

DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL URUGUAY. UN PASO TARDÍO Y POSITIVO ¿PERO SUFICIENTE?

ISRAEL CREIMER
ROSA POZIOMEK

I. INTRODUCCIÓN

En la concepción de los economistas clásicos el mercado constituye el punto de encuentro teórico de la oferta y la demanda. Uno de los fundamentos principales de la economía de mercado es la libre competencia, que resulta de la concurrencia libre en el mercado de oferentes de productos o servicios y consumidores. Estos últimos deben estar en condiciones de tomar decisiones libres sobre sus compras en dicho mercado, en un contexto en el que las reglas de juego son claras para todos y se cumplen efectivamente.

La competencia cumple una función de selección, recompensando a los empresarios que ofrecen las mejores prestaciones en el mercado y eliminando de este último a los operadores ineficaces o inmorales. A esta doble función se le agrega finalmente el cometido político-social de evitar la formación definitiva de posiciones de poder en el mercado.¹

¹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y Alfonso-Luis Calvo Caravaca, *"Derecho Mercantil Internacional"*, Ed. Tecnos S.A, Madrid 1993. pág. 130.

En un régimen de libre competencia, los intereses del consumidor final ocupan una posición preferente, con la consecuencia de reconocerse a los consumidores un marco de actuación libre y responsable, garantizándoles la seguridad de sus intereses a través del mecanismo de la libre competencia.²

Todo mercado sano reconoce una competencia real, la que está dada por una variada oferta de bienes y servicios que tratan de atraer la elección de la demanda sobre la base de mejorar las condiciones de calidad y precio. Por tanto, un régimen de defensa de la competencia debe tener como objetivo asegurar que en la realidad se manifiesten sin distorsiones, las relaciones de libre competencia entre los distintos actores del mercado.³

Con el fin de preservar la libre competencia, los países capitalistas, de economía de mercado, desde hace ya muchos años entendieron necesario sancionar un derecho común regulador de los límites de la competencia legítima, sobre la base de tutelar valores que pertenecen al interés público y no al privado. Se requiere, por tanto, una administración pública con capacidad para orientar y garantizar las elecciones de los agentes económicos controlando el funcionamiento del mercado, evitando la formación de monopolios.

Es en ese sentido, que la libertad del productor o del comerciante a desarrollar conductas comerciales en su propio interés, debe limitarse por la obligación de respetar la libertad de elección de los consumidores o clientes, absteniéndose de conductas dirigidas a privarles de su posibilidad de elegir entre productos o servicios diversos.

Asimismo el concepto de igualdad en las posibilidades de acceso a los mercados es imprescindible, por lo que la defensa de la competencia debe garantizar el mercado, como estructura básica que haga posible el desarrollo de la libertad económica, en condiciones de igualdad de oportunidades de acceso.⁴

El derecho comparado nos muestra que la política de la competencia llevada a cabo por los Estados ha sido muy diversa.

Cuatro son las opciones que se han presentado: a) abstenerse de intervenir (*laissez-faire approach*) confiando en el poder de mercado de las empresas y los mecanismos de defensa del propio mercado; b) prohibir ciertas conductas empresariales y el control de fusiones de empresas, procurando el mantenimiento o el restablecimiento de la estructura competitiva del mercado (*structure approach*); c) aceptar la

² FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Ob. cit., pág. 131.

³ DROMI, Roberto, "Competencia y monopolio. Argentina, MERCOSUR y OMC" Editorial Ciudad Argentina 1999, pág. 19.

⁴ DROMI Ob. cit. pág. 23.

existencia del poder de mercado a algunas empresas garantizando así el interés público mediante el control de los abusos con relación al comportamiento en el mercado y a los resultados observados en éste (*regulation approach*); o d) nacionalizar las empresas con poder de mercado (*ownership approach*).

Tanto la no intromisión del Estado como la política de nacionalizaciones de los cárteles han recibido fuertes críticas. En la práctica, las otras dos orientaciones son las usadas por los ordenamientos en forma combinada.⁵

Son diversos los recursos técnicos que, solos o generalmente combinados, emplean los ordenamientos jurídicos: a) la existencia de una regla general prohibitiva (*sistema de la prohibición o per se rule*) o permisiva -en tanto no se declare la ilicitud del supuesto- (*sistema de la libertad, del control o del abuso*); b) la instalación de controles previos o posteriores al comportamiento controvertido; c) la atribución de la carga de la prueba a las empresas de la existencia de conductas anticompetitiva o a las autoridades encargadas de custodiar la competencia.⁶

En el Uruguay no existían normas positivas más que una vaga referencia en el artículo 50 inc. 2º de la Constitución.

