



Informe N° 9/009

Montevideo, 19 de noviembre de 2009.

ASUNTO: PADRÓN CONTRA BANCA DE CUBIERTA COLECTIVA DE QUINIELA DE MONTEVIDEO

1. ANTECEDENTES

Por Resolución N° 36/009 de 15 de octubre de 2009, la Comisión dispuso la finalización de la investigación de la práctica concreta denunciada por el Sr. Luis Héctor Padrón Salgueiro, contra la Banca de Cubierta Colectiva de Quiniela de Montevideo, y confirió vista a la denunciante y la denunciada de las actuaciones cumplidas y del proyecto de resolución pertinente.

En el plazo de vista otorgado, ambos presentan escritos de evacuación, en el caso del denunciante (fs. 464 a 466) y la denunciada (fs. 467 a 478).

2. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE AMBOS

2.1.- El **denunciante**, en su escrito de evacuación de vista y en base al análisis que realiza, manifiesta su coincidencia con el criterio sostenido primariamente por la Comisión, salvo en lo relativo al quantum de la sanción a aplicar a la denunciada, el cual "...nos parece bajo...".

2.2.- **La denunciada**, por su parte, discrepa absolutamente tanto, con el dictamen técnico que precede al proyecto de resolución, como respecto de éste, indicando como argumentos de ese rechazo, fundamentalmente los siguientes:

2.2.1.- Dice que el proyecto de resolución de aprobarse sería ilegítimo y que se basa en un informe "...cuyos fundamentos se apartan de las normas jurídicas vigentes...".

2.2.2.- Dice que no sería aplicable al caso el principio general de la libre competencia, que el juego de quiniela "...no se encuentra en el ámbito de la libertad de industria...se encuentra reservado al Estado..." "...éste regula la actividad de quienes explotan el mismo de forma exhaustiva, es decir que se trata de un sector minuciosamente regulado."

2.2.3.- Dice que los juegos de azar son de principio ilícitos y que existe un monopolio en el caso del juego de quiniela; que los Agentes son concesionarios y que los mismos "...pueden solicitar a la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas que se autoricen sub agentes y corredores."

2.2.4.- Dice que ni las personas tienen derecho a ser Sub Agentes, ni los Agentes pueden designar Sub Agentes, sin autorización de la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas.

2.2.5.- Dice que el monopolio legal alcanza a todos los niveles, es decir, Agentes, Sub Agentes y Corredores; que los Agentes "...pueden escoger a quiénes quieren tener de Sub Agentes y la Administración autoriza o no..." y que los "...mismos Agentes pueden también solicitar la baja del Sub Agente cuya autorización es precaria y revocable."

2.2.6.- Dice que no existe un derecho subjetivo a constituirse en Sub Agente.

2.2.7.- Dice que a la Banca le es imposible cumplir con dar de alta al denunciante, porque eso "...es resorte de los Agentes...".

2.2.8.- Dice que no hay abuso de posición dominante, porque se trataría de una actividad reservada al Estado; que "...no hay ni principio de competencia ni tampoco un mercado relevante" y que no le son aplicables las referencias a sentencias que refieren a la existencia de competencia.

2.2.9.- Dice que la Banca es ajena al Agente, que sería un tercero en la relación, por lo cual, el apoyo que el Agente le brindó al denunciante, no tenía porque ser controvertido por la denunciada y que "...no existe un derecho del sub agente a la colocación de máquinas electrónicas".

2.2.10.- Dice que al no existir un derecho preexistente del Sub Agente, sería igual que en el siguiente ejemplo que cita: "Yo puedo comprar en la tienda A o en la tienda B, y como ninguna tiene derecho a que yo le compre, mi opción nunca puede ser considerada discriminatoria." Que ese "...es el caso aplicable a la presente denuncia... si la autorización es precaria y revocable, que uno se mantenga y otro no, no implica violación del derecho de nadie y no puede calificarse de discriminación, más allá de los fundamentos que se hayan tenido en cuenta para ejercer la opción."

2.2.11.- Dice que "... existen diversas posibles razones para que un agente designe un sub agente, le dé de baja, o lo dote de un sistema electrónico o no." Y, esos motivos "...no pueden ser analizados a la luz de criterios ajenos a los intereses de los Agentes."

