



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

“Defensa de la competencia – análisis de su normativa”

2011

Tutor: Dra. Viviana Andrea Fabrizi

Alumno: Carlos Enrique Javier Pujol

Título al que aspira: Abogado

Fecha de presentación: 15 de Diciembre de 2011

Dedicatorias y agradecimientos

El siguiente trabajo esta dedicado principalmente a mis padres, Ana María y Carlos, ya que gracias a su esfuerzo, su constante empuje, me permitieron estudiar y hoy estar terminando mi carrera profesional, y con esto dejarme el mejor de los legados la educación.

A mi hermano, Lisandro; mi querida “Nona”; Juan Martín; mis tíos, Liliana, Daniel, Abel, Maru, Daniel K, Laly; y todos mis primos.

A mis amigos de la vida, quienes me apoyaron en los momentos más duros y me dieron la fuerza necesaria para seguir adelante.

A su vez, quiero reconocer, valorar y fundamentalmente agradecer muy especialmente a tres personas que ocupan un lugar muy importante en mi vida y que sin dudas fueron pilares durante mi carrera, Carla, Lily y Mariela; estoy convencido que sin ustedes nada de todo esto hubiera sido posible, les voy a estar eternamente agradecido.

Al Dr. Raúl Maiztegui, profesor y amigo, que seguro este trabajo lo va a poner muy feliz y le dará las fuerzas necesarias para atravesar estos momentos.

Un agradecimiento muy especial a las Dras. Stella Sciretta, Verónica Castro y Alejandra Pasquet las cuales me brindaron siempre su tiempo y fundamentalmente comprensión ante mis dudas y necesidades.

Finalmente para ir terminando, a la Dra. Viviana Fabrizi, la cual me guió para poder realizar este trabajo, y la cual se convirtió sin lugar a dudas en una gran amiga y una referente para mi futuro, no sólo profesional sino también como persona.

A todos SIMPLEMENTE GRACIAS!!!

Resumen

En este trabajo analizaremos la ley de Defensa de la Competencia, definiremos competencia, abuso de posición dominante, comentaremos fallos que sentaron jurisprudencia.

Comenzaremos viendo el origen de la ley tanto en nuestro país como en países desarrollados, los cuales tienen una mayor conciencia en torno a la concentración económica y de poder.

Con el correr de los capítulos observaremos deficiencias y virtudes de la ley, haciendo hincapié en la situación actual.

Principalmente nos ocuparemos de describir el rol de los órganos encargados de velar por la libertad de comercio y la posibilidad de participar en el espacio económico sin restricciones.

Por último intentaremos brindar soluciones a los defectos de la ley, e incluso modificar cuestiones de la misma para así tornarla operativa.

Estado de la cuestión

El tema que nos compete es un tema que en los últimos años ha ganado mayor resonancia en nuestra legislación, si bien es una ley muy antigua que ha tenido diversas modificaciones la ley de defensa de la competencia no termina de ser operativa.

La ley que hoy rige la Defensa de la Competencia es la Ley N° 25.156, a través de este trabajo trataremos de mostrar la virtudes y remarcar cuales son las principales deficiencias que cuenta nuestra ley.

El tema que abordaremos en los países más desarrollados, como por ejemplo: Estados Unidos, se encuentra muy desarrollado y estudiado, es por esto que en los

capítulos siguientes haremos un recorrido histórico por la legislación de este país y la importancia que tiene esta cuestión en el país antes indicado.

En nuestro país los principales autores que han tratado el tema son el Dr. Gabriel Martínez Medrano “Control de monopolios y defensa de la competencia”, el Dr. Félix A. Nazar Espeche “Defensa de la competencia” y el Dr. Jorge Otamendi “Tribunales competentes en materia de aplicación de la ley de defensa de la competencia”.

La defensa de la competencia cuenta con una gran cantidad de fallos, la mayoría de ellos cuestiona las multas impuestas a las empresas ya que al día de la fecha no está constituido el tribunal de defensa de la competencia, el cual es el órgano responsable de imponer las mencionadas sanciones.

Lo que intentaremos con este trabajo es tratar de brindar una solución a esta cuestión, para así tornar la ley operativa y que se puedan imponer sanciones a quienes violen la ley de defensa de la competencia.

Marco teórico

La Ley N° 25.156 se aprobó en 1999 y reemplazó al decreto-ley N° 22.262, es necesario recordar que la agencia anti-trust en Argentina se crea en plena etapa de la dictadura militar. Es Martínez de Hoz como ministro el que pone en funcionamiento el citado decreto-ley que crea la Comisión Nacional de la Competencia en 1980.

Tal como dijimos en el párrafo anterior en el año 1999 se reemplazó el decreto-ley 22.262 por la Ley N° 25.156, que crea el Tribunal Nacional de la competencia (el cual nunca terminó de constituirse), como órgano técnico especializado en materia de la competencia.

En la ley reina la libertad de contratar y por sobre todo rige la autonomía de la voluntad, esto como principio básico, para que no perjudique a terceros o al interés público en general.

La ley beneficia tanto a productores como a los propios consumidores por dos razones básicas, los consumidores obtendrán una mejor calidad de productos, y los productores aumentarán la calidad de sus productos y ofrecerán mejores precios y con esto lograrán captar una mayor cantidad de consumidores.

Para nuestra ley de defensa de la competencia el principal bien jurídico protegido es el interés económico general.

La ley es clara en cuanto a los pilares para juzgar si una conducta es anticompetitiva y son: distorsión en la competencia, abuso de posición dominante y perjuicio al interés económico general. La autoridad de aplicación esta autorizada a restringir la autonomía de la voluntad y la libertad de contratar cuando se verifique distorsión de la competencia o abuso de posición dominante siempre que se afecte el interés económico general.

Ahora bien, al no estar constituido el Tribunal de Defensa de la Competencia no se pueden aplicar medidas preventivas y se cuestiona la competencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, vaciando así el contenido de la ley.

Con la constitución del Tribunal se va a evitar pronunciamientos judiciales sobre la competencia de la autoridad de aplicación de la ley y así se posibilitará la plena de la norma.

Introducción

El tema que desarrollaremos en el presente trabajo se encuentra comprendido en la órbita del derecho privado dentro del Derecho Comercial, y dentro del derecho público dentro de la esfera del Derecho Constitucional.

El principal problema en torno a nuestro trabajo son las fortalezas y debilidades con las que cuenta nuestra Ley N° 25.156.

Las principales fortalezas con las que cuenta nuestra ley son principalmente la prohibición de formación de monopolios, la posibilidad de competir comercialmente libremente entre productores para así obtener mejores precios para los consumidores. Ahora bien, nuestra ley también cuenta con debilidades y la principal es la falta de constitución del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, y esto conlleva un conflicto respecto de quien es la autoridad competente al momento de imponer sanciones.

Con este trabajo intentaremos demostrar porque es necesaria la modificación de la ley para así tornar operativa, y con ello intentaremos como objetivo específico describir de que modo pueda constituir y poner en funcionamiento el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia y así poder dictar normas preventivas y sancionatorias sin que estas puedan ser cuestionadas.

Capítulo I

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA LEY

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Reseña histórica 3. Noción: competencia, comercio, monopolios, empresas y derecho del consumidor 4. Conclusión

1.1 Introducción.

El tema que nos ocupa ha cobrado gran relevancia dentro de los ordenamientos jurídicos de los países desarrollados donde la aplicación de las leyes de DEFENSA DE LA COMPETENCIA es el resultado del consenso social.