Tardíamente en el país, a mediados del año pasado, se sancionaron normas referidas a la defensa de la competencia. El nuevo marco de regulación de la competencia intenta establecer reglas claras de juego para las empresas. Las políticas de competencia tienen el propósito de proteger y promover la competencia estableciendo como expresa la normativa "las reglas de la competencia".

La novísima regulación prohíbe y sanciona las prácticas anticompetitivas o restrictivas de la competencia, por ser inhibitorias y limitantes del buen funcionamiento del mercado, haciendo que la asignación de recursos sea menos eficientes.

La finalidad de este trabajo es informar acerca de la legislación uruguaya sobre reglamentación y sanción de las prácticas violatorias de la libre competencia.

II. NORMAS REGULATORIAS DE LA COMPETENCIA, O QUE ALUDÍAN A ELLA EN FORMA INDIRECTA, ANTERIORES A LA LEY DE 2000

2.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

El artículo 36 consagra el principio de la libertad de comercio,

⁵ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Ob. cit., pág. 139.

⁶ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Ob. cit., pág. 140.

estableciendo que “Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes”.

Por su parte, el artículo 50 dispone que “El Estado orientará el comercio exterior de la República protegiendo las actividades productivas cuyo destino sea la exportación o que reemplacen bienes de importación. La ley promoverá las inversiones destinadas a este fin, y encauzará preferentemente con este destino el ahorro público.

Toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el contralor del Estado.

Asimismo, el Estado impulsará políticas de descentralización, de modo de promover el desarrollo regional y el bienestar general.”

Seguramente el constituyente temía al trust, por ello impuso el control estatal del mismo. Esto nunca se había reglamentado hasta el momento.

A pesar de que el derecho positivo uruguayo no contaba con normas legales explícitas que reglamentaran específicamente la defensa de la competencia, la doctrina y jurisprudencia intentaron reconocerla apelando a soluciones basadas en normas y principios generales del derecho privado, en especial, las que consagran la teoría del abuso de derecho.

2.2. LEYES Y DECRETOS

2.2.1.- Normas varias

Existían normas aisladas sobre el tema.

Así, por ejemplo, la Ley N° 10.940 del 19 de septiembre de 1947 la llamada Ley de Subsistencias disponía que las comisiones departamentales de subsistencias tenían competencia para proponer al Consejo los precios de los artículos de primera necesidad. También controlaba las existencias, precios y costos de esos mismos artículos. La ley se ocupaba de los posibles convenios para promover la fabricación y distribución a bajo precio de estos artículos. Obligaba a los expendedores minoristas a colocar en lugar visible un cartel con los precios.

La ley N° 11.073 del 24 de junio de 1948, que reguló el régimen aplicable a las sociedades financieras de inversión, prohibía a estas sociedades “*tener en cartera, durante más de un ejercicio, acciones de dos o más sociedades extranjeras que se dediquen principalmente, en el país de su radicación a una misma actividad industrial, en proporción mayor del 30% del capital de cada una de estas*

sociedades” con la finalidad de que no se transformaran en instrumentos de concentración empresarial que distorsionaran el funcionamiento del mercado.

El decreto-ley N° 14.791 del 8 de junio de 1978, por el cual se creó la Dirección Nacional de Costos, Precios e Ingresos (DINACOPRIN), incluía entre los cometidos de este organismo “*vigilar el funcionamiento del mecanismo del mercado respecto de los bienes y de los servicios cuyos precios se regulan por la oferta y la demanda, investigando los elementos que limiten la libre competencia*” (art. 1, lit. c) y “*adoptar las pertinentes medidas correctivas tendientes a evitar la acción de los elementos limitantes aludidos en el literal c)*” (art. 1 lit. d).

En lo que respecta a la competencia desleal, la primera norma que reglamentó el instituto fue el decreto 588/967 del 7 de setiembre de 1967, el cual declaró aplicables en nuestro país las normas del Convenio de París del 20 de mayo de 1883 para la protección de la propiedad industrial. Disponía en su artículo 10 bis la obligación de los países integrantes de la Unión de París de asegurar a los nacionales de sus respectivos países “una protección eficaz contra la competencia desleal”, entendiendo por tal “todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial y comercial”.

