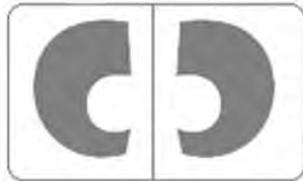




JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

Informe No 18/014

Montevideo, 31 de marzo de 2014

ASUNTO N° 16/2010: Timopel c/ Pancini Industrial del Sauce S.A., Barraca Deambrosi S.A., Gibur S.A., Vulcania S.A. y Domingo Ghelfa

1. ANTECEDENTES

Con fecha 6 de marzo de 2014 la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (en adelante “la Comisión”) resolvió dar por finalizada la presente investigación, dando vista a las partes del proyecto de resolución que luce a fojas 3646 y siguientes, en el que se constata la existencia de un acuerdo colusorio y se proyecta sancionar a las empresas Barraca Deambrosi S.A., Gibur S.A., Domingo Ghelfa, Pancini Industrial del Sauce S.A., y Vulcania S.A.-

Las administradas comparecen en tiempo y forma evacuando vista a fojas 3662 (Pancini Industrial del Sauce S.A.), 3682 (Domingo Ghelfa), 3687 (Gibur S.A.), 3704 (Barraca Deambrosi S.A.) y 3719 (Vulcania S.A.).-

2. ANÁLISIS

Los administrados cuestionan las conclusiones alcanzadas por la Comisión, alegando entre otras cosas que se trata de afirmaciones infundadas, presumidas, carentes de sustento probatorio. Se afirma que la Comisión concluyó, sin base jurídica, fáctica o probatoria,

violando el principio de presunción de inocencia, “única” presunción rectora en el campo de los procedimientos administrativos.-

No tenemos el honor de compartir las afirmaciones precedentes.-

El régimen de valoración de la prueba surge del Decreto 500/991, por imperio de la remisión efectuada por el artículo 29 de la Ley N° 18.159.-

El Decreto 500/991 preceptúa un régimen de amplia libertad, facultando a la autoridad al uso de cualquier medio probatorio que no esté prohibido legalmente. También legisla en cuanto al régimen de valoración de la prueba, aunque remitiéndose a lo establecido en el Código General del Proceso.- ¹

A su vez el Código General del Proceso establece:

Artículo 140. “Valoración de la prueba.- Las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa.

El tribunal indicará, concretamente, cuáles medios de prueba fundan principalmente su decisión.”

Artículo 141. “Regla de experiencia.- A falta de reglas legales expresas, para inferir del hecho conocido el hecho a probar, el tribunal aplicará las reglas de la experiencia común extraídas de la observación de lo que normalmente acaece.”

En síntesis las normas de referencia prevén una absoluta libertad en cuanto a la elección de los medios probatorios a proponer y/o valorar siempre y cuando no contravengan las disposiciones normativas vigentes. En cuanto a su valoración el legislador escoge un criterio intermedio, el de la “sana crítica”, donde si bien la libertad del decisor no llega a ser absoluta (al punto de convertirse en arbitrariedad), goza de la discrecionalidad

¹ Artículo 70 del Decreto 500/991: “Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba no prohibido por la ley. La valoración de la prueba se efectuará de conformidad con las reglas contenidas en el Código General del Proceso.”



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

suficiente como para alcanzar conclusiones propias, siempre que éstas sean acordes a los resultados de prueba recabada en el expediente.-

Couture enseña: *“La sana crítica que domina el común de nuestros códigos es, sin duda, el método más eficaz de valoración de la prueba. Sin los excesos de la prueba legal, que llevan muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del juez, pero también sin los excesos a que la arbitrariedad del magistrado podría conducir en el método de la libre convicción tomado en un sentido absoluto, reúne las virtudes de ambos, atenuando sus demasías. En el sistema de las pruebas legales, el legislador le dice al juez: tú fallas como yo te digo. En el sistema de la libre convicción le dice: tú fallas como tu conciencia te lo diga, con la prueba de autos, sin la prueba de autos y aún contra la prueba de autos. Pero en la sana crítica, luego de haberle dado facultades para completar el material probatorio suministrado por las partes, le dice: tú fallas como tu inteligencia te lo indique, razonando la prueba, de acuerdo con tu experiencia de la vida y con la ciencia que puedan darte los peritos.”* (“Fundamentos del Derecho Procesal Civil.” Aniceto López. 1942. Pág. 148).-

