



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

Informe N° 21/011

Montevideo, 25 de abril de 2011.

ASUNTO: AGENCIAS DE VIAJES PRESTADORAS DE SERVICIO DE CITY TOURS C/INTENDENCIA MUNICIPAL DE MALDONADO-DENUNCIA VIOLACIÓN LEY 18.159.

1. ANTECEDENTES

1.1.- Con fecha 2/12/010, manifestando representar respectivamente a diversas empresas, se presentan ante la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia las siguientes personas: Alejandra Bulla, Luis Savelli, Javier Hernández, Walter Sampayo, Carolina Leder, Washington Amorín y Ruben Méndez, denunciando a la Intendencia Municipal de Maldonado, considerando que la misma viola los artículos 1 y 2 de la Ley 18.159, al dictar el acto administrativo 8293/2010 de 23/11/010, a través del cual se regula la actividad de las empresas dedicadas a servicios de City Tour en la terminal de cruceros ubicada en la Parada 3 de la Playa Mansa de Punta del Este. Según los denunciantes, la resolución de referencia: “...obstaculiza, limita, restringe, o **a nuestro juicio elimina la competencia.**” Y, además, viola el derecho de los consumidores a elegir.

1.2.- Por Resolución N° 101/2010 de 3/12/2010, la Comisión considera que tiene competencia en la materia; que las limitaciones denunciadas “...son contrarias a la libre competencia.”, que la normativa aplicable es de orden público y rige respecto de todos los mercados y “...advierte la existencia de un perjuicio inminente y grave para varias empresas que se verían impedidas de ofrecer servicios durante la zafra de cruceros que ya ha comenzado, lo que justifica aplicar medidas cautelares...”. Con esos fundamentos dispuso conferir vista a la denunciada y al Ministerio de Transporte y Obras Públicas de las actuaciones cumplidas y el cese preventivo respectivo.

1.3.- Con fecha 6/12/2010, se notifica a la referida Intendencia Municipal y el día 13/12/2010, dentro del plazo de vista otorgado, la denunciada en lugar de evacuar la misma, opta por presentar los recursos de revocación y jerárquico en subsidio contra el

referido acto administrativo, reservándose la facultad de fundamentar a posteriori los mismos.

1.4.- El 21/12/2010, se presenta el Dr. Hugo Alvez, debidamente autorizado por los denunciados, manifestando que la denunciada ha continuado "...adelante con su política y haciendo caso omiso al cese preventivo dispuesto por la Comisión."

1.5.- Con fecha 24/01/011, la recurrente presenta el escrito con la fundamentación pendiente.

1.6.- En ese contexto, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia consulta a quienes suscriben, en sus calidades de asesores jurídicos de la misma, respecto del mencionado recurso de revocación.

2.- ASPECTO FORMAL

Los recursos administrativos interpuestos en estos obrados, fueron presentados en tiempo hábil, habiéndose acreditado además, la representación invocada y cumplido el requisito de la firma letrada, conforme a lo dispuesto en los artículos 317 de la Constitución de la República, 37 del Decreto Ley 15.524 de 9 de enero de 1984, 4 de la Ley 15.869 de 22 de junio de 1987, 142 del Decreto 500/991 de 27/05/991 y concordantes.

3.- ARGUMENTOS DE LA IMPUGNANTE

En síntesis, los argumentos de la impugnante se centran en que la Comisión ha excedido sus competencias, por lo que el acto impugnado sería inexistente. Asimismo, la Intendencia con su dictado, no habría realizado ninguna actividad económica.

En mayor detalle, expresa:

3.1.- La "...Comisión – órgano desconcentrado del Ministerio de Economía y Finanzas- en el dictado del acto administrativo que se recurre **ha exorbitado su competencia**, la cual le fue otorgada por la Ley 18.159 y reglamentada por el Decreto 404/2007 y además ha violentado la consideración del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley prevista en su artículo 3°.

En tanto la Intendencia Departamental en el caso que motivó el dictado de la resolución que se recurre, no ha desarrollado ningún tipo de actividad económica que pueda afectar la libre competencia, mas por el contrario su actividad se ha desplegado en el ámbito jurídico administrativo dentro de las facultades de policía regulatoria otorgada por la Ley 9515.....

... "En efecto, al tenor de lo previsto en los artículos 307 y siguientes de la Constitución de la República, Decreto Ley 15524 y Ley 15869, ambas al alcance del conocimiento de los integrantes de la Comisión, sólo los órganos jurisdiccionales – de la Justicia Administrativa u ordinaria, en su caso) pueden suspender actos administrativos, (en casos excepcionales) y previo el procedimiento correspondiente. De tal modo, aún las hipótesis previstas en los artículos 13 y 15 de la Ley 18159, la Comisión ha usurpado facultades, bajo una presunta vocación absolutamente improcedente." (fs. 43 y vta).



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

3.2.- Dice que :

“...El acto administrativo en cuestión, es inexistente en cuanto ha sido dictado por un órgano que carece de las competencias para su resolución, y por ende no puede producir efectos jurídicos...”. (fs. 40).

3.3.- Y agrega :

“La operativa del Transporte destinada fundamentalmente a los turistas que desembarcan del flujo de cruceros que visitan la Bahía de Punta del Este, lo hacen en dos lugares específicos el Puerto de Punta del Este y la Parada 3 de la Playa Mansa (desembarcadero de La Pastora)

La operación de desembarco en el Puerto de Punta del Este está regulada por la Dirección Nacional de Hidrografía a través de la Dirección de Puertos, con la debida jurisdicción territorial en el área circundante al muelle.

Por su parte la operativa que se realiza en el desembarcadero La Pastora, se encuentra regulada por esta Intendencia Departamental en atención al servicio público que se presta.” (fs. 44).

3.4.-.... *“ en el año 2008 la Dirección Nacional de Hidrografía, la Prefectura Nacional Naval y la Intendencia Departamental de Maldonado propusieron un ordenamiento a todas las empresas que en primera instancia no derivó en una reglamentación aprobada por la Dirección Nacional de Hidrografía. Y la resolución 8293/2010 fue dictada en base a la necesidad de perseverar en la mejora de la calidad de los servicios que se ofrecen a los turistas, especialmente que desembarcan en la parada 3 “La Pastora”. Siendo ambas soluciones (Puerto y La Pastora) idénticas.” (fs. 45).*

3.5.-... *“ la regulación estatal de los servicios públicos que se caracteriza por un sistema especial de precios públicos y permisarios, obedece al interés general que implica la intervención del Estado, amparado por la Ley y la Constitución (artículos 273 inc. 3º. Y 275 inc. 4º y 7 de la Carta Política), que no menoscaba normas de mercado, sino que protege al consumidor (y al turista) en su condición de usuario,...”*

Fs 46

“..., el ejercicio de un Derecho, facultad o prerrogativa otorgada por una norma jurídica (resolución, Ley, reglamento etc.) no se considera práctica anticompetitiva, ni abuso de posición dominante, como lo ha reiterado la doctrina.” (fs. 45 vta.).

3.6.- Dice que:

“VII.- Como puede verse, existen dos aspectos que amparan la recurrencia: a) uno, el ya expresado exceso de facultades –no menor- con la que ha actuado la Comisión en el dictado

del acto, aspecto éste en el que no se habrá de abundar, y b) a su vez, una denuncia plagada de clara inexactitudes, que dio lugar a una medida administrativa, singularmente exorbitante.....” (fs. 51 vta.).

3.7.- Dice que:

“...la Constitución y también la Ley, en la búsqueda del interés general, han regulado la actividad del interés general, han regulado la actividad del servicio de transporte y encargado la atribución de competencia en su regulación, al Ministerio de Transporte y Obras Públicas, y a los Gobiernos Departamentales, en el ámbito territorial respectivo.”

“...Se han dictado las Resoluciones 2452/2010 de 6 de abril de 2010 y la Resolución N° 8293/2010, ésta última en base a la necesidad de preservar la mejor calidad de los servicios que se ofrecen a los turistas en todos los puntos de ingreso al departamento de Maldonado, y especialmente a los turistas de los cruceros que desembarcan en la Parada 3, La Pastora.”

“...los denunciantes, son todos permisarios, con permisos otorgados específicamente por la Intendencia Departamental, debiéndose tener en cuenta que la actividad de libre empresa que regula necesariamente el mercado, no es la variable incidente al otorgar los permisos, en donde lo que debe tenerse en cuenta son las razones de interés general, inherentes a la capacidad regulatoria que tiene el Estado (I.D.), en donde son detectables claramente, por lo menos dos: el Derecho subjetivo al trabajo, y el estímulo a la actividad turística.” (fs. 52).

3.8.- Dice que:

“...la Intendencia Departamental, tiene competencia originaria para regular la actividad que se realice en los espacios públicos. Dicha actividad puede tener aspectos comerciales, como en este caso.”

.... “Por otro lado, y sin que ello signifique ninguna inconsecuencia en el razonamiento, si los integrantes del consorcio regulan de común acuerdo sus tarifas, o incluso las fija el propio Estado, ello no violenta las reglas de la libre competencia, más aún teniendo en cuenta – como ya se dijera – que se trata de permisarios.” (fs. 53).

3.9.- Dice que:

“..., la regulación estatal de los servicios públicos que se caracteriza por un sistema especial de precios públicos y concesión de permisos de funcionamiento público, obedece siempre al interés general que implica de suyo la intervención del Estado, aparado por la Constitución y la Ley, que en manera alguna menoscaba norma de mercado, sino que por el contrario protege al consumidor – turista- usuario del servicio (en el caso lo ha protegido incluso de un contexto conflictivo y hasta violento)...” (fs. 53 vta.).

4.- ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

La naturaleza jurídica de la entidad que impugna el mencionado acto administrativo y la diversidad de conceptos jurídicos manejados, determinan que se realice a continuación un examen en mayor profundidad de tales elementos, fijando el marco teórico en el cual se producen las actuaciones públicas y privadas que dan lugar a estas actuaciones.

A partir de ese presupuesto básico, se tratará luego de ubicar, en sus justos términos, el tema concreto que motiva el presente dictamen.



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

De inicio, cabe establecer que no se tiene el honor de compartir los cuestionamientos que expresa la impugnante en su escrito recursivo, por los siguientes fundamentos:

4.1.- LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIA ENTRE EL ESTADO CENTRAL Y LOS GOBIERNOS DEPARTAMENTALES.

En la Constitución de la República se opta por el criterio mixto para determinar la competencia de los Gobiernos Departamentales. En parte, la misma surge de la propia Carta y, en otros aspectos, esa definición queda librada a la ley nacional.

En el artículo 262 de la Constitución de la República, se establece:

“...La ley establecerá la materia departamental y la municipal, de modo de delimitar los cometidos respectivos de las autoridades departamentales y locales, así como los poderes jurídicos de sus órganos, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 273 y 275.
...”

A su vez, refiriéndose a las atribuciones de las Juntas Departamentales, el artículo 273 de la Constitución de la República, establece:

“...
Además de las que la ley determine, serán atribuciones de las Juntas Departamentales:
...”

Siguiendo a Cassinelli Muñoz, “Derecho Público” Ed. 2009, pág. 368:

“La Constitución uruguaya distribuye la competencia por materia entre los órganos del Estado Central y los de los Gobiernos Departamentales con un criterio mixto: en parte lo deja librado a la ley ordinaria y en parte lo determina la propia Constitución.”

Por su parte, Carlos Labaure “Municipios y Servicios Públicos”, pág. 68 y sgtes, establece:

“En base al marco constitucional será la ley que determine la competencia en razón de materia de los gobiernos departamentales y las autoridades locales, esto es los cometidos de dichos órganos.
...
En nuestro sistema el régimen de distribución de competencias es mixto al estar establecido por normas constitucionales y en la L.O.M, por lo que hay que atenerse a lo que disponen ambas, ya que si bien el criterio general está establecido con respecto a lo atinente al gobierno y administración de los Departamentos, su determinación concreta plantea dificultades, debiéndose hacer en función del interés comprometido y siempre que no se haya asignado a otro órgano...”

En caso de contradicción entre la ley nacional y el acto legislativo departamental, Carlos Labaure, ob. cit. Pág. 69, dice:

“...habiéndose planteado por la Dra. Cristina Vázquez como solución cuando no existe posibilidad de aplicar el principio de competencia, entender que existe preclusión de regulación por decreto departamental cuando existe regulación por ley, y la primacía o prevalencia de la ley posterior al decreto departamental anterior.