Debe asimismo destacarse la importancia de la actividad del Estado uruguayo que opera en el campo comercial e industrial y la existencia de diversos monopolios estatales (refinación de combustibles, telefonía básica, etc.).

*La ley de empresas públicas N° 16.211 llamada ley de desmonopolización de 1° de agosto de 1990 significó un quiebre en la tradición estatista uruguayo. Algunos administrativistas, en base a esta ley, sostuvieron que se podría conceder a particulares la explotación de servicios públicos.*⁷

El Tratado de Asunción, de 1991, también significó un retroceso para las posiciones restrictivas de la competencia. En el exordio se expresa que el mismo tiene por objeto: “modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes”. En el art. 4° del Tratado se establece que los Estados Partes “asegurarán condiciones equitativas de comercio” y además se comprometen a “elaborar normas comunes sobre competencia comercial”. Siguiendo este mandato es que se aprobó el Protocolo de Defensa de la Competencia (decisión N° 18/96 de 17 de diciembre de 1996), Este asegura la libre

⁷ Fugone Schiavone. Revista Jurídica Estudiantil. N° IX, año VI.

competencia entre los Estados Partes e incluye expresamente a las actividades estatales.

Como lo señala Augusto Duran Martínez se ha venido notando un retroceso de los monopolios estatales.⁸

Así se flexibilizó el monopolio de correos (decreto N° 197/992); el de Casinos ya había sido flexibilizado por el art. 20 del decreto-ley N° 14.335 de 23 de diciembre de 1974; se procuró la libre concurrencia eliminando los monopolios portuarios por ley N° 16.246 de 8 de abril de 1992; lo mismo respecto de los seguros, por ley N° 16.426 del 14 de octubre de 1993 que suprimió el monopolio salvo sobre accidentes de trabajo y finalmente el monopolio de alcoholes se derogó por ley N° 16.753.

La ley 17.243 en su art. 13, en opinión del mismo Duran Martínez⁹ estaría derogando lisa y llanamente los monopolios estatales que quedan, incluso fuera del ámbito del Mercosur. Sin embargo en el art. 13 no se hace referencia expresa a los monopolios estatales.

En estos momentos, las corrientes políticas en el Uruguay están discutiendo muy seriamente estos temas, tratando de transar en cuanto al tamaño del estado. Algunos creen que es demasiado grande para ser eficiente y otros creen que es mejor mantenerlo en su dimensión tradicional. Señalan que las vecinas experiencias acerca de privatizaciones dieron muy malos resultados.

2.2.2.-Normas de defensa del consumidor previas a la ley de relaciones de consumo

También han habido normas de defensa del consumidor antes de que se dictara la ley de Relaciones de Consumo (ley N° 17.250 de 27 de setiembre de 1999).

Entre las normas anteriores se puede destacar los decretos que reglamentaban la obligación de expedir artículos de primera necesidad (25/68); el que establece la obligación de exhibir listas de precios (80/68), el que impone indicar en lugar visible los precios de los artículos (264/77), el que impone publicidad a los precios de los bienes ofertados por el comercio minorista (492/79), el que adopta medidas tendientes a asegurar la información al Consumidor sobre calidad, precio y origen de los artículos que ofrezcan (264/82), el que reglamenta la información relativa a la adquisición y venta de viviendas (322/82).

⁸ Exposición formulada el 19 de octubre de 2000 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, en el marco del Seminario "El Nuevo Régimen de la Competencia".

⁹ Op. Cit. "Exposición...."

También la ley N° 15.851 del año 1986 que en su art. 228 restablece la prohibición de otorgar premios a los consumidores. Se trata de una disposición que intenta limitar lo que en doctrina consumista se ha llamado la oferta agresiva. El decreto reglamentario N° 449/95 restringe la amplia prohibición legal.

2.2.3.- *Normas antidumping*

En otro orden de ideas, nuestro país por decreto 142/96, publicado en el Diario oficial con fecha 8 de Mayo de 1996, basado en los acuerdos de la ronda Uruguay y el Acta Final de Marrakech del 15 de abril de 1994, dictó normas para contrarrestar el dumping.

El decreto permite la aplicación de derechos antidumping cuando la importación de productos primarios y no primarios sean objeto de dumping y causen daño, a una producción nacional.

El artículo 4° recoge la definición internacional de dumping: “un producto es objeto de dumping cuando se introduce al mercado nacional, inclusive en régimen de admisión temporaria, a un precio de exportación inferior a su valor normal”

De acuerdo al artículo 5°, el “valor normal” es el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador.