El artículo 141 del CGP es un complemento de importancia a las *“reglas de la sana crítica”*, por cuanto admite expresamente la valoración de la prueba a través de *“reglas de la experiencia”*, lo cual incluye naturalmente a los indicios y las presunciones.-

La doctrina distingue entre indicios y presunciones. Por *“indicio”* se entiende un hecho conocido que, por sí solo o conjuntamente a otros elementos, permite inferir la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido²; y por *“presunción”* la conclusión alcanzada luego de un análisis lógico o racional centrado en uno o varios indicios.-

² Enrique Vécovi y otros. “Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado.” Tomo 4. Editorial Ábaco. Pág. 236.

Los indicios y las presunciones, más allá de que se discuta si se trata de medios probatorios o de formas de valorar la prueba, son válidamente admitidos, especialmente en casos en que la prueba es de difícil acceso para la autoridad en virtud a la privacidad del ámbito en el cual se encuentra.-

Señalan Landoni y sus colaboradores: “...la prueba indiciaria constituye, indudablemente, un instrumento esencial en el desarrollo de la función probatoria, a través de la cual el juzgador puede arribar –al igual que con los demás medios probatorios- a la plena prueba de un hecho o de un conjunto de hechos.” (“Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay. Comentado, con doctrina y jurisprudencia.” Volumen II. A. BdeF. 2012. Pág. 416). En similar sentido Couture: “...estamos ya en un terreno en el cual la percepción directa inspección judicial –o la representación mediante cosas –instrumentos- o relatos –testigos, juramento, confesión- es imposible, y entonces se va a la consecuencia conjetural, es decir, a la tercera categoría de los medios de prueba que hemos analizado; la prueba por deducción... Una de las maneras de conocer la verdad está en pensar las cosas, en razonarlas y en tratar de sacar, por las vías de la inteligencia, las conclusiones, lo que tal vez pueda ser cierto... las presunciones judiciales son uno de los elementos del proceso de elaboración intelectual de ese fallo que el juez debe dictar. De la misma manera que el juez interpreta la ley, tratando de desempeñar (desentrañar) su sentido cuando la letra es oscura o contradictoria o la solución legal es ausente, también el juez interpreta los hechos probados y puede de ellos sacar las conclusiones que a su criterio y las máximas de experiencia le aconsejen.” (“Procedimiento. 1º. Juicio Ordinario. Versión taquigráfica del Dr. Marcos Medina Vidal.” Organización taquigráfica Medina.” Págs. 717, 722 y 724).-

Entrando en el ámbito de Defensa de la Competencia Camilo Martínez Blanco reivindica el valor de los indicios y las presunciones: “Coincide con las arduas tareas que deben encarar las Autoridades de la Competencia no sólo para detectarlas e investigarlas, sino fundamentalmente para sancionarlas. Es que las **dificultades mayores se basan en el secretismo inherente a todas las actividades colusionadas.** Al decir del Departamento de Justicia estadounidense, las colusiones son *`infracciones premeditadas cometidas por ejecutivos muy preparados quienes sopesan el riesgo entre ser detectados contra los beneficios de incurrir en el ilícito de colusión.`*”



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

Y sobre ese punto Martínez Blanco se pregunta: *“Por carecer de prueba plena, ¿dejará la administración de sancionar a quienes incurren en conductas anticompetitivas? No. Primero, porque la materia de la competencia es de `orden público` (art. 1 de la ley 18.159) y Segundo, porque se deben agotar todas las posibilidades investigativas y un buen camino para intentar acreditar los hechos indagados es recurrir al uso de los sucedáneos de los medios probatorios... Para nosotros, lo que interesa es resaltar, que la prueba indiciaria es, ante todo, una verdadera prueba.”* (Camilo Martínez Blanco. Tercer informe elaborado para la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia en el marco del “Contrato de Servicios de Consultoría” N° 110. Año 2010).-

