

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 14 de diciembre de 2017.

No. 972

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "ABAL HERMANOS S.A. con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de nulidad" (Ficha No.267/2014).

RESULTANDO:

I) Con fecha 22/4/2014 compareció el Dr. Juan Manuel MERCANT (fs. 2/29) en representación de ABAL HERMANOS S.A., a demandar la nulidad de la Resolución N°128/2013 de fecha 23/10/2013, dictada por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC o la Comisión, de ahora en más), perteneciente al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), por la cual se resolvió:

“1. Considerar finalizada la presente investigación, concluyendo:

PRIMERO: que respecto de British American Tobacco Sucursal Uruguay, no se ha probado la comisión de infracciones a la legislación vigente en materia de competencia.

SEGUNDO: que la empresa ABAL HNOS. S.A. ha desarrollado una práctica anticompetitiva consistente en fijar precios abusivos, con características de predatorios, al menos, de marzo a diciembre de 2010.

2. Aplicar a la empresa ABAL HNOS. S.A. una sanción consistente en multa de 2.000.000 U.I. (dos millones de Unidades Indexadas)” (fs. 960/962 vto. en birome roja A.A. Pieza III).

En lo inicial, y luego de reseñar los antecedentes administrativos del acto enjuiciado y sobre las disposiciones normativas de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia aplicables (LDC de ahora en más), esto es, el marco legal, indicó que el acto es contrario a la regla de Derecho.

Explicó que los precios de sus productos estuvieron temporalmente por debajo del costo por una confluencia de factores. A saber: la determinación de detener rápidamente la pérdida de ventas y su cuota de participación en el mercado; la reducción de su portafolio de marcas causada por la aprobación de disposiciones normativas amparadas en la llamada “Lucha contra el Tabaco”; por el rápido crecimiento del comercio ilícito y por su decisión comercial de trasladar el aumento del Impuesto Específico Interno (IMESI) de forma gradual, como forma de retener a aquellos consumidores que había logrado ganar en un ambiente donde el precio se volvió lo más importante.

Afirmó que el acto es contrario a Derecho porque, bajo las disposiciones de la LPDC, ABAL no puede ser calificada como una empresa con posición dominante, ya que no puede actuar con prescindencia de las conducta de sus competidores, compradores o proveedores y no tuvo ni tiene una fortaleza económica que le permita impedir que se mantenga una competencia efectiva en el mercado.

Sostuvo que ABAL no alcanza los estándares requeridos para ser considerado dominante. Enfrentó y sigue enfrentando fuertes presiones competitivas por parte de MONTE PAZ, la sensibilidad de los consumidores al precio y el comercio ilícito. Puntualizó que su cuota de participación en el mercado era del entorno del 12% en el año 2009 y del

19% en el 2011, mientras que la participación de MONTE PAZ ha estado siempre en o por encima del 74%.

Expresó que la Administración, sabedora de que la posición dominante es un requisito esencial para la configuración de precios predatorios, y que ABAL no posee dicha posición en el mercado relevante de cigarrillos, le atribuyó una “posición de dominio atípica” por el solo hecho de ser una filial de PHILIP MORRIS INTERNATIONAL.

Dicha postura es contraria a la LPDC y contradice su propia definición del mercado geográfico. El “dominio atípico” introduce conceptos no establecidos en la Ley, como ser el carácter local o internacional de los competidores. Sostuvo que un agente es dominante si tiene por sí mismo el poderío económico dentro del mercado relevante como para evitar la competencia efectiva y comportarse con independencia de sus competidores y consumidores.

Señaló que si bien la Comisión determinó que el mercado relevante era el mercado uruguayo, soslayó que ABAL es una compañía local y que, a pesar de ser una filial de una empresa internacional, es la que compite en el mercado relevante de cigarrillos en Uruguay. Con el concepto dado por la Administración de “posición dominante atípica”, la mayoría de las filiales de empresas multinacionales en Uruguay serían consideradas dominantes bajo la normativa uruguaya en materia de promoción y defensa de la competencia. De recibirse tal concepto por el Tribunal, se violaría el principio de seguridad jurídica, pilar fundamental del Estado de Derecho.

Por otro lado, indicó que la Administración debió demostrar que ABAL tuvo la intención de perjudicar a su competencia y que seguramente hubiera recuperado las pérdidas aumentados sus precios a futuro. No

obstante, no presentó teoría o prueba alguna de política de precios predatorios para sustentar que su representada implementó una estrategia predatoria.

En efecto, sostuvo que la CPDC tenía la carga de probar, y no lo hizo, que ABAL se beneficiaría, con posterioridad a la implementación de una estrategia predatoria, entre marzo y diciembre de 2010 y que dicha estrategia causó o era probable que causara un perjuicio competitivo a los consumidores.

Manifestó que la Comisión también sostuvo que su política de precios causó el desplazamiento de un competidor, esto es, de British American Tobacco (BAT), generó mayores restricciones al ingreso de nuevos competidores y significó una afectación real y potencial en el bienestar de los consumidores. No obstante, afirmó que dichas aseveraciones carecen de todo fundamento.