2.2.12.- Dice que el Sub Agente no tiene derecho a utilizar bienes de la Banca, "...ni de la infraestructura sobre la que se opera el juego por medios electrónicos.". "La Banca como institución que nuclea a los Agentes vela por los intereses de éstos.". Dice que lo contrario, "...significaría directamente una conculcación del derecho de propiedad y del derecho de los Agentes a explotar el juego que les fue concedido en la forma en que entiendan conveniente...".

2.2.13.- Dice que "... tanto la revocación o la negativa a conceder terminales electrónicas para conceder juego son facultades de los Agentes y de la Banca pero no deberes ni obligaciones."

2.2.14.- Dice que no se tuvo en cuenta en el informe y en el proyecto de resolución que cuestiona, la posición de otra entidad estatal, la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas y que esta Comisión sostiene un criterio diferente al que a su entender aplica aquélla entidad.

2.2.15.- Dice que conforme al artículo 27 de la Ley 18.159, el presente caso no esta comprendido en la competencia de esta Comisión, sino que, el órgano

competente sería la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas, “...para evitar justamente estas incoherencias de criterios entre distintas reparticiones estatales.”

2.2.16.- Finalmente, sostiene que en el caso de que le correspondiera una sanción, la propuesta en el proyecto de resolución “... no es razonable establecer una multa pasando por alto el posible apercibimiento.”, porque “...la sanción proyectada es absolutamente desproporcionada además de ilegítima.”

3. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL DENUNCIANTE Y LA DENUNCIADA:

No se tiene el honor de compartir los cuestionamientos que en su medida, ambos plantean respecto del informe técnico y del proyecto de resolución del cual se les concediera vista a los interesados, por los siguientes fundamentos:

3.1.- En primer lugar, aunque sea obvio, pero atento al tenor de algunos de los cuestionamientos transcritos, formulados por la denunciada con respecto a lo que ha sido la forma de funcionamiento de las Agencias y Sub Agencias de Quiniela, cabe establecer que, la sanción de la Ley 18.159 de 20 de julio de 2007, por su filosofía, su contenido y su finalidad, determina una modificación trascendente de las reglas de juego en todos los mercados, “...excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general.”

3.2.- En segundo lugar, 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...”.

Si bien se entiende que no hay una discordancia entre lo informado por la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas y el criterio primario planteado por esta Comisión, no sería para nada llamativo, que pueda eventualmente sostenerse un criterio diferente con otra entidad estatal que desarrolle una actividad económica, por cuanto la misma, en el ámbito que quede comprendida en la competencia de esta Comisión, se encuentra sujeta al control que le asigna la Ley 18.159, antes citada. Cada entidad, en función del principio

de la especialidad, actúa en el ámbito de competencia que el ordenamiento jurídico le asigna.

3.3.- En tercer lugar, la interpretación y aplicación de las normas relativas a la existencia y funcionamiento de un monopolio legal, es estricta a aquello que el legislador hubiese previsto en la o las normas de que se trate, no admitiéndose ningún tipo de interpretaciones extensivas no contenidas en la norma legal originaria.

3.4.- En cuarto lugar, la interpretación del artículo 27 de la Ley 18.159, antes citada, que esboza la denunciada en su escrito, no es de recibo. Efectivamente, la norma de referencia excluye del ámbito de la competencia jurídica de esta Comisión, las cuestiones de competencia de los mercados que ocurran 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. Por el sentido literal de la norma, esa enumeración no es taxativa, sino enunciativa, puesto que está precedida de la expresión: "...tales como...".

El texto legal mencionado, primariamente deja dudas en cuanto al alcance que la norma pretende darle a la competencia de esta 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 debates en el extenso proceso que condujo a la aprobación del mencionado texto legal. A título ilustrativo, se cita a continuación uno 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.

En la sesión de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores, del día 21 de diciembre de 2006, 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, el ex Sub Secretario del Ministerio de Economía y Finanzas, Economista Bergara, 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.

...”

Es decir, se previó la eventual creación en el futuro, de nuevas Unidades Reguladoras, además de las citadas. O dicho de otra forma, de las entidades que regulan algún sector del mercado al momento de la sanción de la mencionada ley, 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.

Esa conclusión se ve reafirmada si se sigue el proceso de la interpretación de las normas jurídicas, por ejemplo, citando nuevamente el Título Preliminar del Código Civil, en este caso, el artículo 20, en el cual se establece:

“...20. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.”

Siguiendo ese criterio, se comprueba que la citada norma legal al crear el Órgano de Aplicación y prever sus facultades (Capítulo III), le otorga una amplísima competencia en la materia de promoción y defensa de la competencia, con énfasis importante en aspectos generales, como las previstas en los literales: A), B), E), F), G) e I), que configuran la regla a tener en cuenta.