La norma en forma muy detallada regla el procedimiento a los efectos de identificar el valor normal, el precio de exportación (luego comparable con el anterior), el margen de dumping y la determinación del daño. Asimismo regula el procedimiento de la investigación y la aplicación y cobranza de derechos antidumping.

2.2.4.- *La ley de grandes superficies.*

Almacenes versus hipermercados

Con el auge del hipermercadismo, cuyos titulares son importantes compañías multinacionales, el campo que quedaba para el pequeño almacén o comercio barrial fue enormemente reducido. Estos que estaban agrupados en cámaras empresariales, ejercieron presión ante el poder político, ya que su permanencia en el mercado estaba seriamente comprometida. Por otro lado, quiénes proveían a los grandes supermercados se veían, según su punto de vista, presionados por el poderoso comprador quién fijaba unilateralmente condiciones de venta, precios, plazos para el pago.

Esta situación lleva a la sanción de la ley N° 17.188 del 20 de Septiembre de 1999, la llamada ley de grandes superficies con el ob-

jeto de limitar la instalación de grandes supermercados. Es dudoso que la ley en sí misma resuelva el problema, ya que lo aborda muy lateralmente. Sin embargo, a partir de su vigencia, las partes han visto la conveniencia de buscar la autocomposición de sus conflictos. En eso están.

Dicha ley dicta normas relativa a establecimientos comerciales de grandes superficies destinados a la venta de artículos alimenticios y de uso doméstico, con un área mínima de 300 metros cuadrados.

Se crean Comisiones Departamentales de Protección de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa Comercial y Artesanal, con autonomía técnica con la función de asesorar preceptivamente al Intendente del departamento que le corresponda resolver sobre las solicitudes de nuevos emprendimientos comerciales o ampliaciones de los existentes, siempre que excedan del mínimo previsto en el artículo 2º de la ley (300 m2).

El asesoramiento de la Comisión deberá fundamentarse, pronunciándose sobre aspectos que se relacionan con: A) la oferta y demanda global para cada sector de actividad en la zona que se pretenda instalar o ampliar un establecimiento de gran superficie. B) El impacto previsible del proyecto sobre la permanencia de los comerciantes de venta de artículos y productos similares.

2.2.5.- Ley de relaciones de consumo

Finalmente la ley de Relaciones de Consumo N° 17.250. La misma constituye un verdadero hito en la realidad uruguaya en cuanto se reglamenta, tal como sucede en la mayoría de los países del mundo actual las relaciones entre las empresas oferentes de bienes o servicios (proveedores) y los consumidores, en ocasión de la llamada relación de consumo. La ley intenta reestablecer el poder negocial de las partes, partiendo del supuesto que el consumidor se encuentra en posición vulnerable.

III. NORMATIVA ESPECÍFICA SOBRE DERECHO DE LA COMPETENCIA

En el transcurso del año pasado y del presente se dictaron diferentes disposiciones regulatorias de la defensa de la competencia.

El legislador uruguayo se vio seguramente inspirado en las normas existentes a nivel regional, específicamente el Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR.

La primera de ellas, la ley N° 17.243 (Ley de Urgencia N° 1) del 29 de Junio de 2000 contiene un capítulo destinado a Normas sobre Defensa de la Competencia.

La Ley de Presupuesto N° 17.296 del 16 de Febrero de 2001 en sus artículos 157 y 158 dispone un elenco de sanciones de los actos y conductas prohibidas por la ley N° 17.243, así como detalla las funciones y facultades atribuidas al órgano de aplicación de las normas sobre defensa de la competencia.

Finalmente el Decreto 86/001 del 28 de Febrero de 2001, establece la repartición del Estado a la cual le asigna competencia en el control de los actos y conductas prohibidas por el artículo 14 de la Ley N° 17.243 y el procedimiento para la investigación y denuncia de dichos actos y conductas.

3.1. PRINCIPIO GENERAL

La ley N° 17.243 comienza estableciendo el principio general en materia de libertad de competencia en el mercado, disponiendo en el artículo 13 que las empresas que desarrollen actividades económicas, cualquiera sea su naturaleza, están sujetas a las reglas de la competencia, sin perjuicio de las limitaciones que se establecieren por ley y por razones de interés general o que resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate.