Sobre este punto, indicó que BAT informó a la opinión pública que la reducción de sus operaciones en el país se debía a las “regulaciones desproporcionadas”. Indicó que BAT en el año 2010 tenía una participación en el mercado de 3.7% y sus representantes declararon ante la Comisión que debieron bajar los precios de sus productos para vender el stock que tenían, lo que demuestra que ya habían decidido su retiro del mercado uruguayo.

Destacó que la Administración debió demostrar que ABAL intentó colocarse en una posición que le permitiera incrementar sus precios a niveles anticompetitivos, una vez que el período predatorio hubiese culminado.

No obstante, indicó que aquélla no puede señalar documento o prueba alguna que demuestre la supuesta intención de ABAL de expulsar a BAT del mercado y la ciencia económica demuestra que tal estrategia hubiese sido irracional, dado que el posterior recupero de las ganancias hubiese sido imposible, ante la magnitud de la presencia en el mercado de MONTE PAZ, el potencial reingreso de BAT y el aumento del comercio ilícito.

En suma, indicó que la multa impuesta fue irracional e ilegal porque no existió conducta ilegítima alguna de su parte. Adicionalmente, indicó que teniendo la posibilidad de aplicar sanciones menores, como apercibimiento o una multa menor, la Comisión decidió sancionar a ABAL con una multa 20 veces superior al mínimo estipulado en la Ley, apartándose además de los parámetros utilizados en casos anteriores. Por ello, tildó a la sanción como contraria a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Por último, señaló que el acto fue dictado con desviación de poder, en tanto la Comisión vinculó la conducta de su representada con el arbitraje promovido por PHILIP MORRIS INTERNATIONAL contra el Estado uruguayo. Sostuvo que la competencia de la Comisión es asegurar el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia. Concluyó que dicha vinculación y la imposición de una sanción arbitraria y excesiva, constituye el más claro ejemplo de desviación de poder.

II) Conferido el traslado de la demanda, comparecieron los Dres. Alejandra GIUFFRA y Javier GOMENSORO, en representación de la Administración (fs. 38/40), a contestarla y solicitaron su rechazo, en base a los siguientes fundamentos.

En primer lugar, indicaron que cuando la Administración ejerce las potestades que legalmente le han sido conferidas, como en el caso, actúa legítimamente y ese comportamiento no resulta lesivo de derecho o interés alguno. La Administración actuó conforme a Derecho, por lo que no ocurrió la ilegalidad aludida.

Señalaron que el acto enjuiciado, tanto del punto de vista de su juridicidad interna -competencia, cumplimiento de requisitos de forma-, como de su juridicidad externa -cumplimiento de una regla de derecho, dictada sin abuso de poder y perfectamente motivada-, resulta incuestionablemente legítimo.

Afirmaron que quedó demostrado que la actora afectó las variables del mercado, comportándose con independencia de la actividad de sus competidores, bajando los precios por debajo del costo medio variable, en un período muy prolongado de tiempo. En efecto, indicaron que las reducciones de precios no fueron breves sino que se prolongaron al menos durante todo el 2010 en todas sus marcas.

Así, como consecuencia de su accionar, BAT se vio desplazada del mercado, restringiendo su participación al Departamento de Maldonado y también fue ganando mercado de la participación que tenía MONTE PAZ.

Manifestaron que acreditada la configuración de una práctica, la Comisión debe aplicar una sanción al infractor. Carece de rigor pretender comparar la situación fáctica de las presentes actuaciones con otros expedientes ajenos al objeto del caso.

En relación a las sanciones aplicadas, indicaron que las mismas se fijan dentro de los límites que establece la Ley. En ese sentido, señalaron que no todas las conductas son iguales ni los mercados abarcan la misma

cantidad de consumidores. Se realizó la valoración tanto de la facturación de la empresa, como la duración de la práctica, se ponderaron la ausencia de antecedentes y la colaboración brindada en la investigación

En suma, indicaron que la acción impetrada carece de todo fundamento legal y solicitaron que fuera desestimada y el acto confirmado.

III) La demandada solicitó dar noticia a los terceros denunciados (fs. 35), medida a la cual el Tribunal accedió por Decreto N° 8220 de fecha 16/9/2014 y concretó con fecha 2/10/2014 (fs. 48 vto.).

El 16/10/2014 compareció el Dr. Nelson LARRAÑAGA, en representación de British American Tobacco (BAT), a evacuar el traslado conferido (fs. 54/55 vto.).

Indicó que la actora carece de legitimación activa para solicitar la nulidad del numeral 1° del acto atacado, por lo que solicitó el rechazo de la demanda en lo que respecta al mismo. Manifestó que BAT no cometió ilícito alguno, cuestión que no es controvertido en el presente proceso, por lo que en definitiva solicitó la confirmación del acto, en el aspecto que le concierne.

Por su parte, el 20/10/2014 compareció el Dr. Rodolfo MEZZERA, en representación de COMPAÑÍA INDUSTRIAL DE TABACO MONTE PAZ S.A., a evacuar el traslado conferido (fs. 65/70), la que al evacuarlo defendió el acto enjuiciado, en tanto denunciante y principal afectada de la conducta de la actora.

