



//tevideo, 18 de noviembre de 2014.

No. 659

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “COLEGIO DE CONTADORES, ECONOMISTAS Y ADMINISTRADORES DEL URUGUAY con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de Nulidad” (Ficha No. 63/12).

RESULTANDO:

I) Que, con fecha 23/2/2012 compareció la promotora (fs. 3/28) demandando la anulación de la resolución No. 49/011, de fecha 10/5/2011, dictada por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, mediante la cual se dispuso: *“1 Con el objetivo de establecer la plena vigencia del principio de libre competencia en los mercados de servicios profesionales, dirigir al Colegio de Abogados del Uruguay, a la Asociación de Escribanos del Uruguay y al Colegio de Contadores, Administradores y Economistas del Uruguay, la instrucción obligatoria de derogar, en un plazo máximo de 90 días, los aranceles profesionales resueltos por cada gremial, así como toda norma interna que se regule su existencia y su aplicación por parte de sus respectivos asociados, informando posteriormente a la Comisión del cumplimiento de dicha instrucción .*

2 Autorizar a la Asociación de Escribanos del Uruguay a mantener y seguir fijando el Arancel Oficial con la única y exclusiva finalidad de ser utilizado a los efectos de la aportación a la Caja Notarial de la Seguridad Social.

3 Instruir al Colegio de Abogados del Uruguay, a la Asociación de Escribanos del Uruguay y al Colegio de Contadores, Administradores y Economistas del Uruguay para que, en un plazo máximo de 120 días, difundan las derogaciones y autorizaciones establecidas en los numerales anteriores entre sus asociados y el público en general a través de todos los medios de comunicación que utilicen habitualmente para comunicarse con ellos, incluyendo los respectivos sitios web, haciendo referencia a la presente resolución e informando posteriormente a la Comisión del cumplimiento de dicha instrucción.

4 Continuar el estudio preparatorio de las condiciones de competencia en los restantes mercados de servicios profesionales” (fs. 186/191 Pieza I A.A.).

Precisó que el acto cuestionado adolece de insuficiencia, incongruencia e inexactitud, pues existiendo un informe indicando que la competencia no está amenazada, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, optó por ignorarlo o tergiversar sus conclusiones, asumiendo una decisión que no se corresponde con las pautas del mencionado dictamen.

Afirmó que, del referenciado informe, no surge dato concreto alguno y constatado en la realidad que permita aseverar la existencia de problemas para la competencia.

Por igual, destacó que el acto resulta nulo por cuanto está viciado por error en sus motivos, habiéndose realizado una inadecuada consideración de las circunstancias fácticas y jurídicas en el caso.



No. 659

Consideró que, del dictamen antecedente al dictado del acto, se establece claramente que no se aprecia evidencia firme para concluir sobre el grado de impacto de la definición de los Aranceles.

Alegó que el órgano de aplicación lo que debería perseguir es la eliminación de prácticas anticompetitivas y ello sería lo que justificaría cualquier medida adoptada a ese fin. Pero resulta que, en el caso, no se acreditó que el Arancel de la asociación profesional sea una práctica anticompetitiva. Por lo que, la decisión de imponer su derogación no tiene una base real, es decir, un motivo que la sustente.

Añadió que la sola invocación de la Ley 18.159 que reprime conductas anticompetitivas no demuestra por sí misma que el arancel encuadre en alguna conducta vedada por la norma. Precisamente, ello fue lo que debió demostrarse y, en el ocurrente, no lo hizo. De igual forma, la invocación de que la Ley 18.159 es de orden público no le agrega nada a la fundamentación, ya que no incide en la valoración de una conducta como competitiva o anticompetitiva.

Sostuvo que la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, fundamentó su actuar en una práctica “presuntamente” anticompetitiva, esto es, en una práctica que podría teórica o hipotéticamente erosionar la libre competencia. Sin perjuicio de ello, no existen elementos de juicio suficientes para determinar que en realidad lo sea.