La autora citada concluye que ‘en la medida en que la distribución de competencias entre los órganos centrales y departamentales se lleva a cabo en parte por ley ordinaria, ésta ostentará primacía en aquellos temas no reservados por la Carta al acto legislativo departamental, que el legislador opte por regular’

En relación a esa antinomia entre una norma legislativa nacional y un decreto departamental con fuerza de ley, la jurista antes citada, Cristina Vázquez, en ADA, Tomo III, pág. 231 y sgtes., plantea tres vías de solución; por un lado, la aplicación de los principios de lógica jurídica; por otro lado, la aplicación del principio de la jerarquía y por último, por los principios de competencia y primacía.

Respecto de los primeros, la citada autora desarrolla tales principios de lógica jurídica:

“...a) Principio de contradicción: Las normas de derecho que se oponen contradictoriamente no pueden ser ambas válidas.

b) Principio de tercero excluido: Cuando dos normas de derecho se oponen contradictoriamente, no pueden ambas carecer de validez...

c) Principio de identidad: La norma que prohíbe lo que no está jurídicamente permitido o que permite lo que no está jurídicamente prohibido, es necesariamente válida.

d) Principio de razón suficiente: Toda norma de derecho para ser válida requiere de un fundamento suficiente de validez.

...”

Respecto del principio de jerarquía, la mencionada jurista expresa:

“...el constituyente ha protegido con igual intensidad y fundamento, al acto legislativo nacional y al departamental, sometiéndolos al mismo régimen de desaplicación: la previa declaración de su inconstitucionalidad...”

En relación a los principios de competencia y primacía, la Dra. Vázquez dice:

“...Se alude, por ejemplo, a la ‘preclusión’...para designar el efecto que se produce cuando la norma estatal sitúa una regulación como propia del Estado en su integridad; desde ese momento esa regulación queda cerrada, precluida a la competencia normativa autonómica.

El efecto de la preclusión determina que las normas autonómicas existentes en las materias que pasan a ser de competencia del Estado pierdan su eficacia. A este efecto reflejo de aquél se lo llama ‘desplazamiento’ de la norma autonómica anterior por la norma estatal posterior.

El empleo de estas nociones es técnicamente superior a la utilización del concepto de derogación, cuya aplicación en el caso resulta por lo menos dudosa, tratándose de normas pertenecientes a diferentes subsistemas de un sistema normativo global.

En las relaciones entre el Derecho comunitario europeo y los Derechos nacionales, ante efectos similares, se utilizan los conceptos de ‘primacía’ o ‘prevalencia’...”

Más adelante, dice que:

“...En nuestro país, la Constitución no contiene una cláusula de primacía o prevalencia...Sin embargo, dicha primacía o prevalencia surge inequívocamente, de modo general, del contexto de la Sección XVI, y, en particular, de aquellas disposiciones como el inciso 3º del art. 273, que comenten a la ley nacional complementar la determinación de las atribuciones de las Juntas Departamentales. En



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

la medida en que la distribución de competencias entre los órganos centrales y departamentales se lleva a cabo en parte por la ley ordinaria, ésta ostentará primacía en aquellos temas no reservados por la Carta al acto legislativo departamental, que el legislador nacional opte por regular.”

De lo que antecede queda en evidencia que la recurrente no tuvo en cuenta, al formular sus cuestionamientos formales respecto de la Resolución de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia N° 101/2010, que:

- ✓ La competencia de los Gobiernos Departamentales en la Constitución nacional, abarca aquellos temas que determina la Carta o disponga la ley nacional.
- ✓ Si hubiera una contradicción entre una norma departamental y una nacional, se aplican: primero, los principios de lógica jurídica; segundo, el principio de jerarquía de las normas; y, tercero, los principios de primacía o prevalencia.
- ✓ Por lo tanto, para analizar la resolución que impugna, la recurrente debió determinar primero, si el Gobierno Departamental era o no competente en la materia de referencia y luego, en función de esa primera conclusión, actuar en consecuencia.

Al no cumplir ese proceso lógico, la recurrente llega a una serie de presupuestos erróneos, que la conducen a conclusiones también equivocadas, como se demostrará a continuación.

4.2.- LAS CUESTIONES RELATIVAS A LA LIBRE COMPETENCIA DE LOS MERCADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.

Las Constituciones contienen disposiciones que dan un marco jurídico al sistema económico del país de que se trate y a estas, se agregan otras, que directamente regulan o dan las bases de la regulación de la economía de referencia.

La Constitución uruguaya no está ajena a esos contenidos, con las particularidades que son propias de las características del país y de los aspectos ideológicos que determinan su régimen político y social.

Las sucesivas reformas constitucionales del país, refuerzan las disposiciones relativas a la actividad económica, lo que permite decir a Cassinelli Muñoz, ob cit, pág 341:

“No se trata ya fundamentalmente, como antes, de regular la hacienda pública; modernamente se tiende a llevar a los textos constitucionales algunos principios y procedimientos jurídicos atinentes a la consideración global de la economía nacional, incluyendo tanto el sector público como el sector privado.”

Por su parte, Risso Ferrand Martín “Derecho Constitucional” t. 1, coincidiendo sustancialmente con Cassinelli, establece:

“En la reforma constitucional de 1934 se incorporaron a nuestro Derecho Constitucional los derechos de segunda generación, o económicos, sociales y culturales, lo que permite, entre otros aspectos, caracterizar a nuestra Constitución desde entonces como instauradora de un Estado social de Derecho, sustituyéndose el anterior modelo de Estado liberal de Derecho....”

La caracterización de un Estado como liberal o Social de Derecho, gira fundamentalmente en torno a la regulación del derecho de propiedad. Risso, ob cit, pág 707, dice:

“Dentro de los derechos de la persona en tanto miembro de una colectividad socio-económica se presenta en forma inmediata la problemática del derecho de propiedad, que en la concepción liberal burguesa presentaba un carácter cuasi sagrado...la sustitución de la concepción del Estado liberal ...implicó una modificación de la conceptualización de este derecho, y si bien el derecho de propiedad sigue apareciendo como un elemento fundamental, en un plano de igualdad con los restantes derechos humanos, se le sujeta ahora a determinados límites...”

Siguiendo con las disposiciones relativas a los derechos de las personas y la economía, la Constitución nacional, en diversos artículos, recoge entre los derechos inherentes a la persona humana, los correspondientes a la libertad, trabajo y comercio.

En el artículo 7 de la Constitución, se establece:

“Artículo 7º.- Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.”

Queda claro que no se trata de derechos absolutos, pero su eventual limitación sólo puede surgir de leyes que se dicten por razones de interés general.

En el artículo 10, se refuerza el mismo concepto genérico, desde otro punto de vista:

“Artículo 10.- Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

En el artículo 36, se citan en otro orden esos derechos vinculados más directamente a la actividad económica, con similares características que las señaladas en el artículo 7:

“Artículo 36.- 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.”

La Constitución nacional no tiene una disposición expresa, como ocurre por ejemplo en España, relativa a la “libertad de empresa”, aunque ese derecho se encuentra implícitamente incluido en las diversas disposiciones que refieren al tema, siempre en el marco de esa concepción de Estado social de Derecho, es decir, sujeto a las limitaciones establecidas constitucionalmente o por disposiciones legales sancionadas en atención al interés general.

Risso, ob cit, pág 729, refiriéndose a ese aspecto, dice:



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

“La libertad de empresa. El artículo 38 de la Constitución española establece que *‘Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación’*

La constitucionalización de este derecho, que ha sido destacada por la doctrina española como una consecuencia del derecho de propiedad, se presenta como una problemática general determinada por su doble consideración de derecho subjetivo y de principio general de la ordenación económica

...Nuestra Constitución plantea como primer problema la falta de referencia expresa a la libertad de empresa, aunque parece claro que la misma se encuentra implícita en el artículo 36 y en general en el régimen de libertad que establece la Carta.

Con lo anterior parece forzoso reconocer que nuestra Constitución, con el reconocimiento del derecho de propiedad y la libertad en análisis (elementos constitutivos del modo de producción capitalista), se ubica dentro del marco de economía de mercado, aunque, claro está, no en su concepción decimonómica, sino en el esquema de un Estado social de Derecho.

En efecto, y sin perjuicio del reconocimiento de estos derechos como de principio, las propias limitaciones a los que los mismos están sometidos, y las múltiples referencias constitucionales al dirigismo, y a la planificación, ponen de manifiesto en forma clara este extremo.”

Con referencia a lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución y a las condiciones exigidas para que válidamente se puedan limitar esos derechos, Cassinelli, ob cit, pág. 129 y sgtes, **con criterio premonitorio** con respecto a la cuestión que motiva el presente dictamen, dice:

“...las limitaciones requieren una doble garantía, de acuerdo a la regla general:

a) que se hagan mediante acto legislativo nacional o sea mediante una ley; **no se puede** por resolución del Director General de Rentas ni por decreto del Poder Ejecutivo ni por ordenanza universitaria, ni **por decreto del Gobierno Departamental de Maldonado**, etc, **restringir la libertad de trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión u otra actividad lícita, para eso ser requiere siempre una ley.**

b) Además, esa ley tiene que fundarse en *razones de interés general...*” (los destacados son de quienes suscriben).

Sin embargo, las limitaciones de los derechos citados en el artículo 36 de la Constitución, también surgen de la propia Carta, citándose a vía de ejemplo, los siguientes:

4.2.1.- En el artículo 33 de la Constitución se establece preceptivamente, que la Ley deberá reconocer y proteger, entre otros, los derechos de autor y del inventor; aspectos estos vinculados directamente a las cuestiones de competencia de los mercados:

Artículo 33.- El trabajo intelectual, **el derecho del autor, del inventor** o del artista, serán reconocidos y protegidos por la ley. (destacados nuestros).

4.2.2.- En el artículo 50 de la Constitución, se le otorga al “Estado”, en el concepto de “...persona jurídica pública mayor...”, potestades específicas en la materia:

“Artículo 50.- 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.” (destacados nuestros).

Aparece aquí, en los incisos primero y tercero del mencionado artículo 50, una fuerte incidencia del Estado, a través de diversos instrumentos de promoción y fomento (orientará, promoverá, encauzará, impulsará), que al aplicarse constituyen lógicamente limitaciones a aquellos derechos reconocidos o implícitos en el artículo 36 de la Carta. El inciso segundo del artículo 50, constituye otra limitación con una variante fundamental, se determina expresamente un control específico del Estado respecto de las organizaciones comerciales o industriales, “trustificadas”.

Una organización “trustificada”, al decir de la Constitución, es la resultante de un acuerdo entre algunos agentes económicos para dominar un determinado mercado e imponer condiciones de comercialización de bienes o servicios. A través de este tipo de acuerdos, los agentes económicos que participan en el mismo, ceden su independencia de gestión, a una dirección central.

Comentando el artículo 50 de la Constitución, Cassinelli ob, cit, pág 132 dice:

“En líneas generales este art. 50 no propicia el método autoritario, sino que se inclina por la vía del fomento, de la orientación a través de subvenciones o franquicias para los que se dediquen a determinados tipos de actividad y tratamiento desfavorable para los que se dediquen a otro tipo de actividades, **pero en el párrafo segundo, al establecer el control estatal sobre las organizaciones industriales o comerciales que estén trustificadas, ya se aleja del método de simple fomento y entra en el método autoritario**. Este control puede consistir en la necesidad de aprobación o de fiscalización interna por funcionarios estatales que le impidan hacer cualquier cosa que se le ocurra a dichas empresas. Pero tampoco llega hasta el extremo de prohibir la trustificación, se conforma el Estado uruguayo con controlar, no llega a suprimir, a declarar ilícitos los trusts o los cartels o los monopolios de hecho. También puede la ley establecer monopolios a propósito, es decir, no monopolios que resulten de hecho por las circunstancias económicas, sino que resulten de una ley en la cual se prohíba el ejercicio de determinada actividad a quienes no sean la empresa titular del monopolio...” (el destacado es de quienes suscriben).

Este tema de las organizaciones “trustificadas”, es uno de los considerados centrales en materia de defensa de la competencia. La Constitución le atribuye la referida competencia al Estado central, así el último inciso del artículo en estudio refiere a que el “Estado”, “...impulsará políticas de **descentralización**, de modo de promover el



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

desarrollo regional y el bienestar general.”. Queda pues en evidencia que el concepto de Estado en este artículo excluye a los Gobiernos Departamentales; todo lo cual se reafirma, en el artículo siguiente, que expresamente establece:

“Artículo 51.- **El Estado o los Gobiernos Departamentales**, en su caso, condicionarán a su homologación, el establecimiento y la vigencia de las tarifas de servicios públicos a cargo de empresas concesionarias....” (el destacado es de quienes suscriben).