IV) La actora se opuso a la tercería coadyuvante (fs. 77/83), de la que se dio traslado a los terceros (fs. 87/89), compareciendo únicamente BAT, mientras que MONTE PAZ fue acusada en rebeldía por el Decreto N°2253 de fecha 9/4/2015 (fs. 110). Por Resolución N°711 de

fecha 8/10/2015 el Tribunal no hizo lugar a la oposición deducida únicamente con respecto a MONTE PAZ (fs. 120/124).

V) Abierto el juicio a prueba por Decreto N°10.154 de fecha 9/11/2015 (fs. 131), se diligenció la ofrecida por la parte actora y la tercerista, lo que luce certificado a fs. 189.

VI) Alegaron las partes por su orden, la actora lo hizo a fs. 194/215 vto., y la parte demandada a fs. 222/223 y la tercerista a fs. 226/236.

VII) Oído el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen N° 6/2017 glosado a fs. 239/240), aconsejó la confirmación del acto administrativo enjuiciado.

VIII) Por decreto N°1467 de fecha 13/3/2017, se citó a las partes para sentencia (fs. 242) la que, previo pasaje a estudio de los Sres. Ministros, se acordó dictar en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) Que, en la especie, se han cumplido los requisitos establecidos en la Constitución de la República y normas concordantes, para el útil inicio de la presente acción (artículos 317 y 319 de la Constitución de la República y artículos 4 y 9 de la Ley N°15.869).

II) En autos se promovió la anulación de la Resolución N°128/2013 de fecha 23/10/2013, dictada por CPDC del MEF, por la cual se concluyó que la actora desarrolló una práctica anticompetitiva consistente en fijar precios abusivos, con características de predatorios, al menos, de marzo a diciembre de 2010 y se le aplicó como sanción una multa de 2.000.000 U.I. (fs. 960/962 vto. A.A. Pieza III).

III) El Tribunal, por unanimidad de sus integrantes y apartándose lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, hará lugar a la pretensión anulatoria, de acuerdo a los siguientes fundamentos.

IV) **Antecedentes relevantes para el correcto entendimiento de la cuestión planteada.**

El 16/04/2010 MONTE PAZ presentó una denuncia ante la CPDC en contra de la actora, fabricante de los productos Philip Morris, y en contra de BAT Sucursal Uruguay, porque a partir del mes de diciembre de 2009 las empresas redujeron el precio de sus productos en aproximadamente 64%.

Afirmó que las empresas multinacionales alinearon sus precios en enero de 2010 y desde entonces aplicaron estrategias coincidentes, con precios netos de fábrica próximos o inferiores a cero y ella, líder en el mercado, mantuvo los precios. Señaló que la conducta de las denunciadas era violatoria de la Ley N°18.159 (LDC), en tanto implicó un abuso de posición dominante y agregó documentación probatoria (fs. 8/33 A.A. Pieza I, foliatura en color rojo)

La misma denuncia había sido presentada con anterioridad, el 8/3/2010, ante el Ministerio de Salud Pública (fs. 135/163 A.A. Pieza I).

Asimismo, adjuntó a la misma consultas del Prof. Dr. Ricardo Pascale, catedrático de Finanzas de la Universidad de la República (fs. 39/55 A.A. Pieza I) y de los Dres. Cristina Vázquez y Carlos Delpiazzo (fs. 56/69 A.A. Pieza I).

Adicionalmente el 26/4/2010 MONTE PAZ presentó ante la CPDC una “nota complementaria” a la denuncia que ya había presentado “(...)

por una conducta reincidente de Abal Hnos. en cuanto a la rebaja de precios de los cigarrillos” (fs. 169/175 A.A Pieza I).

El 27/4/2010 la Comisión admitió la denuncia presentada, dio vista a las empresas denunciadas y solicitó información complementaria a la denunciante (fs. 183/184 A.A. Pieza I).

La actora presentó su escrito de descargos (fs. 213/234 vto. AA Pieza I), en el cual rechazó las imputaciones realizadas por MONTE PAZ, otorgó explicaciones sobre los motivos que la llevaron a bajar los precios de sus productos y solicitó el archivo de las actuaciones. Por su parte, BAT también presentó sus descargos (fs. 273/285 vto. AA Pieza I), rechazando, al igual que la actora, enfáticamente la denuncia realizada, otorgó sus explicaciones sobre la baja de los precios de sus productos y solicitó que se rechazara la denuncia presentada.

No obstante ello, por Resolución N°34/010 de fecha 2/6/2010 la CPDC decidió proseguir con el procedimiento, admitió la prueba presentada y puso el expediente de manifiesto (fs. 286/287 A.A. Pieza 1).

Las empresas denunciadas presentaron nuevamente escritos de descargos (fs. 295/303 vto. en birome roja A.A.) y lo mismo hizo la denunciante (fs. 304/317 en birome roja A.A. Pieza I).

Posteriormente, la Comisión solicitó información adicional a las partes interesadas y petitionó que la Cátedra de Costos de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de la República realizara un estudio sobre los costos de la empresa actora (fs.668/676 en birome roja A.A. Pieza II, 709/716 y 747/748 vto. A.A. Pieza III).

El 27/12/2012 la Ec. Laura NOGUEIRA propuso considerar como mercado relevante al mercado de los cigarrillos comercializados en el país,

esto es, el conjunto de marcas cigarrillos manufacturados, ya sea de fabricación nacional o importados (fs. 750/755 vto. A.A. Pieza III).

