



} | 2218

*Presidencia de la República Oriental del Uruguay*

**MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS**

**Montevideo, 15 JUN. 2009**

**VISTO:** la petición incoada por los Laboratorios Andrómaco S.A., Antía Moll y Cía. S.A., Celsius S.A., Gador S.A., Haymann S.A., ICU Vita S.A., Roemmers S.A., Sucesores de Carlos Scherschener Ltda., Spefar S.A., Szabo Hnos, Kessler y Batki Sociedad Colectiva, Urufarma S.A., Dispert S.A. y Servimedica S.A., en el sentido de revisar lo actuado por la Administración en oportunidad de adoptar la Dirección General de Comercio la Resolución de 31 de agosto de 2005;

**RESULTANDO:** I) que, desde el punto de vista formal, se ejerce el derecho de petición consagrado en el artículo 30 de la Constitución de la República, con miras a que la Administración reconsidere el acto impugnado en vía administrativo y enjuiciado en vía anulatoria;

II) que, el acto administrativo impugnado es la Resolución del Director del Departamento de Administración de la Dirección General de Comercio, que en ejercicio de atribuciones delegadas de la misma declaró que las ahora peticionantes incurrieron en prácticas anticompetitivas consistentes en eliminar del sistema "FARMADESCUENTO" y no recibir el beneficio del descuento sobre las recetas de las instituciones de salud que integran el sistema antedicho, a las farmacias que decidieron adherir al sistema "CYBERFARMA" de la denunciante Marbury S.A. disponiendo el cese definitivo e inmediato de la conducta anticompetitiva; la publicación de la Resolución en dos diarios de circulación nacional por el plazo de tres días corridos a costa de las firmas infractoras y sancionar con multas de diferente monto en Unidades Reajustables a los Laboratorios, entre los que se encontraban las comparecientes, todo ello al amparo de lo dispuesto en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley Nº 17.243 de 29 de junio de 2000;

*Montevideo, 15/06/2009*

III) que, con origen en una denuncia de MARBURY S.A. (CIBERFARMA) presentada el 6 de noviembre de 2003 contra veintisiete laboratorios de plaza, por supuesta violación a lo establecido en el artículo 14 de la Ley N° 17.243, la Dirección General de Comercio inició una investigación administrativa en un todo de acuerdo al procedimiento administrativo establecido por el Decreto 86/001 de 28 de febrero de 2001, reglamentario de los artículos 13, 14 y 15 de la Ley N° 17.243 y 157 y 158 de la Ley N° 17.296 de 21 de febrero de 2001 (actualmente derogados por el artículo 30 de la Ley N° 18.159 de 20 de julio de 2007);

IV) que, en dicha investigación se concedieron a los Laboratorios las vistas previstas en el procedimiento especial establecido en el Decreto 86/001 y se diligenció voluminosa prueba documental y testimonial, así como se recabaron informes de la Asesoría Económica y Asesoría Letrada de la Dirección General de Comercio (Piezas 1 a 6 del expediente antecedente);

V) que, parte de la prueba ofrecida por las empresas denunciadas fue rechazada por Resoluciones de fecha 7 de junio y 1 de setiembre de 2004 de la Dirección General de Comercio, por entender ésta que dicha prueba era inconducente para acreditar los hechos relacionados con la denuncia; resoluciones que luego fueron parcialmente revocadas como consecuencia de la instrucción de los recursos administrativos que se interpusieron contra las mismas, por Resolución del Ministerio de Economía y Finanzas de 14 de febrero de 2005;

VI) que, con fecha 11 de abril de 2005, el entonces Director de la Dirección General de Comercio, solicitó al señor Ministro de Economía y Finanzas la excusación para intervenir en el expediente de la referida denuncia, por razones de parentesco con uno de los directores de las empresas denunciadas y dicha excusación le fue aceptada por Resolución de fecha 14 de abril de 2005 al amparo de lo dispuesto por el artículo 3° del Decreto 500/991;