La excepción justamente está prevista en el mismo Capítulo, en el artículo 27 comentado, cuya interpretación debe ser, en opinión de quien suscribe, de carácter restrictivo, pues de lo contrario, si se interpretara que cada sector de actividad que tuviere una entidad que lo regulara, quedaría fuera de la competencia de esta Comisión, el resultado sería el inverso de lo que dispone la ley. Es decir, la regla sería lo que hoy es la excepción y la competencia del órgano de aplicación que se crea en la ley, sería claramente residual y escasa.

Esa no es la interpretación correcta de la norma, pues la misma, claramente establece una determinada estructura orgánica y poderes deberes del órgano de aplicación que deben ser considerados en el contexto de toda la norma, para que el sentido de todas sus partes tengan la debida correspondencia y armonía que exigen las reglas de interpretación jurídica.

En conclusión, el artículo 27 de la Ley 18.159, tiene carácter excepcional y en función del mismo y a criterio de quien suscribe, quedan excluidas de la competencia de esta Comisión, en la actualidad, únicamente las actividades reguladas por las tres entidades que se mencionan en el mismo y las que sean objeto de regulación por parte de entidades especializadas en otros ámbitos de la actividad nacional, que se creen en el futuro con similares cometidos que ellas.

3.5.- En quinto lugar, se comparte con la denunciada que los juegos de azar son de principio ilícitos y que existe un monopolio en el caso del juego de quiniela; que los Agentes son concesionarios y que los mismos "...pueden solicitar a la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas que se autoricen sub agentes y corredores.".

Pero no se comparte su afirmación de que el monopolio llega a nivel de la designación y revocación de Agentes o Sub Agentes. Para que así fuere, una norma legal debería haberlo establecido expresamente y previsto además, su número, las condiciones para su selección y cese, etc.

La denunciada parece no tener en cuenta que, en la especie, se acumulan dos situaciones jurídicas diversas, por un lado, el monopolio del juego de Quiniela que la ley otorga a una entidad estatal (la Dirección Nacional de Loterías y

Quinielas) y la autorización a ésta de emplear el instrumento de la concesión de servicios a particulares, para ceder la explotación directa de esa actividad a los denominados Agentes. Más allá de cualquier interpretación, es la propia norma legal específica, que determina que los Agentes de Quiniela son concesionarios, que son designados por el Poder Ejecutivo y que deben nuclearse en Bancas de Cubierta Colectiva.

3.6.- En sexto lugar, cabe reiterar aquí lo que ya se expresara en el dictamen anterior, respecto del alcance del concepto de discrecionalidad en el Derecho Administrativo, con relación a la naturaleza precaria de la designación de Agentes y Sub Agentes, dado que la denunciante insiste en plantear una posición al respecto, que carece absolutamente de sustento.

Cabe aclarar que, del tenor literal del escrito de evacuación de vista en ese aspecto, resultaría que en la medida que la designación de un Sub Agente es precaria, en cualquier momento, sin causa o sin expresión de causa, actuando en forma similar para todos los que se encuentren en la misma situación o actuando en forma diferente en casos similares, el Agente, por sí o a instancias de la Banca, podría solicitar legítimamente su cese y la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas disponerlo.

Si fuera esa la conclusión que se pretendiera plantear por parte de la denunciada, cabe establecer que la misma sería absolutamente inadmisibles, aún antes de la vigencia de la Ley 18.159, por imperio de los principios constitucionales y legales generales.

Actualmente, con la sanción de la citada ley, la situación es aún más clara y no existe norma alguna que ampare un trato discriminatorio como el expresado y menos aún, basado en un supuesto interés superior de un sector, en este caso, de los Agentes de Quiniela.

3.7.- En séptimo lugar, es inadmisibles desde todo punto de vista, la pretendida ajenidad de la denunciada respecto de la situación que se plantea desde hace un extenso lapso en este expediente. La razón de la creación por ley de la figura de la "Banca de Cubierta Colectiva de Quiniela", es precisamente la existencia de Agentes de Quiniela, los cuales por imperio legal, deben agruparse en aquellas

entidades y la propia denunciada, más adelante, en el mismo escrito, reconoce su rol protagónico en la organización del sector, en la toma de decisiones fundamentales y hasta en la finalidad que persigue que es el interés de los Agentes. Por otra parte, no parece serio que luego de comparecer reiteradamente en estas actuaciones, sin observar en ninguna otra oportunidad, esa supuesta falta de legitimación pasiva; ahora, al conocer un proyecto de resolución que le merece cuestionamientos, plantee la supuesta carencia de un requisito como ese.