Como surge de las líneas precedentes, resulta innegable el valor probatorio de las presunciones e indicios, tanto sean considerados medios de prueba como una forma de valorar la misma.-

En relación a cómo debe acreditarse un indicio, Vescovi y sus colaboradores³ afirman que al tratarse de un hecho está sometido al régimen probatorio del CGP, y por lo tanto:

- Debe estar plenamente acreditado;
- Debe estar válidamente probado;
- La prueba del indicio no puede vulnerar restricciones probatorias del hecho a probar;
- No pueden existir “contraindicios” o “circunstancias que faculden la duda en el juicio lógico de relación entre ambos hechos”;
- Que el uso del indicio no vulnere una presunción legal absoluta.-

³ (Ob. cit. Págs. 238 y 239).

Martínez Blanco, analizando los indicios en materia de los pactos colusorios, menciona en forma no taxativa:

- La existencia de una “identidad de comportamiento entre varios productores”;
- Que no sea coherente “con la búsqueda del lucro individual”
- Que “no se explica de modo natural por la propia estructura o las condiciones de competencia del mercado”;
- Que “no puede ser explicada por reacciones autónomas de los diferentes agentes”.-

Por último es de destacar que Gorphe, aunque en el ámbito penal, señala el valor de la “mala justificación”, indicando cómo “La manera mediante la cual intenta el acusado explicar los hechos imputados a él contribuye a su interpretación. Si suministra una explicación aceptable, el indicio se derrumba. Si, por el contrario, da una explicación deficiente o inventada, refuerza el indicio, al permitir atribuirle un sentido desfavorable al acto sospechoso.” (“Apreciación judicial de las penas”. 1998. Editorial Temis S.A. Pág. 281).-

De la prueba recabada en autos surge plenamente acreditado que:

- 1- ha existido un acuerdo entre los diversos competidores con el objetivo de contratar una imprenta dedicada a la producción de cajas que ofician como recipientes de los productos de venta al público;
- 2- analizadas las justificaciones esgrimidas por los administrados no sólo no han logrado dar una justificación razonable a esta conducta, sino que las explicaciones dadas son contradictorias con lo acontecido en la realidad;
- 3- los precios de los productos en diversos momentos han sufrido variantes carentes de justificación económica (o mejor dicho, contrarias al lógico afán de lucro de todo empresario), con el agravante de que involucraron simultáneamente a varios de los investigados.-

Los indicios precedentes, analizados de conformidad a las pautas doctrinarias transcriptas anteriormente, generaron sobre este organismo la convicción suficiente como para entender probadas las prácticas ilegítimas denunciadas por TIMOPEL S.A., y por las cuáles éste, confesión mediante, accedió al acuerdo de clemencia al amparo de la Ley N° 18.159.-



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

A lo expuesto precedentemente se le suma la opinión de los técnicos asesores, vertida a través de diversos informes económicos y jurídicos.-

De acuerdo a lo que surge del Informe N° 63/013 del 21 de agosto de dicho año, *“Las denunciadas reconocen la existencia de un acuerdo del que formaron conjuntamente con la denunciante...”*

“Las razones del acuerdo, brindadas por las denunciadas, bien pueden sintetizarse utilizando los dichos de Pancini SA, quien al referirse a las ventajas económicas obtenidas mediante la cotización para las cajas a través de un ‘club de compras’, afirmó que Impresora Visión SA resolvió dar un precio conveniente ‘...la que es como de pura lógica, por cientos de miles de cajas, cotizó precios muy inferiores al que venía cotizando por separado a cada empresa’.”

“Objetivamente se advierte que el precio ‘supuestamente especial’ que se habría alcanzado en razón de volumen, siempre fue el mismo para prácticamente todas las empresas, con independencia de la formación del club de compras. Es más, las variaciones observadas ocurren en fechas que no coinciden con la entrada de nuevas empresas al supuesto ‘club de compras’. Las modificaciones de precios se producen en los meses de diciembre.”