Mediante este trabajo trataremos de demostrar las ventajas y desventajas que tiene nuestra ley, las virtudes y deficiencias de la misma y brindaremos posibles soluciones para tornar más operativa y funcional la ley.

Haremos un análisis exegético de los artículos de la ley 25.156¹, de los fallos que sentaron jurisprudencia, de las modificaciones que fue sufriendo la ley, bien jurídico protegido y tribunal competente.

Brindaremos conceptos sobre competencia, defensa, comercio, derecho del consumidor, los cuales serán fundamentales para entender aún más la temática abordada y comenzaremos con una breve introducción sobre la evolución histórica en el mundo y fundamentalmente en nuestro país.

Desarrollaremos otros puntos que a medida que vayamos avanzando serán tratados y analizados con profundidad, buscando como fin principal conocer las fortalezas y debilidades de la ley y su operatividad.

El Estado interviene como árbitro para imponer las reglas que permitan y favorezcan la sana competencia, todo ello en un sin número de actividades, pero la principal y sin dudas una de las más importante es la legislativa, la ley establece el marco y los límites de la regulación y el control del mercado.

¹ Ley 25.156 defensa de la competencia puede consultarse en www.infoleg.gov.ar

La política pública esta destinada a remediar las distorsiones, originadas en el ejercicio del poder de mercado, se produce como consecuencia la realización de prácticas anticompetitivas o concentraciones económicas.

Los problemas económicos contra los cuales pueden aplicarse eficazmente políticas de Defensa de la Competencia, sean reales o potenciales, surgen de la aparición de actos, conductas y estructuras económicas, que conspiran contra el funcionamiento óptimo de los mercados. Entre esos problemas se puede citar algunos como por ejemplo barreras artificiales que impidan la entrada a los mercados, o comportamientos exclusorios.

En cuanto a la aplicación de políticas de defensa de la competencia, según los instrumentos que se utilicen, podemos clasificarlas en dos grandes grupos: *políticas de comportamiento* y *políticas estructurales*. En el primer grupo encontramos a todas aquellas políticas que están focalizadas en la detección de actos, conductas y todo aquel comportamiento restrictivo o que implique un abuso de posición dominante.

En el segundo grupo de políticas nos encontramos con aquellas que están dirigidas hacia las estructuras, que son las encargadas en definitiva de llevar a cabo las conductas y comportamientos o bien ejercer en forma abusiva una posición de dominio. Con este tipo de políticas se busca lograr una modificación en la configuración de los mercados de bienes y servicios, a través de medidas que tiendan a incrementar el número de agentes económicos que actúan en un mercado. Este tipo de política tiene lugar a través del control de adquisiciones y fusiones y desmembramientos de empresarios.

1.2 Reseña histórica

El derecho de la competencia es la rama del derecho que se encarga de regular el comercio mediante la prohibición de restricciones ilegales, fijación de precios y monopolios. Se busca promover la competencia entre empresas existentes en el mercado y fomentar la calidad de bienes y servicios al menor precio posible garantizando una estructura de mercado eficiente.

Una de las conquistas de la Revolución Francesa consistió en la denominada libertad de industria y comercio, o dicho de otro modo en la libertad de competir. Con la Revolución se instauró el principio de libre acceso a cualquier actividad económica, tomando como base que todos los sujetos son iguales, por lo tanto cualquier ciudadano puede iniciar una actividad industrial, pudiendo fijar libremente las condiciones de su ejercicio.

Esto produce que los empresarios puedan concurrir y competir con otros que se dedican a la misma actividad, de esta forma surge la *libertad de competencia* que en un mercado determinado, ofrecen productos y servicios destinados a satisfacer las necesidades de las personas.

Con la libre competencia, cualquier comerciante en una economía de mercado, puede competir por la clientela de otro sin que se le pueda reprochar.

En la actualidad la mayor parte de los países industrializados y algunos países en desarrollo tienen leyes antitrust.

Antitrust tiene su origen en el derecho de Estados Unidos, posteriormente otros países adoptaron su ordenamiento jurídico utilizando términos como “leyes de competencia” o “libre competencia” o “antimonopólico”.

El principal hito de la historia del desarrollo de la legislación regulatoria de la competencia esta dado por la sanción de la llamada Ley **Sherman**² en los Estados Unidos, en el año 1890, fue la medida para que el gobierno de ese país limite los monopolios. Esta ley notablemente simple, imprecisa y breve, ha dado lugar a un cuerpo de normas y principios que constituye una de las ramas más complejas del citado país.

En EEUU existe una verdadera conciencia respecto de la importancia del tema y cierto grado de presión social al respecto.

A finales del siglo XIX el capitalismo de los países industrializados era puesto en duda por gran parte de la sociedad. En Estados Unidos la interpretación tradicional considera que las críticas iban dirigidas principalmente a los conglomerados de empresas, los llamados *trust* (este es el origen del antitrust). Estos conglomerados incluían empresas competidoras, que por formar parte del trust podían fijar y elevar conjuntamente el precio de sus productos, los precios aumentaron considerablemente y esto llevó al descontento y a quejas de consumidores y agricultores.

El dictado de la ley se produjo básicamente en razón de que el senador Sherman era objeto de presión por parte de agricultores, debido a que dichos agricultores estaban descontentos con las tarifas que les cobraban los ferrocarriles. Fueron los representantes de varios distritos agrícolas quienes presionaron ante el hecho de que la única opción para despachar sus productos la constituía el ferrocarril, que podía fijar entonces las tarifas a su arbitrio.

Aunque el origen también puede ser por presiones de pequeñas empresas, que al no poder competir con los trusts por sus bajos precios, presionaron al gobierno para que intervenga. Se considera que tanto consumidores como empresas pequeñas presionaron al gobierno de igual manera. Las empresas pequeñas alegaban que los trusts imponían

² ley Sherman, publicada 2 de julio de 1890

precios predatorios para eliminarlas y posteriormente subir los precios cuando la competencia hubiese sido eliminada, o incluso impedir la entrada en el mercado de otras empresas reduciendo así la posibilidad de competir.

La Ley Sherman, aún hoy vigente, tal como mencionamos anteriormente es una norma breve y notablemente general, que tiene sólo dos artículos de fondo. El primero prohíbe contratos, combinaciones en forma de trusts o conspiraciones que restrinjan el comercio; y el segundo penaliza los actos que impliquen monopolizar, o intentar monopolizar, o conspirar con otras personas para monopolizar el comercio.

Es por esto que en los primeros años la referida ley tuvo escasa y poco clara vigencia, pero fue haciéndose más importante conforme se fue generando jurisprudencia sobre el tema.

El siguiente hito importante en la historia del derecho antitrust norteamericano fue la sanción de la Ley Clayton y la Ley de creación de la Comisión Federal de Comercio, ambas en 1914.

La primera declaró la ilegalidad de una serie de conductas particulares que puede entenderse como actos de monopolización o intentos de monopolizar, ejemplo de esto es discriminar precios, imposición de exclusividad, o administración conjunta de empresas competidoras.

La Ley de creación de la Comisión Federal de Comercio sirvió para crear una agencia especializada en el tema antitrust y a través de la misma creó la vía administrativa para resolver este tipo de casos. Esta ley declara ilegales los métodos desleales de competencia en el comercio o que afecten el comercio.

La legislación argentina de defensa de la competencia es mucho más antigua de los que muchos suponen. Si bien el derecho de la competencia estaba previsto en la Constitución Nacional de 1853/60, de la interpretación de las distintas normas

contenidas en la Carta Magna en el cual reconocen entre otros el derecho de propiedad, la libertad de ejercer industria lícita y de comerciar, se entiende que el mismo había sido reconocido implícitamente.