4.2.3.- En la misma línea y con similar claridad, en el artículo 85 de la Constitución, que trata de las competencias de la Asamblea General, en sus numerales 3, 9 y 17, se atribuye al Poder Legislativo, la protección, entre otros, de los derechos económicos antes citados; la habilitación de puertos, aduanas, derechos de exportación e importación y declaratoria de interés nacional de zonas turísticas; asimismo, la creación de monopolios (aspecto trascendente en materia de defensa de la competencia), distinguiendo por las mayorías requeridas, si esos monopolios se conceden “...a favor...”, del Estado (como persona jurídica pública mayor) o de los Gobiernos Departamentales:

“**Artículo 85.-** A la Asamblea General compete:

...

3º) Expedir leyes relativas a la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República; protección de todos los derechos individuales y **fomento de la ilustración, agricultura, industria, comercio interior y exterior.**

....

9º) Crear nuevos Departamentos por mayoría de dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara; fijar sus límites; **habilitar puertos; establecer aduanas y derechos de exportación e importación** aplicándose, en cuanto a estos últimos, lo dispuesto en el artículo 87; así como **declarar de interés nacional zonas turísticas**, que serán atendidas por el Ministerio respectivo.

...

17) **Conceder monopolios**, requiriéndose para ello dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara. Para instituirlos **en favor del Estado o de los Gobiernos Departamentales**, se requerirá la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara.”

4.2.4.- En el mismo sentido de dirigismo estatal, en el artículo 168 de la Constitución, que trata de las competencias del Poder Ejecutivo, se le otorgan las atribuciones para conceder privilegios industriales y resolver si autoriza o no, la creación de nuevos Bancos:

Artículo 168.- Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde:

...

21) **Conceder** privilegios industriales conforme a las leyes.

22) **Autorizar o denegar** la creación de cualesquier Bancos que hubieren de establecerse.

...”

4.2.5.- La Carta Magna prevé diferentes tipos de participación estatal en la economía, así encontramos dentro del denominado dominio comercial e industrial a entidades exclusivamente estatales, conforme lo dispuesto en el artículo 185 y concordantes. Las otras formas, están establecidas en el artículo 188, entes con participación de capitales privados o la participación en empresas formadas con aportes obreros. En todos los casos, con autorización legal sujeta a determinadas condiciones.

4.2.6.- Otra variante de la actuación del Estado en la economía, surge de las potestades constitucionales en materia de planificación, citándose como ejemplo, los artículos: 230, 231 y 232 de la Constitución.

En conclusión, **constitucionalmente la materia relativa a: la regulación de los mercados; los derechos al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, es de competencia del Estado Central y no de los Gobiernos Departamentales.**

4.3.- LA LEY 18.159 Y SU ALCANCE:

4.3.1.- Importancia de su concepción ideológica:

En ese marco constitucional, se sanciona la Ley 18.159, que a efectos de la protección de los derechos antes citados y, expresamente, de los derechos de los consumidores “...actuales y futuros...”, ubica con claro contenido y definición, tanto filosófica como económica, a la libre competencia de los mercados, como el eje central de esa regulación tuitiva, con una única excepción: “...las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general.”

Sobre esa concepción ideológica, en la que descansa la Ley 18.159, antes citada, Camilo Martínez, en “Manual Básico de Derecho de la Competencia”, FCU, pág. 47, establece:

“...La historia nos enseña que el liberalismo, aportó el sustento ideológico para el desarrollo en el orden económico de la sociedad capitalista. Sus difundidas bases de elaboración teórica (autoplanificación de la economía –‘la mano invisible’ -, mercado atomizado, movilidad de los factores de producción y libre funcionamiento del mercado) constituyen los presupuestos básicos para que el sistema funcione.”

En otra parte de la mencionada publicación, el Dr. Martínez expresa:

“...**Cuando hay competencia**, la teoría entiende que tienen oportunidad de triunfar en el mercado los agentes económicos más eficientes y eficaces. La propia **‘Exposición de motivos’** del proyecto que remitiera el Poder Ejecutivo (y que a la postre fuera sancionado), se pliega a esta posición, cuando afirma que: **‘la existencia de mercados competitivos permite que los ciudadanos dispongan del mayor número de bienes y servicios al menor precio posible, crea los estímulos para la constante búsqueda de la calidad de los mismos y para la innovación, que las empresas asignen sus recursos escasos en forma eficiente y todo ello redunde en beneficio para el consumidor’...**”



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

Esas definiciones sustanciales, surgen con claridad del tenor literal de la citada Ley 18.159 y de sus antecedentes. A ello se suma, que la citada norma reúne en un todo orgánico, el control del cumplimiento de esa regla básica de la “libre competencia”; las atribuciones de los órganos de aplicación de las mismas; las sanciones en caso de infracción y una detallada regulación de los aspectos principales de los procedimientos administrativos que deben cumplirse para la aplicación de la norma.

Toda esa situación, surgida a partir de la sanción, el 20 de julio de 2007, de la citada Ley y, sobre todo, de la constitución del órgano principal de aplicación de la misma, que es la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, ocurrida en marzo de 2009, determinó una modificación trascendente de las reglas de juego en todos los mercados, con las notorias dificultades de conocimiento e internalización, por parte de todos los involucrados.

Adelantando esa realidad, en el proceso parlamentario que culminara con la sanción de la norma citada, el miembro informante en la Cámara de Representantes, el Diputado Alfredo Asti, manifestó:

“Las autoridades de competencia enfrentan la complejidad de desempeñar dos grandes funciones: la aplicación de la normativa y, al mismo tiempo, el fomento y la defensa de políticas de competencia. A esto debemos agregar que en nuestro país existe un muy limitado grado de conocimiento y valoración de las ventajas de dichas políticas proactivas de defensa y promoción de la competencia por parte de aquellos que pueden beneficiarse de ellas, pero también existe una posición de quienes se benefician en ausencia de estas normas.”

Quienes suscriben consideran que la situación que motivara la denuncia que inicia estas actuaciones y las comparecencias posteriores de la recurrente, se inscriben en esa realidad de “...limitado grado de conocimiento...” del alcance de la Ley 18.159 y de su inserción en el ordenamiento positivo uruguayo.

En ese marco, queda claro que **la Ley 18.159, por su concepción ideológica, por sus fundamentos constitucionales y por el texto de sus disposiciones, tiene un alcance nacional, sin otras restricciones que las establecidas en la misma.**

4.3.2.- Orden público:

Otro elemento que se suma a esa concepción de preeminencia de la normativa de defensa de la competencia en Uruguay, es que en la Ley 18.159, antes citada, se establece que la misma es de “orden público”.

Así, en su artículo primero, se establece:

“Artículo 1º (Objeto).- La presente ley es de orden público y tiene por objeto...”

El orden público, de acuerdo al “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales” de Manuel Osorio Ed Heliasta 2008, pág. 655, es el:

“Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras (J.C. Smith)...”

Bernardo Supervielle, en “Las Leyes Imperativas y prohibitivas”, citando a García Maynez “Introducción a la lógica jurídica”, establece que en todo sistema de derecho, existen actos ordenados, actos prohibidos y actos libres. En otra cita, en este caso a conceptos de Tristán Narvaja, relativos a la distinción entre normas imperativas, prohibitivas y permisivas, se establece:

“Si la ley manda una acción se llama imperativa o preceptiva: de esa naturaleza son las leyes relativas al pago de impuestos ...Si la ley prohíbe una acción, se llama prohibitiva: tales son las leyes que prohíben al hombre casarse antes de los catorce años,...Por fin, si la ley, sin mandar ni prohibir, se reduce a introducir un derecho o facultad de que cada uno puede libremente usar o no usar, es facultativa: tales son las leyes que autorizan el matrimonio bajo las condiciones que prescriben...”

Supervielle, ob. cit., destaca que la ley prohibitiva es irrenunciable y que lo realizado en contravención de la misma es nulo, remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 8 del Código Civil:

“...La renuncia general de las leyes no surtirá efecto.

Tampoco surtirá efecto la renuncia especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario.”

Supervielle, agrega:

“La consecuencia de ejecutar algo prohibido es la nulidad. Ella está apoyada, según Gallinal, en lo que ya expresaba la ley 5, tit. 14, libro I del Código romano: ‘Lo que se hace contra la ley es no solamente inútil sino también radicalmente nulo, aunque el legislador no haya explicado en la ley prohibitiva y especificado el caso ocurrente. Y si se ejecuta aquello o si algo se efectúa bien como consecuencia, bien a causa de lo que se ha hecho contraviniéndose a la prohibición de la ley, queremos que igualmente se mire como nulo y de ningún valor...”

A su vez, en el artículo 11 del Código Civil, se establece:

“...No pueden derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres.”

La consecuencia pues, de la realización de algo prohibido por una norma legal de ese tipo, es la nulidad absoluta. Para Osorio, ob cit., pág. 621, establece que la nulidad es la:

“...Ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma, o, como dicen otros autores, vicio de que adolece un acto jurídico si se ha realizado con violación y omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo válido, por lo cual la nulidad se considera ínsita en el mismo acto, sin necesidad de que se haya declarado o juzgado.



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

Se entiende que son nulos los actos jurídicos ...o cuando estuviere prohibido el objeto principal del acto...”

“Nulidad absoluta

La del acto que carece de todo valor jurídico, con excepción de las reparaciones y consecuencias que por ilícito o dañoso puede originar...”

En consecuencia, **siendo la Ley 18.159, de orden público, todo lo realizado en contravención a la misma, es absolutamente nulo.**

4.3.3.- Ámbito subjetivo de aplicación:

De acuerdo a lo previsto en el artículo 3 de la Ley 18.159, quedan comprendidos en el ámbito subjetivo de la ley:

“... Todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio uruguayo, están obligadas a regirse por los principios de la libre competencia”.

Es claro el tenor literal de la disposición transcripta, en cuanto al amplio alcance subjetivo de la mencionada ley, respecto de la cual no plantea excepciones de ningún tipo.

Se comparte con el Dr. Camilo Martínez Blanco, ob cit, pág. 78, que esta ley, al igual que las modernas normas sobre derecho del consumo, deja de lado la concepción del Derecho como ordenador primario que persigue únicamente la solución de conflictos individuales entre consumidores, competidores, concluyendo que la norma de Competencia es un:

“...instrumento primordial de control de las conductas de TODOS los agentes que actúan en el mercado, quienes deben sujetarse a los “principios y reglas de la libre competencia”. Con claridad meridiana queda laudado, que no es necesario que los sujetos –agente y paciente- que incurrir en conductas anticompetitivas, sean empresarios, ni que la actividad que desarrollen sea comercial o industrial, ni incluso se exige que medie entre ellos concretas relaciones de competencia.”-

En igual sentido, los Dres. Rippe y Hargain, autores del anteproyecto de ley de defensa de la competencia, afirman que:

“ el alcance subjetivo del derecho de defensa de la competencia, se define con la suficiente amplitud y flexibilidad como para comprender en su contexto a todos los agentes económicos “

Como se expresara anteriormente, el artículo estudiado refiere a personas físicas y jurídicas públicas y privadas y, donde el legislador no distingue, no puede hacerlo el intérprete.

Nótese que el legislador pudo haber hecho referencia a las personas públicas que forman parte del denominado dominio industrial y comercial del Estado, pero no lo hizo.

Es más, este criterio amplio adoptado por el legislador, se deja traslucir también en la propia discusión parlamentaria, atendiendo lo expresado por el Subsecretario del Ministerio de Economía y Finanzas Ec. Mario Bergara, en oportunidad de analizar el artículo 6º, en versión taquigráfica de la sesión del día 21 de diciembre de 2006, manifestó:

“...la Liga de Defensa Comercial nos llamó la atención con respecto a que debía referir, no a empresas, sino a algo más amplio, como son los agentes económicos. Entonces, como nos pareció razonable esta observación es que proponemos que se introduzca esa modificación.”

En razón de lo expuesto, fácil resulta concluir que por imperio legal al quedar comprendidos en la norma TODOS los agentes –públicos o privados- que “realizan actividades económicas con o sin fines de lucro”, se incluye, sin lugar a duda alguna, al Estado cuando –entre otras posibles actividades- mediante su poder reglamentario interviene de manera decisiva en el mercado, afectando los tópicos perseguidos por la ley.

4.3.4.- Órganos de Aplicación de la Ley 18.159.

Sobre la base de los fundamentos constitucionales de la Ley 18.159; de su concepción ideológica; de su naturaleza de ley de orden público; de su alcance nacional a todos los agentes económicos públicos y privados; queda pendiente definir cuales son los órganos públicos que tienen legalmente competencia para aplicar las disposiciones de la citada Ley.

En varios asuntos planteados ante la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, algunos agentes económicos involucrados en los mismos, han pretendido primero ampararse en el hecho que la actividad que cumplen no estaría comprendida en la Ley 18.159 y, demostrado que lo están, han planteado que de todas formas la citada Comisión no sería competente.