Manifestó que, en la especialidad del caso, la Administración construyó un modelo totalmente abstracto que no se compadece con los resultados del informe encomendado ni aun con la plataforma fáctica que debiera constituir su base.

Asimismo, indicó que el órgano público desconsideró el concepto de posición dominante en el mercado, por cuanto ha quedado demostrado que ni el Colegio de Contadores, Economistas y Administradores del Uruguay ni las restantes agremiaciones profesionales ostentan el sitial en el mercado relevante. Razón por la cual, no procede la derogación del arancel cuando esta agremiación carece absolutamente de una posición dominante en el mercado relevante de servicios profesionales de contabilidad, economía y administración.

Puntualizó que, esta gremial es una asociación civil sin fines de lucro, de afiliación libre y voluntaria por todos los profesionales de las respectivas disciplinas. No existe requisito de permanencia, y por lo demás, carece de poder de imperio sobre sus afiliados para imponer el cumplimiento del arancel. En la práctica, jamás adoptó resolución alguna en el ámbito sancionatorio por eventuales apartamientos al arancel.

Por otra parte, explicitó que no resulta posible considerar que el mercado relevante a analizar sea el conformado por los socios de la gremial. Particularmente, porque las tareas del Contador Público pueden ser materialmente sustituidas por idóneos contables, gestores y estudiantes. Es decir, que existe una altísima posibilidad de sustitución de los servicios contables y afines en nuestro mercado, tanto entre profesionales de la Contabilidad como de otros prestados de servicios que actúan en el mercado; en concurrencia con los mismos.

Recalcó que la fijación de un arancel de servicios profesionales no constituye en forma automática una práctica competitiva, habida cuenta que la gremial carece de posición de dominio en el mercado relevante de prestación de servicios profesionales de Contabilidad, Economía y



No. 659

Administración de Empresas, por lo que su incapacidad de incidir en dicho mercado determina que no sea posible adoptar prácticas distorsivas de la competencia.

Señaló que el arancel de la gremial resulta beneficioso para el funcionamiento del mercado, ya que al establecerse pautas para la fijación de precio mínimo por determinado servicio, se está asegurando que todos los servicios profesionales que son idóneos para prestar el mismo partirán de una base similar, compitiendo en función del producto que ofrecen. Además, procura evitar la concentración en las grandes firmas, fomentando la existencia de profesionales liberales que compiten con los grandes estudios.

Por igual, ayuda a la sobrevivencia de nuevos competidores que recién ingresan al mercado, legitimando el cobro de determinados honorarios cuando aún no poseen el prestigio o experiencia necesaria para hacerlo. Sin perjuicio de anotarse, que el arancel no perjudica al consumidor, ya que le brinda certeza a través de una pauta, que opera como guía mínima, facilitando la concertación de servicios profesionales de forma pacífica, entre otras, argumentaciones particularizadamente descritas.

Expresó que si la afectación que se alega no resulta clara, debe primar el principio de libertad, siendo las únicas conductas que podrían ser sancionadas únicamente aquellas respecto de las que se configuren todos sus elementos.

Por último, precisó que el arancel de la gremial se encuentra excluido de la Ley 18.159 (vide: art. 2) por expresa disposición legal (ex art. 185 del Código General del Proceso).

En definitiva, solicitó la anulación del acto administrativo cuestionado.

II) Conferido traslado de la demanda la Administración lo evacuó a fs. 32/35, bregando por su rechazo en base a los siguientes fundamentos.

Recordó que, en el art. 2 de la Ley 18.159, no solamente se prohíbe el abuso de posición dominante, sino otras prácticas, conductas o recomendaciones, que tengan por efecto u objeto limitar la competencia.

Asimismo en su art. 4, de modo enunciativo, reseñó prácticas prohibidas, señalando expresamente en su lit. A) la de concentrar o imponer precios de compra o venta, lo que estimó ocurre al fijar un arancel por parte de una asociación gremial, según lo previsto en el lit. H) del mismo artículo.

Señaló que la circunstancia de que el arancel se aplique a un grupo minoritario de agentes dentro del mercado relevante, no resulta de recibo.