Así, luego de conferidas nuevas vistas a los interesados, el 19/7/2013 el expediente fue girado a la Ec. NOGUERA y a la Dra. Alejandra Giufra para que realizaran un informe técnico a la luz de la prueba diligencia. Con fecha 31/7/2013 las Asesoras presentaron el informe N°57/013 (fs. 841/851 en birome roja A.A. Pieza III). y concluyeron:

“Atento al cúmulo probatorio glosado en autos, estas asesoras concluyen que existen elementos de convicción suficientes para manifestar que la empresa Abal S.A. ha desarrollado prácticas anticompetitivas, que en los hechos se tradujeron en ventas de cigarrillos a precios fijados por debajo de los costos e incluso de los costos variables durante casi todo el año 2010.

Nótese que el análisis se circunscribe a dicho período ya que no se cuenta con información para analizar si existió continuidad de la práctica y si fuese el caso, cuáles fueron sus efectos.

Los argumentos manejados por la denunciada para justificar su accionar son falaces como se ha demostrado ut supra. La práctica resulta acreditada en cuanto hace al objeto de la misma, ya que buscó claramente desplazar, parcial o totalmente, a los competidores actuales y/o futuros. También resulta acreditada en cuanto tuvo efectos anticompetitivos, tanto reales, como el desplazamiento de BAT, logrando afectar a MP y generando mayores restricciones al ingreso de nuevos competidores, como otros efectos potenciales, existiendo afectación real y potencial sobre el bienestar de los consumidores. Por lo expuesto, no se entiende del caso ordenar el diligenciamiento de nuevas probanzas, ingresando por tanto el

presente procedimiento en una faz decisoria, correspondería dar vista a las partes.

Sin perjuicio de lo antedicho y salvo mejor opinión de esta Comisión, podría resultar del caso disponer el inicio de un nuevo procedimiento de oficio a efectos de realizar un seguimiento sobre los precios y costos en el referido mercado desde diciembre del año 2010.”

El 8/8/2013 la Comisión dio por finalizada la investigación y se otorgó vista del Proyecto de Resolución (fs. 853/854 A.A. Pieza III), evacuándola MONTE PAZ, BAT y la actora (fs. 873/876, 877/877 vto. y 878/932, A.A. Pieza III, respectivamente).

Ante los descargos presentados, el 18/9/2013 volvió a pronunciarse la Asesora Alejandra GIUFFRA, en los siguientes términos:

“Esta asesora entiende del caso corresponde tener por agregada la prueba documental que acompaña el escrito de Abal Hnos SA. En cuanto a los argumentos manejados por el distinguido colega, ninguno de ellos enerva las conclusiones a las que se arribó en el Informe Técnico No 57/03, a cuya lectura me remito.” (SIC fs. 934/935 A.A. Pieza III) y aconsejó continuar con las actuaciones.

MONTE PAZ presentó un nuevo escrito, en el cual realizó aclaraciones sobre las consideraciones realizadas por la actora en la última evacuación de vista (fs. 945/951 A.A.). La Comisión entendió que no era la etapa oportuna para presentarlo, no obstante lo cual, por Resolución N° 122/013 de fecha 10/10/2013 lo admitió.

Finalmente, el 23/10/2013 se dictó la Resolución cuestionada (fs. 960/962 vto. A.A. Pieza III).

V) **Análisis sustancial**

La LDC, en lo que interesa al presente proceso, establece:

“Artículo 1º.- (Objeto).- La presente ley es de orden público y tiene por objeto fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados.

Artículo 2º.- (Principio general).- Todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general.

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.

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.

El ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa excepcional otorgada o reconocida por ley no se considerará práctica anticompetitiva ni abuso de posición dominante.

(omissis)

Artículo 6º.- (Abuso de posición dominante).- A efectos de lo previsto en el artículo 2º de la presente ley se entiende que uno o varios agentes gozan de una posición dominante en el mercado cuando pueden afectar sustancialmente las variables relevantes de éste, con prescindencia de las conductas de sus competidores, compradores, o proveedores.

Se considera que existe abuso de posición dominante cuando el o los agentes que se encuentran en tal situación actúan de manera indebida, con el fin de obtener ventajas o causar perjuicios a otros, los que no hubieran sido posibles de no existir tal posición de dominio.” (El resaltado en negrita, no está en el original).

En el caso, de la investigación realizada, la CPDC concluyó que la actora incurrió en una práctica ilegal en la fijación de precios abusivos, con características de precios predatorios, y que la misma careció de justificaciones, ganancias de eficiencia o beneficios que se trasladen a los consumidores.