La norma utiliza el concepto de “empresa”, concepto éste que tiene las conocidas dificultades para ser definido desde el punto de vista jurídico. La ciencia económica lo conceptualiza como la organización de factores productivos (capital y trabajo) aplicados al desarrollo de una actividad de producción de bienes o de servicios. La empresa no es persona jurídica, no puede ser sujeto de derechos ni de obligaciones.

La ley utiliza el concepto de empresa con la intención de aplicar el régimen en ella previsto a todos los sujetos que desarrollen una actividad empresarial, con prescindencia de su organización jurídica, al decir por la norma, cualquiera sea su naturaleza.

La consecuencia de realizar una actividad empresarial es la sujeción a las “reglas de la competencia”, concepto que la ley no define.

3.2. CONCEPTO DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA

Como regla central la ley N° 17.243, luego de establecer el principio general, contiene una serie de conductas prohibidas, contra-

rias a dicho principio. La aplicación de la norma se configura cuando se den tres supuestos: conducta anticompetitiva, efecto distorsivo y perjuicio relevante al interés general. Veamos cada uno de estos conceptos.

3.2.1.- *Conducta anticompetitiva*

La ley se refiere a tres especies de éstas conductas: los acuerdos, prácticas concertadas entre los agentes económicos, las decisiones de asociaciones de empresas y el abuso de la posición dominante que impidan, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el acceso a los mercados.

Surge por tanto, que las prácticas prohibidas se dividen en dos clases: las colusorias y las abusivas.

Las primeras son las que tienen por causa el consentimiento para alguna práctica cuyo efecto es restrictivo de la competencia. Éstas a su vez, de acuerdo al medio empleado, se subdividen en acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas.

Las abusivas, a su vez, refieren a prácticas abusivas de uno o más empresas en posición de dominio. No se censura la existencia de una posición dominante como tal, sino la utilización abusiva de la posición ventajosa en que se encuentra la empresa en detrimento de las demás. La ley no define en qué consiste la posición dominante, ni el momento a partir del cual dicha posición de mayor poder económico pasa a ser abusivo.

Una empresa goza de posición de dominio cuando puede actuar con prescindencia del resto de competidores, alterando las condiciones del mercado, debido a factores tales como su participación significativa en los mercados, las características de la oferta y la demanda, su desarrollo tecnológico entre otros.

Se ha sostenido que el abuso de la posición dominante implica la existencia de un daño injustificado, cuando una o más empresas que se encuentran en posición de dominio actúan de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio.

El Código Civil uruguayo establece en su art. 1321: "El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. Ello nos lleva a determinar el límite entre el uso y el exceso de uso.

El tema se ha estudiado en extenso y la doctrina civilista ha llegado a algunas conclusiones aunque, por cierto, con algunas dificultades.

des.¹⁰ Planiol dice que el uso abusivo de derechos es una "logomaquia". El derecho cesa donde comienza el abuso. Jossierand distingue entre el acto ilegal, el ilícito y el excesivo.

Ante esta situación Henri y Leon Mazeaud establecen que para fijar el concepto de abuso el Juez debe salir del dominio del Derecho para internarse en la Política.

Mayor claridad encontramos en Spota quien introduce el concepto de standart jurídico y afirma que el acto abusivo es el acto anti-funcional.

Mazeaud-Tunc distingue el abuso del exceso. Hay exceso cuando el agricultor ara sobre el campo del vecino. Hay abuso cuando el sujeto aparentemente se mantiene en los límites de su derecho subjetivo. Sólo aparentemente y tanto el abuso como el exceso son ilegítimos.

La doctrina y jurisprudencia uruguaya se han manejado con el criterio de la buena fe contractual. Según Gamarra¹¹ se trata de apreciar la equivalencia de las prestaciones utilizando un criterio subjetivo: importa la apreciación de las partes con prescindencia de la existencia o no de equivalencia en la realidad. En el derecho uruguayo no se admite la lesión, salvo un solo caso muy excepcional.

Otro criterio seguido fue el del orden público. Para otro autor - Ordoqui¹²- el orden jurídico debe velar por el equilibrio de las prestaciones. El alejamiento de este, sin justa causa, afecta la naturaleza del contrato.

3.2.2.- Efecto distorsivo

La ley exige además que dichas conductas produzcan un efecto distorsivo en el mercado, impidiendo restringiendo o distorsionando la competencia o el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios.

La ley utiliza un criterio objetivo para evaluar los efectos distorsivos, en consideración a las consecuencias que se produzcan en el mercado.