## *Presidencia de la República Oriental del Uruguay*

VII) que, con fecha 19 de abril de 2005 la Dirección General de Comercio delegó en el Director del Departamento de Administración, la facultad de dictar los actos administrativos "de trámite" necesarios para el eficiente desempeño de la actuación administrativa asignada a la Dirección General de Comercio;

VIII) que, al amparo de dicha Resolución delegatoria, el Director del Departamento de Administración de la Dirección General de Comercio dictó el acto administrativo impugnado, que será revisado en la presente decisión;

IX) que, los laboratorios ocurrentes fundan sus agravios en que el acto administrativo que les aplicó una sanción es ilegítimo por falta de vista previa a su dictado; por violación de las normas y principios del derecho punitivo; incompetencia del órgano que dictó el acto cuestionado e inexistencia de prácticas anticompetitivas;

X) que, por Resolución de la Dirección General de Comercio de 12 de enero de 2006 se hizo lugar parcialmente al recurso de revocación interpuesto oportunamente, en el sentido que se estableció que la publicación a costa de las infractoras lo sería en un solo diario de circulación nacional y que se abatieron las multas aplicadas usando un criterio diferente para su fijación al originalmente utilizado;

**CONSIDERANDO:** I) que, en cuanto al agravio de falta de vista previa en el procedimiento que culminó con las sanciones discutidas, cabe expresar que tal como resulta de los antecedentes del acto impugnado la Dirección General de Comercio cumplió con todas las normas de procedimiento aplicables al caso y confirió todas las vistas que procedía otorgar, las que fueron incluso evacuadas por los ahora peticionantes;

II) que, el Decreto 86/001 de 28 de febrero de 2001 prevé el otorgamiento de varias vistas durante el procedimiento de investigación

administrativa que instruye la Dirección General de Comercio, tendiente a determinar la existencia de prácticas anticompetitivas;

III) que, en el presente caso se cumplió con el otorgamiento de todas ellas y se dieron todas las garantías del debido proceso a los Laboratorios sancionados;

IV) que, el Decreto 500/991 no es aplicable en cuanto a las vistas, en virtud que el artículo 9 del Decreto 86/001 -específico en esta materia- establece que dicho Decreto 500/991 sólo se aplicará en lo no previsto expresamente;

V) que, a diferencia con otros temas –como valoración y rechazo de las pruebas ofrecidas- en los que el Decreto 86/001 se remite al Decreto 500/991, la materia de otorgamiento de vistas a los interesados, está expresamente regulado en los artículos 4 a 6 del Decreto 86/001;

VI) que, en el caso no hubo indefensión como lo pretenden las peticionantes a lo largo del proceso cumplido, ya que el procedimiento específico prevé tres vistas previas y todas ellas fueron conferidas por la Dirección General de Comercio; y ello resulta además palmariamente acreditado en las diferentes piezas del expediente antecedente, en donde los laboratorios entonces recurrentes ofrecieron prueba, impugnaron, presentaron sus opiniones técnicas, previo al dictado del acto administrativo que dispuso las sanciones que se resisten;

VII) que, no son de recibo los agravios expresados en la impugnación en cuanto a la violación del Derecho Punitivo, ya que teóricamente y de darse las circunstancias enunciadas en las normas vigentes, las sanciones que se podían aplicar en la materia -siempre que se comprobara la existencia de una práctica anticompetitiva que generase daño relevante al interés general- de acuerdo a la norma aplicable a la fecha de los hechos denunciados, era el artículo 157 de la Ley N° 17.296 de 21 de febrero de 2001;

VIII) que, dicha norma legal establecía que la reglamentación dictada por el Poder Ejecutivo establecería a qué repartición del Estado se le asignaría la



## *Presidencia de la República Oriental del Uruguay*

competencia en el control de los actos y conductas prohibidos por el artículo 14 de la Ley N° 17.243, lo que por el Decreto 86/001 fue asignada a la Dirección General de Comercio;