En ese ámbito le imputó:

i) la existencia de una posición de dominio atípica, derivada de su fortaleza a nivel internacional, por ser una filial de la empresa multinacional PHILIP MORRIS INTERNATIONAL, y no de su participación específica en el mercado local, teniendo capacidad financiera para sostener por un período prolongado la estrategia de fijar precios por debajo del costo medio variable,

ii) su práctica produjo el desplazamiento casi inmediato de uno de los competidores, BAT , de la plaza que quedó sólo en un departamento del país y un incremento de su participación de mercado, en una práctica que fue desarrollada con independencia del comportamiento de los demás agentes del mercado. Ello afectó el bienestar de los consumidores, debido al desplazamiento de un competidor y la generación de mayores restricciones al ingreso de nuevos competidores, resultando dificultoso cuantificar el perjuicio pero sí claramente determinables los efectos nocivos.

iii) de acuerdo al estudio de costos de la Cátedra de Contabilidad de Costos de la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración, quedó comprobado que vendió por debajo de sus costos totales desde diciembre de 2009, y por debajo del costo variable medio desde marzo de 2010 hasta, al menos, diciembre de 2010.

iv) la finalidad perseguida era ganar mercado, lo que además objetivamente se consiguió y en particular en el sector llamado “Premium”, utilizando una práctica que sólo era posible en ejercicio de una posición de dominio, desarrollada de forma abusiva, vendiendo por debajo del costo variable medio durante un período prolongado de tiempo.

En síntesis la demandada entendió que ABAL, utilizando su “posición de dominio atípica”, con independencia de sus competidores, vendió sus productos por debajo de sus costos totales desde diciembre de 2009, y por debajo del costo variable medio desde marzo de 2010 hasta, al menos, diciembre de 2010, provocando la salida del mercado de unos de sus competidores, BAT, con la finalidad perseguida de ganar mercado.

Para sostener que la actora incurrió en una práctica anticompetitiva la CPDC debió acreditar: i) que ABAL tenía una posición dominante en el mercado relevante; ii) que el agente, en el caso la actora, haya abusado de dicha posición y iii) que las prácticas abusivas, en el caso, precios predatorios, hayan tenido como finalidad la exclusión del resto de los competidores del mercado mencionado. El Tribunal estima que, ninguna de dichas premisas fue acreditada por la demandada.

A) El mercado relevante

En casos de defensa de la competencia se impone, en primer término, la determinación del *mercado relevante y su ámbito geográfico*, siendo elementos claves para la correcta dilucidación de este tipo de asuntos. Esta metodología ha sido recogida como solución de principio por el artículo 5° de la LDC.

En el caso de autos, el mercado relevante fue establecido en el informe realizado el 27/12/2012 por la Asesora de CPDC, la Ec. Laura NOGUEIRA, quien propuso considerar como mercado relevante al mercado de los cigarrillos comercializados en el país, esto es, el conjunto de marcas de cigarrillos manufacturados, ya sea de fabricación nacional o importados (fs. 750/755 vto. A.A. Pieza III).

Asimismo, Cristina VÁZQUEZ y Carlos DELPIAZZO, en consulta realizada a petición de MONTE PAZ, señalan: *“Parece claro, en el caso en análisis que el mercado relevante es el de la comercialización de cigarrillos en el territorio nacional.*

En efecto, se trata del mercado de referencia o el mercado a tener en cuenta (...).” (fs. 67 A.A. Pieza I).

B) La posición dominante

En la dogmática nacional, ALGORTA MORALES afirma: “A la luz de la definición establecida en el artículo analizado, la doctrina es acorde en sostener que un agente económico detenta una posición dominante cuando goza del poder actuar en el mercado relevante de forma independiente, sin tener en consideración las reacciones de sus competidores, proveedores, clientes y consumidores finales y sin que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder (...).

Se define asimismo la posición dominante como la posibilidad de un agente económico de adoptar conductas en relación a precios o calidad de bienes y/o servicios de forma independiente, o de reducir el nivel de innovación que sería exigible en un mercado en el cual no gozara de dicha posición. En el supuesto de no detentar una posición dominante, esas conductas no las podría practicar dado que los consumidores o clientes optarían por uno de sus competidores de acuerdo a la elasticidad existente de la demanda, debilitando su posición en dicho mercado.

Puede tratarse de un solo agente económico o de varios agentes unidos por vínculos económicos o jurídicos que actúan en forma concertada, logrando igual efecto.

Se asocia la existencia de posición dominante con el ejercicio de poder de mercado.

El poder de mercado puede definirse como la habilidad de un agente económico individual (o de un grupo que actúa coordinadamente) de fijar precios por encima del costo marginal del bien que vende o servicio que presta.

(omissis)

Cabe señalar que, al definir la norma la noción de posición dominante, el intérprete debe estar a lo expuesto en la misma y no procede interpretar dicha noción por vía analógica con elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales más amplias efectuadas por el Derecho comparado.

*A efectos de evaluar la existencia de la posición dominante debemos atenernos a la definición dada por la ley y **la misma exige expresamente para ello que el agente goce del poder de actuar en forma independiente de sus competidores. Si el agente actuando en forma independiente no puede afectar sustancialmente las variables del mercado con prescindencia de sus competidores y consumidores, no detenta posición dominante, aún cuando goce de un amplio poder de mercado.***

Asimismo, la posición dominante se asocia al porcentaje que tiene un agente económico en el mercado relevante, cabe destacar que nuestra ley no exige un determinado porcentaje de participación para que se considere que un agente económico detenta una posición dominante.