¹⁰ CREIMER, Israel, "El abuso del derecho al voto en la legislación societaria uruguaya", en trabajo presentado en el VI Congreso de Derecho Societario Argentino.

¹¹ GAMARRA, Jorge, "Tratado de Derecho Civil uruguayo", Montevideo 1979, t. VIII, pág. 162.

¹² ORDOQUI, Gustavo, "Cláusulas contractuales abusivas", Anales del Foro N° 125, Montevideo, pág. 129.

3.2.3.- *Perjuicio relevante al interés general*

Finalmente el artículo 14 dispone que para que pueda sancionarse un acto anticompetitivo, la distorsión ocasionada en el mercado debe generar perjuicio relevante al interés general. Nuestra ley a diferencia de las formulaciones normativas usuales no atiende al riesgo potencial de que la lesión anticompetitiva se produzca, sino a la configuración cierta del perjuicio. Se exige que la afectación de la competencia sea efectiva, que exista un daño concreto.

De los antecedentes parlamentarios surge la discusión sobre la inclusión de este requisito por su vaguedad, lo que impediría -según cierto punto de vista- toda aplicación práctica de la norma. La solución a este punto depende del alcance que se le asigne a la expresión "interés general".

En ese sentido puede tomarse al interés general como un concepto amplio aludiendo al interés de toda la comunidad, por lo que una práctica restrictiva de la competencia debería causar un perjuicio relevante a toda la sociedad uruguaya globalmente considerada. O un criterio restringido, referido al área del sector del mercado que se trate.

3.3. ENUMERACIÓN NO TAXATIVA DE CONDUCTAS

En el artículo 14, luego de establecer en su acápite la enunciación de un precepto general, de características amplias y abstractas, que comprende una gran variedad de conductas y actos, a continuación efectúa una enumeración ejemplificativa de conductas que constituyen prácticas prohibidas "tales como..."

La ley describe entonces, cinco casos determinados, presumiendo la existencia de un acto anticompetitivo. En cuatro de dichos supuestos se condiciona la posibilidad de calificar como ilícitas las conductas, a la existencia de determinados supuestos, como el perjuicio del consumidor, o el incumplimiento de obligaciones fiscales o comerciales.

3.3.1.- *Imposición de precios de compra*

En el primero de los casos se prohíbe la imposición de precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva para los consumidores. Se trata de los llamados acuerdos verticales entre diferentes sujetos participantes del mercado, no aclarándose si tal prohibición alcanza a los precios concertados entre competidores

o entre fabricante en relación con el comerciante. En este literal A) la imposición de precios sólo es ilícita si se realiza de manera abusiva para los consumidores.

3.3.2.- *Limitación de la producción, de la distribución o del desarrollo tecnológico*

El segundo supuesto tiene relación con la limitación de la producción, de la distribución o del desarrollo tecnológico en perjuicio de los consumidores. Nuevamente se relaciona la configuración del supuesto anticompetitivo, a las consecuencias con referencia al consumidor.

3.3.3.- *Condiciones desiguales*

El literal C) refiere a la aplicación en relación con las otras partes, de condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos, por este hecho, en desventaja con la competencia.

3.3.4.- *Contratos atados*

En el literal D) se trata a los contratos "atados", por los que el vendedor impone al comprador la asunción de obligaciones adicionales, innecesarias al objeto del acuerdo. Es el caso de contratos acoplados en virtud de la subordinación de su celebración a la aceptación, por parte de los otros contratantes, de prestaciones suplementarias, que por su naturaleza o de acuerdo con los usos comerciales, no tienen vínculo con el objeto de esos contratos. Se aprovecha las bondades de un producto o servicio para imponer otros. También en este caso, se condiciona al perjuicio de los consumidores.

3.3.5.- *Venta debajo del costo*

En el quinto de los enunciados se prohíbe la venta debajo del costo cuando ésta no se justifique por los usos comerciales, exigiendo como requisito el incumplimiento de las obligaciones fiscales o comerciales. Es decir, que la ilicitud de la conducta solo ocurriría si esa práctica se desarrolla acompañada del incumplimiento de "obligaciones fiscales o comerciales".

3.4. ÓRGANO DE APLICACIÓN

Por Decreto 86/001, el Poder Ejecutivo dispuso que la repartición del Estado encargada de aplicar las normas sobre defensa de la competencia será la Dirección General de Comercio (D.G.C), dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas.