Con la reforma de la Constitución de 1994, se reconocieron en forma expresa los llamados “derechos de tercera generación”, entre ellos se encuentra el Art. 42 que reconoce el derecho a la “defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales”. DROMI afirma que el segundo párrafo de este Art. 42 alude expresamente al tema, imponiendo en las autoridades Nacionales, Provinciales y Municipales una obligación en cuanto deben “proveer... a la defensa de la competencia...”. El derecho a la protección de la competencia, es un principio del orden público constitucional de la economía.

Los primeros antecedentes legislativos datan de 1909, cuando se presentó en el parlamento argentino el primer proyecto, casi veinte años después de la primera aprobación de la primera legislación antitrust de América.

En 1921 en ocasión de discutirse un proyecto de ley sobre el impuesto de exportaciones, surgió una comisión parlamentaria investigadora de determinados monopolios presidida por Juan B. Justo de cuyo frutos surgió la base del primer antecedente legal de la lucha antitrust en Argentina.

Este antecedente se produjo en 1923 mediante la sanción de la ley 11.210 con ciertos defectos legislativos que impidieron su correcta aplicación, la misma era una ley de tipo penal cuyos dos primeros artículos eran prácticamente una traducción de los artículos 1 y 2 de la ley Sherman. Esta ley imponía multas y hasta prisión a los que cometieran delitos como “convenio, pacto, combinación o fusión de capitales tendientes a establecer o sostener actitudes monopólicas y lucrar con él, en uno o más ramas de la producción, del tráfico terrestre, fluvial o marítimo, del comercio interior o exterior, en una o varias localidades del territorio nacional. Se consideraba actos de monopolio o

tendientes a él y por ende punibles por la ley, los que sin importar un progreso técnico u económico aumenten las ganancias de quien o quienes lo ejecuten y dificulten a otras personas la libre concurrencia en la producción y en el comercio interior o exterior.

La ley 11.210 no tuvo una aplicación muy difundida, y sólo uno de los procesos iniciados concluyó con condena mientras que el resto prescribió.

En 1946 nace una nueva discusión parlamentaria de una ley que reemplace la ley 11.210 con sus defectos.

En febrero de 1947 se promulga la ley 12.906 con un carácter al igual que su antecesora tuvo un carácter de tipo penal. Ambas leyes tenían inicio de las actuaciones en dependencias del Estado, previamente debía pasar por un procedimiento administrativo ante la Secretaría de Comercio, aunque para la aplicación de sanciones era necesaria la intervención de la justicia.

El artículo 1 de la ley 12.906 prohibía los actos tendientes a la creación o mantenimiento de un monopolio, y el artículo 2 incluía un listado de conductas que se consideraban actos de monopolio o tendientes a él.

Ambas leyes la 11.210 y la 12.906 tuvieron escasa aplicación en la práctica.

Durante la dictadura militar iniciada en 1976, se decreta el Decreto-Ley 22.262³ en 1980 que tiene como novedad la creación de un organismo administrativo específico que es la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que hace las veces de organismo asesor del Secretario quien es el que resuelve en última instancia en materia de conductas anticompetitivas. La Comisión y el Secretario constituyen la autoridad de aplicación de la ley.

Hasta su derogación el decreto-ley 22.262 constituyó la norma vigente en esta materia. La redacción de esta norma perseguía tres objetivos fundamentales:

³ decreto-ley 22.262 puede consultarse en www.infoleg.gov.ar

- Definir con mayor precisión las conductas reprimidas, por su virtualidad para limitar, restringir o distorsionar la competencia.
- Instrumentar un procedimiento administrativo, orientado a la investigación y prevención de esas conductas
- Elaborar el marco jurídico adecuado para asegurar el correcto funcionamiento de los mercados.

El decreto-ley definía su ámbito de aplicación, su instancia administrativa (la cual contenía dos secciones; la primera tal como comentamos anteriormente era la creación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y la segunda era la regulación del procedimiento ante dicho organismo), regulaba lo relativo a la instancia judicial y contemplaba el procedimiento aplicable y la forma de ejercer las acciones originadas en los delitos. Se establecía en su articulado que estaba prohibido y que se sancionaría los actos o conductas relacionadas con la producción e intercambio de bienes y servicio, que limiten o restrinjan la competencia o que constituyan **abuso de posición dominante** en un mercado, de modo que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general, esta descripción contenía todos los elementos propios de las acciones que se consideraban disvaliosas para asegurar la libre entrada al mercado de todos los competidores. Se incluyó aquí la figura del abuso de posición dominante que desarrollaremos más adelante.

En 1999 se aprueba la ley 25.156⁴ que reemplaza a la 22.262, mantuvo buena parte de las características de la norma anterior, en especial en lo que hace referencia a las prácticas anticompetitivas; la nueva ley tiene como novedad dos cuestiones. En primer lugar crea el Tribunal de Defensa de la Competencia como autoridad de aplicación de la ley como organismo administrativo autárquico con funciones

⁴ ley 25.156 defensa de la competencia disponible en www.infoleg.gov.ar

jurisdiccionales, y en segundo lugar se genera un control previo de las concentraciones de empresas, donde el Tribunal puede prohibir, condicionar o aprobar dichas funciones.

El Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia nunca termino de constituirse, quedando la institucionalidad del sistema legal vulnerable a la industria de la apelación, lo que limita en la práctica el poder de policía del organismo.

Los antecedentes legislativos y la incorporación de nuevos instrumentos legales para la lucha antimonopólica contrasta con la estructura productiva y empresaria de Argentina que es altamente concentrada y oligopolizada sobre todo en los mercados productivos de bienes de salarios o de consumo masivo.

En nuestro país como vemos se ha tratado varias veces el tema de defensa de la competencia y ha generado tanto debates sociales como parlamentarios, pero nunca se tornó realmente operativa nuestra ley y ha tenido grandes deficiencias, como veremos en extenso a lo largo de este trabajo, tratando finalmente de brindar una solución para el correcto funcionamiento de la misma.

1.3 Noción: competencia, comercio, monopolios, empresas, derecho del consumidor

Antes que nada es necesario advertir que tanto las normas que protegen la competencia en los mercados como así también las que reprimen la competencia desleal tienen un presupuesto común sobre el que se apoyan y que fundamentan su existencia. Ese presupuesto es el reconocimiento de las bondades del sistema de mercado, el llamado liberalismo económico, que es el que triunfó e impuso sus ideas con la revolución francesa, ya que las conquistas de esta consistió en la libertad de industria y comercio, o denominada de otro modo la *libertad de competir*, libertades que antes no existían debido principalmente a la rígida implantación de los gremios. Otro principio

de la revolución fue el libre acceso al ejercicio a cualquier actividad económica, porque todos los sujetos son iguales, por lo tanto cualquier ciudadano puede iniciar una actividad mercantil o industrial, pudiendo fijar libremente las formas y condiciones de su ejercicio.

En principio, en torno al tema que nos compete lo fundamental es la libertad y autonomía de la voluntad, ello en tanto es necesario para que no se perjudique a terceros o al interés público en general.

Las actuales condiciones del mercado, caracterizadas por la existencia de grandes grupos económicos que cada vez concentran en mayor medida el dominio del segmento al que se dedican, por lo cual es necesaria la intervención estatal para asegurar el ejercicio de las libertades fundamentales, como por ejemplo derecho de los consumidores y usuarios.