Por lo tanto, para evitar eventuales discusiones al respecto, se analizará concretamente a continuación, si asumida la realidad que las actividades económicas que se realicen en los Departamentos se encuentran comprendidas en la norma citada, existe un órgano departamental que tenga competencia en esa materia, o no.

De acuerdo al artículo 21 de la Ley 18.159:

“...El órgano de aplicación de las disposiciones de la presente ley será la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, que funcionará como órgano desconcentrado en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas.....”

Esa es la norma general, que está sujeta a las excepciones que establece el artículo 27 de la citada norma legal, que establece:

“Artículo 27. (Sectores regulados).- En los sectores que están sometidos al control o superintendencia de órganos reguladores especializados, tales como el Banco Central del Uruguay, la Unidad



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

Reguladora de Servicios de Energía y Agua y la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, la protección y fomento de la competencia estarán a cargo de dichos órganos.

El alcance de la actuación de los mismos incluirá actividades que tengan lugar en mercados vertical u horizontalmente relacionados con los mercados bajo control y regulación, en la medida en que afecten las condiciones competitivas de los mercados que se encuentran bajo sus respectivos ámbitos de actuación regulatoria.

En el desarrollo de este cometido, los órganos reguladores deberán cumplir con todas y cada una de las disposiciones de la presente ley, pudiendo, en caso de entenderlo conveniente, efectuar consultas no vinculantes a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia.“

La norma de referencia excluye de la órbita de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, las cuestiones de competencia de los mercados en los “...sectores que están sometidos al control o superintendencia de órganos reguladores especializados...” y sigue la oración, con la cita expresa de tres de esos órganos. Pero, por el sentido literal de la norma, esa enumeración no es taxativa, sino enunciativa, puesto que está precedida de la expresión: “...tales como...”.

En ese marco normativo, surgen dos conclusiones primarias, a saber:

- ✓ En los casos que se generen en el ámbito de las actividades que se encuentren reguladas y controladas por: el Banco Central del Uruguay, la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua y la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, la protección y fomento de la competencia estará a cargo de dichos órganos y no de esa Comisión.

Ello naturalmente, sin perjuicio de la facultad de esos órganos, prevista expresamente en el inciso final del mencionado artículo 27, de realizarle a esa Comisión, consultas no vinculantes sobre los temas que quedan bajo la competencia de aquellos.

- ✓ La enumeración enunciativa de esos tres casos, deja librado al intérprete la determinación de cuales serían los otros “...órganos reguladores especializados ...”, respecto de cuyas actividades reguladas, esa Comisión carecería de competencia.

El texto legal mencionado, deja dudas en cuanto al alcance que la norma pretende darle a la competencia de esa Comisión, por lo que cabe remitirse a los principios generales en materia de interpretación jurídica, recogidos en el Título Preliminar del Código Civil.

En esa línea, cabe citar lo dispuesto en el artículo 17 de la norma antes citada, que establece:

“17. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción.”

Cuando se examina la historia fidedigna de la sanción de la norma citada, se observa que ese tema, precisamente, fue objeto de sucesivos debates en el extenso proceso que condujo a la aprobación del mencionado texto legal. A título ilustrativo, se citan a continuación algunos de esos pasajes, donde se hace referencia a este tema, identificándolo con otro número de artículo, concretamente el 22, tal como constaba en el proyecto a estudio del Parlamento en esos momentos.

4.3.4.1.- En la sesión de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores, del día 19/10/006, a la cual asistieron los Senadores: Enrique Rubio (Presidente ad hoc); Sergio Abreu, Isaac Alfie, Milton Antognazza, Alberto Couriel, Carlos Gamou, Arturo Heber y Rafael Michelini, fueron invitados los representantes del Banco Central del Uruguay, doctores: Fernando Barran (Superintendente de Instituciones de Intermediación Financiera) y Heber Vagnoli. En el curso de dicha sesión al discutirse este tema, se expresó:

“...SEÑOR PRESIDENTE.- Ahora pasaríamos a concentrarnos en el proyecto de Promoción y Defensa de la Competencia.

SEÑOR BARRAN.- Personalmente, creo que son compatibles los objetivos que plantea el proyecto de ley. En el artículo 22, potencialmente, hay un rol directo del Banco Central -que le es asignado por este proyecto de ley- que refiere a la protección y fomento de la competencia de aquellas instituciones que son supervisadas por el Banco Central...”

...

SEÑOR MICHELINI.- Es notorio que es muy bueno que se legisle en una materia que se ha denominado promoción y defensa de la competencia. En lo personal, el artículo 22 me genera una duda conceptual, lo que no significa que por ella se detenga el análisis del proyecto de ley. No me queda claro si los organismos de contralor deben, al mismo tiempo, fomentar la competencia. Creo que aquí se plantea una discusión un poco más compleja, porque si estoy fomentando la competencia, quizás me estoy alejando de las normas o legislaciones que el Poder Ejecutivo y los Legisladores establecieron. Entonces, se estaría tomando parte, cuando lo que deberían hacer las unidades reguladoras es realizar el control para saber si está cumpliendo con la ley, garantizar la transparencia en los procedimientos y aconsejar al Poder Ejecutivo qué normas deberían modificarse, porque no conducen al cumplimiento de los objetivos. Aclaro que ante esto me surgen dudas -no porque en el proyecto de ley haya una mala intención- porque no tengo claro si un órgano que es el que controla la regulación además debe dedicarse al fomento de la competencia. A su vez, si esta inquietud fuera compartida, se plantea otra interrogante en el sentido de cómo debería resolverse esa situación, aunque eso ya formaría parte de otro capítulo.

SEÑOR BARRAN.- Quisiera dejar en claro cuál es el alcance que, en mi opinión, tiene este artículo.



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

Uno como supervisor puede tener una preocupación que va por el lado contrario. Tal es el caso de la concentración, los riesgos asociados a que ciertas operaciones o determinados mercados estén concentrados y las implicancias que eso pueda tener para la estabilidad del sistema. Esto está visto desde lo que sería el otro lado de la misma moneda.

A los efectos de promover el desarrollo, hay que crear las condiciones que potencialmente generen un mercado más competitivo y no necesariamente tomar acciones probativas tendientes a una mayor competencia.

SEÑOR MICHELINI.- No es un detalle menor.

SEÑOR BARRAN.- No es para nada menor. Mi visión es que como regulador y supervisor debería crear condiciones tales que tiendan a crear una situación de competencia en los mercados. En lo que tiene que ver con las continuidades es muy difícil establecer dónde está el límite de eso frente a la toma de acciones absolutamente probativas tendientes a una mayor competencia.

Tal como fue manifestado, entiendo que eso constituye una preocupación a los efectos de definir cuáles son las responsabilidades que pueda tener el Banco Central de acuerdo con el artículo 22 y, sobre esa base, la Rendición de Cuentas de dicha institución en relación a las finalidades y objetivos que se le asignan.

Personalmente, entiendo que sería razonable crear condiciones tales que en esos mercados se pueda desarrollar una sana competencia, pero no pasar de esa línea.

...”

4.3.4.2.- En la sesión de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores, del día 26/10/006, a la cual asistieron los Senadores: Carlos Baraibar (Presidente), Enrique Rubio Sergio Abreu, Isaac Alfie, Alberto Couriel, Leonardo Nicolini, Arturo Heber y Rafael Michelini, fueron invitados los representantes de la Liga de Defensa Comercial, Presidente, Vicepresidente y Director Gerente, señor Víctor Abzaradel, Fernando Lacurcia y doctor Camilo Martínez, respectivamente y por la Comisión Sectorial del MERCOSUR, el Economista José Manuel Quijano

En el curso de dicha sesión al discutirse este tema, se expresó:

“...SEÑOR MARTINEZ.- Cabe aclarar que, además, cuando hablamos de la labor de promoción que es necesario llevar a cabo, nos referimos a que hay que hacerla en todos los niveles.

...Por otro lado, hay un tema que puede generar controversia y que nos parece que sería interesante considerar con detenimiento. Me estoy refiriendo al artículo 22, respecto al cual en la reunión pasada recibieron la opinión de una agencia reguladora como lo es el Banco Central. ¿Qué pasa en el concierto internacional en esta materia? ¿Se otorga la política de promoción y defensa de la competencia al órgano regulador? No, esto no sucede, porque no todos comulgan con la misma situación. Es más; si se analiza el proyecto original, se podrá ver que el mismo atribuía la competencia en esta materia a las dos partes, con la finalidad de que actuaran en forma coordinada.

Esto se dispuso así, porque el regulador no puede dar más patentes de las que corresponden y el órgano de aplicación no puede desconocer que se está ante un mercado regulado y que, por lo tanto, no es de libre acceso. Sin embargo, lo que uno tiene que intentar es que no se generen barreras tan grandes al mercado regulado. Entonces, por ejemplo, se puede sostener que no hay más líneas de ómnibus de las que se pueden otorgar pero, ¡qué importante es que actúe un órgano de promoción de la competencia y disponga hacer una licitación para crear nuevas líneas de ómnibus! Debemos tener cuidado, porque este es un tema que admite varias lecturas.

SEÑOR MICHELINI.- Lo mismo con el transporte de carga...

SEÑOR MARTINEZ.- Sí, podría ser el caso de transporte de carga y sus autorizaciones.

En el artículo 22 se nombra a tres órganos, pero hay que tener en cuenta que se utiliza la expresión "tales como", por lo que no se refiere solamente a esos tres que son la URSEC, al Banco Central y a la URSEA, sino a todo lo que es el mercado regulado. Y, ¿cuántos mercados regulados hay? A esto hay que sumar otro agravante, porque en otro párrafo el artículo 22 dice: "El alcance de la actuación de los mismos incluirá actividades que tengan lugar en mercados vertical u horizontalmente relacionados con los mercados bajo control y regulación,". ¿A qué se refiere con esto? ¿Acaso también a la imprenta que le hace los cheques a los Bancos, porque también ahí hay una integración vertical? Además, observen los señores Senadores que si nos extendemos para arriba no queda casi nada. Si miramos los mercados regulados en su proyección vertical -aguas arriba o aguas abajo- y horizontal, nos vamos a encontrar, por ejemplo, que como el mercado de seguros está regulado, en la integración vertical los talleres de apoyo del Banco de Seguros del Estado también estarían dentro de ese tipo de situación. ¿A quién le corresponde la actuación en esa materia? Al Banco Central. Entonces, desde nuestro punto de vista este es un tema que por lo menos hay que conocer y es muy importante el convencimiento del Legislador respecto de qué es lo que se pretende hacer. Eso está muy claro y hay dos opciones. Una es dejar las manos libres para que sea el regulador quien, además, marque la pauta de la competitividad que se necesita dentro del sector. Eso sería mucho más fácil, porque no hay que coordinar esfuerzos. Alcanza con que un solo organismo tenga la convicción para ya tener una política clara y bien marcada. La otra opción, que es cuando se plantea la problemática, es coordinar esfuerzos y que otro organismo pueda decir que se puede hacer determinada cosa. Debemos tener en cuenta que, sobre todo, se trata de mercados acotados, con pocos actores o con dificultades de que accedan otros nuevos porque, en definitiva, en muchos de los casos se reparte pobreza y no riqueza.

Es por esa razón que hay que tener en cuenta determinados aspectos. Quiero hacer mención a los señores Senadores acerca de lo que se expresó en una mesa redonda denominada "Regulación y Órganos de Defensa de la Competencia" organizada por la OCDE, en 1999 en París. Allí se dijo que la experiencia en materia de regulación de la mayoría de los países desarrollados muestra que los reguladores deberían consultar siempre a los organismos de defensa de la competencia y actuar en coordinación con ellos. Creo que este es un punto que es necesario resaltar.

SEÑOR ABREU.- Creo que es muy importante lo que está manifestando el señor representante de la Liga de Defensa Comercial, porque en realidad en el ámbito del mercado, el funcionamiento de los órganos reguladores como también de normas sobre la competencia, son nuevos.

...Me parece que quizá no sea el órgano regulador el encargado de promover la competencia o de tratar de incorporar nuevos actores en ese ámbito. Lo que se dice aquí es muy importante.

SEÑOR MARTINEZ.- Coincido con lo que señala el señor Senador, pero creo que debemos considerar el tema de la venta. Muchas veces, debido a su actuación, el regulador genera políticas anticompetitivas. Pensemos, por ejemplo, en las estaciones de venta de combustibles; lo digo, porque esa venta está topeada hacia abajo.