Afirmó no desconocer el derecho de asociación, ni la potestad que ostentan estas de fijar sus propias reglas, pero expresó que en materia de precios, la ley es de orden público y consagró un principio general ineludible.

En definitiva, solicitó la confirmación de la resolución impugnada, habida cuenta que no fueron acreditadas razones de eficacia o beneficios para los consumidores, que justifiquen mantener una normativa en materia de fijación de honorarios que vulnera la libre competencia que debe regir entre profesionales que actúan liberalmente.



No. 659

III) Abierto el juicio a prueba (fs. 37), se produjo la que obra certificada a fs. 128 y alegaron las partes por su orden (la actora a fs. 130/140 y la demandada a fs. 143/143 vta.)

IV) Oído el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen No. 42/14 glosado a fs. 147), aconsejó la anulación del acto administrativo resistido.

V) Se citó a las partes para sentencia (fs. 149), la que, previo pasaje a estudio de los Sres. Ministros, se acordó su dictado en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO :

I) Que, en la especie, se han acreditado los extremos legales habilitantes requeridos por la normativa vigente para el correcto accionamiento en sede contencioso-anulatória (arts. 317 y 319 de la Constitución de la República y los arts. 4 y 9 de la Ley 15.869).

II) En autos se promueve la anulación de la resolución No. 49/011, de fecha 10/5/2011, dictada por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, mediante la cual se dispuso: *“I Con el objetivo de establecer la plena vigencia del principio de libre competencia en los mercados de servicios profesionales, dirigir al Colegio de Abogados del Uruguay, a la Asociación de Escribanos del Uruguay y al Colegio de Contadores, Administradores y Economistas del Uruguay, la instrucción obligatoria de derogar, en un plazo máximo de 90 días, los aranceles profesionales resueltos por cada gremial, así como toda norma interna que se regule su existencia y su aplicación por parte de sus respectivos asociados, informando posteriormente a la Comisión del cumplimiento de dicha instrucción.*

2 Autorizar a la Asociación de Escribanos del Uruguay a mantener y seguir fijando el Arancel Oficial con la única y exclusiva finalidad de ser utilizado a los efectos de la aportación a la Caja Notarial de la Seguridad Social.

3 Instruir al Colegio de Abogados del Uruguay, a la Asociación de Escribanos del Uruguay y al Colegio de Contadores, Administradores y Economistas del Uruguay para que, en un plazo máximo de 120 días, difundan las derogaciones y autorizaciones establecidas en los numerales anteriores entre sus asociados y el público en general a través de todos los medios de comunicación que utilicen habitualmente para comunicarse con ellos, incluyendo los respectivos sitios web, haciendo referencia a la presente resolución e informando posteriormente a la Comisión del cumplimiento de dicha instrucción.

4 Continuar el estudio preparatorio de las condiciones de competencia en los restantes mercados de servicios profesionales” (fs. 186/191 Pieza I A.A.).

III) Que, las alegaciones de las partes surgen suficientemente relacionadas en el Capítulo de RESULTANDOS, al cual habrá de remitirse el Cuerpo en aras de la brevedad.

IV) Que el Tribunal por unanimidad y, compartiendo lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, acogerá la pretensión anulatoria actuada en los contenidos que se intentarán explicitar a continuación.

V) De las actuaciones administrativas aportadas al proceso, surge que el acto cuestionado tuvo su origen en la resolución No. 54/009 de fecha 1/12/2009, dictada por la Comisión de Promoción y



No. 659

Defensa de la Competencia, mediante la cual se consideró que en: “...*la realidad nacional es de público conocimiento en cuanto a la existencia de normas propias de las asociaciones profesionales que intentan ordenar las actividades de sus miembros, lo cual justifica plenamente la realización de estudios que permitan ilustrar acerca del funcionamiento de los mercados de prestación de servicios profesionales y detectar posibles problemas para la competencia en dicho ámbito*”.