3.8.- En octavo lugar, corresponde desestimar la interpretación de la denunciada, en el sentido que el proyecto de resolución de referencia, conculcaría el derecho de propiedad de la Banca respecto del equipamiento con el que dota a Agentes y Sub Agentes o que, visto desde el otro extremo, éstos tendrían un derecho subjetivo sobre los bienes de la Banca.

En primer término, cabe aclarar que la Ley 18.159, sobre promoción y defensa de la competencia en el derecho uruguayo, es de orden público, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1º de la misma.

En segundo término, esa promoción y defensa de la competencia, no se hace en interés de una determinada persona que desarrolla actividad económica (como los Sub Agentes), sino que la razón de su existencia, en el caso uruguayo, es la que surge del artículo 1º de la misma:

“...tiene por objeto fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados.”

Es decir, el cometido de esta Comisión, no está en función del beneficio o del perjuicio de una persona física o jurídica que realiza actividad económica. Su razón de ser y de actuar, es el interés general que se encuentra claramente definido en el propio texto legal.

3.9.- Quien suscribe admite que en función de que esta Comisión se constituyó en el correr del presente año, y la normativa aplicable es bastante reciente, exista un mayor nivel de dudas para los diversos actores del mercado, en cuanto a su alcance y aplicación. En ese contexto deben analizarse las flagrantes contradicciones en que incurre la denunciada en su escrito de evacuación de

vista, según sea el tema puntual al que refiere. A modo de ejemplo, para ilustrar la falta de coherencia del planteamiento formulado por la denunciada para cuestionar el mencionado proyecto de resolución, se citan las siguientes incongruencias:

3.9.1.- Dice en una parte, que las condiciones de funcionamiento de los Agentes y Sub Agentes, es monopólica, quedando fuera de las previsiones de la Ley 18.159, pues **"...no hay ni principio de competencia ni tampoco un mercado relevante"** y que no le son aplicables las referencias a sentencias que aluden a la existencia de competencia. Más adelante, en abierta contradicción con lo anterior, plantea que esta Comisión carece de competencia en el caso, porque se aplica lo dispuesto en el artículo 27 de la misma, el cual transcribe y que, en su parte final establece que, en esas situaciones que enumera, en lugar de esta Comisión **"...la protección y fomento de la competencia estarán a cargo de dichos órganos"** reguladores. Es decir, si se aplicara al caso el mencionado art. 27, el tema sustancial es el mismo, se aplicaría el principio de competencia, la protección y fomento de ésta y existiría un mercado relevante; lo único que cambiaría sería en lo formal, la autoridad de aplicación (en vez de esta Comisión, sería la entidad reguladora que, en el criterio erróneo de la denunciada, sería la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas).

3.9.2.- Dice, defendiendo su posición del alcance amplio del monopolio, que el Estado **"... regula la actividad de quienes explotan el mismo de forma exhaustiva, es decir que se trata de un sector minuciosamente regulado."** Y más adelante, se contradice al manifestar que **los Agentes "...pueden escoger a quiénes quieren** tener de Sub Agentes y la Administración autoriza o no...". Con lo que queda claro que la propia denunciante es consciente que tal minuciosidad no existe en ese nivel que interesa a este caso (los destacados son de quien suscribe).

3.9.3.- Partiendo de esa posición que defiende primariamente la denunciada, de la existencia de una supuesta regulación legal y reglamentaria tan minuciosa que determinaría que la Banca y los Agentes, sólo se limitan a cumplirla estrictamente; más adelante se contradice, al manifestar que admitir la posición

de esta Comisión sería conculcar el **“...derecho de los Agentes a explotar el juego que les fue concedido en la forma en que entiendan conveniente...”**. Queda en evidencia pues, que ni la propia denunciante puede sostener en un mismo escrito su fundamentación en ese sentido.

3.9.4.- En la misma línea de lo anterior, por una parte, argumenta en base a una supuesta y precisa delimitación de la forma y condiciones de funcionamiento del sector que surgiría de una preexistente normativa pública creadora de una forma monopólica que regiría a todos los niveles de su actividad. Luego y contradictoriamente con lo anterior, expresa que **“... existen diversas posibles razones para que un agente designe un sub agente, le dé de baja, o lo dote de un sistema electrónico o no.”** Y, profundizando en la contradicción y en esa posición de la existencia de una especie de poder prominente y omnímodo, esos motivos **“...no pueden ser analizados a la luz de criterios ajenos a los intereses de los Agentes.”** (sic) (los destacados son de quien suscribe).

