió la trascendencia económica de las presiones de la empresa MOTOCICLO S.A. sobre la SAMSUNG EA SUCURSAL URUGUAY S.A., pero ello no puede constituir causal de justificación de su conducta.

En efecto, la eventual pérdida de un cliente importante no puede erigirse en fundamento y razón suficiente para incurrir en prácticas anticompetitivas como la de autos, en abierta contravención a una Ley de Orden Público (artículo 1º de la Ley Nº 18.159 de 20 de julio de 2007).

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 unanimidad de sus integrantes,

FALLA:

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

Sin especial condenación procesal.

A los efectos fiscales, fijanse 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).