“De los datos obrantes en el expediente se constata la escasa distancia física existente entre la Imprenta Visión SA y los puntos de entrega (Deambrosi SA y/o Ghelfa) por lo que el precio del flete en el costo del envase debería resultar muy poco significativo.”

“Las partes coinciden en sostener reiteradamente que el mercado del Tomate es altamente competitivo, que los precios de la materia prima resultan poco manejables, quedando solamente margen para competir en calidad y costos. Si esto fuera cierto, no logran explicar cómo dentro de

este pequeño margen de competencia alegado, los interesados en conquistar el mercado ceden sus intereses para convenir y concertar acuerdos dentro de la logística y bajar todos por igual sus costos, resignando -sin una ventaja aparente- un espacio de legítima competencia."

"Otro argumento utilizado por las empresas en pro de justificar la creación del `club de compras` fue el abaratamiento de costos para competir con el `producto importado` (ver declaración del Sr. De Armas, fs. 259). Sin embargo de la información que surge de las compras hechas por los supermercados relevados, con excepción de grupo Disco, aproximadamente el 96,8% del valor de las compras corresponde a productos de tomate de origen Nacional."

En suma, de la investigación realizada, no se logró corroborar ninguno de los argumentos esgrimidos por las denunciadas respecto a los justificativos del mentado "club de compras"; ni al precio especial de las cajas obtenido por volumen, ni al abaratamiento del flete, ni tampoco a la afectación de la competencia de productos importados. Por tanto, resulta altamente llamativo el arribo al acuerdo tal como se lo presenta cuando no se encontró ni se demostraron razones de eficiencia alguna.

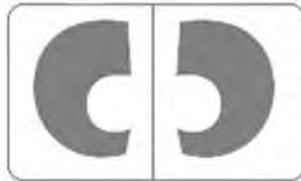
En consecuencia, surge inevitablemente la pregunta: ¿entonces, para qué celebraron el acuerdo en el supuesto `club de compras`?, duda compartida por una de las involucradas quien a fs. 99 de similar manera se preguntó: `...¿para qué necesitan de empresas muy pequeñas como las nuestras, grandes empresas que acaparan más del 70% de la producción y comercialización de pulpa de tomate tamizada?. La respuesta es por demás obvia: NO NOS NECESITAN PARA NADA."

"Los precios de la pulpa tamizada, de todas las involucradas en este caso, caen coincidentemente en julio de 2010. Las variaciones de precios constatadas, no corresponderían a lo esperado para un mercado que funcione en competencia. En primer lugar, no se entiende como un tipo de producto puede variar abruptamente de precios en algunas presentaciones y no en otras y en segundo lugar, resulta llamativo la baja de precios operada por todas las empresas al mismo tiempo (pulpa tamizada durante julio 2010), coincidiendo con las fechas aludidas en la denuncia."

"También llama la atención, la baja de precios observada para Tomate triturado de Deambrosi SA a partir de julio a noviembre de 2010 (36%) en uno de los supermercados que coincide con Timopel,



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

lo que no condice con la evolución apreciada, de ese mismo producto para el resto de las empresas partes de este procedimiento...”

“El volumen de ventas de las denunciadas, a los supermercados estudiados, se mantuvo relativamente constante durante todo el período analizado,- como se aprecia en Anexo I,- resultando extremadamente llamativo que la ausencia de ventas prácticamente se hayan mantenido durante los tres años analizados. Esto podría estar indicando un mercado extremadamente estancado sin competencia real entre las empresas, lo que contradice los argumentos manejados por las implicadas, quienes pretendieron en todo momento sostener que actúan en un mercado altamente competitivo. A juicio de estos asesores la regularidad descripta revela una escasa y/o nula competencia que podría explicarse como derivada de un acuerdo de reparto del mercado entre las involucradas, como fuera expuesto en la denuncia.”

“También resultan coherente con la hipótesis de un posible reparto de mercado, las bajas de precios observadas de manera diferente entre las denunciadas.”