3.9.5.- La contradicción antes señalada, exige aclarar que aunque existiera un monopolio que abarcara todos los niveles de esa actividad (que no existe de esa forma), ese monopolio sólo quedaría excluido de la aplicación de la Ley 18.159, antes citada, si hubiese sido creado por ley, **“...por razones de interés general.”**. Ese interés general, no puede confundirse con el interés de un sector o empresa o entidad económica. No sería admisible, ni estaría legalmente amparada, aún en la hipótesis equivocada que plantea la denunciada, que se realizara cualquier interpretación en ese sentido, parafraseando a la denunciada **“ a la luz de los intereses de los Agentes”**.

3.9.6.- Dice por un lado, que **a la Banca le es imposible cumplir con dar de alta al denunciante**, porque eso **“...es resorte de los Agentes...”**. Más adelante, abandonando esa supuesta ajenidad, se contradice y expresa: **“La Banca como institución que nuclea a los Agentes vela por los intereses de éstos.”** En otra parte, reconociendo la realidad evidente de la organización a cargo de la Banca y de su poder jurídico, manifiesta: **el Sub Agente no tiene derecho a utilizar bienes de la Banca, “...ni de la infraestructura sobre la que se opera el juego por medios electrónicos.”** y profundizando más la contradicción de sus

planteamientos, dice: "... tanto **la revocación o la negativa a conceder terminales electrónicas** para conceder juego **son facultades de los Agentes y de la Banca** pero no deberes ni obligaciones." (los destacados son de quien suscribe).

3.9.7.- En materia de contradicciones, hay más, por citar otra que llama la atención por su alcance, véase que, por una parte, la denunciada dice que se trata de una actividad monopólica del Estado; luego, que el monopolio abarca los niveles de Agentes y Sub Agentes; más adelante, en contradicción con eso, que existe un "**...derecho de los Agentes a explotar el juego que les fue concedido en la forma en que entiendan conveniente...**". Después, la contradicción se agrava, porque dice "... tanto **la revocación o la negativa a conceder terminales electrónicas** para conceder juego **son facultades de los Agentes y de la Banca** pero no deberes ni obligaciones.". Pero, luego de pasar por todos esos escenarios para definir la actividad sólo en función de su interés; se transforma en consumidor, al emplear un ejemplo de derecho del consumidor, para intentar demostrar que el Sub Agente sería un sujeto sin ningún derecho: "**Yo puedo comprar en la tienda A o en la tienda B, y como ninguna tiene derecho a que yo le compre, mi opción nunca puede ser considerada discriminatoria.**". Inmediatamente a continuación de ubicarse en consumidor, vuelve a la posición intermedia, de empresario absolutamente libre de hacer lo que le parezca: ese "**...es el caso aplicable a la presente denuncia... si la autorización es precaria y revocable, que uno se mantenga y otro no, no implica violación del derecho de nadie y no puede calificarse de discriminación, más allá de los fundamentos que se hayan tenido en cuenta para ejercer la opción.**" (los destacados son de quien suscribe).

3.10.- De lo que antecede resulta que la contradictoria posición planteada por la denunciada en el mencionado escrito de evacuación de vista, ilustra con claridad, sin proponérselo, sobre la consistencia formal y sustancial del proyecto de resolución de esta Comisión, del cual se les concedió vista. La mencionada posición que pretende cuestionar el razonamiento y conclusión de la Comisión en el caso planteado, pese a la capacidad y mérito de sus autores,

por imperio de una realidad insoslayable, no logra formular una tesis coherente y acorde al ordenamiento jurídico vigente que afecte la congruencia, consistencia y aplicabilidad al caso concreto del proyecto de resolución observado.

3.11.- Finalmente, con los elementos aportados en autos, los cuestionamientos opuestos de denunciante y denunciada, respecto del quantum de la sanción proyectada por la Comisión, a criterio de quien suscribe, no son de recibo, ni para aumentarla (como pretende la denunciante), ni para disminuirla (como pretende la denunciada).

4. CONCLUSIÓN:

En virtud de lo expuesto, se ratifica en todos sus términos el dictamen N° 04/009 de fecha 6 de octubre de 2009, recaído en este expediente.

Dr. Fernando Magnífico