Este órgano de naturaleza administrativa, es el encargado de controlar los actos y conductas prohibidas por el art. 14° de la Ley 17.243.

3.5. PROCEDIMIENTO PARA SU INVESTIGACIÓN

Es el procedimiento administrativo previsto en el decreto 86/001 el que indica las formalidades y los trámites que debe cumplir la autoridad de aplicación en ejercicio de una función administrativa.

3.5.1.- Solicitud (artículo 2°)

De oficio o por denuncia de cualquier persona física o jurídica, pública o privada, cuyos intereses resulten perjudicados. En ambos casos, en tanto se considere pertinente la denuncia, se corre traslado al presunto responsable antes de dar curso a la instrucción sumarial.

3.5.2.- Etapa preparatoria (artículo 4°)

Previa vista al presunto responsable, la DGC se expedirá sobre la prosecución de los procedimientos o su clausura.

3.5.3.- Etapa probatoria (artículo 5°)

a) Pruebas solicitadas por las partes. Se podrá rechazar la prueba manifiestamente inconducente.

b) Pruebas de oficio. Previstas en el artículo 158 de la Ley N° 17.296. En términos generales se le da amplias facultades de investigación y fiscalización, por lo que a modo de ejemplo podrá realizar :

- Las visitas inspectivas.
- El acceso a la documentación y libros contables. La revisión de la correspondencia comercial.
- Las declaraciones de parte e interrogatorios.
- La solicitud de medidas cautelares.

3.5.4.- *Suspensión de los procedimientos (artículo 7º)*

En cualquier estado del procedimiento la DGC podrá suspender los procedimientos, promoviendo acuerdos o conciliaciones y convenir cese o modificación de conductas del presunto responsable.

Por este proceso el presunto responsable, puede asumir el compromiso de cesar, de modo inmediato o gradual, o de modificar los aspectos más lesivos en la práctica anticompetitiva.

Asimismo podrá ordenar el cese provisorio de la conducta presuntamente ilícita.

3.6. LA POSIBILIDAD DE ARBITRAJE

La ley N° 17.243 dispone que toda contienda que se suscite en materia de defensa de la competencia podrá ser sometida por las partes a arbitraje. Las partes involucradas son las que deberán decidir si someten la cuestión a arbitraje o a la justicia común.

Sin perjuicio de la existencia de un procedimiento arbitral, el órgano de aplicación sigue en el cumplimiento de su función de control de los actos y conductas prohibidas y la imposición de sanciones a los infractores.

El decreto 86/001 prevé la habilitación por parte de la Dirección General de Comercio de Centros Especializados de Arbitraje, integrados por personas de reconocida idoneidad en materia comercial, económica y jurídica. El procedimiento arbitral se regulará por la normativa existente en el Código General del Proceso.

3.7. SANCIONES

La ley N° 17.296 prevé sanciones aplicables a los sujetos que desarrollen actos y conductas prohibidas por la ley N° 17.243.

Se enumeran cuatro tipos de sanciones: 1) apercibimiento; 2) apercibimiento con publicación a costa del infractor; 3) orden de cese definitivo de los actos o conductas prohibidos y la remoción de sus efectos; 4) multa de 500 UR (unidades reajustables) a 20.000 UR según que la infracción se califique de leve, grave o muy grave (aproximadamente U\$S 300.000).

Se introducen elementos de apreciación de la gravedad de la infracción: el daño causado, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la participación del infractor en el mercado, la dura-

ción de la práctica prohibida y la reincidencia o antecedentes del infractor.

En consideración a la gravedad de la infracción, podrá ordenarse el cese provisorio de los actos o conductas prohibidos, sin perjuicio de la iniciación del proceso administrativo que corresponda.

Es decir, que verificada la comisión de una conducta contraria a la competencia, corresponde a la autoridad administrativa decidir la aplicación de las sanciones.

En ese sentido, podrá imponer multas consistentes en penas de carácter pecuniario consistentes en la obligación de pagar una suma de dinero, afectando así, el patrimonio del infractor. Constituyen el paradigma de las penas condenatorias, característica de los procedimientos sancionatorios.

Asimismo podrá ordenar el cese de los actos o prácticas constitutivas de la infracción, impidiendo continuar con el hecho contravenional. En algunos casos puede que no sea suficiente la orden de cese de la práctica, requiriendo disponer otras medidas tendientes a restablecer la situación anterior.