IX) que, también preveía la citada norma como sanciones posibles: el apercibimiento; el apercibimiento con publicación a costa del infractor; la orden de cese definitivo de los actos o conductas prohibidos y la remoción de sus efectos; así como la multa de 500 a 20.000 UR (quinientos a veinte mil Unidades Reajustables) según la infracción se calificara de leve, grave o muy grave y las referidas sanciones podían aplicarse independiente o conjuntamente según resultara de las circunstancias del caso;

X) que, en cuanto a la incompetencia del Órgano que dictó el acto administrativo impugnado, es claro que le asiste razón a los peticionantes, en mérito a las circunstancias que habrán de verse;

XI) que, en tal sentido el artículo 1° del Decreto 86/001 establece que el Órgano competente para dictar la resolución impugnada en vía administrativa y enjuiciada en vía anulatoria, es la Dirección General de Comercio. Sin embargo, la resolución mencionada fue adoptada por el Director del Departamento de Administración de la Dirección General de Comercio, quien ingresa al proceso a raíz de la excusación presentada por el Director General de Comercio, contando tan solo con la facultad de dictar actos administrativos de trámite, necesarios para el eficiente desempeño de la actuación administrativa. Como lo subraya el Señor Fiscal de Gobierno de 1er Turno en dictamen N° 086/09 de 3 de febrero de 2009, tal proceder conlleva la necesidad de revocar la resolución *“por carecer de validez jurídica”*. El mismo Fiscal en dictamen N° 175/09 de 15 de abril de 2009 ratifica tal tesitura cuando establece que *“una falla formal de tal gravedad que invalida todo el procedimiento, lo hace absolutamente nulo, pues alguien incompetente desde el punto de vista administrativo aplico una sanción que no estaba justamente en el ámbito de su competencia”*;

XII) que, en tanto la resolución multicitada es un acto decisorio porque se pronuncia sobre el fondo del asunto y aplica sanciones, el Director del Departamento de Administración no era competente en la materia al momento de su dictado;

XIII) que, en la investigación administrativa instruida, previa al dictado del acto administrativo recurrido, tampoco se probó que los Laboratorios hubieren violado los artículos 13 a 15 de la Ley N° 17.243, esto es que no resultó acreditado que se realizaron prácticas anticompetitivas, entendiendo a éstas en su definición legal, como el abuso de posición dominante que distorsione el mercado y genere perjuicio relevante;

XIV) que, por otra parte existe prueba exoneratoria de la práctica anticompetitiva que se imputó, la que no fue considerada en la resolución impugnada. El Señor Fiscal de Gobierno de 1er Turno, al preguntarse si en el caso existió una práctica anticompetitiva y si la misma causó un daño relevante al interés general, expresa que con referencia a lo primero un especialista en esta materia sería el que debería pronunciarse sobre tales prácticas; pero agrega que en cuanto al interés general del que habla el artículo 36 de la Constitución de la República, alude al interés de todos, *"de la población en general y de sus instituciones públicas o privadas"*. *"Cualquier acto de los particulares o del Estado para provocar un daño al interés general debe poseer una entidad tan importante que afecte, bien o mal, justamente el interés general de todos los que estamos regidos por nuestra Carta Magna"*. Concluyendo que *"jamás podría vulnerar el interés general un acto de comerciantes o del Gobierno que afecte únicamente a un grupo de empresas privadas, por que claramente el mencionado concepto jurídico se contrapone por lógica al interés particular o privado"*;

XV) que, como lo expresa la Fiscalía de Gobierno de 2º Turno la conducta de las denunciadas *"...no encuadra en el tipo normativo..."*, porque con *"...relación a Gramón Bagó del Uruguay S.A. por la prueba aportada (fs. 1207 a 1234) no puede concluirse que en el período posterior al 28/10/03 y*