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

Entonces, ¿a que va a tender la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia? A que el precio baje y a que haya diferentes ofertas. Tal vez no ocurra lo mismo en el resto del mundo; debemos aprender de lo que sucede en otros países, porque no en todos lados se puede trabajar de la misma forma. Lo cierto es que la tendencia va a ser generar una política de competencia entre los mismos oferentes, cosa que no ocurre actualmente porque -y esto es indudable- el regulador no lo quiere. Pero, ¡cuidado!, porque esto requiere cambios culturales. Reitero que no es un problema que se resuelva con los 27 artículos de este proyecto de ley, que pueden ser perfectos y hasta quizás tengamos una Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia técnicamente intachable -a la que, además, podríamos dotar de recursos desde el punto de vista intelectual, de pesquisas y de estudios como para poder actuar- pero si no se procesa un cambio cultural en la mente de todos, nos vamos a encontrar con lo que hoy mencionaba el consejero Lacurcia en cuanto a que el grado de desconocimiento que existe de la propia plaza conspira con una aplicación más clara de esto.

SEÑOR ALFIE.- Cuando solicitamos la concurrencia de la Liga de Defensa Comercial teníamos interés en conocer su opinión con respecto a dos disposiciones. Una de ellas es el artículo 22, con respecto al cual coincidimos con la posición que ustedes han expresado, en el sentido de que exista una separación entre el órgano regulador y el que defiende la competencia hasta por cuestiones lógicas. Si alguien va a decirle al regulador que en determinado asunto no hay competencia o que se ha visto perjudicado, obviamente él se tiene que autodefender. Es casi imposible que manifieste que está mal y que decida someterse a un problema de juicios y cosas por el estilo. Pero otro organismo puede dictaminar que las cosas no son correctas y no tiene por qué someterse a reclamaciones anteriores. ...”

4.3.4.3.- En la sesión de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores, del día 21/12/006, a la cual asistieron los Senadores: Carlos Baraibar (Presidente), Enrique Rubio Sergio Abreu, Isaac Alfie, Alberto Couriel, Alberto Breccia, Arturo Heber y Rafael Michelini, fueron invitados, por el Ministerio de Economía y Finanzas, el Subsecretario Economista Mario Bergara, el Director General de Comercio Economista Fernando Antia; por la Unidad de Desarrollo del Sector Privado, el Economista Luis Porto y el Asesor, Economista Leandro Zipitria.

En el curso de dicha sesión al discutirse este tema, se expresó:

“...SEÑOR SUBSECRETARIO.- ...Con respecto al órgano de aplicación, aquí está planteado que se constituya una Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia integrada por tres miembros que debían tener distintas características que entendíamos convenientes desde el punto de la idoneidad técnica y moral... Sobre el tema de la autoridad de aplicación, vale la pena hablar un poco, porque es un aspecto sobre el que, sobre todo la Liga de Defensa Comercial, hizo algunos planteamientos. Además, es un asunto discutido a nivel internacional, donde existen múltiples arreglos institucionales, particularmente, en lo que refiere a la relación de la autoridad de aplicación

con los órganos de regulación sectorial. Es así que en los distintos países tenemos, desde el caso más extremo, que es el neocelandés -donde prácticamente no existen órganos de regulación sectorial y todo está sujeto a una especie de regulador de la competencia general- hasta situaciones en las que los órganos de regulación sectorial tienen poder incluso por encima de los órganos de aplicación de la autoridad de la competencia, llegando a otros casos de diversos mecanismos híbridos que otorgan funciones cruzadas u obligan a la coordinación como ocurre, por ejemplo, en Inglaterra y en Alemania. Es decir que los arreglos institucionales en este sentido son varios. Obviamente, para definir esto hay que tener en cuenta las especificidades del país, qué sectores regulados existen, qué características, trayectoria y experiencia tienen los órganos de regulación y cuántos recursos le puede destinar la sociedad. Hay que tener en cuenta que si uno tiene recursos en abundancia es una cosa, pero si hay que limitarlos, se deben buscar otras alternativas.

La opción que nosotros planteamos es que exista una autoridad de aplicación general de esta ley en esa Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, pero en los casos de los organismos de regulación sectorial que ya tienen entre sus funciones la de promover la competencia - la URSEA, la URSEC y el Banco Central tienen la norma específica- hoy se interpreta que existe una concurrencia de competencias. Esto quiere decir que si alguien tiene un caso de defensa en el sector de comunicaciones, puede ir a reclamar tanto a la URSEC como a la Dirección General de Comercio. Eso genera problemas, por lo tanto, preferimos tener bien definido a quién se recurre en cada caso.

Una de las opciones sería quitarle a los órganos reguladores la lógica de promoción y que todo quedara en la órbita del órgano ministerial. Esa no es la opción que preferimos, sino la que está propuesta en el proyecto. Por esta opción, la protección y fomento de la competencia, que ya es mandato legal para los órganos de regulación sectorial -URSEA, URSEC y Banco Central, por el momento y, en la eventualidad de que pueda haber otros en el futuro, se explicitará- también hace que actúen las autoridades de aplicación para los casos en que haya problemas en los mercados que ellos regulan.

SEÑOR ABREU.- Este es un tema importante, porque hace a la naturaleza de los órganos reguladores. En general, la aproximación a la naturaleza del órgano regulador es que debe tener independencia técnica y funcional. ¿Qué quiere decir eso? Que se separa, en cierto sentido, de la línea jerárquica, de la línea vertical de las disposiciones del Gobierno y del Poder Ejecutivo. Tengo una duda con respecto a si su ubicación no se modificó en el ámbito presupuestal o de la Rendición de Cuentas. En lo personal, tuve una discusión con el señor Subsecretario de Industria, Energía y Minería sobre este tema y creo que hay que tener cuidado, porque es muy importante que las Unidades Reguladoras tengan independencia técnica y funcional y que su naturaleza no sea variada y quede en el ámbito del Poder Ejecutivo, porque de esa forma, comienzan a perder autonomía. Aquellos que han formado parte de esas organizaciones saben lo que es la lucha del órgano regulador frente a empresas importantes.

SEÑOR SUBSECRETARIO.- Y, también, contra los Ministros, señor Senador.

SEÑOR ABREU.- También contra los Ministros, pero más contra las empresas públicas y los monopolios que son los que quieren sustituir a los Ministros en la aplicación de las políticas.

SEÑOR SUBSECRETARIO.- Entiendo el planteo que hace el señor Senador. La idea central es que los mismos razonamientos de autonomía técnica que rigen para la lógica regulatoria, también rigen para la autoridad de aplicación de las políticas de competencia. En ese caso, incluso, se toma en cuenta que las políticas de competencia rigen para todas las empresas del país, independientemente de la naturaleza de su propiedad.

Se puede discutir -también hay diversos arreglos institucionales a nivel internacional- cuál puede ser la ubicación ideal de los organismos reguladores o de la autoridad de competencia,



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

dentro o fuera del Poder Ejecutivo, como un órgano autónomo o qué grado de autonomía puede tener con respecto a los demás Poderes, pero el arreglo final depende de las características propias del país. Por el momento, la situación de los organismos reguladores es que siguen estando dentro del Poder Ejecutivo como organismos desconcentrados que operan en el ámbito de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, pero, en realidad, la modificación no se debió tanto a los organismos de regulación en la ley presupuestal, sino al hecho de que, por ejemplo, en el caso de las telecomunicaciones, como antes el Ministerio de referencia de ANTEL era el de Defensa Nacional y ahora pasó a la órbita del Ministerio de Industria, Energía y Minería, de alguna manera la forma de comunicación al Poder Ejecutivo es por este último. En el caso de la URSEA que, en realidad, regula empresas que tienen como referencia a dos Ministerios -porque algunas tienen como referencia al Ministerio de Industria, Energía y Minería y otras, por el tema del agua, al de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente- en función del tema, se comunican por las dos vías. Ahora que recuerdo, lo mismo sucede con la URSEC, porque la regulación postal es por vía del Ministerio de Educación y Cultura.

Este tema es un poco complejo pero, en realidad, la ubicación institucional sigue siendo la misma. Son órganos desconcentrados dentro del Poder Ejecutivo, distinto de lo que sucede con el Banco Central, porque es un Ente Autónomo.

La idea es que esas mismas bondades de autonomía, que deben tener los organismos reguladores para cumplir sus funciones correctamente, también deben pensarse para la autoridad de aplicación. Está planteado que esté dentro del Ministerio, pero como un órgano desconcentrado, es decir, fuera de la Dirección General de Comercio. Hoy no hay una unidad específica sobre la defensa de la competencia, sino que simplemente la Dirección General de Comercio tiene entre otras funciones la de ser autoridad de aplicación de la normativa. Acá estamos jerarquizando ese aspecto con el ánimo de dar mayores posibilidades.

SEÑOR HEBER.- En una palabra, no se los ubica, no se los coordina.

SEÑOR SUBSECRETARIO.- Actualmente no hay un órgano, una unidad, una oficina de defensa de la competencia. Lo que hay es que, entre otras funciones, la Dirección General de Comercio tiene la de ser la autoridad de aplicación de las normas actuales sobre defensa de la competencia. Aquí se conforma un tribunal en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas, pero ya no en la Dirección General de Comercio. Se trata de un ámbito desconcentrado dentro de dicho Ministerio, con tres miembros profesionales, etcétera y con ciertas restricciones para que opere como autoridad de aplicación.

Lo que se plantea para los órganos de regulación sectorial es que sean las autoridades de aplicación en los mercados que regulan, sobre todo en un marco de escasez de recursos, porque para analizar estos temas se requiere mucha información y conocimiento de los mercados. Es muy claro que los órganos reguladores tienen más información y conocimiento del funcionamiento de los mercados que regulan que una autoridad genérica de competencia en los casos concretos de esos

mercados. Entonces, la opción -sobre todo atendiendo a la escasez de recursos y a tratar de optimizar su utilización- es la de que se mantengan las potestades de los órganos reguladores especializados. Pero como una forma de acercar posiciones a lo planteado por la Liga de Defensa Comercial, proponemos en el último inciso la posibilidad de que los órganos reguladores deberán cumplir con todas y cada una de las disposiciones de la presente ley, pudiendo, en caso de entenderlo conveniente, efectuar consultas no vinculantes a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia. De alguna manera, esto va en el sentido de apuntar a que haya una lógica más o menos similar en la aplicación de la ley por parte de las distintas autoridades de aplicación.

SEÑOR HEBER.- En realidad, esa viene a ser una especie de coordinación.

SEÑOR SUBSECRETARIO.- De hecho se da y se han planteado casos en que han ido a la Dirección General de Comercio y ésta los ha reenviado a la URSEC. El diálogo se va a dar igual y entonces de esta manera explicitamos que puede haber consultas no vinculantes entre uno y otro. Eso apunta a tener criterios similares.

...”

4.3.4.4.- En la sesión de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores, del día 16/05/007, asistieron los Senadores: Juan Jose Bentancor, Isaac Alfie, Alberto Couriel, Alberto Breccia, Milton Antognazza; Heber y Rafael Michelini.

En el curso de dicha sesión, al discutirse este tema, se expresó:

“...Léase el artículo 26.

(Se lee:)

En consideración.

SEÑOR MICHELINI.- Personalmente, redactaría de otra manera el inciso primero, diciendo: “Recaerán en los órganos reguladores especializados (Banco Central del Uruguay, Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua y Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones), la protección y fomento de la competencia”. Me parece que la ley tiene que ser clara.

SEÑOR ALFIE.- Salvo en lo que se refiere al Banco Central, no comparto este artículo. Las agencias reguladoras regulan la relación entre las empresas y, por lo tanto, una protesta de un consumidor sobre algo que regulé yo mismo es absolutamente estéril. El caso del Banco Central es distinto, porque es algo demasiado especializado y sensible, por decirlo de alguna manera. Considero que, salvo el Banco Central, los demás deben ir directamente al órgano de Defensa de la Competencia. Además, en el inciso segundo se habla del alcance de la actuación de los mismos y se determina que el alcance de estos órganos reguladores laterales incluirá actividades que tengan lugar en mercados vertical u horizontalmente relacionados con los mercados de control y regulación, en la medida en que afecten las condiciones competitivas de los mercados que se encuentran bajo sus respectivos ámbitos de actuación regulatoria. Esto implica una serie de ramificaciones que nadie sabe hasta dónde pueden llegar, puesto que en el término “relacionados” se pueden incluir muchas cosas. Por ejemplo, en el ramo de la telefonía pueden haber muchas actividades relacionadas y cualquiera podrá afirmar que la competencia en las transmisiones por “walkie talkie” está relacionada y, por lo tanto, habrá que dirigirse a la URSEC.

(Ocupa la Presidencia el señor Senador Bentancor)

En consecuencia, preferiría que se mantuviera lo relativo al Banco Central y que se eliminara el resto. Quizás el Gobierno o el Poder Ejecutivo entiendan que todo lo demás debe estar incluido, pero creemos que los mercados vertical u horizontalmente relacionados son mercados que están afuera y que se debe dejar algo fuera de la regulación. Decimos esto, porque el mismo regulador



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

que escribió la regulación es quien va a dictaminar y entendemos que esas dos cosas nunca se pueden hacer juntas.