Razón por la cual, se resolvió: “*Realizar un estudio preparatorio, con el objetivo de promoción de la competencia sobre la normativa de los Colegios y Asociaciones de Profesionales en el Uruguay*”. (fs. 1/1 vta. Pieza I A.A.).

Tal estudio preparatorio, según se desprende de las actuaciones, comprendió la elaboración de un documento denominado: “*Análisis económico de las condiciones de competencia en los mercados de servicios profesionales*”, suscrito por los consultores Dra. Karina MARTÍNEZ y Ec. Juan ALBERTI, obrante a fs. 7 y ss. Pieza I A.A.

Fue así que, al tenor del contenido del mentado informe, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, dispuso -dictando la resolución No. 45/010 de fecha 12/6/2010-, solicitar a las asociaciones profesionales, la aportación de información en relación a un cuestionario de cuatro preguntas, vinculadas a la regulación interna de los aranceles profesionales, sus razones, y las acciones previstas en caso de incumplimiento por parte de sus afiliados (fs. 47/47 vta. Pieza I A.A.).

Dicha información, oportunamente, fue aportada por la actora a fs. 119 y ss. Pieza I A.A.

Posteriormente, por informe No. 5/011, elaborado por las Dras. MORALES y GIUFFRA, se concluyó acerca de la: *“existencia de prácticas que podrían encuadrar dentro de las enunciadas como “Prácticas prohibidas” por el artículo 4º de la ley 18.159”* (fs. 138/139 Pieza I A.A.) y en idéntico temperamento al consignado, opinó el Ec. MILNITSKY en el informe No. 07/011 por el que se analizaron específicamente los descargos presentados por la reclamante (fs. 140/146 Pieza I A.A.).

Finalmente, se dictó el acto administrativo objeto de impugnación en estos obrados.

VI) Ahora bien, en lo inicial, debe de verse que el acto encausado encuentra su fundamento en su considerando 2), a través del que se evaluó: *“la existencia de los referidos aranceles, en tanto tiene un cierto grado de obligatoriedad y establece precios únicos o mínimos para los servicios a prestarse, constituye a juicio de la Comisión una recomendación que tiene por objeto restringir, distorsionar o impedir la competencia, de acuerdo a la definición del Art. 2º y de los literales A y J del Art. 4º de la Ley N° 18.159 de 20 de julio de 2007”* (fs. 137 Pieza I A.A.).

Debe especialmente tenerse presente, que el art. 2 de la ley 18.159 dispone como principio general respecto a su aplicación que: *“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”*, y luego 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,*



No. 659

obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante”.

Y en su párrafo 3º, establece que: *“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...”.*

Por su parte, el art. 4 Ley 18.159, declara expresamente prohibidas, en tanto configuren alguna de las situaciones enunciadas en el art. 2, a título enunciativo:

“A) Concentrar e imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva”

(...) y,

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

En la especialidad del caso, la calificación y juzgamiento de esta clase de conductas, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos: *“nuestra ley no sanciona prácticas “per se”, sino que se requiere de un proceso de valoración de la conducta por parte del Órgano de Aplicación (Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia). Por ende, no todas aquellas prácticas con apariencia anticompetitiva podrán ser sancionadas, sino que se deberá analizar la razonabilidad de las mismas y determinar si ellas tienen causa justificada.*

A estos efectos, el Órgano de Aplicación deberá analizar si la conducta con aspecto anticompetitivo es razonable o no a nivel de mercado, o si se realiza a los solos efectos de obtener ventajas o causar perjuicios a terceros con el objeto o efecto de limitar la competencia.

El inciso 3° del artículo 2° establece que a efectos de valorar las prácticas, conductas o recomendaciones en que incurra un agente, el Órgano de Aplicación “podrá” considerar los siguientes factores: a) si las conductas generan ganancias de eficiencia económica de los sujetos, unidades económicas y empresas involucradas, b) la posibilidad de obtener las mismas de formas alternativas y, c) el beneficio que se traslada a los consumidores”.

