

MEMORANDUM

De: Enrique Lussich Puig (Asesor Letrado/Abogado)

A: Cámara Mercantil de Productos del País.

Fecha: 22 de marzo de 2018

Asunto.- Ley de Promoción y Defensa de la Competencia – Actuación del órgano encargado de su aplicación.

1.- Precisión Previa.-

Si bien la normativa en la materia data del año 2007, fue recién a comienzos del año 2009 cuando comenzó a funcionar la “Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia”, órgano desconcentrado (esto es, con autonomía en su poder de decisión) dentro del ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas y encargado de aplicar la Ley 18.159 de 20 de julio de 2007(denominada de “Ley de Promoción y Defensa de la Competencia”), que es de “orden público”, y su Decreto reglamentario N° 404/007 de 29/10/2007.-

Dicha Comisión está integrada por 3 miembros designados por el Poder Ejecutivo, con dedicación exclusiva, renovándose de a un miembro cada dos años.

El día 21 de febrero de 2018, la Cámara Mercantil recibió una nota de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, a través de la cual nos hicieron llegar una “Guía de Libre Competencia para Asociaciones Empresariales”, que se circuló entre los asociados y que según se indicaba en dicha nota, tenía como objetivo *“brindar información de la normativa en esta área, así como la prevención de comisión de infracciones a dicha normativa, por parte de las distintas asociaciones empresariales”*.

Por tal motivo, consideramos oportuno, la realización de este informe, para recordar cómo funciona el sistema jurídico actualmente vigente en Uruguay, en materia de defensa de la competencia.

2.- La libre competencia dentro de los mercados.-

El principio general contenido en esta Ley 18.159 que la Comisión debe aplicar, es que todos los mercados deben estar regidos por los principios y reglas de la libre competencia (excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general) y que todas las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras que desarrollen actividades económicas (con o sin fines de lucro) en el Uruguay (o aún en el extranjero, si dicha actividad despliega sus efectos en territorio uruguayo), deben atenerse a dichos principios y reglas.

Se prohíbe el abuso de posición dominante en el mercado, “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” (artículo 2º, inciso segundo de la Ley).-

Pero la propia Ley aclara que: “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”.

A efectos de evaluar si las prácticas, conductas o recomendaciones que se prohíben, afectan las condiciones de competencia, deberá determinarse el alcance del “mercado relevante” en el que las mismas se desarrollan, tal cual lo disponen el artículo 2º de la Ley y el artículo 6º del Decreto reglamentario. Esto implica, según la Ley, 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.

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.

Debe tenerse presente que la Ley no sanciona las conductas en sí mismas, ya que la Comisión encargada del control y aplicación de la Ley, tiene en cuenta a la hora de valorar las mismas, si afectan al mercado, si generan ganancias de eficiencia económica de las empresas involucradas y los eventuales beneficios que puedan trasladarse a los consumidores.

3.- Conductas prohibidas.-

A título (simplemente) enunciativo, el artículo 4º de la Ley 18.159 establece una enumeración de **“PRÁCTICAS PROHIBIDAS”, en tanto configuren situaciones de violación de la libre competencia.** Ellas son:

“A) *Concertar o imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva.*”

“B) *Limitar, restringir o concertar de modo injustificado la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico de bienes, servicios o factores productivos, en perjuicio de competidores o de consumidores*”.

“C) *Aplicar injustificadamente a terceros condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos así en desventaja importante frente a la competencia*”.

“D) *Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias o suplementarias que, por su propia*

naturaleza o por los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de esos contratos.”

“E) Coordinar la presentación o abstención a licitaciones o concursos de precios, públicos o privados”.

“F) Impedir el acceso de competidores a infraestructuras que sean esenciales para la producción, distribución o comercialización de bienes, servicios o factores productivos”.

“G) Obstaculizar injustificadamente el acceso al mercado de potenciales entrantes al mismo”.

“ H) Establecer injustificadamente zonas o actividades donde alguno o algunos de los agentes económicos operen en forma exclusiva, absteniéndose los restantes de operar en la misma.”

“I) Rechazar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios.”

“J) Las mismas prácticas enunciadas, cuando sean resueltas a través de asociaciones o gremiales de agentes económicos”.

Corresponde reiterar y aclarar, que la enunciación anterior de conductas prohibidas NO es taxativa sino que comprende también cualquier otra conducta que, a criterio de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, configuren situaciones violatorias de la libre competencia. Las conductas, no se sancionan en sí mismas, sino en la medida que de las mismas se derive una restricción a la competencia que, en definitiva, afecta el derecho de las demás empresas a actuar en el mercado y disputarse el mismo en igualdad de condiciones, y perjudica a los consumidores y usuarios.

