



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

Informe No 45/014

Montevideo, 6 de junio de 2014

ASUNTO N° 20/2013: PROMINENT BRASIL LTDA. C/OSE (DENUNCIA)

1. ANTECEDENTES

Se ha solicitado a este asesor letrado que informe respecto a la eventual prosecución de las actuaciones, y en caso de corresponder, sobre la pertinencia de las probanzas propuestas por los administrados.-

Con fecha 30 de diciembre de 2013 comparece PROMINENT BRASIL LTDA. efectuando denuncia contra OBRAS SANITARIAS DEL ESTADO (OSE) ante la eventual comisión de prácticas anticompetitivas, y solicitando el diligenciamiento de diversos medios probatorios (ver fojas 4 y ss.).-

Por Resolución N° 34/014 del 29 de abril la Comisión asume jurisdicción y confiere vista a la denunciada, quien comparece el 30 de mayo a fojas 35 y ss. evacuando la misma, cuestionando la competencia de la Comisión, y solicitando el diligenciamiento de diversos medios probatorios.-

2. ANÁLISIS

Las potestades jurídicas de fiscalización y sanción conferidas al Estado para la Promoción y Defensa de la Competencia encuentran su primer antecedente normativo en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley N° 17.243, norma del 29 de junio del año 2000. Años más tarde, en el año 2007, se aprobó el primer texto legal dedicado en su integralidad a la regulación de la Defensa de la Competencia, la Ley N° 18.159, norma actualmente vigente y que delimita el marco de actuación de esta Comisión.-

En definitiva, si bien la normativa tiene por fin la protección de derechos humanos reconocidos en la Constitución de la República (es decir de derechos preexistentes al propio ordenamiento jurídico), estamos frente a un instrumento jurídico **reciente, nuevo**.-

Al momento en que la Constitución introdujo los preceptos vertidos en el actual artículo 211, la Defensa de la Competencia en el Uruguay carecía de sustento legal. Por lo tanto, si bien es cierto que el artículo constitucional atribuyó competencias en materia de licitaciones a favor del Tribunal de Cuentas, estas atribuciones no fueron pensadas para que fueran ejercidas en el campo de la Defensa de la Competencia (ámbito inexistente en aquél entonces), sino que atienden a otro tipo de intereses: al buen uso de los recursos públicos, el contralor de la gestión financiera y presupuestal del Estado, la transparencia de los gastos estatales, etc.-

En otras palabras, si bien es cierto que el Tribunal de Cuentas ostenta ente sus competencias parte del contralor de legalidad de las licitaciones públicas, dicha potestad es ejercida atendiendo a la transparencia de los procesos de contratación y pagos estatales, y no a la protección de los actuales y futuros consumidores perjudicados por prácticas contrarias a la libre competencia. Estamos frente a distintas normas que responden a la protección de diversos bienes jurídicos tutelados.-

OSE cuestiona la competencia de la Comisión para sustanciar este tipo de denuncias. Sin embargo, conforme establece el artículo décimo de la Ley N° 18.159, la autoridad competente para investigar, analizar y sancionar prácticas anticompetitivas es la Comisión



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

de Defensa de la Competencia, con la sola excepción de los denominados “sectores regulados”, que conforme surge del artículo 27 no resultaría aplicable a la hipótesis de autos. Adicionalmente cabe destacar que la Ley no ha conferido ni admite competencia alguna para que el Tribunal de Cuentas investigue, evalúe y sancione en estos casos; es la Comisión quien debe hacerlo.-

El segundo aspecto cuestionado por OSE refiere a que la realización de pliegos es una actividad efectuada de conformidad a una prerrogativa legal, y que en sí misma no implica la realización de actividad económica alguna.-

A entender del suscripto no debería confundirse el “ámbito subjetivo” de aplicación de la norma (artículo 3 de la Ley) con los tipos de conductas prohibidos en ella (artículo 2).-

Es cierto que la Ley resulta aplicable a todo sujeto que realice actividades económicas. Pero en cuanto a las conductas prohibidas la Ley fue un paso más allá, sancionando todo tipo de conductas, prácticas o recomendaciones que, de forma individual o concertada, restrinjan, limiten, distorsionen o impidan la competencia actual o futura dentro del mercado relevante. En el caso de autos se ha denunciado que OSE, sujeto comprendido en el artículo 3º de la Ley, habría limitado u obstaculizado la competencia en el mercado relevante, por lo que tal conducta merece ser investigada.-