SEÑOR BRECCIA.- Este artículo tiene sus bemoles y plantea una reflexión. Indudablemente, la promoción y defensa de la competencia nos enfrenta -y lo veremos cuando sometamos a reconsideración algunos artículos que se han votado aquí- a dificultades serias y, además -esto es casi sobreabundante establecerlo- con diferencias filosóficas de fondo con los señores representantes de la oposición. Entonces, creo que hay que tener en cuenta que este proyecto de ley tiene iniciativa del Poder Ejecutivo y que ha establecido claramente que en relación a esos mercados sometidos a superintendencia de órganos reguladores -los que se especifican- se pretende que dichos órganos tengan como cometido la promoción y defensa de la competencia de los mismos. Luego de leer el artículo, debo reconocer que el alcance es extenso puesto que se dispone también abarcar los mercados vertical u horizontalmente relacionados con los mercados bajo control y regulación. Y siendo claro que esa es la intención del proyecto de ley, digo con toda franqueza que votaría el artículo tal como está propuesto. Obviamente, todo esto está sujeto a la discusión que luego se pueda desarrollar en Sala y en la Cámara correspondiente.

SEÑOR ALFIE.- Realmente no entiendo cuál es la diferencia filosófica que puede haber en este tema. Lo único que he dicho es que nunca es bueno que la misma persona se reúna, se controle y establezca si la regulación que tiene y lo que ha dictaminado afecta o no la competencia. En cuanto al Banco Central, como es una ley mucho más general o una normativa totalmente separada, si bien no es lo mejor, uno puede entenderlo. Además, esta es una materia muy específica, demasiado técnica y en el Uruguay hay poca gente preparada en el tema. El señor Senador Breccia, en su calidad de abogado, debe haber advertido la dificultad que se presenta en los temas financieros en cualquier litigio, puesto que faltan especialistas y organismos especializados. Por todo esto, reitero que lo admitiría, pero en el otro caso no me parece conveniente, porque son cosas bastante generales y de competencia normal.

Por eso, reitero, no encuentro que haya aquí una cuestión de posiciones filosóficas; me expresé en el entendido de que el buen administrador siempre trata de generar oposición de intereses y de evitar que al final todo se barra para abajo de la alfombra.

SEÑOR BRECCIA.- Cuando hablaba de diferencias filosóficas, me refería a las posiciones que creo son conocidas, en el sentido de que nosotros, como filosofía de gobierno, pretendemos que el Estado tenga un control eficiente sobre una cantidad de actividades, mientras que la oposición en general entiende pertinente que el Estado intervenga lo menos posible y que sea el mercado el que las regule. El tiempo dirá cuál es la verdad o la razón de cada una de estas posiciones.

SEÑOR ALFIE.- Este no es el caso.

SEÑOR BRECCIA.- No creo que ocurra como señala el señor Senador Alfie y que el organismo regule y controle la aplicación de su propia regulación. No; de lo que se trata es de que el organismo al cual en este caso está sujeto el control y la regulación de determinado mercado -como puede ser el de las

comunicaciones o el de los servicios de energía y agua- tengan la posibilidad de incidir en el desarrollo o la prevención de actividades de terceros que, actuando en esos mercados, puedan tener una práctica anticompetitiva. No se trata de controlar su propia actuación, sino la actividad de terceros que incidan en esos mercados. A eso me refería anteriormente.

(Se suspende momentáneamente la toma de la versión taquigráfica)

SEÑOR PRESIDENTE.- Si no se hace uso de la palabra, se va a votar el artículo 26.

(Se vota:)

4 en 5. Afirmativa....”

4.3.4.5.- Las expresiones transcriptas ilustran sobre el espíritu que animó al Poder Ejecutivo al proponer el proyecto de ley de referencia, el análisis que del mismo se realizara a nivel parlamentario y las respuestas de representantes del Poder Ejecutivo ante dudas y observaciones formuladas por algunos legisladores, sobre el tema planteado.

De esos documentos, resulta con claridad que los actores intervinientes en el proceso de elaboración, estudio y sanción de la mencionada ley, tuvieron en cuenta antecedentes internacionales y determinadas visiones de los mercados nacionales; y que la exclusión del ámbito de esa Comisión de algunas materias, se hizo con criterio restrictivo, donde la interpretación más certera de la expresión “...tales como ...”, es la que hizo el propio ex Sub Secretario del Ministerio de Economía y Finanzas, Economista Bergara, cuando al referirse a ese punto, expresó que:

“...Una de las opciones sería quitarle a los órganos reguladores la lógica de promoción y que todo quedara en la órbita del órgano ministerial. Esa no es la opción que preferimos, sino la que está propuesta en el proyecto. Por esta opción, la protección y fomento de la competencia, que ya es mandato legal para los órganos de regulación sectorial -URSEA, URSEC y Banco Central, por el momento y, en la eventualidad de que pueda haber otros en el futuro, se explicitará- también hace que actúen las autoridades de aplicación para los casos en que haya problemas en los mercados que ellos regulan.

...” (el destacado es de quien suscribe).

Es decir, los únicos órganos competentes para aplicar Ley 18.159, en todo el territorio nacional, son: la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (con carácter general); el Banco Central (en la materia que le corresponde regular) y las Unidades Regulatoras especializadas URSEC Y URSEA, ambas citadas expresamente en la mencionada Ley y la Unidad Regulatora y de Control de Datos Personales, creada por la Ley 18.331 de 11 de agosto de 2008, modificada en lo pertinente, por los artículos 150 a 156 de la Ley 18.719 de 27 de diciembre de 2010 (cada una de las citadas Unidades Regulatoras especializadas, en el marco estricto de la actividad sujeta a su regulación).

4.3.4.6.- En consecuencia, en clara concordancia con las disposiciones constitucionales citadas ut supra, **la competencia en materia de aplicación de la normativa contenida en la Ley 18.159, no fue descentralizada de ninguna forma, por lo que, no existe ningún órgano departamental que posea competencia en esa materia.** Quedan



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

entonces, los casos que se plantearan a nivel de los Departamentos, bajo la órbita de uno de esos cinco órganos nacionales, según los mercados de que se trate.

El caso que motiva el presente dictamen, ingresa en la competencia general de la Comisión.

4.4.- LA ERRÁTICA Y ERRÓNEA FUNDAMENTACIÓN DE LA IMPUGNANTE

La fundamentación de la recurrente es errática, pues primero plantea que la Ley 18.159 no la comprende, por tratarse de una Intendencia Municipal y la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de un órgano desconcentrado del Ministerio de Economía y Finanzas, con lo cual, a su criterio, la actuación de la última sería inconstitucional. Luego, su argumentación pasa a la consideración de sus atribuciones para otorgar concesiones de servicio público. Más adelante, establece que la decisión primaria en la materia surgió en conjunto con las autoridades nacionales de los Ministerios de Transporte y Obras Públicas y de Defensa Nacional. Y, por último, deriva hacia el reconocimiento de que la actuación que motivara la denuncia se refiere a una actividad comercial, en la que se recoge un acuerdo privado de varias empresas y que su contenido, no afectaría las reglas de la libre competencia.

Asimismo, esa fundamentación es equivocada en diversos aspectos trascendentes, que van desde el análisis de la competencia de los Gobiernos Departamentales; el alcance de la Ley 18.159, la confusión entre concesionarios y permisarios, la naturaleza del acto que motivara la denuncia, su contenido, etc.

De ahí que, en el contexto del marco teórico analizado al inicio del presente dictamen, se analizarán los principales argumentos de la recurrente

4.4.1.- Los Gobiernos Departamentales deben cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes vigentes. La Ley 18.159, es una norma legal vigente, sancionada en el marco constitucional pertinente y es de aplicación nacional, con las únicas excepciones que surjan de leyes dictadas en función del interés general.

Por lo tanto, no es correcto que la Intendencia Municipal de Maldonado, no se encuentre comprendida en sus disposiciones.

4.4.2.- El acto que motivara la denuncia, no es un Decreto de la Junta Departamental de Maldonado, “con o sin fuerza de ley”, en el sentido constitucional.

Se trata de un acto administrativo dictado por el Intendente Municipal de ese Departamento.

Por lo tanto, en el caso a estudio no se trata de un conflicto entre una ley nacional y un Decreto departamental “con valor y fuerza de ley”, hipótesis que, como se demostró en el precedente numeral 4.1, se definiría en función de la prevalencia de la ley nacional en materia de defensa de la competencia, respecto de los decretos departamentales.

Acá, además de los fundamentos constitucionales que determinan la competencia nacional en esta materia de la Comisión; tratándose de un simple acto administrativo municipal, rige el principio de jerarquía de la norma legal, esto es, de la Ley 18.159, respecto de dicha resolución.

Los artículos 274 y 275 de la Constitución, establecen la competencia de los Intendentes, destacándose a estos efectos, lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 275:

“Artículo 274.- Corresponden al Intendente las funciones ejecutivas y administrativas en el Gobierno Departamental.

Artículo 275.- Además de las que la ley determine, sus atribuciones son:

1º) Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes.

...”

Comentando el artículo 275 numeral 1, de la Constitución, Cassinelli, ob cit, pag 385, dice:

“...1º Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes.’. Esto es una aplicación de aquella función ejecutiva que tienen los Intendentes. **Al decir ‘cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes’ se esta optando por la solución suiza en materia de distribución de la función ejecutiva entre los órganos centrales y los órganos departamentales. La Constitución uruguaya admite que los órganos ejecutivos del Gobierno Departamental (los Intendentes) no solamente ejecuten las normas legislativas del propio Gobierno Departamental sino que también colaboran en la ejecución de la Constitución misma y de las normas legislativas emanadas del Estado Central:** la Constitución y las leyes. El mismo órgano ejecutivo ejecuta normas de dos órdenes distintos, las nacionales y las departamentales...” (el destacada es de quienes suscriben).

En una reciente Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, N° 86/009 de 12/03/009, publicada en ADA t. XVI, pág. 103, referida a un conflicto sobre el tema de habilitación de carnicerías, en el cual, había regido anteriormente una ley que le otorgaba competencia a los Municipios, la cual fue modificada por otra norma legal, que cambia el criterio y le otorga esa atribución al Poder Ejecutivo, se establece:

“...Desde que fue sancionada una ley que estableció los cometidos de los municipios en materia de habilitación de las carnicerías, **corresponde al Intendente ‘cumplirla y hacerla cumplir’ como dispone el art. 275 de la Constitución.**

En conceptos trasladables al caso, en sentencia N° 276 de 5.9.1988, la Suprema Corte de Justicia sostuvo que ‘Si la Carta no puso a cargo exclusivo de los gobiernos departamentales lo relativo al abasto, faena y comercialización de la carne, la ley puede conferir su conocimiento al Poder Ejecutivo, como lo ha hecho el decreto – ley 14.810 que, por ello, no es inconstitucional. Las leyes que antes otorgaban esas funciones a los departamentos, son obviamente, susceptibles de ser modificadas o



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

sustituidas por otras leyes, desde que tienen la misma jerarquía normativa...” (el destacado es de quienes suscriben).

En el presente caso, **en una materia de competencia constitucional del Estado Central y en el marco de una Ley de orden público, la Intendencia Municipal de Maldonado, no cumplió, ni hizo cumplir las normas constitucionales y legales, aplicables al tema.**

En consecuencia, **el acto administrativo municipal de referencia fue dictado en violación de la Constitución y de la Ley 18.159.**

4.4.3.- Contradictoriamente con su alegación a favor de la competencia exclusiva de la Intendencia Municipal de Maldonado en la regulación del servicio de traslados de los turistas provenientes de los cruceros que desembarquen en ese Departamento, surge del propio acto administrativo de la citada Intendencia y de su recurrencia, que también tendrían competencia en la materia y la habrían ejercido, los Ministerios de: Defensa Nacional (a través de la Prefectura Nacional Naval) y Transporte y Obras Públicas (a través de la Dirección de Hidrografía).

En el Resultando II de la resolución citada, se estableció:

II) Que la atención de estos turistas y los servicios que se les ofrecen están regulados en forma coordinada por distintas Instituciones Públicas – Servicio de Hidrografía del Ministerio de Transporte y Obras Públicas y Jefatura del Puerto, Prefectura Nacional y Transporte de la Intendencia de Maldonado--, que a su vez solicitan la colaboración de otras instituciones como Policía Nacional, Servicio de Bomberos, Servicios Médicos, etc.”