Es importante señalar, a su vez, que el órgano de aplicación: “goza de una gran discrecionalidad para valorar conductas con apariencia anticompetitivas” y “deberá realizar un exhaustivo análisis, que comprenderá conceptos económicos, jurídicos y técnicos, que alcanzarán, entre otros la determinación del mercado relevante, valorar si la conducta es o no justificada, el grado de perjuicio a los consumidores y al mercado, el poder de mercado de el o los agentes económicos involucrados, el momento histórico-económico de la adopción de decisiones, la relevancia de la conducta anticompetitiva en el mercado relevante, etc.” (ALGORTA MORALES, Paula: “Prácticas Prohibidas” en AA.VV.: “Estudios sobre Defensa de la Competencia y Relaciones de Consumo”, obra colectiva dirigida por PEREIRA CAMPOS, Santiago y RUEDA KRAMER, Daniel, FCU, 1ª Edición, Montevideo, 2008. págs. 39/41).

Resulta útil, en este examen de la calificación de los aranceles profesionales elaborados por las asociaciones profesionales que nuclean a



No. 659

este grupo de individuos, lo expresado por Camilo MARTÍNEZ BLANCO al comentar el literal J art. 4 de la Ley 18.159, en cuanto postula que: *“Un enfoque meramente economicista de la “industria” de los servicios profesionales, enseña que este mercado, posee dos características básicas: a) la prestación del servicio profesional es posible luego de haber asumido importantes inversiones en capital humano; y b) los servicios ofrecidos por distintos profesionales de una misma especialidad pueden ser percibidos por los consumidores como “diferentes” según su calidad”*.

Es que también en este campo pesan mucho los “modelos de diferenciación vertical”. Estos se explican porque los profesionales que compiten en el mercado, incurren en altos costos de perfeccionamiento (maestrías, post-gradados, especializaciones) o de incorporación de tecnología (equipos de detección o aplicación, tratamientos novedosos, softwares) con el claro fin de aumentar la disposición de los consumidores a pagar por los servicios que brindan y debilitar el grado de sustituibilidad con otros profesionales competidores cercanos”.

(...)

Y prosigue el autor señalando que: *“es una práctica común que los estatutos de los colegios y asociaciones profesionales contengan cláusulas sobre el respeto de los aranceles mínimos de honorarios cobrados por los servicios profesionales. Generalmente es la asamblea de asociados de una entidad profesional, quien aprueba un Arancel que regula el precio mínimo de los servicios profesionales, nombrándose incluso en muchas oportunidades una Comisión “ad hoc” encargada del seguimiento y reajuste del precio.*

Queda claro que el arancelamiento de servicios es una típica práctica anticompetitiva, por lo que está prohibida, a menos que pueda probarse que el arancel no es obligatorio para los afiliados, sino apenas una guía. En nuestra realidad oriental, la afiliación por los profesionales a sus colegios no es obligatoria, y muchas veces el Arancel tiene un carácter más bien orientativo, constituyendo solamente una guía o una pauta (“precio de costumbre”) para la fijación de honorarios en forma subsidiaria, cuando los mismos no se han convenido contractualmente, sirviendo además para fijar establecer “fictos mínimos de aportación” a organismos fiscales o previsionales”

(...)

“con su actuación una asociación de profesionales fija estándares mínimos para la prestación de servicios profesionales, promulga y aplica códigos de ética y vigila el entorno de la profesión”.

(...)

“Por lo tanto, aun cuando en general los acuerdos entre competidores elaborados en el seno de entidades gremiales o profesionales, presentan el desvalor de restringir la real competencia, también son susceptibles de generar eficiencias que terminan favoreciendo a los consumidores, bien jurídico tutelado por la presente ley”. (MARTÍNEZ BLANCO, Camilo: “Manual Básico de Derecho de la Competencia”, FCU, 1ª Edición, Montevideo, 2007. Págs. 168/169).

Esta última afirmación del mencionado autor, en la emergencia, constituye el objeto de la controversia, esto es, si la fijación de aranceles por parte de las asociaciones profesionales restringe la real operativa de la



competencia entre los prestadores, o bien favorece y tiende a tutelar a los consumidores.