(omissis)

Aun cuando nuestra ley no establece un porcentaje de participación en el mercado a efectos de considerar si una empresa posee o no posición dominante entiende que es poco probable que se considere que goza de dicha posición si posee menos del 15% del mercado. Sin embargo, factiblemente se considere que detenta una posición de dominio si ostenta más del 50% del mismo” (ALGORTA MORALES, Paula: “Prácticas prohibidas” en “Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo”, PEREIRA CAMPOS, Santiago y otros, FCU, 2008, págs. 34/35. El resaltado no está en el original)

En cuanto al abuso de posición dominante señala: “*Cuando los sujetos que gozan de posición dominante realizan de forma abusiva ciertos actos o conductas que tengan por efecto u objeto limitar, restringir, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura, con el fin de obtener ventajas o causar perjuicios que, de no detentar dicha posición dominante, no los podrían haber obtenido o causado, se entiende que la mismas son anticompetitivas y por ello son prohibidas por la ley*” (ALGORTA MORALES, Paula. Ob. cit. pág. 34/35)

Así, tal como lo sintetiza MOTTA, para que exista un abuso de posición dominante es necesario determinar: 1º) que existe posición dominante por parte del agente y 2º) que el dicho agente con posición dominante ha incurrido en un comportamiento abusivo. En cuanto a la posición dominante, el autor señala que es segura en aquellos supuestos donde el agente tiene un alto grado del poder del mercado y destaca que la jurisprudencia ha establecido que aquellas empresas que detentan el 40% del mercado relevante, serán definidas como agentes con posición dominante (MOTTA, Massimo: “Competition Policy: theory and practice”, 2003, Capítulo 1, págs. 32/33. La traducción al español fue realizada por el redactor),

El Tribunal no comparte la posición sustentada por la CPDC en cuanto a la existencia de una “*posición de dominio atípica*” por parte de la actora, por ser una filial de la sociedad PHILIP MORRIS INTERNATIONAL, pues ello implicaría una extensión indebida del mercado relevante en estudio a una escala prácticamente mundial, lo que no se condice con la definición dada por las disposiciones normativas

citadas, la dogmática especializada y la propia Resolución de la CPDC mencionada.

Surge acreditado que en el mercado uruguayo, mercado relevante, ABAL HNOS no ostentaba una posición dominante frente al competidor denunciante, por lo que no podía sostener un *comportamiento independiente* de él.

Se desprende de todos los estudios de mercado realizados (y no controvertidos), que era la denunciante -MONTE PAZ- quien detentaba una *posición dominante* en el mercado uruguayo de los cigarrillos, oscilando su cuota parte del mismo entre un **74 y 88%** entre los años 2008-2012; mientras que ABAL HNOS poseía una cuota entre un **10 y 25%** en los mismos años y BAT entre tan solo un entre **0,01 y 3,9%** (vide cuadro elaborado por la propia CPDC que luce a fs. 845 Pieza III de los A.A).

Así, de las referencias dogmáticas mencionadas con anterioridad para que un agente económico sea considerado con “posición dominante”, debe poseer al menos un 40% o más del mercado relevante, lo que a la luz de los porcentajes señalados en el párrafo anterior, se concluye que ABAL HNOS. no podía ser considerado un agente con “posición dominante”.

Por ello es que la Comisión, para sortear dicho punto, le imputó a la actora tener una “posición dominante atípica” por ser filial de una multinacional. No obstante, a criterio de la Corporación, dicha extensión realizada contraría claramente la regla de Derecho, que exige tener en cuenta, a los efectos de decidir si un agente posee o no posición dominante el mercado relevante, que como se vio fue acotado a la venta de cigarrillo en territorio nacional. Va de suyo que si ABAL no tenía posición dominante en el mercado uruguayo de los cigarrillos, no podría habersele

imputado abuso de dicha posición, por la inexistencia del presupuesto mencionado, lo que vicia de nulidad el acto enjuiciado.

Por otra parte, avalar el criterio sustentado por la Comisión tendría como consecuencia que todas las filiales de empresas multinacionales tendrían, únicamente por ser tales, posición dominante en el ámbito de la defensa de la competencia.

C) Los precios predatorios

Así, una de las prácticas anticompetitivas que puede realizar el agente económico con posición dominante, no mencionadas en el artículo 4° de la LDC y que fue la práctica imputada a la actora, es el establecimiento de precios predatorios. Los mismos son definidos como la venta de bienes o servicios por debajo del costo de producción con el objetivo de perjudicar a un competidor, desplazándolo del mercado, que tiene como objetivo aumentar las ventas, ganar o mantener la cuota de mercado.

Este concepto hace referencia a un precio anormalmente bajo, en general por debajo de alguna medida del costo del producto, generalmente fijado con el objetivo de expulsar a empresas rivales del mercado, aunque también puede buscar evitar comportamientos “gravosos” de las firmas competidoras o disuadir la entrada de nuevos rivales en el mercado.

Los precios predatorios no son permanentes. Por su propia naturaleza son necesariamente temporales; ya que una vez conseguido el objetivo de expulsar al competidor, la empresa que llevó adelante la práctica incrementará el precio del producto para, de este modo, compensar las pérdidas generadas en el intervalo depredador. Las pérdidas temporales

están justificadas, entonces, por el logro de un objetivo de beneficio superior a largo plazo.

El resultado a corto plazo de la utilización de una estrategia de precios predatorios es un beneficio para los consumidores, consecuencia de precios temporalmente más bajos. No obstante, a largo plazo, esta conducta, si ha sido efectiva, tendrá como resultado precios más elevados y menos empresas competidoras (Véase en este sentido: MOTTA, Massimo, ob. cit. Capítulo 7 pág. 2 y la consulta elaborada para la actora por el Prof. Pascale a fs. 40 A.A. Pieza I).