Por lo tanto, aún en la errónea posición de la recurrente, no sería correcto que posea competencia exclusiva para regular el mencionado servicio público, pues admite que, para hacer lo que hizo inconstitucional e ilegalmente, necesitaba de la participación formal de entidades dependientes del Poder Ejecutivo.

De ahí que, toda la argumentación basada en una especie de antinomia Poder Ejecutivo versus Gobierno Departamental, carece de fundamento, en la medida que, ni aún en su errónea posición ello es verdad.

4.4.4.- Requiere algunas precisiones básicas, la confusa argumentación de la recurrente, relativa a la potestad departamental de regulación de los servicios públicos “...que se caracteriza por un sistema especial de precios públicos y permisarios...” (sic) y que “...los denunciantes, son todos permisarios, con permisos otorgados específicamente por la

Intendencia Departamental, debiéndose tener en cuenta que la actividad de libre empresa que regula necesariamente el mercado, no es la variable incidente al otorgar los permisos...”.

Quizás como consecuencia de la confusión conceptual de la recurrente, entre concesionarios y permisarios, es que llega a aplicarle a los últimos, consecuencias que el derecho positivo no ampara.

Para aclarar el tema, cabe citar a Silva Cencio, Jorge “Servicio Público y Concesión de Servicios”, pág. 33, quien analizando la naturaleza jurídica de la Concesión de Servicios Públicos, expresa:

“...los aspectos relativos a la organización y funcionamiento del servicio no pueden ser objeto de un contrato de concesión. Si estamos frente a una actividad que debe ser asegurada por la Administración, es de principio que las reglas de su organización y funcionamiento sólo pueden ser fijadas por ésta.

El objeto del contrato no es la organización y funcionamiento de un servicio público, sino la prestación por parte del particular. La organización y funcionamiento del servicio es siempre de exclusiva competencia de la entidad pública, sea que lo preste por sí o por medio de concesionarios. La entidad pública no puede desprenderse de su competencia en este aspecto. Por ello, nunca puede existir concesión de servicio en su integridad, sino que lo que se transfiere es solamente la ejecución del servicio, dentro de las normas de organización y funcionamiento que fija la Administración.”

“...Los aspectos reglamentarios no dependen de la voluntad de las partes, plasmada en el acuerdo, sino de los poderes de imperio que posee el Estado.”

En relación a los servicios públicos municipales y otros servicios de interés público, Carlos Labaure, ob. cit. pág. 106, dice:

“Para que una actividad sea servicio público como se señaló, requiere una ley que lo determine ya que implica una limitación a la libertad de trabajo, industria, comercio, etc (art. 36 de la Constitución); pero su creación desde el punto de vista orgánico, en el caso de los servicios públicos municipales, podrá hacerse mediante acto legislativo departamental, aprobado por la Junta Departamental, ya que la misma dicta actos con fuerza de ley en su jurisdicción.

Los servicios públicos se distinguen a su vez, de las actividades denominadas de interés público, en que estas últimas si bien constituyen actividad privada, están sometidas a una regulación específica por el interés comprometido, sin que exista ‘publicatio’, esto es la atribución de la misma al Estado como en los servicios públicos.

Es lo que se ha denominado servicios públicos impropios (doctrina italiana), o servicios públicos virtuales (doctrina francesa), los que se someten a un régimen de autorización en vez de concesión como en los servicios públicos.

En el caso de los servicios públicos, para que estén a cargo de particulares, se requiere un acto de concesión, por no existir un derecho a su prestación; en cambio en el caso de la actividad privada de interés público, los particulares tienen un derecho al ejercicio de una actividad lícita, sin perjuicio que la misma por la razón apuntada ha sido sometida a una regulación específica, por lo que puede ser sometida a una autorización previa.

El acto de autorización ha sido definido como el acto administrativo que habilita para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente, es decir que remueve el obstáculo jurídico establecido por el derecho objetivo para el ejercicio de un poder o derecho.



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

...

Como ejemplo de estas actividades de interés público en el ámbito municipal, pueden citarse el servicio de taxímetros y los servicios fúnebres, sometidos a regulación en el ámbito local..”

La aparición del concepto de permisarios, a nivel constitucional, es analizada por Cassinelli, ob cit. pág. 380;

“...Con la reforma constitucional de 1967 surgió un problema de interpretación de la palabra ‘permisario’, que hasta entonces no figuraba en el texto constitucional, lo que a su vez repercute en la interpretación de la palabra ‘concesionario’, que ya figuraba antes de dicha reforma. En el ordinal 4º del art. 275 – que ya mencionamos- se habla de los servicios públicos a cargo de concesionarios o permisarios...” “...no existe un concepto doctrinal técnico de ‘permisario de servicio público’ sino, en todo caso, como una especie dentro del género de los concesionarios: como los concesionarios sin plazo.”

Esa nueva figura, genera un problema de interpretación, al considerar el artículo 51 de la Constitución, que establece:

“Artículo 51.- El Estado o los Gobiernos Departamentales, en su caso, condicionarán a su homologación, el establecimiento y la vigencia de las tarifas de servicios públicos a **cargo de empresas concesionarias**.

Las concesiones a que se refiere este artículo no podrán darse a perpetuidad en ningún caso.” (el destacado es de quienes suscriben).

No está previsto en ese artículo 51, la existencia de los “permisarios”, lo que según Cassinelli, ob cit, pág. 381, determina que la empresa “permisaria”:

“...resulta excluida de la obligación de condicionamiento a la homologación de sus tarifas,...”

Si se analiza el contenido de la Resolución de la Intendencia Municipal de Maldonado N° 8293/2010, se observa que la misma, recoge un acuerdo privado de un grupo de empresas que **autorregulan** la prestación de un servicio público, estableciendo las condiciones para su prestación, **autoseleccionando** a los prestatarios del mismo, **organizando** el funcionamiento del grupo y **estableciendo** tarifas. En el Resultando V y los Considerandos II y VI del citado acto administrativo se establece:

“Resultando:

...V) que a tales efectos los operadores turísticos de city tours encontraron un mecanismo de organización y trabajo conjunto que significó un aporte importante desde el sector privado, para lograr el objetivo planteado.”

Considerando:

...II) Que esta Administración quiere continuar jugando un papel de ayuda para que los actores privados mejoren también la calidad y la eficiencia de sus servicios.”...

“VI) Que la Intendencia de Maldonado entiende como positivos los mecanismos asociativos que los empresarios de transporte de pasajeros, particularmente los que prestan servicios turísticos, han encontrado para mejorar su trabajo y está dispuesta a poner de sí sus mejores oficios para que las distintas experiencias resulten exitosas, en el entendido que de serlo, el resultado final será una mejora en la calidad de la atención a los usuarios y en un mayor conocimiento, a nivel internacional, de cuanto Maldonado tiene para ofrecerles.”

Como decía Silva Cencio, en la cita anterior:

“...los aspectos relativos a la organización y funcionamiento del servicio no pueden ser objeto de un contrato de concesión ...”

Quienes suscriben se permiten agregar, a la correcta afirmación anterior, que menos aún, puede ser esa organización objeto de un acuerdo entre “permisarios”.

Pero más grave es que, la Administración pretenda convalidar ese acuerdo y encima, lo dote inconstitucional e ilegalmente, del elemento coercitivo público del que naturalmente carecía.

“7º) Los eventuales infractores podrán ser multados, inhabilitados para el servicio en el momento y de la forma que los inspectores de esta Intendencia consideren oportuno y efectivo, o incluso conminados a retirarse solicitando para ello, el concurso de la fuerza pública. La reiteración de infracciones al actual reglamento, podrá significar la cancelación de los permisos respectivos.”

El cúmulo de inconstitucionalidades e ilegalidades de la mencionada resolución, se incrementa al observarse que ese poder coercitivo que se le agrega al acuerdo privado, delega en los inspectores municipales facultades que naturalmente no son válidas en un Estado de Derecho, pues las sanciones se aplican:

“...**en el momento y de la forma** que los inspectores de esta Intendencia **consideren oportuno y efectivo...**” (los destacados son de quienes suscriben).

El momento y la forma de la sanción, queda librado al criterio de los inspectores, sin ningún marco de referencia objetivo.

Por lo tanto, la resolución de la Intendencia Municipal de Maldonado N° 8293/2010, viola la Constitución en las disposiciones antes citadas en materia de competencia de los mercados y también en lo que respecta a las potestades de los permisarios en la organización de los servicios públicos cedidos a los mismos y en el poder deber coercitivo de la que están dotadas en aquellas materias que fueren de su competencia.

En consecuencia, también desde esos puntos de vista, la resolución de la Intendencia Municipal de Maldonado N° 8293/2010, resulta absolutamente viciada de nulidad.

4.4.5.- Profundizando más en el contenido de la resolución de la Intendencia Municipal de Maldonado N° 8293/2010, se observa que, en el antes transcrito Considerando VI de la misma, se establece que:

“... la Intendencia de Maldonado entiende como positivos los mecanismos asociativos que los empresarios de transporte de pasajeros, particularmente los que prestan servicios turísticos, han encontrado para mejorar su trabajo y está dispuesta a poner de sí sus mejores oficios para que las distintas experiencias resulten exitosas, ...”



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

En torno a ese razonamiento, el acuerdo privado que recoge la resolución de referencia, sólo permite que actúen en ese mercado de los city tour, las empresas que se asocien a las que promovieron el acuerdo.

Dicho de otra manera, para ingresar al mercado de referencia, hay que asociarse al grupo privado de referencia, aceptar la organización colectiva del mismo, la existencia de empleados comunes, etc.

De principio y con carácter más general, esa disposición municipal, viola lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución, que establece:

“Artículo 39.- Todas las personas tienen el derecho de asociarse, cualquiera sea el objeto que persigan, siempre que no constituyan una asociación ilícita declarada por la ley.”

La resolución de referencia desconoce en principio, la libertad de asociación reconocida constitucionalmente. Pues recoge el mencionado acuerdo privado, obligando, bajo pena de sanciones libradas al simple criterio del inspector de turno, a quienes pretendan ingresar a ese mercado de los city tour, a asociarse con los promotores del acuerdo y sujetarse a sus condiciones.

Asimismo, el acuerdo privado de referencia, por su objeto y prima facie, viola lo dispuesto en las siguientes disposiciones de la Ley 18.159:

“Artículo 2° (Principio general).- 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.
...”

“Artículo 4° (Prácticas prohibidas).- Las prácticas que se indican a continuación, se declaran expresamente prohibidas, en tanto configuren alguna de las situaciones enunciadas en el artículo 2° de la presente ley.

La enumeración que se realiza es a título enunciativo.

...

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

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

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

...

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

Siendo ilícito el objeto del acuerdo asociativo privado que recoge la resolución municipal, aún para sus promotores, la misma es inconstitucional, pues no se reconoce naturalmente un derecho a asociarse para un objeto declarado ilícito por una ley, como es el caso que motiva el presente.

4.4.6.- Es difícil encontrar a texto expreso en un acto administrativo viciado de nulidad, el motivo real por el cual el mismo fue dictado, más allá de las obvias referencias genéricas al interés general, público, turístico, etc.

Este caso es de los excepcionales, surge a texto expreso, esa motivación real.

En la Resolución municipal N° 8293/2010, en el Considerando VII, se establece:

“VII) Que **no se han hecho procedimientos competitivos** para la concesión de esta actividad comercial en espacios públicos, **porque tal mecanismo podría dejar excluidos a algunos actores** cuyos servicios siguen siendo necesarios para el buen desempeño de los servicios brindados al turismo.”... (los destacados son de quienes suscriben)

No se requiere tener formación jurídica para entender que es inadmisibles que en cualquier ámbito público, al margen incluso de la legislación sobre la competencia en el mercado, se disponga una contratación directa, impidiendo el ingreso de eventuales competidores, porque “...algunos actores...” que en ese momento operan, podrían quedar excluidos.

Formalmente, esa motivación configura una grave violación a la normativa constitucional y legal, en materia de administración estatal y particularmente, del núcleo mismo de la normativa vigente en materia de promoción y defensa de la competencia.

Sustancialmente, esa motivación también resulta inadmisibles y carente de sentido común, porque si la propia autoridad pública que dicta la disposición, presume que alguno de los actores que pretende preservar o proteger, podrían quedar excluidos de un llamado público y competitivo, significa que sabe que esos actores no cumplen con alguno de los requisitos que deberían exigirse en esa convocatoria pública. Con lo cual, está admitiendo que el acto administrativo está preservando la prestación de un servicio público que se realiza en condiciones inferiores a las que serían exigibles en una convocatoria pública.

Esta motivación real, que constituye una auténtica confesión y reconocimiento de que la decisión resultante es inconstitucional e ilegal, no afecta únicamente una u otra disposición aislada de la normativa en materia de defensa de la competencia, sino que es la antítesis misma del conjunto de normas de derecho que velan por la correcta e imparcial gestión pública y de la libertad e igualdad de condiciones de las personas en el ejercicio de los derechos de contenido económico reconocidos constitucionalmente.