Con tales entendimientos, procede necesariamente convenir que en términos apriorísticos, la práctica de fijación de precios, ostenta una presunción distorsiva de la competencia en los términos de la Ley 18.159. Para ello, debe postularse una lectura a contrario de las normas invocadas como fundamento de derecho de la resolución cuestionada, a saber:

- no se discute que la práctica de disponer una recomendación de fijación de aranceles, es resuelta a través de organizaciones gremiales de agentes económicos (art. 4 lit. J).

- se encuentra declarada como expresamente prohibida la concentración e imposición directa o indirecta de precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva (Art. 4, lit. A). Pero siempre y cuando configuren alguna de las situaciones enunciadas en el art. 2.

- y tales situaciones están dadas por: *“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”*.

- asimismo, debe considerarse que: *“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...”

VII) Es así que, de acuerdo al marco normativo precedentemente enunciado, puede ciertamente convenirse que la constatación de una práctica distorsiva de la competencia, necesariamente debe objetivarse a partir de un soporte probatorio sólido y eficiente en punto a acreditar la práctica reprimida por la Ley.

La actora fundamentó extensamente en su demanda anulatoria, que los hechos valorados por la Administración no se verificaron en la realidad fáctica, con lo cual existe error o inexactitud en los motivos que dieron mérito al dictado del acto impugnado.

Por su parte, la demandada construyó la decisión administrativa encausada, en base al informe preparatorio denominado: “Análisis económico de las condiciones de competencia en los mercados de servicios profesionales”.

En base a ello, para el examen y/o fiscalización de la actividad administrativa en relación a la motivación del acto producto del ejercicio de aquélla, sin lugar a dudas, corresponde sopesar el contenido del informe preparatorio mencionado, pues es éste el cimiento o sustento fáctico-jurídico del acto (fs. 7 y ss. Pieza I A.A.).

En lo concreto, debe de verse que los profesionales contratados por la accionada investigaron el sector de los servicios profesionales, realizando un estudio económico basado en el mercado relevante, las barreras de entrada para el ejercicio de dichas profesiones, los códigos de ética y reglamentos internos de las asociaciones profesionales, para determinar el impacto de los aranceles en el ámbito de la competencia.



No. 659

En cuanto a la asociación reclamante expresaron que: *“El Colegio de Contadores, Economistas y Administradores del Uruguay, también de adhesión voluntaria, posee su propio estatuto, código de ética y un arancel”* (fs. 33. Pieza I A.A.); *“No tiene sanción de jerarquía jurídica.”* (fs. 33 A.A. cit.); *“no existen barreras de entrada importantes para brindar estos servicios”* (fs. 36 vta. A.A. cit.), a fs. 41vta. y 42 A.A. cit., pueden visualizarse las consideraciones particulares en relación a Contadores, Economistas y Administradores, respecto de los que se destaca que el: *“...caso de los economistas y administradores es muy similar a los contadores. El mercado relevante geográfico es todo el país pero incluye a estudiantes, a profesionales y técnicos de otras carreras. El grado de afiliación ronda el 10% para los economistas y es aún menor para los administradores. Al igual que para el análisis de los contadores, paralelamente, no se notaron barreras de entrada importantes al mercado”,* concluyendo que: *“La práctica que estaría limitando de forma relativa la competencia en estos mercados, así pues, es la fijación de los aranceles. Dicha limitación, de corroborar su existencia, estaría probablemente traduciéndose en una pérdida de beneficio para la sociedad en su conjunto.*

No se puede afirmar el grado en el que éstas prácticas se traducen al mercado y por tanto el grado en el que están afectando a la sociedad. Para conocer lo antepuesto se debe estudiar este caso con mayor profundidad con herramientas metodológicas que no fueron contempladas en esta investigación” (fs. 43vta. A.A. cit.).

Para finalizar, en el informe precitado, los profesionales actuantes recomendaron a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia:

“generar conciencia sobre el arancel como una práctica que **posiblemente limite la competencia**” (fs. 44 A.A. cit.).