Ahora bien, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española⁵ considera a la “competencia” como disputa o contienda entre dos o más personas sobre algo, o también como oposición o rivalidad entre dos personas que aspiran a obtener una cosa, o situación de empresas que rivalizan en el mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio.

Se denomina “comercio” a la actividad socioeconómica consistente en la que algunos materiales sean libres en el mercado de compra y venta de bienes y servicios, sea para su uso, venta o transformación.

El “monopolio” es una situación de privilegio para una empresa que posee un bien un servicio o un producto, posee un gran poder de mercado y es el único en la industria que lo tiene. El monopolista controla la cantidad de producción y el precio, eso no significa que pueda cobrar lo que quiera si pretende maximizar los beneficios.

⁵ Real Academia Española, diccionario de la lengua española. 21º ed. Madrid; 1992

La “empresa” esta definida como unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines de lucro. La empresa es la unidad económico social, con fines de lucro, en la que el capital, el trabajo y la dirección se coordinan para realizar una producción socialmente útil, de acuerdo con las exigencias del bien común. Los elementos necesarios para formar una empresa son: capital, trabajo y recursos naturales. Se entiende por empresa al organismo social integrado por elementos técnicos, humanos y materiales cuyo objetivo natural y principal es la obtención de utilidades, la prestación de un servicio a la comunidad, coordinados por un administrador que toma decisiones en forma oportuna para la consecución de los objetivos para los que fueron creados. Para cumplir ese objetivo la empresa combina naturaleza y capital.

El “derecho del consumidor” es la denominación que se da al conjunto de normas emanadas de los poderes públicos destinados a la protección del consumidor o usuarios en el mercado de bienes y servicios, otorgándole ciertos derechos y obligaciones. Se considera consumidor o usuario a toda persona física o jurídica que contrata a titulo oneroso para su consumo propio, o de su grupo familiar, la adquisición o locación de bienes o la prestación de servicios.

Todas estas nociones son importantes para entender un poco más que es lo que intenta resguardar la ley, a quien protege y cuales son las ventajas que se obtendrán con esta protección.

1.4 Conclusión

A lo largo de este primer capítulo hemos determinado la importancia que tiene en los países desarrollados el tema en cuestión. Hemos visto la legislación en torno a la ley de defensa de la competencia, hicimos un recorrido histórico desde el primer

proyecto de ley que data de 1909 hasta la última modificación que tuvo la misma, la actual Ley N° 25.156.

Desarrollamos nociones fundamentales como comercio, comerciantes, abuso de posición dominante, entre otras cosas las cuales son necesarias para comenzar a entender conceptos básicos y fundamentales que abarca la mencionada ley.

Con todo esto intentamos comenzar a comprender el fin específico de la defensa de la competencia y nos dio una primera perspectiva del objetivo que pretende proteger la misma.

Capítulo II

OBJETIVOS ESPECÍFICOS Y CARACTERES DE LA LEY

SUMARIO: 1. Introducción 2. Derecho de la competencia 3. Bien jurídico protegido 4. Objetivos del derecho de competencia 5. Caracteres de la ley 6. Conclusión

2.1 Introducción

En este segundo capítulo comenzaremos definiendo que es el derecho de la competencia, señalaremos cual es el fin de la libre competencia y el reconocimiento constitucional con el que cuenta.

Intentaremos en este capítulo dar las principales finalidades a las que apunta la ley, como por ejemplo la libertad de contratar y por sobre todo la autonomía de la voluntad, lo cual es el principio básico para que no se vulnere el interés público en general.

Analizaremos el bien jurídico protegido por la ley, lo que establecerá la posibilidad que tendrán los comerciantes de competir libremente, para así obtener una máxima explotación de sus recursos, con precios razonables para los consumidores.

A su vez, desarrollaremos conceptos como protección al consumidor, protección de los competidores, redistribución, entre otros, los cuales la ley trata de proteger y brindarles un mercado igual para todos y en donde la competencia se desarrolle en el mayor pie de igualdad posible.

También, haremos hincapié en las principales características de la ley.

2.2 Derecho de la competencia

El derecho de la competencia es el “conjunto de normas que regulan la actividad concurrencial para que prevalezca en el mercado el principio de competencia limpia y honesta y que la lucha entre los competidores se desenvuelva con lealtad y corrección”⁶.

⁶ Martínez Medrano, Gabriel, “Control de monopolios y defensa de la competencia” Lexis Nexos, tomo I, 2002, Buenos Aires.

La libre concurrencia en los mercados es un bien reconocido por el artículo 42 de la Constitución Nacional⁷, que es protegida por el estado, que para evitar su distorsión ejerce el control de la competencia a través de la “ley de defensa de la competencia” e interviene en el mercado reconociendo o concediendo derechos en exclusiva.

El derecho de libre competencia busca la libertad de los mercados, o sea cualquier comerciante en una economía de mercado puede competir por la clientela de otro sin que ello se le pueda reprochar, es por esto que el derecho antitrust y la competencia desleal forman parte del derecho de la competencia.

La defensa de la competencia persigue garantizar la existencia de una competencia mediante normas que limitan y enmarcan las posiciones dominantes que las puedan afectar, como monopolios, oligopolios, carteles y trust; la restricción tiene su fundamento en permitir la diferenciación de los productos o servicios de los operadores del mercado.

Lo que se persigue es la libertad de contratar y la autonomía de la voluntad, esto como principio básico, para que no se perjudique a terceros o al interés público en general.

La ley beneficia tanto a los productores como a los consumidores por dos razones básicas, los consumidores obtendrán una mejor calidad de productos, y los productores aumentarán la calidad de sus productos y ofrecerán mejores precios para poder así captar un mayor número de consumidores.

El correcto funcionamiento de la ley lograría un bienestar general tanto para los productores de bienes y servicios como para los destinatarios o consumidores de los mismos, ya que habría mayor calidad en los productos a un menor costo.

⁷ Constitución Nacional puede consultarse en www.infoleg.gov.ar

Para que resulte racional la aplicación de una política de defensa de la competencia, deben cumplirse con ciertos requisitos, el primero confiar en la competencia como mecanismo de asignación de recursos en la generalidad de los mercados; produciendo ciertas distorsiones en el funcionamiento de alguno de los mercados, son atribuibles al ejercicio del poder de mercado; esas distorsiones son imputables a los agentes económicos que operan en los mercados (es decir oferentes a los demandantes); las mismas generan una reducción del excedente total de los agentes económicos y del excedente de los consumidores.

2.3 Bien jurídico protegido

Los criterios sobre los cuales se condenaba al monopolio en los comienzos de la legislación estaban orientados al criterio absoluto, la mera existencia de monopolio era condenable.

Con el tiempo la legislación fue mutando a otro en el cual las prácticas se condenaban bajo un criterio denominado *rule of reason* o *regla de la razón* asumiendo un criterio relativo, este nuevo criterio esta inducido por la idea de que la provisión de ciertos bienes y/o servicios dados por estructura monopólicas son más eficientes que brindados en competencia

En nuestra legislación, así como en la mayoría de ellas, el castigo monopolista no es por su posición de dominio en el mercado sino por el uso abusivo que potencialmente pueda hacer de él.

El bien jurídico protegido por estas normativas es la competencia, procurando la eliminación de actos o conductas contrarios al interés económico general.

Competir es la lucha por los clientes. La competencia permitirá el triunfo de los mejores, juzgados estos por el público consumidor.

Tenemos por un lado quienes ofrecen un producto o servicio y por el otro, quienes lo necesitan. La conquista de unos por otros debe efectuarse dentro de un marco lícito y muy simple, la oferta de lo mejor al más bajo precio posible.