4.- Concentración Empresarial y Concentración Monopólica.-

Asimismo y dentro de las disposiciones tendientes a la defensa de la competencia, el artículo 7° de la Ley, obliga a notificar a la “Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia”, **todo acto de “concentración económica”** empresarial, en forma previa (10 días antes de su celebración) por parte de las empresas participantes, cuando se de alguna de las siguientes condiciones: a) Cuando como consecuencia de la operación se alcance una participación igual o superior al 50% del mercado relevante. O b) Cuando la facturación bruta anual en el territorio uruguayo del conjunto de los participantes en la operación, en cualquiera de los últimos tres ejercicios contables, sea igual o superior a setecientos cincuenta millones de Unidades Indexadas.-

Y ¿cuáles son los actos de concentración económica?: La Ley establece que: *“se considerarán posibles actos de concentración económica aquellas operaciones que supongan una modificación de la estructura de control de las empresas partícipes mediante: FUSIÓN*

DE SOCIEDADES, ADQUISICIÓN DE ACCIONES, DE CUOTAS O DE PARTICIPACIONES SOCIALES, ADQUISICIÓN DE ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES, INDUSTRIALES O CIVILES, ADQUISICIONES TOTALES O PARCIALES DE ACTIVOS EMPRESARIALES, Y TODA OTRA CLASE DE NEGOCIOS JURÍDICOS QUE IMPORTEN TRANSFERENCIA DEL CONTROL DE LA TOTALIDAD O PARTE DE UNIDADES ECONÓMICAS O EMPRESAS.” (artículo 7º -destacados nuestros-)

Pero no corresponderá realizar notificación alguna a la Comisión, en casos de: adquisición de empresas donde el comprador ya tenga como mínimo el 50% de las acciones; adquisición de títulos de deuda de una empresa o acciones sin derecho a voto; adquisición de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea activos o acciones de otras empresas en el Uruguay; y adquisiciones de empresas, “declaradas en quiebra o no, que no hayan registrado actividad dentro del país en el último año” (artículo 8º).-.

Además, en los casos en que la “concentración económica” implique la conformación de un **MONOPOLIO DE HECHO**, dicho proceso deberá ser autorizado por el órgano de aplicación.

Según lo establece el artículo 9º de la Ley, “*El análisis de estos casos deberá incorporar, entre otros factores, la consideración del mercado relevante, la competencia externa y las ganancias de eficiencia*”.

La autorización de la concentración monopólica, no constituirá un monopolio de origen legal (el cual solamente puede ser concedido por el Parlamento por mayorías especiales –artículo 85 numeral 17 de la Constitución-) y por lo tanto, según la Ley, no podrá limitar el ingreso de otros agentes al mercado.

5.- Investigación y Sanción de “Prácticas Prohibidas”.-

Por último, debe destacarse que esta Ley, confiere a “Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia”, amplias facultades para investigar, analizar y sancionar las prácticas prohibidas por la misma, pudiendo actuar de oficio o por denuncia.-

La Comisión puede expedirse acerca de las posibles consecuencias dañosas de la conducta investigada y disponer el cese preventivo de dicha conducta. Además, judicialmente, puede pedir diligencias preparatorias destinadas a obtener pruebas y también medidas cautelares (designación de veedor, auditor o interventor, embargos o secuestros, y demás medidas previstas por el artículo 316 del Código General del Proceso) con carácter reservado y sin noticia de los eventuales investigados o terceros.

En el caso de constatarse (luego de desarrolladas las actuaciones administrativas) la existencia de “prácticas anticompetitivas”, la Comisión debe ordenar su cese inmediato (y de sus efectos) y sancionar a los autores y responsables legales.

Las sanciones (que pueden aplicarse independiente o conjuntamente según cada caso) serán de: apercibimiento, apercibimiento con publicación de la resolución, y multas.

El monto de las multas (según lo establece el artículo 17 de la Ley) será de un mínimo de cien mil Unidades Indexadas (UI 100.000) y un máximo del que fuere superior de los siguientes valores:

- 1) 20:000.000 UI (veinte millones de Unidades Indexadas).
- 2) El equivalente al 10% de la facturación anual del infractor.
- 3) El equivalente a 3 veces el perjuicio causado por la práctica anticompetitiva, si fuera determinable.

El artículo 19 de la Ley, permite que las multas se apliquen no solamente a la empresa o persona jurídica culpable de la práctica o conducta anticompetitiva, sino también a sus administradores, directores o representantes “que hayan contribuido activamente en el desarrollo de la práctica”.

6.- Prescripción

El artículo 28 de la Ley establece que, las acciones que tiene su origen en la realización de prácticas prohibidas por esta Ley, **prescriben a los 5 años de verificadas las mismas**, “tanto en lo que respecta a la potestad pública de investigar y sancionar a los responsables, como al derecho de los perjudicados directamente por las mismas a obtener el resarcimiento de los daños padecidos”.-

La prescripción se interrumpe por la iniciación de un procedimiento de oficio o con el acto que ordena dar vista de la denuncia al presunto responsable.-