De modo que, si la ley prohíbe, la concentración e imposición directa o indirecta de precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva (Art. 4 lit. A), siempre y cuando (de acuerdo al art. 2), se enmarque como una recomendación (en este caso concertada), que tenga por efecto u objeto: restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia, actual o futura, en el mercado relevante, es tal circunstancia la que debió probar el órgano de aplicación para dictar legítimamente el acto encausado.

Sin embargo, del informe reseñado -basamento de la decisión adoptada- **no surge que se hubiera acreditado que la recomendación -aranceles- que implicaría una imposición de precios de los servicios profesionales, tenga el carácter de abusiva, ni siquiera que supusiera una traducción real al mercado.**

Es claro que sin tal acreditación, resulta imposible considerar, si distorsiona la competencia en el mercado, como tampoco si los consumidores se ven perjudicados por su existencia.

Porque justamente lo que debía acreditar el órgano público como presupuesto de hecho para dictar el acto, es el grado en que tales prácticas impactan, o al menos resultan idóneas, para distorsionar la competencia en el mercado de los profesionales.

Como tiene dicho recientemente la Sede: “...en la legislación patria, no prevé la existencia de práctica anticompetitiva por sí, sino en tanto y en cuanto tengan por efecto u objeto la distorsión de la competencia en el mercado relevante correspondiente, va de suyo que es carga del órgano de



No. 659

aplicación, en el caso la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, acreditar fehacientemente la existencia de la práctica, conducta o recomendación en los términos exigidos por la ley.”(Cfe. Sentencias No. 400/2014 y 458/2014).

Ello fue, por otra parte, lo que se reiteró en la consultoría al expresarse que: *“Un punto importante es lo explicitado previamente referente a la necesidad de ampliar las herramientas metodológicas para obtener conclusiones más exactas. En este trabajo se constata que existe la práctica de asociación de agentes competidores para acordar un precio por sus servicios profesionales, aunque sus efectos no hayan sido posibles de medir y no se haya podido constatar si efectivamente se realiza esto de forma abusiva.*

Sería recomendable un estudio con un perfil más cuantitativo. En algunas profesiones estudiadas se podría determinar, en base a una encuesta a una población representativa, cuál es el precio de mercado de un servicio y cuantificar la diferencia, si es que existe, respecto al arancel.

Con un estudio de esta índole se podría evaluar, a modo de ejemplo, cuánto estaría afectando esto al costo de la Justicia, que por ley debe tener en cuenta estos aranceles al momento de contratar a los profesionales.” (fs. 44 vto. de los AA).

Sin embargo, dichos estudios nunca se realizaron. Debiéndose tener especialmente presente, que la categorización de la ley como de orden público como postula la accionada, no se revela como un elemento definitorio o bien, una suerte de franquicia a efectos de explicitar y justificar las decisiones del órgano de aplicación.

No puede, entonces, admitirse como suficientes las razones exteriorizadas por el órgano público cuando no encuentran apoyatura o solidez en el plano de los hechos. No basta con alegar, enunciar o señalar los hechos que posiblemente orientan la labor de la autoridad administrativa, por el contrario, aparece necesario y exigible que esa enunciación tenga respaldo empírico. Particularmente, porque no resulta posible activar una instrucción obligatoria a los particulares, para la derogación de una herramienta que, en modo alguno, se acreditó su naturaleza distorsiva. Las meras inferencias, conjeturas o convicciones no aparecen como molde fáctico suficiente para dar cuenta del ejercicio de los poderes jurídicos asignados por la Ley.

Debe, por tal motivo, predicarse una integral correspondencia y/o exactitud entre lo que se dice y lo que se hace. Como explica DURÁN MARTÍNEZ la motivación es exacta cuando son ciertas las circunstancias de hecho enunciadas, cuando las reglas de derecho invocadas son aplicables al caso y su interpretación es correcta y cuando la finalidad enunciada puede ser satisfecha con lo decidido. (DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Motivación del acto administrativo y buena administración*” en AA.VV.: “*Ética; Estado de Derecho; Buena Administración*”, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2013, págs. 137/138).