Desde su primera comparecencia en el expediente administrativo la actora asumió que a partir de diciembre del año 2009 bajó el precio de sus productos, esto es, vendió al costo o por debajo del costo de producción.

Es indudable que ABAL HNOS, en tanto filial de la trasnacional PHILIP MORRIS INTERNATIONAL, tiene la suficiente “*capacidad financiera*” como para “*sostener por un período prolongado la estrategia de fijar precios por debajo del costo medio variable*” tal como sostiene la CPDC en el Considerando 9 de la resolución impugnada, **pero ello no implica per se una práctica anticompetitiva.**

Así pues, para que la fijación de precios predatorios sea pasible de ser catalogada como práctica anticompetitiva en un ordenamiento jurídico como el nuestro, basado en la “*rule of reason*”, debe estar asociada indisolublemente al aspecto subjetivo dado por el **ejercicio abusivo de una posición dominante** por parte de un agente en tal posición en un mercado relevante que, como se dijo, ABAL no tenía.

Debe convenirse que operar por un tiempo con precios por debajo del costo no implica en sí mismo una práctica anticompetitiva si la misma

no es acompañada con la **intención del agente de eliminar a los competidores del mercado o generar barreras de entrada al ingreso de potenciales competidores** en el futuro.

En derecho de la competencia, no basta con comprobar que los precios fijados son inferiores a los costos (cosa que la propia accionante admite que realizó en el período determinado), sino que concomitantemente debe acreditarse que dicho accionar responde a la intención real o potencial de excluir competidores. Ello por cuanto la retribución del agente que baja sus precios por debajo del costo la tendrá en el futuro cuando, sin competidores en el mercado, suba los precios de sus productos de manera independiente y recupere las pérdidas obtenidas mientras tuvo los precios por debajo del costo.

D) La conducta recriminada a la actora: la demandada no acreditó que ABAL haya incurrido en una práctica anticompetitiva.

De acuerdo a lo previsto en el inciso 3° del artículo 2° de la LDC, surge que ésta 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.

El análisis realizado por la CPDC tampoco logró demostrar que la fijación los precios denunciados tuviera por finalidad de “*restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura*”

en el mercado relevante”, tal como lo exige el inciso segundo del artículo 2° de la LDC, como para tornarse en una práctica anticompetitiva.

Por el contrario, la empresa accionante logró demostrar razonablemente que la decisión de fijar precios por debajo de costos durante un período determinado respondió a una estrategia comercial y empresarial destinada a hacer frente a las políticas anti-tabaquismo emprendidas por el Gobierno, al aumento del contrabando de cigarrillos en el país y el aumento de la carga impositiva en el rubro como herramienta coadyuvante en el combate del tabaquismo.

De acuerdo a lo señalado más arriba, el beneficio para una empresa al fijar precios predatorios o por debajo de su costo, es expulsar a los competidores e impedir el ingreso de nuevos. De esa forma se quedaría con todo el mercado, y ya sin competidores, subiría los precios para recuperar las ganancias perdidas durante la aplicación de precios predatorios. Ello no fue lo que sucedió en autos.

En efecto, la evolución del mercado de venta de cigarrillos luego de la fijación de tales precios parece confirmar que la accionante no obtuvo beneficio económico alguno a largo plazo, no hubo grandes variaciones en las porciones de mercado de los respectivos competidores y solo logró detener *circunstancialmente* su caída en la participación del mercado, para luego recuperar cuotas del mercado en los años subsiguientes (en el punto, puede verse el Informe de la CPDC N° 31/013 de fecha 11/04/2013 elaborado por la Ec. Laura NOGUEIRA a fs. 792/795 de los A.A).

Así, la Comisión entendió que con la práctica mencionada, la actora logró desplazar a empresa competidora con menor porción del mercado, esto es BAT. No obstante, ello tampoco luce suficientemente demostrado.

En efecto, debe convenirse que en un mercado sometido a constantes presiones competitivas del jugador mayoritario, MONTE PAZ, su alta concentración, intensas campañas antitabaquismo por parte del Gobierno y una alta volatilidad por la sensibilidad de precios, la estrategia de fijar precios predatorios por parte de ABAL con el único objetivo de capturar la porción de mercado del competidor minoritario (BAT), tal como lo entiende la CPDC, no parece viable desde el punto de vista económico y deviene ineficaz desde la perspectiva de competencia. Tal circunstancia fáctica es lo que se evidencia en la evolución de los hechos.

Por ello, el Tribunal tampoco comparte la posición de la CPDC en cuanto a que ABAL, al fijar precios por debajo de los costos, pretendía apropiarse de la pequeña porción de mercado perteneciente a la minoritaria BAT, abusando de su posición *exclusivamente* frente a ella. En primer lugar, **no existe prueba racional suficiente** de que BAT restringió sus operaciones a Maldonado a consecuencia precisamente de la fijación de precios de ABAL HNOS.

