



Informe N° 15/011

Montevideo, 31 de marzo de 2011.

ASUNTO: DENUNCIA SEDAHS LTDA C/MARIA SOLEDAD CARLOS PERAZZA POR VIOLACIÓN DE LO DISPUESTO EN LA LEY 18.159.

1. ANTECEDENTES

1.1.- Con fecha 28/03/011, se presenta SEDAHS LTDA, manifestando que es una empresa que brinda servicio de acompañante en sanatorio y domicilio, en algunas zonas de los Departamentos de Canelones y Florida.

1.2.- Agrega que ha constatado que una de sus cobradoras “...estaba sustituyendo nuestros contratos realizados con nuestros socios, por contratos ‘nuevos’...”...esos contratos no solo habían sido sustituidos, sino que además lo fueron por contratos pertenecientes a otra empresa propiedad de la referida funcionaria,...”.

1.3.- Afirma que esa “...situación ha desembocado no solo en pérdidas económicas reales, sino en un descreimiento por parte de nuestros socios y público en general hacia la seriedad de nuestra empresa, por lo que los daños a futuro son inciertos.”

2.- ASPECTO FORMAL:

2.1.- Del análisis primario de la denuncia presentada, resulta que el hecho denunciado se configura, según la versión de la denunciante, a partir del uso indebido por parte de una empleada de la empresa compareciente, de los datos personales de los afiliados a la misma.

2.2.- Esa constatación inicial, determina que deba considerarse especialmente, que la protección de datos personales ha sido regulada en nuestro Derecho, a través de la Ley 18.331, de 11 de agosto de 2008, modificativas y concordantes. En el artículo 3 de la mencionada norma legal, se establece:

“Artículo 3º. Ámbito objetivo.- El régimen de la presente ley será de aplicación a los datos personales registrados en cualquier soporte que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los ámbitos público o privado.

No será de aplicación a las siguientes bases de datos:

- A) A las mantenidas por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.
- B) Las que tengan por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado y sus actividades en materia penal, investigación y represión del delito.
- C) A las bases de datos creadas y reguladas por leyes especiales.”

2.3.- Por lo que surge de los documentos incorporados de fs. 4 a 8 vta., los afiliados a los que refiere la situación planteada, deben proporcionar diversos datos personales identificatorios. Pero además, por el tipo de servicio que presta la empresa y las limitaciones que el contrato establece respecto del alcance del mismo, surge que también se considera, cuando el afiliado requiere el servicio, la patología de los mismos, primero, para la continuación del tratamiento médico que se le hubiere indicado (numeral 3 del Contrato de Afiliación, fs. 4 vta.); y segundo, para las restricciones al alcance del servicio, si la patología puede de alguna forma poner en riesgo al cuidador - dependiente de la empresa (numeral 4 del Contrato de Afiliación, fs. 4 vta.) .

En consecuencia y a criterio de quien suscribe, en ese aspecto, la información que se incorpora a la base de datos que posea la empresa de que se trate, ingresa en el concepto de “Datos Especialmente Protegidos”, regulados en el Capítulo IV de la Ley 18.331, antes citada; destacándose para esta situación, lo previsto en su artículo 19, que establece:

“Artículo 19. Datos relativos a la salud.- Los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental de los pacientes que acudan a los mismos o que estén o hubieren estado bajo tratamiento de aquéllos, respetando los principios del secreto profesional, la normativa específica y lo establecido en la presente ley.”

2.4.- A partir de esa ubicación primaria del tema planteado, resultan algunas consecuencias que a criterio de quien suscribe, deben ser consideradas y que son:

2.4.1.- No surge de obrados si la denunciante cumplió con el deber impuesto por los artículos 28 y 29 de la Ley 18.331, antes citada, en cuanto a la inscripción de la base de datos en el Registro que al efecto habilita el Órgano de Control respectivo.

2.4.2.- La situación denunciada, prima facie, podría tener derivaciones penales, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la multicitada Ley 18.331, que establece:

“Artículo 11. Principio de reserva.- Aquellas personas físicas o jurídicas que obtuvieren legítimamente información proveniente de una base de datos que les brinde tratamiento,

están obligadas a utilizarla en forma reservada y exclusivamente para las operaciones habituales de su giro o actividad, estando prohibida toda difusión de la misma a terceros.

Las personas que, por su situación laboral u otra forma de relación con el responsable de una base de datos, tuvieren acceso o intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales, están obligadas a guardar estricto secreto profesional sobre los mismos (artículo 302 del Código Penal), cuando hayan sido recogidos de fuentes no accesibles al público. Lo previsto no será de aplicación en los casos de orden de la Justicia competente, de acuerdo con las normas vigentes en esta materia o si mediare consentimiento del titular.

Esta obligación subsistirá aun después de finalizada la relación con el responsable de la base de datos.”

2.4.3.- Teniendo en cuenta lo antes expuesto, queda en evidencia que, **por lo menos**, algunos aspectos vinculados o derivados de la situación planteada en obrados, son de competencia exclusiva del órgano de aplicación creado por el artículo 31 de la Ley 18.331, que es la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales.

2.4.4.- En lo que constituye el tema estricto de la defensa de la competencia y de la presunta violación de lo dispuesto por la Ley 18.159, de 20 de julio de 2007, el análisis formal antes realizado, determina que deba considerarse lo dispuesto en 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 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 del ámbito de la competencia jurídica 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 aquéllos.