O desde otro ángulo de análisis técnico-jurídico, siguiendo a CAJARVILLE: “*Si los hechos operantes como supuesto normativo, o motivos del acto administrativo, no existen o no son como la Administración pretende, el acto estará viciado por inexistencia de motivos.*” (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*Sobre Derecho Administrativo*” Tomo II, FCU, 3ª Edición, 2012, págs. 32 y 33).



No. 659

Porque, a través de la insuficiencia de un soporte probatorio utilitario reunido en el expediente administrativo, se advierte la inexistencia de los motivos o la motivación inexacta, esto es, que los hechos que se alegan no suceden como se exponen o, al menos, no se acreditan como luego se enuncian. Con lo cual, si las premisas funcionales al dictado del acto desaparecen, se esfuman, éste al carecer de sustento supone el ejercicio disfuncional y arbitrario del poder normativamente atribuido.

Como señala Tomás-Ramón FERNÁNDEZ el mero <<porque sí>> está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto.

Y añade el autor que dada una motivación, una razón de la elección, la que sea, esa razón debe ser plausible, congruente con los hechos de los que necesariamente ha de partirse, sostenible en la realidad de las cosas (...). La Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados. (FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón: "Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional", 1ª Edición, Palestra Editores, Lima, 2006, pág. 143/144).

En definitiva, por los fundamentos expuestos, los arts. 309 y 310 de la Constitución de la República y, compartiendo lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, el Tribunal, por unanimidad,

FALLA :

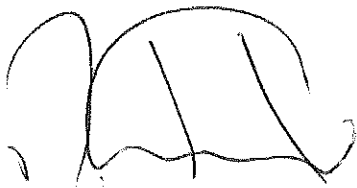
Ampárase la demanda entablada y, en su mérito, anúlase la resolución impugnada.

Sin sanción procesal específica.

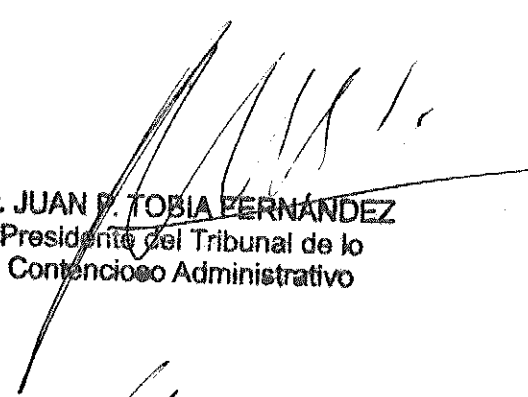
A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la cantidad de \$20.000 (pesos uruguayos veinte mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

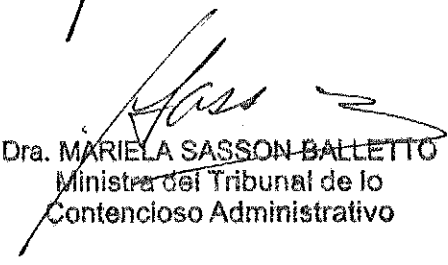
Dr. Tobía
(redactor)




Dr. RICARDO HARRIAGUE SACCONE
Ministro del Tribunal de lo
Contencioso Administrativo




Dr. JUAN P. TOBIA FERNÁNDEZ
Presidente del Tribunal de lo
Contencioso Administrativo



Dra. MARIELA SASSON BALLETO
Ministra del Tribunal de lo
Contencioso Administrativo



Dr. ALFREDO GOMEZ TEDESCHI
Ministro del Tribunal de lo
Contencioso Administrativo




Dr. JOSÉ ECHEVESTE COSTA
Ministro del Tribunal de lo
Contencioso Administrativo



Dr. RICARDO MARQUIS
SECRETARIO LETRADO

ES COPIA DEL ORIGINAL



Esc. ANA M. PEÑA SANCHEZ
ACTUARIA