El propio artículo 4º de la Ley (norma de carácter enunciativo) establece ejemplos de prácticas que si bien en su esencia no son típicamente económicas (al menos no en el sentido restringido propuesto por la denunciada), tienen por objeto u efecto la limitación de la competencia efectiva en el mercado relevante, extremo que sirve para reafirmar las conclusiones precedentes. El ejemplo más claro es el previsto en el artículo 4 literal E,

referente a las licitaciones públicas, donde se prohibió expresamente la coordinación entre oferentes. Resulta evidente que la coordinación de posturas no implica estrictamente el ejercicio de una actividad económica, especialmente cuando tiene por objeto decidir una abstención. Más bien implica lo contrario, es decir, **la no realización de actividad económica**. Por ello destacamos que el legislador igual prohibió estas prácticas. ¿Cuándo? Cuando impliquen la configuración del tipo sancionatorio previsto en el artículo 2 y sean cometidas por agentes alcanzados en el artículo 3º.-

Es menester destacar además, que el artículo doctrinario de la colega Makarena Fernández Cedrés citado a fojas 36 reverso no afirma excluyentemente que actividad económica sea estrictamente *“cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado”*. Muy por el contrario la autora aclara que ésta es una de las dos acepciones posibles, y que *“si se atribuye a la expresión ‘actividad económica’ un sentido más amplio, el alcance no se vería restringido a la intervención de las entidades públicas como proveedoras, sino que comprendería toda aquella actividad que, directa o indirectamente, incide en la estructura y funcionamiento del mercado.”* (“Configuración de prácticas anticompetitivas en el marco de las licitaciones públicas” en “Nuevos aspectos de las relaciones administrativas. En homenaje al Profesor Emérito Dr. José Aníbal Cagnoni.” FCU. 2011. Pág. 138 –el destacado nos pertenece-). Por si queda alguna duda, previo a finalizar su análisis la Dra. Fernández dejó abierta expresamente la posibilidad de que se sancione a la Administración por su actuación en los procesos de contratación (Ob. cit. Pág. 142).-

Finalmente, y sin pretender ingresar en esta instancia al análisis del fondo del asunto, los conceptos precedentes no implican desconocer que la confección de pliegos responda al ejercicio de un *“derecho, facultad o prerrogativa excepcional otorgada o reconocida por ley”* (artículo 2 inciso final). Por lo tanto, a entender del suscripto, la determinación de si existieron o no prácticas anticompetitivas dependerá de si OSE actuó dentro del ejercicio de tales potestades, o si por el contrario existió un abuso o uso inadecuado de su facultad reglamentaria con el objetivo u efecto de restringir el mercado y/o excluir a alguno de los oferentes en detrimento de los consumidores. En definitiva la potestad de redactar los



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

pliegos debe ser concebida, no como un derecho absoluto, sino como una potestad que debe ejercerse en armonía con el restante de las normas jurídicas existentes.-

En relación a los medios probatorios cuyo diligenciamiento se ha solicitado se sugiere tener por agregados los mismos, así como la citación de los testigos propuestos, asumiendo la denunciada la carga de su comparecencia.-

En relación a la prueba en poder de terceros es de destacar que:

- Expediente N° 891/013: Fue agregado por OSE.-
- Expedientes N° 779/010/Expedientes en los que se tramitó a pedido de OSE para San José N° 11018948 y 11019367: Las pruebas referidas tienen por objeto acreditar un cambio de criterios adoptado por OSE respecto a la redacción de pliegos. A entender del suscripto el extremo ya fue admitido expresamente por OSE (a modo de ejemplo ver numeral VII a fojas 42), por lo que a nada conduciría el diligenciamiento de los medios probatorios propuestos.-
- Prueba “en poder de la contraria” solicitada por OSE: El suscripto entiende que dichas pruebas no conducirían a dilucidar las supuestas prácticas denunciadas, sino a extremos que exceden del objeto de estas actuaciones. La Comisión no tiene por cometido analizar la buena o mala fe de la denunciante (ni siquiera tiene por cometido tutelar los intereses de los competidores) sino la presunta existencia de prácticas anticompetitivas.-

3. CONCLUSIONES.

A juicio de este asesor se entiende del caso proceder en las actuaciones, y diligenciar los medios probatorios propuestos con las excepciones referidas precedentemente.-