- ✓ 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.

2.4.4.1.- 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 compartibles 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.

Sobre el proyecto en sí no tengo muchos comentarios para hacer, pero sí quisiera destacar la necesidad de la consistencia del marco legal que existe en el Uruguay con los objetivos de la iniciativa, en el entendido de que dicho marco legal genera diferencias en el tratamiento de ciertas operaciones financieras, en función de quién fue el que originó dicha operación. Por ejemplo, tenemos al Banco Hipotecario del Uruguay, entidad que origina créditos hipotecarios, que tiene ciertas diferencias respecto de las capacidades de ejecución de los créditos impagos en relación a otros agentes del mercado. Aclaro que esta no es la única diferencia que aparece en el marco legal al día de hoy.

Entonces, la consideración de carácter general es la necesidad de tener muy presente que en el marco legal vigente en el Uruguay, existen una serie de disposiciones que tienen un sentido distinto al objetivo que está planteado en este proyecto de ley. Puede ser que esto esté justificado y que existan argumentos para mantenerlo, pero entendemos que no es consistente con algunos de los elementos presentes en esta iniciativa, en el sentido de que potencialmente pueden generar diferencias tales que lleven a una concentración del mercado de ciertas operaciones específicas. Aclaro que este es un comentario general y sin hacer referencia a casos particulares que, si bien los tengo presentes, para considerarlos habría que hacer una revisión que permitiera hacer notar cuáles son esas diferencias existentes al día de hoy.

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.

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.

SEÑOR ABREU.- Quizás cambie un poco la metodología, pero esto está vinculado a una visión más amplia de lo que puede ser la legislación a nivel del territorio nacional.

Estamos hablando de la promoción y la defensa de la competencia. Todos sabemos que desde hace tiempo estamos involucrados en un proceso de integración que requiere la coordinación de determinadas políticas, si es que estamos orientados a una definición conceptual clara de cual es el contenido de dicho proceso.

..."

2.4.4.2.- 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. Para el caso del Uruguay la siguiente diferencia conceptual es muy importante. Los órganos reguladores, por naturaleza jurídica y por Derecho Comparado, funcional y técnicamente, deben ser independientes de los órganos de jerarquía del Estado. Esto era así hasta hace poco tiempo; la situación ha cambiado en el ámbito jurídico del Uruguay en la nueva Administración. Entonces, lo que siempre era la garantía de la regulación, ahora queda inserta dentro del Poder Ejecutivo, en el ámbito de Planeamiento y Presupuesto y esto desnaturaliza, desde mi punto de vista, la función reguladora con independencia técnica y funcional.

Aparte de esa discusión que hemos tenido, incluso, con el propio Subsecretario de Energía en más de oportunidad -creo que la filosofía que hay detrás de esto es la de tratar de modificar lo que no se ha modificado- está el tema de que la promoción y la competencia son notoriamente distintas a la regulación. Por ejemplo en las empresas del Estado, se puede regular en materia de energía cómo funciona el costo o el peaje en su generación y transmisión.

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.

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. ...”

2.4.4.3.- 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. Las facultades de dicha Comisión están desarrolladas en el artículo 21, en cuyo literal j) vamos a proponer una pequeñísima modificación que no figura en el texto que distribuimos recién. En tal sentido, planteamos que se exprese: “mantener relaciones con otros órganos de defensa de la competencia, nacionales o internacionales y participar en los foros internacionales”, y allí eliminaríamos la palabra “todos” porque es imposible participar de todos los foros internacionales.

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, 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.

..."

2.4.4.4.- 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 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....”

2.4.4.5.- Las expresiones transcritas 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 razonable 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, a criterio de quien suscribe, se previó la eventual creación en el futuro, de nuevas Unidades Reguladoras, además de las citadas expresamente. O dicho de otra forma, de las entidades que regulan algún sector del mercado al momento de la sanción de la Ley 18.159, de 20 de julio de 2007, a las únicas que se les reconoce potestad excluyente de esa Comisión, en materia de promoción y defensa de la competencia, son las tres que expresamente menciona la norma.

2.4.4.6.- Con la sanción de la Ley 18.331 de 11 de agosto de 2008, conteniendo la creación, en su artículo 31, de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, a criterio de quien suscribe, aumenta el elenco de entidades con competencia originaria y excluyente en materia de promoción y defensa de la

competencia, por cuanto la mencionada entidad tiene la misma naturaleza y competencia similar, a las que previó expresamente el artículo 27 de la Ley 18.159.

Asimismo, deben tenerse presente las modificaciones dispuestas respecto de la Ley 18.331, por los artículos 150 a 156 de la Ley 18.719 de 27 de diciembre de 2010 que, entre otras disposiciones, amplía las atribuciones de la citada Unidad Reguladora.

De compartirse este criterio, siguiendo lo que ha sido la posición de quien suscribe en estos casos, se sugiere remitir los presentes obrados a la citada Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, a los efectos de que analice el tema planteado y resuelva si es o no competente para considerar y, oportunamente, resolver lo que corresponda, respecto de la denuncia formulada por SEDAHS LTDA.-

3.- ASPECTO SUSTANCIAL:

En virtud de lo expuesto no corresponde, en esta etapa, el análisis sustancial de la denuncia formulada.

Dr. Fernando Magnífico