



Resolución N° 51/009

Montevideo, 24 de noviembre de 2009.

**ASUNTO: LUIS PADRON CONTRA BANCA DE CUBIERTA COLECTIVA
DE QUINIELA DE MONTEVIDEO**

VISTO:

La denuncia presentada por el Sr. Luis Héctor Padrón Salgueiro, contra la Banca de Cubierta Colectiva de Quiniela de Montevideo, por presunto abuso de posición dominante.

RESULTANDO:

1. Que el Sr. Padrón era el titular de la Sub Agencia de Quiniela N° 20, dependiente de la Agencia de Quiniela N° 22, sita en 18 de julio 2063.
2. Que el juego de quiniela, entre otras particularidades y, en lo que importa a los efectos de estas actuaciones, hasta el año 2007 se desarrollaba a través de cupones, introduciéndose gradualmente la forma electrónica, a través de terminales y, a partir del año 2008, ésta última es la única forma de funcionamiento, por lo menos, en la ciudad de Montevideo.
3. Que a partir del año 2005, el denunciante solicitó a la citada Banca de Quiniela, la concesión de una terminal electrónica para el local donde funcionaba la Sub Agencia N° 20, dependiente de la Agencia 22, habiendo sido infructuosas sus gestiones, hasta que, en el mes de diciembre del año 2007, se le comunica que a partir del 1 de enero de 2008, se le cancelaba la autorización de actuar en tal calidad, no habiendo obtenido en ningún momento la concesión de la terminal solicitada.

4. Que la autoridad que en ese momento tenía a su cargo el cometido de la defensa de la competencia, es decir, la Dirección General de Comercio, concedió la vista de precepto a la denunciada, la cual se presentó rechazando la denuncia y negando la existencia de ninguna acción de su parte que hubiese afectado la normativa vigente y remitiéndose a motivos genéricos de orden comercial.
5. Que luego de asumir esta Comisión y levantar el efecto suspensivo oportunamente dispuesto por la anterior autoridad competente, a efectos de mejor proveer, se solicitó a la denunciada, a la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas y a Abitab S.A., una serie de datos e informes, los cuales, en el caso de la denunciada y Abitab S.A., no fueron respondidos en su totalidad y, en algunos de los casos que se obtuvo respuesta, no se presentó la información en la forma solicitada.

CONSIDERANDO:

1. Que pese a las omisiones señaladas precedentemente, esta Comisión considera que, en lo sustancial de la cuestión originalmente denunciada por el gestor de este procedimiento, existen los suficientes elementos probatorios para dar por concluida la etapa de prueba en ese aspecto de la cuestión planteada en estos obrados.
2. Que debe aclararse que la argumentación planteada por la Banca de Cubierta Colectiva de Quiniela como pretendida explicación para no proporcionar parte de la información solicitada, por "...la necesidad de proteger la información comercial de la Empresa...", no es de recibo, pues conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 14 de la Ley 18.159, los sujetos comprendidos en la citada norma, sólo quedan excluidos del deber de proporcionar la información que requiera esta Comisión, cuando refieran a "...revelar secretos comerciales, planos, "como hacer", inventos, fórmulas y patentes." Y, en ese contexto, la información referida al o a los factores que se tomaron en cuenta para determinar que una Sub Agencia de Quiniela, contara o no con terminal para desarrollar el sistema de juegos electrónicos, no constituyen, en ninguna interpretación razonable, una de las hipótesis contenidas en el inciso final del art. 14 de la Ley 18.159, antes citada.

3. Que de acuerdo al Informe N° 4/009 el mercado relevante del producto se define como los Juegos de Lotería y Quinielas y juegos anexos (Tómbola, 5 de Oro, Kini y Supermatch), estando delimitado el mercado geográfico relevante por zonas dentro del Departamento de Montevideo.
4. Que focalizando el análisis entonces, en los Juegos de Loterías y Quinielas, cabe establecer que los mismos son explotados por parte del Estado, en condición de monopolio legal, a través de la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas (DNLQ), en dos formas diferentes: en el caso del juego de Lotería, dispone las condiciones de su explotación, banca el juego y las apuestas son recepcionadas por una red de Agentes, Sub Agentes y Corredores; en el caso del juego de Quiniela, el mismo se concedió a la citada red de Agentes de Quiniela, quien organiza y banca el mismo, siendo la DNLQ, el organismo Estatal encargado de fiscalizar toda la actividad. En similar condición se encuentran los juegos de Tómbola, 5 de Oro, Kini y Supermatch.
5. Legalmente se estableció que los citados Agentes de Quiniela se nuclearan en Bancas de Cubierta Colectiva, que funcionan en todo el país, siendo quienes abonan los aciertos generados por las apuestas. Por lo tanto, la Banca de Cubierta Colectiva de Quiniela de Montevideo tiene posición dominante en el mercado relevante.
6. Que la denunciada no es un competidor de la denunciante, sino el agrupamiento formal de fuente legal, de quienes operan el juego directamente, como lo son los Agentes de Quiniela y, ellos sí, son los competidores (o lo eran hasta su cese), del denunciante. En la Ley 18.159, al tratar las diferentes hipótesis que enuncia, en las cuales los agentes económicos podrían ingresar en omisión, se establece en el literal J) de su artículo 4, lo siguiente:

“ ... J) Las mismas prácticas enunciadas, cuando sean resueltas a través de asociaciones o gremiales de agentes económicos.”
7. Que la denunciada, sin ser una operadora directa del juego, por los roles que tiene y que antes se mencionaron, tiene una posición de dominio de origen legal, que es incuestionable en el mercado del juego de Quiniela.
8. Que, por principio y por su origen legal, esa situación de monopolio y además de dominio, no es observable. Lo que puede ser observable es, en todo caso, el

eventual abuso de esa posición. El derecho positivo uruguayo, en el inciso final del artículo 2 de la Ley 18.159, antes citada, recoge ese principio general:

“...El ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa excepcional otorgada o reconocida por ley no se considerará práctica anticompetitiva ni abuso de posición dominante.”

9. Que corresponde aclarar que, examinado ese mercado en su orden vertical, a nivel de la explotación del juego, existe un monopolio estatal, a partir del cual aparecen las Agencias de Quiniela y sus dos dependencias posibles, que son los Sub Agentes y los Corredores. Esos tres actores, son quienes efectivamente ofrecen al público ese servicio. En esos tres niveles de la relación vertical, no existe monopolio legal y tampoco existiría de hecho, pues cumpliendo con los requisitos necesarios para la instalación de una Agencia o Sub Agencia, otras personas pueden acceder a ese mercado de prestación de servicios de juegos de azar.
10. Que, en función de la denuncia presentada en este expediente, las reglas de la competencia deben ser examinadas a ese nivel de la distribución del servicio o, dicho de otra forma, de la prestación directa al público del mismo.
11. La citada organización privada, concesionaria de la actividad, gira en torno al principal de los juegos de azar comprendidos en su ámbito de competencia, que es la Quiniela. Para la explotación de este juego, se tuvo en cuenta que, de acuerdo a lo que surge de la documentación aportada por la denunciada a fs. 236: la evolución del juego electrónico o dicho por el contrario, la involución del juego por cupones o papel, fue determinante para que, en el año 2008, pudiera funcionar solamente el instrumento electrónico. En el año 2006, el peso relativo de la recaudación por vía de cupones, con relación a la recaudación total, era de un 10,79%, pasando en el año 2007, a un 3,96%, y desapareciendo en el año 2008. De ahí que, todo operador de Agencia o Sub Agencia de Quiniela, que no tuviera posibilidad de instalar terminales para ese objetivo, quedaba condenado a abandonar el mercado.
12. Que de acuerdo al Informe N° 4/009, a partir del análisis de los datos recabados en obrados, resultan una serie de conclusiones determinantes para la dilucidación de este caso, especialmente, si se tienen en cuenta las respectivas recaudaciones

en tres años, de la Sub Agencia a cargo del denunciante, comparándolas: en primer lugar, con las obtenidas por las Sub Agencias derivadas de la Agencia N° 22 (a la que pertenecía la Sub Agencia del denunciado); en segundo lugar, con las ubicadas en la zona de influencia de la denunciante (18 de julio al este); y, en tercer lugar, con las ubicadas en la zona opuesta (18 de julio al oeste).