La competencia basada en esto es un reto difícil que no todos pueden o quieren aceptar.

Cuando en el marco de aplicación de la política de competencia se habla de bienestar general no debe hacerse una interpretación restrictiva a los consumidores, sino que también se debe tener en cuenta a las empresas, ya que son ellas quienes adquieren la mayor cantidad de insumos de la economía y las mas perjudicadas frente a practicas anticompetitivas y desleales; así las empresas ganan en competitividad.

En conclusión el bien jurídico protegido por la ley de defensa de la competencia es **el interés económico general**, la ley no define que se entiende por interés económico general; es por esto que el concepto es de difícil interpretación desde el punto de vista jurídico. Ahora bien si el interés económico general es el bien jurídico tutelado por la ley de defensa de la competencia, no es patrimonio exclusivo de ésta, también intervienen un montón de variables que seguramente iremos analizando a medida que vayamos profundizando aun mas el tema que nos compete.

Ahora bien, tal como venimos mencionando par la aplicación de la ley es necesario que los actos o conductas y también las concentraciones económicas, produzcan un interés contrario al interés económico general, para la aplicación de la ley no rige el principio de prohibición absoluta, principio donde las conductas se consideran ilegales por sí solas, por lo que no se hace necesario evaluar su impacto económico en términos de eficiencia o posibles beneficios al consumidor, únicamente se requiere demostrar la conducta para proceder a imponer sanciones.

Para la aplicación de la legislación se requiere la demostración de la existencia de efectos económicos negativos para la comunidad, así, el análisis de una conducta o acto restrictivo, utiliza el método denominado “regla de la razón”. Esto supone un análisis detallado, la aplicación de la legislación dependerá del equilibrio entre los efectos de una determinada conducta o concentración y lograr así una mayor eficiencia económica.

2.4 Objetivos del derecho de competencia

El objetivo último del derecho de la competencia como venimos mencionando es la maximización del excedente del consumidor lo que implica unos precios los mas reducidos posibles para que el consumidor pueda adquirir un mayor número de productos y variedades de estos⁸. Se puede decir que la legislación de defensa de la competencia es un sistema de normas y políticas que procuran asegurar un mercado competitivo que procura la libre interacción entre compradores y vendedores en un proceso dinámico de intercambio.

La legislación sobre defensa de la competencia tiene como uno de los objetivos principales el mantenimiento y el desarrollo de una competencia eficaz de los mercados, teniendo en cuenta el comportamiento de los agentes económicos o actuando sobre las estructuras del mercado.

Los consumidores están motivados por el deseo de comprar productos de mejor calidad al más bajo precio. Mientras que los vendedores intentan determinar cuál es el deseo de los consumidores y proveer productos de alta calidad y a mejores precios, a su vez intentan producir aquellos productos gastando la menor cantidad de recursos posibles.

⁸ NAZAR ESPECHE, Félix A. “defensa de la competencia” tomo I, 2001, Buenos Aires

Otros objetivos que se pueden citar son la protección al consumidor, redistribución y la protección a los competidores.

Protección al consumidor, a pesar de que existe un consenso más o menos generalizado en cuanto a que el principal objetivo del Derecho de la Competencia debe ser la maximización del bienestar del consumidor, no existe tal consenso en cuanto a la forma o los medios con los que conseguir tales objetivos. Dicho bienestar del consumidor debe ser alcanzado mediante la protección del proceso competitivo y no mediante la protección del consumidor en sí. Un ejemplo típico es el de la jurisprudencia en materia de precios excesivos, durante muchos años se intentó utilizar las leyes de competencia para acusar a las empresas de fijar precios demasiados altos.

El problema con la utilización del derecho de competencia para asumir un control directo de los precios de las empresas es que muchas veces el regulador está en una mala posición para poder determinar cual sería el precio en un mercado competitivo. De hecho el regulador al querer fijar un precio puede terminar provocando mayores distorsiones que las que intenta paliar.

Redistribución, en ocasiones se han perseguido objetivos que tienen más que ver con la promoción de una economía equitativa que con la de una economía eficiente. Mediante el intento de reducir la acumulación de recursos en grandes empresas, por ser considerado esto como una amenaza a la democracia misma.

Protección de los competidores, la protección debe aplicarse de forma tal que proteja a los competidores pequeños de los rivales más fuertes, viendo este objetivo como intrínseco a la protección del proceso competitivo. El problema de esta forma de ver la competencia es que mediante la protección del más pequeño se puede estar premiando a la empresa ineficiente y castigando a la eficiente, puesto que si la última es capaz de fijar precios menores que eliminen a sus competidores más pequeños, esto será seguramente debido a que tiene unos menores costos.

2.5 Caracteres de la ley

Nuestra ley de Defensa de la Competencia reviste un doble carácter, ley de fondo (contemplado en los Capítulos I, II y III) y de procedimiento o forma (Capítulos IV, VI, VIII y IX).

La ley 25.156 establece la prohibición de una serie de conductas y operaciones, y como consecuencia a esas se establece un régimen de sanciones en caso de violarse esas prohibiciones.

En torno a este último punto, algunos autores concluyen que actualmente la ley ha despenalizado el derecho de la competencia, incorporándolo al derecho comercial; otros consideran que debería ser incluida en la órbita penal administrativa, atento que existen sanciones de multa y por el texto expreso de la norma, ejemplo Art. 56 que declara aplicable en los casos no previstos el Código Penal de la Nación y el Código Procesal Penal.

El artículo 3⁹ de la mencionada ley determina cuestiones que son muy importantes, el primer párrafo del citado artículo establece el ámbito de aplicación personal y territorial de la ley; y en el segundo párrafo regula el “principio de la realidad económica”, lo que determinará cual es la realidad oculta detrás de una conducta.

El primer párrafo del artículo 3 de la ley 25.156, se aplica a todas las personas físicas o jurídicas públicas o privadas, con o sin fines de lucro, que realicen actividades económicas dentro o fuera del país, exigiendo que en el último caso, sus actos o

⁹ ARTICULO 3 Ley 25.156: Quedan sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional. A los efectos de esta ley, para determinar la verdadera naturaleza de los actos o conductas y acuerdos, atenderá a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan.

actividades produzcan efectos dentro del mercado nacional. El concepto de persona jurídica comprende el Estado Nacional, las Provincias y Municipios, entidades autárquicas, la Iglesia Católica, colegios profesionales, sindicatos, entidades empresariales, empresas y sociedades del Estado, asociaciones y fundaciones, sociedades civiles y comerciales, así como también aquellas entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización estatal para funcionar (artículo 33 del Código Civil¹⁰).

El segundo párrafo del artículo 3 establece el *principio de la realidad económica*, que consiste en un criterio para la correcta interpretación de la ley por parte de la autoridad de aplicación.

Tal como surge de la última parte de los artículos 1° y 7° de la ley de defensa de la competencia¹¹ las prácticas que restrinjan la competencia y la concentración económica, estarán prohibidas y serán sancionadas en la medida que afecten y causen un perjuicio al interés económico general.

Interés económico general es difícil de procesar, ya que es un concepto amplio y nada fácil de definir.

Nuestra ley de defensa de la competencia exige que se afecte el interés económico general para que una conducta sea prohibida y sancionada. Por lo tanto, para la aplicación de la ley es necesario que los actos o conductas, y las concentraciones económicas, produzcan un interés contrario al interés económico general, para la efectiva aplicación de la ley no rige el principio de prohibición absoluta, principio donde las conductas se consideran ilegales por sí solas, por lo que no se hace necesario evaluar su impacto económico en términos de eficiencia o posibles beneficios al

¹⁰ Art. 33 Código Civil puede consultarse en www.infoleg.gov.ar

¹¹ Arts. 1° y 7° de la Ley 25.156 puede consultarse en www.infoleg.gov.ar

consumidor, sólo se requiere demostrar la ocurrencia de la conducta para proceder a imponer sanciones.