## *Presidencia de la República Oriental del Uruguay*

hasta marzo del 2004, la venta realizada por aquellas facturas pertenecieron al sistema de Farmadescuento, ya que no se agregó las recetas respectivas y obra manifestación contraria de por lo menos la farmacia De la Torre (fs. 402)";

XVI) que, cuando la norma del artículo 14 in fine de la Ley N° 17.243 establece: "La aplicación de estas normas procede cuando la distorsión en el mercado genere perjuicio relevante al interés general", el valor jurídico protegido no son los intereses individuales sino los colectivos y debe interpretarse que se está exigiendo que se trate de conductas que realmente tengan aptitud para perjudicar al sistema y la distorsión al mercado debe generar un perjuicio "relevante" respecto del interés general;

XVII) que, tal como lo sostiene la doctrina citada por la Fiscalía de Gobierno de 2° Turno el interés general -como concepto jurídico indeterminado- si es mal utilizado se convierte en un vicio de irrazonabilidad y la nota de generalidad de dicho interés puede predicarse si aprovecha a todos y cada uno de los habitantes, no únicamente al beneficio de una simple parte, por grande que ésta sea;

XVIII) que, también subraya la Fiscalía actuante, que en la vida comercial el hecho de otorgar descuentos o negarlos, no es 'per se' una práctica ilegal, sino que se encuentra dentro de la idea misma de la libertad de comercio, protegida por el artículo 36 de la Constitución;

XIX) que, surge de los antecedentes que la mayor parte de las ventas de medicamentos de las farmacias no se realiza a través del sistema de Farmadescuento y oscilan en bajos porcentajes de las ventas totales de los citados comercios, por lo que no es relevante la conducta anticompetitiva al interés general;

XX) que, en definitiva en el caso no se acreditó que la distorsión denunciada generase al mercado un perjuicio relevante al interés general y por tanto el acto cuestionado no sólo es ilegítimo en razón de la incompetencia del órgano que lo dictó, sino también por no probarse en el caso la violación a lo establecido en los artículos 13 y 14 de la Ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000;

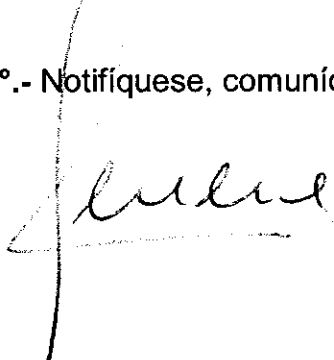
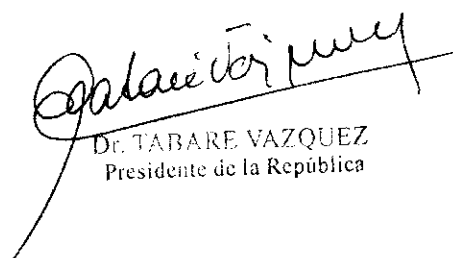
**ATENCIÓN:** a lo precedentemente expuesto, a lo informado por la Asesoría Jurídica de la Presidencia de la República y las Fiscalías de Gobierno de 1º y 2º Turnos y a lo dispuesto por los artículos 36 y 317 de la Constitución de la República, 4º y 10º de la Ley N° 15.869 de 22 de junio de 1987, 13 a 15 de la Ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000, Decreto 86/001 de 28 de febrero de 2001, y artículos 142 y siguientes del Decreto 500/991;

**EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA**

**RESUELVE:**

1º.- Revocase la Resolución de la Dirección General de Comercio (DGC) del Ministerio de Economía y Finanzas N° 048/005 de 31 de agosto de 2005, dictada por el Director del Departamento de Administración de dicha Dirección General, en ejercicio de atribuciones delegadas, con las modificaciones introducidas por la Resolución N° 002/006 de 12 de enero de 2006 dictada la Dirección General de Comercio.

2º.- Notifíquese, comuníquese, etc.-

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Luis', written over a vertical line that extends from the text above.A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Tabare Vazquez', written over a horizontal line.

Dr. TABARE VAZQUEZ  
Presidente de la República