13. Que de acuerdo al anterior análisis no surge de obrados ninguna razón que pudiere amparar el trato discriminatorio respecto del denunciante, frente a la situación de otros establecimientos similares, con menor recaudación que la misma, en tres años consecutivos.
14. Que por otra parte, de la información proporcionada por la denunciante, el Agente de Quiniela N° 22, del cual dependía directamente, lo había “defendido” ante la denunciada e incluso, al comunicarle su cese, expresa que lo hizo a instancias de la denunciada.
15. Que, esta última, en ninguna de las varias oportunidades procesales que tuvo en este procedimiento, planteó objeción alguna a esa prueba y tampoco aportó prueba alguna de eventuales incumplimientos del denunciante de sus obligaciones respectivas.
16. Que, sin perjuicio de reconocer la existencia de diferencias en cuanto al tamaño y características de los mercados de otros países, con el propósito de profundizar la fundamentación de la decisión que se adopta, en el referido Informe se consideraron fallos que, a nivel internacional se han dictado en situaciones que tienen con la tratada en autos, algunas analogías en los aspectos de principios generales en esta materia. De este modo, se cita en el Código de Derecho de la Competencia, Ed. La Ley, año 2006, refiriéndose a la Ley de Defensa de la Competencia española, en pág. 43: “...Discriminación en el trato o contratación: En el ámbito de la política de competencia, el principio de no discriminación viene a exigir que situaciones comparables no sean tratadas de forma diferente y que situaciones diferentes no sean tratadas de la misma manera, salvo que en uno u otro caso exista una justificación objetiva. La discriminación injustificada practicada por determinadas empresas dominantes – particularmente aquéllas que explotan infraestructuras o bienes de carácter esencial para la prestación de

determinados servicios por terceros - ha sido calificada como abuso de posición dominante,..."

17. Que, en el caso planteado en este expediente, de la actuación de la denunciada, antes de la denuncia y en el curso del procedimiento iniciado al presentarse la misma, no surgen elementos objetivos que justifiquen su conducta respecto de la denunciante. Es más, aparece claramente probada que la actitud resultante de sus decisiones en el curso de tres años, configuran un tratamiento discriminatorio con respecto a la denunciante, que culmina con la exclusión de la misma del mercado en el cual desarrollaba su actividad de Sub Agente de Quiniela.
18. Que aunque se trata de un tema que queda fuera del ámbito de las normas de competencia, para evitar dudas al respecto, cabe precisar en este punto que, el hecho que la concesión de la habilitación correspondiente para operar como Sub Agente, fuera precaria para todos ellos, como para los propios Agentes, conforme a la normativa vigente en materia, ello no ampara, de ninguna manera, la conducta de la denunciada. La Administración tiene una facultad discrecional en la materia, pero ello no significa que ésta pueda, a instancias de la organización que agrupa a las Agencias (la Banca), actuar sin fundamento. Es de principio, que la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad, pues lo que surge de obrados es que, en un mismo contexto, donde un número importante de operadores se encuentran en una misma situación jurídica y de mercado, unos son tratados de una forma que les permite desarrollarse y seguir su actividad y a otro, por el contrario, se le niega infundadamente el equipamiento necesario para hacer lo mismo, sin que exista objetivamente ningún fundamento válido para justificar ese tratamiento dispar.
19. Que, conforme a lo previsto en la Ley 18.159, al negársele a la denunciante la posibilidad de acceder a las mencionadas terminales, al contrario de otros competidores que, pese a registrar una menor recaudación y eficacia objetiva, se les concedieron las mismas, en realidad se le impidió su acceso a un determinado mercado (el del juego electrónico en un principio), pero al mantenerse la negativa hasta finales del año 2007, se lo quitó directamente del mercado, puesto que el juego a través de cupones, fue totalmente sustituido a partir del 1 de enero de 2008.

20. Sin perjuicio de lo anterior, resulta evidente de los datos de ingresos del denunciante, durante los años 2005, 2006 y 2007, que el mismo atendía un determinado segmento del público apostador (que son los consumidores de ese servicio), quienes vieron limitadas sus posibilidades de ingresar a través del comercio de su preferencia a las ventajas comparativas del juego a través de una red y luego, cuando se cesó al denunciante, tuvieron que trasladarse a otros locales que no era el que habían elegido por la razón que fuere. De ahí que, también la conducta irregular de la denunciante afectó a los consumidores, clientes del establecimiento instalado por el denunciante.

21. Que asimismo, la conducta de la denunciada se opone flagrantemente a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 18.159, antes citada, que establece:

“...Se prohíbe el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante.”

En la especie, la Banca de Cubierta Colectiva de Quiniela de Montevideo, constituida por el agrupamientos de los Agentes de Quiniela, adoptó una conducta de “obstaculizar” la actividad normal del denunciante; “distorsionando” la competencia del mismo, con la de otros operadores (Agentes y Sub Agentes), llegando finalmente a “impedirle” su competencia en el mismo mercado.