Para aplicar la legislación se requiere la demostración de la existencia de efectos económicos negativos para la comunidad; de esta forma, para el análisis de una conducta o acto restrictivo, se utiliza la regla de la razón, ello supone que la aplicación de la legislación dependerá del equilibrio entre los efectos de una determinada conducta o concentración y el logro de una mayor eficiencia económica.

En base a las sanciones la doctrina ha analizado la naturaleza de las mismas y se ha pronunciado de distinta manera, para algunos la ley de defensa de la competencia ha despenalizado totalmente el derecho de la competencia y por lo tanto incorporó sus normas en la órbita del derecho comercial; mientras tanto otros doctrinarios opinan que atento que existen sanciones de multa y por el texto expreso de algunas disposiciones, como por ejemplo el Art. 56 de la ley que declara aplicable a los casos no previstos el Código Penal de la Nación y el Código Procesal Penal, consideran que las normas deberían ser incluidas dentro de la órbita penal administrativa.

2.6 Conclusión

A lo largo de este capítulo hemos definido los conceptos básicos del derecho de la competencia, se ha hecho una referencia a la protección dentro del Derecho Constitucional.

En este capítulo centramos principalmente cual es el bien jurídico protegido y los objetivos de la ley, protegiendo tanto a los comerciantes como a los consumidores los que se verán beneficiados ya que obtendrán mejores productos a bajos costos.

A su vez, nos centramos en las principales características de la Ley N° 25.156, estableciendo el principio de la realidad económica y que para ser pasible de una

sanción es necesario que los actos o conductas, y las concentraciones económicas, produzcan un daño al interés económico general.

Capítulo III

AUTORIDADES Y SANCIONES

Sumario: 1. Introducción 2. Conductas prohibidas 3. Abuso de posición dominante 4. Concentraciones y fusiones 5. Autoridad de aplicación 6. Sanciones aplicables 7. Conclusión

3.1 Introducción

A lo largo de este capítulo analizaremos en profundidad cuales son los distintos tipos de conductas, y cuales se encuentran prohibidas por nuestra ley.

Definiremos que es abuso de posición dominante, cuando se cuenta con abuso de posición.

Estudiaremos la cuestión de las concentraciones y fusiones.

Terminando este capítulo haciendo un análisis de quien es según la Ley N° 25.156 la autoridad de aplicación y cuales son las sanciones que se le puede imponer a quien no cumpla con lo establecido en la citada ley.

3.2 Conductas prohibidas

La ley estructura de dos maneras la defensa de la competencia, la primera a través de una *política de comportamiento*, aquellas normas que se focalizan en la detección y sanción de actos, conductas y todo aquel comportamiento restrictivo de la competencia que implique un abuso de posición dominante en los mercados, basándose en lo mencionado en el Art. 1, 2, 4 y 5¹².

En segundo lugar lo hace a través de la llamada *política estructural*, la cual se encuentra dirigida a las estructuras de mercado, las cuales en última instancia estarán encargadas de llevar a cabo las conductas y comportamientos anticompetitivos.

Nuestro ordenamiento jurídico en referencia al tema que nos compete gira en torno a tres figuras básicas de conductas sancionables que son la restricción de la

¹² Arts. 1, 2, 4 y 5 de la Ley 25.156 puede consultarse en www.infoleg.gov.ar

competencia, el abuso de posición dominante y la ilicitud en materia de concentración económica la cual se encuentra establecida en el Art. 7.

La ley establece que están prohibidos y serán sancionados conforme con las normas de la ley 25.156 todos los actos y conductas que tienen por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, siempre que dichos actos o conductas resulten en perjuicio del interés económico general.

En conclusión se prohíbe y se penaliza las conductas que restringen la competencia o el ingreso al mercado siempre que tengan la potencialidad de causar un perjuicio al interés económico general.

La ley presupone los siguientes requisitos:

- Conducta o práctica restrictiva de la competencia (Arts. 1° y 2°), o un abuso de posición dominante en el mercado por parte de una empresa (Arts. 1°, 4° y 5°) o bien una operación de concentración económica (Arts. 6 a 16).
- Que las conductas descriptas en el punto anterior tengan por finalidad la restricción de la competencia (Arts. 1° y 7°)
- Que esos actos o conductas puedan causar un perjuicio al interés económico general (Arts. 1° y 7°).

Se puede clasificar a las conductas prohibidas de distinta manera: conductas colusivas o acuerdos entre pares que no tengan finalidad exclusoria; casos de abuso de posición dominante; casos que tienen finalidad de obstaculizar y excluir competidores; casos de concentración económica anticompetitiva.

Las conductas colusivas anticompetitivas están tratadas en el Art. 1 de la ley, también la encontramos en los supuestos enunciados a manera de ejemplo en el Art. 2 de la norma. Esta clase de ilícito anticompetitivo es comprensiva de todo tipo de actos o

conductas de cualquier forma, podrán ser actos bilaterales o multilaterales, ejemplo acuerdo entre compañías, decisiones de Cámaras empresariales, o cualquier otro modo de acción concertada entre competidores.

La colusión se define como una situación en la cual una serie de firmas acuerdan no competir entre ellas con el objeto de incrementar los beneficios conjuntos de todos.

Esta acción es la cual los competidores se relacionan unos con los otros, con la finalidad de restringir la competencia.

Los actos para que se consideren restrictivos de la competencia deberán tener relación con la producción e intercambio de bienes y servicios; tener por objeto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia, lo que implica que frente a un supuesto ilícito anticompetitivo habrá que analizar si el objeto, el fin buscado por las partes, es limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia, si la finalidad es esta se podrá aplicar la ley; que de los actos o conductas resulte un perjuicio al interés económico general.

Las tres prácticas colusivas más comunes son el acuerdo de precios (ejemplificado en los incisos a) y g) del artículo 2, esta prohibición y sanción es fundamental atento que inciden sobre uno de los pilares del sistema de economía de mercado que es el precio y la libertad para poder fijar el mismo.

Otro tipo de práctica colusiva es el acuerdo sobre cuotas o cantidades de producción, este está contemplado expresamente en el inciso b) del artículo 2, la cantidad ofrecida sobre un determinado producto incide en los precios de los mismos y es un elemento esencial dentro del contexto competitivo. Es así que desde un punto de vista jurídico la competencia tiene lugar a través de los precios como así también en los volúmenes y calidad de la producción, desarrollos y conocimientos técnicos, comercialización y distribución de los bienes. La restricción de la competencia,

reduciendo la oferta, tendrá una incidencia directa en el precio de los mismos, lo que generará un perjuicio para los consumidores.

La última de las prácticas colusivas es el acuerdo por los cuales se reparten los mercados, las empresas actúan en determinados mercados, en relación con ciertos productos o respecto de las personas que participan de él, limitando la competencia entre ellas en cada una de las subdivisiones creadas mediante dicha conducta. El reparto del mercado implica la abstención de competir en los sectores reservados, ya sea expresa o implícitamente, a la competencia. Con esto lo único que se logra es perder el control de los precios y la eliminación de los incentivos propios de la competencia.