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

4.4.7.- Hasta aquí se demostró que la resolución de la Intendencia Municipal de Maldonado N°. 8293/2010, se encuentra absolutamente viciada de nulidad por un cúmulo de inconstitucionalidades e ilegalidades.

Pero queda otro tema pendiente de análisis, que es el cuestionamiento de la recurrente que se transcribe a continuación:

.... “En efecto, al tenor de lo previsto en los artículos 307 y siguientes de la Constitución de la República, Decreto Ley 15524 y Ley 15869, ambas al alcance del conocimiento de los integrantes de la Comisión, sólo los órganos jurisdiccionales – de la Justicia Administrativa u ordinaria, en su caso) pueden suspender actos administrativos, (en casos excepcionales) y previo el procedimiento correspondiente. De tal modo, aún las hipótesis previstas en los artículos 13 y 15 de la Ley 18159, la Comisión ha usurpado facultades, bajo una presunta vocación absolutamente improcedente.” (fs. 43 y vta).

Estos asesores naturalmente conocen las potestades del Poder Judicial y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la materia y también, las correspondientes a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, que surgen de la Ley 18.159.

De acuerdo a esta última, en su artículo 13, se faculta al órgano de aplicación a disponer el cese preventivo de la conducta que, prima facie, se considere que contraviene la normativa de referencia y pueda generar daños graves:

Artículo 13 (Cese preventivo).- En cualquier momento del procedimiento el órgano de aplicación podrá expedirse acerca de las posibles consecuencias dañosas **de la conducta** objeto de los procedimientos.

En caso que la misma fuese capaz de producir daños graves, podrá disponer el cese preventivo **de esa conducta**. (los destacados son de quienes suscriben).

El órgano de aplicación, no dispone la suspensión de actos, sino de “conductas” o, en la otra terminología de la misma ley, de “prácticas anticompetitivas”.

La discusión parlamentaria en lo que respecta a esta facultad de la Comisión es muy ilustrativa respecto del alcance de la medida de “cese preventivo de la conducta prohibida”.

✓ En la sesión de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores, del día 26/10/006, se recibe a la delegación de la Liga de Defensa del Consumidor integrada por su Presidente, Víctor Abzaradel, su Vicepresidente, Fernando Lacurcia y su Director Gerente, Camilo Martínez.

En el curso de dicha sesión, al discutirse este tema, se expresó:

SEÑOR ABREU.- ...Por otro lado, abusando del conocimiento y de los antecedentes de los integrantes de la Liga de Defensa Comercial -que reconozco como importantes- quiero hacer una pregunta relativa al artículo 12 que trata del cese preventivo. En tal sentido, quisiera saber si dicha norma permite a la Comisión de aplicación tomar una medida que me parece de neto corte judicial. Digo esto porque, luego, en el artículo 14 sí se establece que se necesita de la participación del Poder Judicial para la aprobación de la medida cautelar. Pero en el caso del cese, que tiene -obviamente- una repercusión económica y comercial muy importante sobre el actor económico, el artículo 12 establece que, en cualquier momento del procedimiento, la Comisión podrá decidir y expedirse acerca de las posibles consecuencias y que, en caso de que fuese capaz de producir daños, se dispondrá el cese preventivo de esa conducta. Es un tema que -lo advierto con cierta preocupación- quizás no tenga una autorización judicial para esta resolución. La Comisión de Aplicación tiene, además -y esta es otra pregunta- algunas competencias que van más allá desde el punto de vista de la investigación del mercado y se le autoriza legalmente a requerir de las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, la documentación y realizar investigaciones sobre documentos civiles.

Entonces, hablando un poco acerca de la competencia, ¿cuál es la posición de la Liga Comercial sobre el alcance de la misma, tanto en lo que significa la aplicación de medidas preventivas sin autorización judicial, como también respecto de investigaciones y requerimientos a las empresas que están dentro de una competencia mucho más acentuada?

SEÑOR MARTINEZ.- Debo decir que este artículo no es novedoso. Si bien fue una incorporación que hizo la Comisión de Hacienda, porque no estaba en el proyecto original, repite el artículo 157 de la Ley N° 17.296 que hoy está vigente y dice que en el caso de que la gravedad de la infracción lo amerite, podrá ordenarse el cese provisorio. Esto lo puede hacer hoy el Área de Defensa de la Competencia de la Dirección General de Comercio del Ministerio de Economía y Finanzas.

Me parece que una cosa es la disposición del cese preventivo y otra puede llegar a ser la efectividad del mismo, porque si vamos a la vieja ley, creo que tenía mucho más poder la Dirección de Subsistencias de lo que podría tener esta iniciativa. Sin embargo, reitero que se repite el artículo 157 de la Ley N° 17.296 que es la que hoy está vigente. De alguna forma, también posibilita que se decrete ese cese que, como acto administrativo, podrá ser recurrido por las vías que corresponda.

SEÑOR ABREU.- **Es un cese de conducta.**

SEÑOR MARTINEZ.- **Sí, señor Senador, pero se debe entender que, de alguna forma, la Comisión, como órgano desconcentrado -tal como está armado- es apenas el comienzo de una cadena de recursos que, en la medida en que haya discusiones sobre lo mismo, terminará ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.** Muchas veces se requieren actuaciones que, por lo menos, sean rápidas; estrictamente, esto no llevaría solamente a una actuación del Poder Judicial o a la que terminaría con un acto totalmente firme en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Se trata de etapas largas y todos sabemos que, por lo general, alcanza con que quien se vea perjudicado esté suficientemente avisado como para que pueda frenar la ejecutividad de esta misma medida. Lo cierto es que esto hoy existe y en virtud de ello no se han producido actuaciones desmedidas por parte del órgano, que se supone que tiene que actuar ceñido a la ley.

En la sesión de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores, del día 22/03/007, al discutirse este tema, se expresó:

“...

SEÑOR ABREU.- Quiero realizar una reflexión. Creo que hay equivocaciones en algún inciso o algo está de más. Pienso que este artículo podría redactarse de la siguiente manera: “En caso de que la conducta fuese capaz de producir daños graves, el órgano de aplicación podrá disponer el cese



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

preventivo de esa conducta”. Es decir que este artículo podría quedar redactado de una manera más sencilla, porque creo que estos dos incisos dicen básicamente lo mismo.

¿Cuál es el alcance que el proyecto le da a la expresión “cese preventivo”? Se supone que “cese preventivo” se refiere a un tema muy puntual o específico, porque no siempre se puede decir que hay un cese preventivo en una actividad competitiva. No sé cuál es el concepto que maneja el Gobierno ni el alcance que tiene la expresión “cese preventivo”. ¿Cómo se lleva a cabo el cese? ¿De qué medios se dispone para que ese cese se produzca? ¿Dispone de la fuerza pública o del decomiso de mercadería? Es un tema que, por la amplitud de esta norma, se puede crear una especie de discrecionalidad excesiva. No sé cómo interpreta esto el Ministerio de Economía y Finanzas ni cuál es su filosofía sobre el asunto para decir si el cese preventivo tiene la posibilidad de concretarse porque quizás quede, solamente, en la enunciación teórica.

SEÑOR BRECCIA.- Con respecto a las manifestaciones realizadas por el señor Senador Abreu quiero decir que la posibilidad que tiene la Comisión de contralor está reiterada y especificada en el artículo 14. **Ella puede disponer el cese por vía administrativa y, además, solicitar a la justicia competente la realización de todas las medidas cautelares que considere pertinente e, incluso - y esto lo agrego a título de información-, la prohibición de innovar.**

Es decir que, con la medida cautelar de prohibición de innovar lo que se estaría realizando, o haciendo operativo, es el cese de la conducta presuntamente anticompetitiva dispuesto por la Comisión o el organismo de contralor.

Este es el sentido de la disposición del cese preventivo de la conducta.

SEÑOR ALFIE.- Me parece que el señor Senador se está refiriendo a otro artículo, porque el texto del artículo 12 no expresa: “la realización de todas las medidas cautelares”.

SEÑOR BRECCIA.- Lo que sucede es que el artículo 14 hace referencia al 12 y señala: “el órgano de aplicación está facultado para requerir a la Justicia ordinaria la realización de todas las medidas cautelares que considere pertinentes”, incluso la prohibición de innovar. Esto último no lo expresa el texto sino que lo digo yo.

La otra sugerencia del señor Senador Abreu en cuanto a suprimir la expresión “o ya los estuviere produciendo”, me parece absolutamente pertinente, porque si la conducta es capaz de producir daños graves y en ese caso el organismo de contralor puede disponer el cese preventivo, más aún sería si ya los estuviera produciendo. Por lo tanto, entiendo que esa propuesta contribuye a la precisión terminológica del texto.

SEÑOR ALFIE.- Entonces, eliminemos de la redacción “o ya los estuviere produciendo”.

SEÑOR PRESIDENTE.- Léase el artículo 12 con la modificación propuesta.”

Los párrafos transcriptos muestran que al momento de discutirse la redacción del texto que luego se sanciona como Ley 18.159, se discutió el alcance del concepto de “cese preventivo”, acotándolo a la conducta infractora, sin perjuicio de otras acciones, incluso a nivel jurisdiccional.

Retornando al caso que motiva este informe, ha quedado en evidencia que la resolución municipal N° 8293/2010, lo que hace es recoger un acuerdo privado realizado por un grupo de empresas de un sector de actividad determinado, que se asocian para prestar un servicio público.

Ese acuerdo privado, viola la Constitución en diversos aspectos, como se analizara precedentemente, y también contraviene flagrantemente lo dispuesto en la Ley 18.159, norma legal de orden público.

Por lo tanto, ese acuerdo privado es absolutamente nulo.

El acto administrativo que recoge un acuerdo privado absolutamente nulo y en una materia que en la cual el órgano público es absolutamente incompetente, se encuentra también viciado de nulidad, absolutamente.

En consecuencia, se trata de un acto inexistente, carente de validez y eficacia.

No obstante lo cual, al momento de recibirse la denuncia, la práctica anticompetitiva objeto del mencionado acuerdo privado, se seguía realizando, por lo que la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia dispuso el cese preventivo de esa situación.

La Comisión no dispuso, como interesadamente pretende la recurrente, la suspensión cautelar del acto administrativo municipal, que es un instrumento jurídico que no está dentro de su competencia.

Como se viera precedentemente, la resolución municipal N° 8293/2010, con gran claridad, reconoce el mencionado acuerdo asociativo privado y establece en el Considerando VI de la misma, que “...está dispuesta a poner de sí sus mejores oficios para que las distintas experiencias resulten exitosas...”. El elemento generador de la conducta anticompetitiva de referencia, es el acuerdo privado y no el acto administrativo (al margen de las inconstitucionalidades e ilegalidades que el propio acto a su vez genera, al recoger ese acuerdo privado viciado de nulidad).

5.- CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto y a modo de síntesis, el acto municipal que diera lugar a la denuncia que motivara estas actuaciones, se encuentra absolutamente viciado de nulidad, por lo siguiente:

5.1.- Se trata de un simple acto administrativo dictado por el Intendente Municipal de Maldonado.

5.2.- Por su contenido, fue dictado por un órgano constitucionalmente incompetente.

5.3.- Se limita a recoger un acuerdo privado de empresas permisarias que pretenden autorregular un servicio público en forma abiertamente inconstitucional e ilegal.

5.4.- Ese acuerdo es inconstitucional, porque viola la libertad de asociación.

5.5.- Ese acuerdo es ilegal, porque viola lo dispuesto en la Ley 18.159, norma que además, es de orden público.



BICENTENARIO
URUGUAY
1811 - 2011



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

5.6.- El acto administrativo es inconstitucional además, porque el Intendente respectivo, no cumplió, ni hizo cumplir la Ley 18.159, antes citada.

5.7.- En el acto administrativo municipal, expresamente se pretende justificar la limitación a la libre competencia en que de lo contrario, quedarían "...excluidos a algunos de los actores cuyos servicios siguen siendo necesarios...", lo cual configura a su vez, un nuevo cúmulo de inconstitucionalidades e ilegalidades.

5.8.- La resolución de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia que dispone el cese preventivo de la práctica anticompetitiva antes citada, se ajusta a derecho.

En consecuencia, se sugiere no hacer lugar al recurso de revocación interpuesto contra la Resolución N° 101/2010 de 3/12/2010, de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, manteniéndose la misma y franqueándose el recurso jerárquico interpuesto subsidiariamente.

Dra. Alejandra Giuffra

Dra. Mirta Morales Loulo

Dr. Fernando Magnífico