22. Que, si se analiza el artículo 4 de la Ley 18.159, se profundiza aún más la responsabilidad de la denunciada en esta materia y en este caso pues, al margen que las hipótesis recogidas en el mismo, son a título enunciativo, la conducta de la misma, contraviene claramente, varias de las situaciones allí planteadas a texto expreso, a saber:

En el literal B) del mencionado artículo:

“...B) Limitar, restringir o concertar de modo injustificado la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico de bienes, servicios o factores productivos, en perjuicio de competidores o de consumidores.”

Como se analizara precedentemente, la denunciada limitó o restringió, de manera injustificada, el desarrollo tecnológico de la denunciante y la distribución o prestación del servicio a su cargo.

En el literal C) del mencionado artículo, aparece otra hipótesis que también incumple la denunciada:

“...C) Aplicar injustificadamente a terceros condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos así en desventaja importante frente a la competencia.”

Como se tratara anteriormente, el denunciante se encontraba en iguales o mejores condiciones objetivas que algunos de sus competidores, sin embargo, al mismo se lo ubica en condiciones disímiles que el resto, al negársele operar normalmente en el mercado y finalmente, al cesarlo.

23. Que en consecuencia, esta Comisión concluye que la denunciada, abusando de su posición dominante en el mercado relevante, ha incurrido en flagrantes violaciones de la normativa vigente en materia de promoción y defensa de la competencia, al negar, en una primera instancia, durante por lo menos dos años, la instalación de una o más terminales necesarias para el desarrollo del juego electrónico en el local del denunciante, sin ningún fundamento objetivo y luego, en una segunda instancia, promover su cese como Sub Agente, precisamente por no tener el equipamiento que le había negado anteriormente.
24. Que no obstante lo anterior, queda un aspecto de la situación analizada en autos, pendiente de una mayor investigación, que es la conducta de la Banca de Cubierta Colectiva de Quinielas de Montevideo en lo que refiere al mercado de los sistemas de cobranzas y pagos.
25. Que concedida la vista de precepto a la denunciante y la denunciada del proyecto de resolución respectivo y del informe técnico que le antecede, ambas evacuaron la vista, mediante los escritos que lucen de fs. 464 a 478, manifestando la primera una discrepancia puntual y la segunda un cuestionamiento global respecto de los documentos que se pusieron de manifiesto. Los planteamientos de ambas entidades fueron analizados jurídicamente en el informe que antecede (fs. 479 a 485), desestimándose los mismos, a través de los argumentos que, en lo sustancial, se comparten.

26. Que en consecuencia, corresponde dictar el acto administrativo de referencia, agregándose una precisión respecto a que la Sub Agencia del denunciante, debe reincorporarse como dependiente de la Agencia N° 22, correspondiendo a la denunciada, en función de sus potestades legítimas, cumplir con las actuaciones necesarias para tal fin, directamente o a través de la mencionada Agencia, bajo el control operativo de la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas, a la cual se remitirá una copia de la presente resolución.

ATENTO:

A las disposiciones de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia N° 18.159 del 20 de julio de 2007, Decreto N° 404/007 de 29 de octubre de 2007 y normativa complementaria y concordante.

LA COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

RESUELVE:

1. Declarar que la Banca de Cubierta Colectiva de Quiniela de Montevideo ha incurrido en prácticas anticompetitivas al negar en una primera instancia, durante por lo menos dos años, la instalación de una o más terminales necesarias para el desarrollo del juego electrónico en el local del denunciante sin ningún fundamento objetivo y luego, en una segunda instancia, promover su cese como Sub Agente, precisamente por no tener el equipamiento que le había negado anteriormente.
2. Ordenar el cese inmediato de la conducta de la Banca de Cubierta Colectiva de Quiniela de Montevideo de impedirle a la denunciante la prestación del servicio que estaba a su cargo hasta el 31 de diciembre de 2007, lo cual supone darle el Alta como Sub Agente de Quinielas, dependiente de la Agencia N° 22 y otorgarle la terminal electrónica necesaria para el desarrollo del juego, cumpliendo con todas las demás formalidades exigidas al efecto por la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas.

3. Sancionar a la Banca de Cubierta Colectiva de Quiniela de Montevideo con una multa de 100.000 Unidades Indexadas.
4. Continuar la investigación en lo que refiere a la eventual conducta de la denunciada en relación a los sistemas de cobranzas y pagos.
5. Remitir copia de la presente a la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas y notificar a los interesados.
6. Comuníquese, etc.