Por lo tanto, los actos o conductas que constituyen prácticas restrictivas de la competencia son:

- La fijación o manipulación de precios de venta o compra de bienes
- La imposición de restricciones a la producción o comercialización de bienes
- El reparto de zonas, mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento
- La obstaculización del ingreso a personas en un mercado o los actos tendientes a su exclusión
- La imposición de negocios
- La enajenación de bienes o prestaciones de servicios a precios inferiores a su costo

La ley no sanciona los actos o conductas prohibidas simplemente porque sí, estos deben ser potencialmente perjudiciales para la comunidad. Por lo que la existencia de una restricción a la competencia no significa automáticamente se traduzca en un acto

ilegal punible, sino que debe ser previamente evaluada con el propósito de determinar si existe o no un peligro para el interés económico general.

El objetivo que busca alcanzar la ley es la competencia justa entre empresas y así obtener un beneficio para los consumidores ya que estos tendrán productos de calidad al menor costo posible, previo análisis de cada conducta ya que no será punible si no genera un peligro al interés económico general.

3.3 Abuso de posición dominante

El Art. 1 de la ley de Defensa de la Competencia prohíbe los actos o conductas que “constituyan abuso de posición dominante en un mercado, de modo que puede resultar un perjuicio al interés económico general”, en este artículo se encuentra expresamente prohibida este tipo de conducta.

El Art. 4 establece que “una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de conducta o de servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo, o cuando sin ser la única no esta expuesta a la competencia, o cuando por el grado de integración vertical u horizontal esta en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante del mercado, en perjuicio de estos”.

La figura de abuso de posición dominante está inspirada en la legislación europea. Esta legislación no prohíbe detentar una posición dominante, si el abuso de esa posición. Las normas sobre abuso de posición están dirigidas a controlar conductas de las empresas que ya han adquirido una posición predominante en el mercado.

Para que sea pasible de sanción, es necesario que realice actos o conductas que impliquen un abuso de esa posición de dominio, y que de ese accionar resulte un perjuicio al interés económico general.

Para desarrollar la presente figura es necesario precisar cuando existe una posición dominante en el mercado (Arts. 4° y 5°¹³), para ello hay ciertas cuestiones que tener en cuenta.

Lo primero es determinar cual es el mercado en el que se puede dar el presunto abuso de posición dominante, una vez definido esto se debe analizar la estructura del mismo. Mercado se lo define como el ámbito en el que se ofrecen y requieren bienes para satisfacer las necesidades de los consumidores.

Lo siguiente a tener en cuenta es, si existe posición dominante por parte del presunto responsable del abuso. La idea de posición de dominio tiene relación con el poder de mercado, que puede definirse como la capacidad de un agente económico de influir sobre los precios del mercado.

Abuso de posición dominante se lo ha definido como “una posición de fortaleza económica disfrutada por una empresa que le permite a la misma evitar que una competencia efectiva sea mantenida en el mercado relevante, confiriéndole la posibilidad de comportarse en una medida apreciable en forma independiente de sus competidores, clientes y en definitiva de sus consumidores¹⁴ ”.

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 4° de la ley bajo estudio existirá una posición dominante de parte de una persona, si para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo; cuando si el único oferente o demandante, esa persona no está expuesta a una competencia sustancial; o cuando por el grado de integración vertical u horizontal esa persona está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos¹⁵.

¹³ Arts. 4° y 5° ley 25.156 puede consultarse en www.infoleg.gov.ar

¹⁴ Gabriel Martínez Medrano “Control de los monopolios y defensa de la competencia”– Ed. Lexis Nexis - 2002 – Buenos Aires

¹⁵ Art. 4 ley 25.156 puede consultarse en www.infoleg.gov.ar

El artículo 5, complementa el artículo anterior, donde da una serie de pautas a tener en cuenta a fin de establecer la existencia o no de posición dominante por una o más personas de un determinado mercado. Las circunstancias incluidas en este artículo ya sea; el grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma; el grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; el grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder. Estas no limitan a la autoridad de aplicación.

Otra cuestión a tener en cuenta, consistirá en analizar si quien detenta la posición dominante, abusa de la misma en el mercado previamente delimitado.

En torno al concepto de abuso, parte de la doctrina ha dicho “que se considera una conducta como abusiva cuando el que detenta la posición dominante utiliza las posibilidades que de ella se derivan para obtener ventajas que no obtendría en el caso de que existiera una competencia practicable y suficientemente eficaz¹⁶”, una empresa con posición dominante la ejerce en forma abusiva si su comportamiento obstaculiza por medios diferentes una competencia normal, basando las prestaciones y servicios que brindan los diferentes operadores del mercado.

Por último, se tendrá que determinar si ese ejercicio abusivo de posición dominante en un mercado, resultará un perjuicio para el interés económico general.

El abuso puede ser, “*exclutorio*” conducta por la cual una empresa se aprovecha de su posición dominante para excluir a sus actuales o potenciales competidores;

¹⁶ Gabriel Martinez Medrano “Control de los monopolios y defensa de la competencia”– Ed. Lexis Nexis - 2002 – Buenos Aires

“*abuso explotativo*” la empresa fija precios superiores a los competitivos sin que ello implique ninguna restricción al régimen de competencia.

El derecho europeo distingue las conductas anticompetitivas concertadas de las unilaterales. Para que una conducta unilateral de una empresa pueda afectar el régimen de competencia se requiere, que esa cuente con poder de mercado suficiente. El abuso de posición dominante es la conducta abusiva unilateral que puede ser exclusoria, cuando se dirija únicamente a limitar la competencia, con el fin de excluir o impedir el acceso de uno o varios competidores al mercado; mientras que tal como explicamos anteriormente la explotativa tiene como finalidad ejercer poder de mercado para poder cobrar precios abusivos. Sin embargo la legislación europea sanciona expresamente la imposición de los llamados “precios no equitativos”.

En Estados Unidos la figura del abuso de posición dominante no está legislada. El antitrust norteamericano sólo sanciona conductas exclusorias y no castiga cuando mediante el ejercicio directo de poder de mercado se imponen precios abusivos. La monopolización es la conducta por la cual se pretende obtener poder de mercado excluyendo a los competidores o impidiéndoles el acceso al mercado, esta es una práctica típicamente exclusoria y no se sanciona cuando el monopolio se obtiene mediante una mayor eficiencia económica que sus competidores.

En nuestro país antes que el concepto de “abuso de posición dominante” hubiese llegado al grado de desarrollo actual se lo oriento en base a las disposiciones del código civil que castigaba el abuso del derecho. Este instituto se sirvió del derecho civil para luego lograr su independencia, para evitar así recurrir a las disposiciones sumamente amplias y vagas como las que podían resultar aquellas que tiene el abuso del derecho.

Hoy en día abuso del derecho y abuso de posición dominante son figuras independientes, a continuación marcaremos el porque de esa diferencia, el abuso del derecho parte de la existencia de un derecho subjetivo cuyo ejercicio entra en colisión

con un interés ajeno no tutelado por la norma específica, la colisión se produce por el ejercicio antisocial de un derecho subjetivo que daña el interés de un tercero; mientras que el abuso de posición dominante, como ejercicio antifuncional se encuentra específicamente sancionado por una norma legal¹⁷.

El interés de los terceros (interés de entrar en el mercado, o actuar en un marco de competencia no distorsionado) esta tutelado por la norma que sanciona como ilícita el abuso de posición dominante.

En el abuso de posición dominante en el mercado nos enfrentamos a una ilicitud específica, objetivo de una sanción penal, en cambio los supuestos de abuso del derecho se carece de tal determinación y la ilicitud proviene de transgredir los principios generales que informan el ordenamiento jurídico.