3.8. MEDIOS IMPUGNATIVOS

Como cualquier resolución de la administración, la resolución del órgano de aplicación será recurrible por el sistema impugnativo previsto en el art. 317 de la Constitución. Siendo una autoridad sometida a jerarquía los recursos son el de revocación y el jerárquico que se interpone conjuntamente y en forma subsidiaria.

A su vez, la resolución expresa o ficta de la autoridad administrativa es susceptible de revisión judicial ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.

3.9. PRIMER CASO DE APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA NUEVA NORMATIVA

Ante una acción de amparo promovida por una sociedad que era distribuidora de ANCAP (ente autónomo estatal que tiene el monopolio de la refinación de combustibles), la Jueza Dra. Estela Jubette entendió que la intención de reasumir por parte de ANCAP la distribución de combustibles y lubricantes a través de otra sociedad era ilegítima por violatoria -entre otras- de la legislación de libre competencia.

ANCAP, si bien tiene el monopolio de la refinación, distribuye

sus productos a través de estaciones de servicio de Texaco, Shell y Esso y tiene, asimismo, estaciones de servicio propias cuya explotación había concedido a la sociedad que solicitó el amparo. El plazo de la concesión había vencido y, por tal motivo, el ente estatal se creyó habilitado para explotar directamente sus estaciones de servicio.

La sentencia reconoció éste derecho para el ente, aunque le negó la posibilidad de otorgarla a otra sociedad comercial, por más que la misma estuviera controlada por el mismo. Para otorgar la explotación a otra sociedad debía, según el criterio de la Juez, acudir al mecanismo de la licitación pública.

La resolución del ente, según la sentencia, violó los principios constitucionales de igualdad y libertad de comercio, también un Decreto 584/93 que establece que el Ministerio de Industria y Energía y Minería fijará la política nacional en materia de hidrocarburos en su art. 2 establece “los principios generales de la política nacional de hidrocarburos”, entre ellos los literales “d” y “e” menciona el hecho de incentivar el mayor grado de competencia entre las empresas del sector ... en especial **“promover la competencia y apertura del mercado en las actividades de distribución y venta al público de combustibles derivados del petróleo”** (destacado nuestro).

Asimismo, la resolución se fundamenta en que la resolución del Directorio de ANCAP violó el art. 13 de la ley N° 17.243 “Normas de Defensa de la Competencia”. Se afirma que “las empresas que desarrollan actividades económicas, cualquiera fuera su naturaleza jurídica están sujetas a las reglas de la competencia”.

Además se menciona en la sentencia el art. 14 de la ley que combate “el abuso de la posición dominante de uno o más agentes económicos que tenga por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios”.

Sin perjuicio de reservarnos la opinión que nos merece la sentencia referida, la traemos a colación no sólo por ser la primera, sino por el interés intrínseco de la misma. La sentencia fue revocada por el Tribunal de Apelaciones frente al recurso interpuesto por ANCAP por motivos ajenos al tema que estamos desarrollando.

IV. NUEVO PROYECTO DE LEY

Al momento de escribir este trabajo ya está a estudio de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados un nuevo proyecto sobre esta problemática, que parece inspirado en la última ley argentina.

Operadores políticos ya han entendido insuficiente las normas hasta el presente sancionadas, desde el momento que no abarcan todos los aspectos que debieron ser tratados sobre el tema, como sí lo han hecho otras legislaciones, entre ellas la ley Argentina y las disposiciones de la Unión Europea.

Entre los cuestionamientos planteados se encuentra el hecho de que las disposiciones legales vigentes penalizan exclusivamente actos y conductas, a diferencia de otras legislaciones que cuentan con ciertos controles estructurales de los mercados, como ser un proceso de autorización de fusiones y adquisiciones.

Quizás sea prudente ver el funcionamiento de la normativa aprobada antes de propiciar su reforma radical.

CONCLUSIONES

En el derecho positivo uruguayo no existían hasta junio de 2000, disposiciones específicas que atendieran a la defensa de la competencia. Sólo habían referencias incidentales, ningún estatuto orgánico.

Las nuevas normas dictadas recientemente establecen un marco mínimo para asegurar la libre competencia. Se tipifican las hipótesis de conductas anticompetitivas. Se establecen las sanciones correspondientes y se comete a un órgano del Estado (dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas) la aplicación del régimen.

En la actualidad, se encuentra a estudio del Parlamento una nueva ley más minuciosa.