Por el contrario, tal extremo se debió a las políticas generales que marcaron el contexto normativo y económico en el que se desarrolló el mercado de los cigarrillos en nuestro país desde un tiempo a esta parte y que empujaron a esta empresa a decidir concentrarse en el segmento del mercado de alto poder adquisitivo sin necesidad de bajar más los precios, tal como se expresó en sus múltiples declaraciones públicas (fs. 179-180, 590, 900, 903 A.A).

No puede hablarse de abuso de posición de ABAL frente a BAT por la sencilla razón que la actora tampoco exhibe una total *independencia de*

comportamiento frente a otra poderosa trasnacional como lo es BAT a nivel internacional.

En efecto, véase la contradicción en la que incurrió la CPDC al entender que la actora detentaba una “posición dominante atípica” por ser filial de una multinacional, pero al momento de establecer las consecuencias que tuvo la política asumida por ABAL estableció que una de ellas fue excluir del mercado a otra filial de una multinacional, como lo era BRITISH AMERICAN TOBACCO.

Debe convenirse razonablemente que si la actora contaba con un respaldo suficiente de la sociedad matriz para establecer precios por debajo de sus costos, a la misma conclusión debió llegarse para el caso de BAT.

Así, si dicho factor fuera determinante (esto es, ser filial de una multinacional), BAT nunca hubiese abandonado el mercado uruguayo. Es más, hubiese tenido el suficiente respaldo económico de la sociedad matriz para mantener el precio de sus productos tan bajos como los de ABAL.

Por ello, se concluye que la salida del BAT del mercado uruguayo no fue como consecuencia de la decisión adoptada de ABAL, tal como sostuvo la CPDC, sino las explicaciones que ofreció a sus consumidores: la creciente limitación de la normativa antitabaco establecida por el Gobierno.

Así, no parece haber un efectivo “*desplazamiento de un competidor*” por la fijación de precios abusivos (Considerando 16 del acto); sino la decisión estratégica empresarial del competidor minoritario (BAT) de replegarse a un ámbito geográfico más favorable a sus productos (Maldonado-Punta del Este) y luego retirarse definitivamente del mercado uruguayo.

En este sentido, se comparte lo expresado en el informe económico elaborado por el Dr. Jorge PADILLA para la parte actora: *“La afirmación de la Resolución acerca de la salida de BAT no es creíble desde el punto de vista económico y del sentido común. La fijación de precios predatorios puede tener éxito en excluir a un rival más pequeño únicamente si este no tiene acceso a financiación y tiene un conocimiento limitado del mercado. Bajo estas condiciones, una empresa dominante puede utilizar los recortes de precios para hacer creer equivocadamente a los potenciales entrantes que no tendrían la capacidad de competir eficazmente. Esta teoría no aplica en este caso. BAT Uruguay era una empresa con acceso a recursos financieros y bien informada acerca de la rentabilidad del mercado uruguayo de los cigarrillos, en el que había estado operando desde 1998.”* (fs. 41 de la carpeta de documentación de un total de 245 fs.).

La Resolución impugnada también afirma que la estrategia de fijación de precios de la actora crea barreras a la entrada y a la expansión de nuevos competidores en el mercado de los cigarrillos. No obstante, de la prueba diligenciada ha quedado demostrado que las principales barreras a la entrada de potenciales competidores en el mercado de los cigarrillos están dadas preexistentemente por la *excesiva rigidez en la estructura del mismo* dado por el escaso número de competidores y sus cuotas de mercado que dan una excesiva fortaleza a uno de ellos (MONTE PAZ S.A), y no por la coyuntural rebaja de precios que puede adoptar uno de los competidores minoritarios.

Lo expresado, destaca que se torna innecesario examen los cuestionamientos sobre el monto de la sanción aplicada.

E) Desviación de poder.

Por último, la actora se agravió porque entendió que la sanción impuesta fue dictada con desviación de poder, ya que las Asesoras de la CPDC hicieron referencia al juicio que PHILIP MORRIS INTERNATIONAL le inició al Estado uruguayo. En efecto sostuvieron las Asesoras: *“Corresponde analizar un elemento adicional, probablemente base o sustrato para el desarrollo de esta conducta esto es el juicio llevado adelante por Phipips Morris Internacional contra el Estado Uruguayo a raíz de la política anti-tabaco iniciada en el año 2004”* (SIC fs. 848 vto. Pieza III)

En primer lugar, las consideraciones antes mencionadas no fueron tomadas en cuenta por el acto enjuiciado. Asimismo, no surge acreditado que la sanción impuesta a la actora haya sido una reprimenda por el juicio iniciado por la tabacalera contra el Estado uruguayo.

En efecto, si bien la actora alegó la desviación de poder, tenía la carga de acreditar el vicio mencionado y no lo hizo, por lo que este agravio será desestimado.

VI) En definitiva, por los fundamentos expuestos, los artículos 309 y 310 de la Constitución de la República y, apartándose el dictamen del Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, el Tribunal, por unanimidad de sus integrantes,

FALLA:

Acógrese la demanda entablada y, en su mérito, anúlase el acto impugnado.

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fijanse los honorarios profesionales de los abogados de las partes, actora y tercerista, en la suma de \$28.000 (pesos uruguayos veintiocho mil) a cada uno.

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dra. Castro, Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Tobía (r.), Dr. Echeveste, Dr. Vázquez Cruz.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).