“En suma, tanto el posible reparto de mercado, así como la variabilidad de precios del producto, dentro y fuera del acuerdo, cobran sentido al no haber demostrado fehacientemente las denunciadas las razones del mentado acuerdo; lo que reforzaría la verosimilitud de la denuncia.”

“La investigación evidencia la presencia de todos los elementos enunciados; así encontramos probados a) el acceso a la información sobre las condiciones de venta aplicados por los integrantes del acuerdo, supuestos rivales en competencia, utilizando como medio propicio la participación de la Impresora Visión SA. Sin perjuicio de hacer notar la trascendencia que para este punto toma el tenor de los documentos presentados por una de las denunciadas (Deambrosi SA) a fs. 162 a 165 inclusive, reforzando el tráfico de información propicio para la configuración de esta conducta; b) poder de corroboración del cumplimiento de condiciones impuestas por los participantes del

acuerdo, el que se encuentra en el tráfico de información indicado en el literal a). La participación de la imprenta es clave en este contralor, así como también, el procedimiento aplicado por Deambrosi SA para otorgar bonificaciones en supermercados. Precisamente estos acuerdos comerciales permiten a dicha firma contar con información sensible sobre productos y precios mayoristas cobrados por la competencia y por último, c) la aplicación de "sanción" a quienes se aparten del comportamiento pactado o esperado. En este caso, la sanción habría operado en la baja de precios de la pulpa tamizada y triturada, justamente el mismo tipo de producto elaborado por la denunciante."

También se cuestiona la falta de motivación del proyecto de resolución, especialmente frente a la graduación de las sanciones impuestas.-

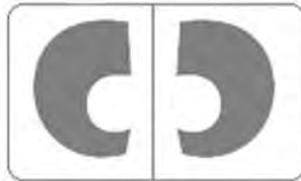
De las amplias actuaciones desarrolladas en el presente expediente, recogidas hasta el momento en veinticinco piezas, se desprende que la Comisión ha participado fundadamente en múltiples ocasiones, antecedentes administrativos que como tales, tienen el valor suficiente para motivar el acto, sin perjuicio de que dichos fundamentos también surjan expresamente del texto del proyecto de resolución ensayado.-

Las pautas valorativas de la sanción (atenuantes y agravantes) surgen del propio proyecto de resolución, numerales 18 y 19. A entender de los suscriptos, la duración sostenida en el tiempo de las conductas investigadas, la intencionalidad de los agentes, su grado de participación, y la naturaleza colusoria del acuerdo alcanzado, son elementos suficientes para fundamentar la cuantía de las sanciones impuestas.-

En relación a las objeciones respecto a eventuales violaciones al debido proceso no se logra comprender (ni mucho menos compartir) las mismas. Se ha permitido a los administrados evacuar diversas vistas, presentar elementos probatorios, y en definitiva, acompañar la sustanciación del presente trámite. Se han diligenciado los medios probatorios legalmente admitidos de conformidad a lo previsto en el artículo 71 del Decreto 500/991. Se ha cumplido con el procedimiento preceptuado en la Ley orgánica de la Comisión y su Decreto Reglamentario. En definitiva, se dio lugar a que todos los administrados participaran en pie de igualdad.-



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

Naturalmente ello no significa que la Comisión esté obligada a recoger los argumentos expuestos por las investigadas, tal como parecen pretender algunos de los comparecientes. El deber de la Comisión, tal como hemos visto anteriormente, radica en considerar todos los elementos probatorios en su conjunto para que, al alcanzar un nivel de certeza seria, razonable, legítima, emita su decisión. El presente trámite ha sido sustanciado en la búsqueda de la verdad material, exigencia a la cual se encuentra sometida la Administración.-

Tampoco se ha violado el principio de presunción de inocencia. Como es sabido, dicho principio admite prueba en contrario, prueba que la Comisión valoró suficiente como para proyectar eventuales sanciones a los implicados.-

En resumen, a criterio de los suscriptos las actuaciones han sido acordes a Derecho, debiendo desecharse los cuestionamientos realizados por los particulares.-

3. CONCLUSIONES.

A juicio de estos asesores se entiende del caso:

- Proceder al dictado de una resolución final en los términos del proyecto referido.-