El abuso de posición es considerado acto ilícito e incluso sancionado penalmente que afecta un interés público de carácter general.

La actual ley de defensa de la competencia (al igual que el anteriormente mencionado decreto-ley 22.262) reprime el abuso de posición dominante. Cabe necesario destacar al respecto de la ley que no prohíbe la posición dominante en un mercado determinado en sí mismo, sino que se sanciona la utilización abusiva de una posición de dominio, aquellos actos que se consideren nocivos respecto de la competencia y del interés económico general. Entonces a modo de breve conclusión o como consecuencia de todo esto se puede decir que el monopolio o los oligopolios no están prohibidos o sancionados por la ley 25.156

La ley establece también que una o varias personas gozan de posición dominante cuando son las únicas oferentes o demandantes de una determinada clase de productos o servicios dentro del mercado local o en una o varias partes del mundo, o cuando no

¹⁷ MARTINEZ MEDRANO, Gabriel, “ Control de monopolios y defensa de la competencia” Lexis Nexis, tomo I, 2002, Buenos Aires

siendo la única oferente o demandante, no se encuentre expuesta a una competencia sustancial.

La ley considera que para establecer la existencia de posición dominante en un mercado deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

- El grado en que el bien o servicio es sustituible por otro (sea nacional o extranjero)
- Las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma
- El grado en que las restricciones normativas limitan el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate
- El grado en el que un sujeto pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado
- El grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder

En conclusión la ley no sanciona ni prohíbe la posición dominante, sólo se castigara la utilización abusiva de posición dominando cuando aquellos actos sean nocivos para la libre competencia y vulnere el interés económico general, ya que como hemos mencionado con anterioridad este es el bien jurídico protegido por la ley.

3.4 Concentraciones y fusiones

El tema de las concentraciones y fusiones fue un tema que no estaba contemplado en el derogado decreto-ley 22.262.

La novedad que trajo nuestra actual ley de defensa de la competencia, en su Capítulo III (Art. 6° a 16°) fue incorporar un sistema de control previo de fusiones y concentraciones económicas, prohibiendo posteriormente al estudio de las mismas las

que puedan ocasionar una restricción a la competencia y por lo tanto afectar el interés económico general.

Si luego del estudio, se determina que no se afecta el interés económico general o no se restringe la competencia, o la restricción puede corregirse o evitarse, dichas operatorias pueden ser autorizadas con o sin limitaciones (Art. 13° ley 25.156¹⁸).

Las leyes argentinas que regularon la defensa de la competencia con anterioridad, carecían de un sistema de control previo de fusiones, el control se realizaba a través del artículo 1 de la ley, y para las operaciones de concentración económica encuadraran dentro de las conductas prohibidas debía probarse que se limitaba, se restringía o se distorsionaba la competencia y además que causen un perjuicio al interés económico general.

Por lo tanto, el sistema adoptado por la ley 25.156 es muy beneficioso, ya que evita los altos costos que supone una operación de concentración que posteriormente se deba dejar sin efecto. El control de concentración es previo, eso hace que se pueda evitar los perjuicios a la competencia que puedan ocasionar, cosa que con el sistema anterior no se lograba, ya que era prácticamente imposible corregir los efectos anticompetitivos originados por operaciones una vez que estas se habían iniciado.

La autoridad de aplicación frente a cada caso determinará si la operación de concentración económica tiene efectos *anticompetitivos* las concentraciones pueden implicar un peligro potencial para la competencia de los mercados, y con la concentración adquirir una posición dominante, asimismo al reducirse el número de competidores puede facilitarse la practicas que restrinjan la competencia, en consecuencia se denegará la autorización de la operación; o tiene efectos *pro-competitivos* con esto se buscará la reducción de costos, se mejore la calidad y por lo

¹⁸ Art. 13 ley 25.156 puede consultarse en www.infoleg.gov.ar

tanto se aumente la producción de mercado, por lo tanto estas conductas estarán permitidas.

La doctrina afirma que las concentraciones económicas son “operaciones que implican que dos unidades económicas que funcionaban de manera independiente entre sí, pasan a convertirse en una única entidad o en parte del mismo grupo empresario. Dentro de dichas operaciones pueden incluirse a las fusiones (por las cuales dos o más empresas se transforman en una sola) y a las adquisiciones que implican la toma de control de una empresa por parte de otra. En este último concepto entran tanto las adquisiciones de acciones y cuotas de capital como ciertas adquisiciones de activos¹⁹”.

Según la ley, en su artículo 6° se entiende por *concentración económica* la toma de control de una o varias empresas, a través de ciertos actos que a continuación detallaremos:

- Fusión entre empresas
- Transferencia de fondo de comercio
- Adquisición de acciones o participaciones de capital
- Cualquier otro tipo de acuerdo que suponga la cesión de activos u otorgue poder de decisión sobre las empresas en cuestión

En este artículo se define a la concentración económica como la toma de control de una o varias empresas a través de determinados actos, y a continuación enumera los actos por medio de los cuales se puede tomar el control de una o varias empresas. Se puede decir el concepto de concentración económica se equipará con el de toma de control de una o varias empresas.

El principio general de la ley de defensa de la competencia es prohibir las concentraciones económicas cuyo objeto sea o pueda ser la disminución, restricción o

¹⁹ Coloma Germán “Defensa de la competencia”, Editorial Ciudad Argentina – Año 2003

distorsión de la libre competencia, de modo que acarree un perjuicio para el interés económico general.

La nueva ley 25.156 al introducir el control de las concentraciones económicas incorpora un aspecto sobre competencia que ya está contemplado en otras legislaciones.

Es importante resaltar que el fin inmediato de dicho control no es prohibir las adquisiciones o fusiones de empresas, sino evitar conformaciones económicas que por su envergadura puedan afectar el correcto funcionamiento del mercado.

Las concentraciones empresarias provienen de fusiones y adquisición de empresas impulsadas para adquirir ventajas competitivas que posibiliten un mejor desempeño en el mercado; pero esto puede resultar perjudicial para la comunidad, la evaluación previa tiene como objetivo evitar únicamente aquellas que puedan finalmente resultar perjudiciales para la sociedad.

La ley implica un mecanismo que consiste en analizar los problemas estructurales futuros de los mercados, problemas que surgirían de la concentración económica.

El Art. 8 de la ley determina las operaciones objeto de notificación, en el presente se dispone la obligación de notificar las operaciones de concentración económica que vimos en el Art. 6 ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, en forma previa o con un plazo máximo de una semana desde la fecha de conclusión del acuerdo.

En el segundo párrafo del Art. 8 define el volumen de negocio “como los importes resultantes de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por las empresas afectadas durante el último ejercicio que correspondan a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, así como del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos directamente relacionados con el

volumen de negocios”, al hablar de volumen neto, se refiere una vez descontado deducciones e impuestos. Para tener en cuenta el volumen del negocio se tendrá en cuenta las empresas afectadas.

Hay exención al deber de notificar, el primer caso estaría dado en las operaciones cuyo volumen del negocio no supere los \$ 200 millones, otro supuesto son las transferencias que se hagan a favor del Estado Nacional, Provincial o Municipal. El Art. 10 agrega otros supuestos que son empresas de las cuales el comprador ya poseía mas del 50 % de las acciones, en este caso no estaríamos frente a un cambio estructural de la empresa.

A su vez, tal como afirmamos anteriormente el Art. 8 establece el plazo para notificar la operación de concentración ante la autoridad de aplicación. La misma debe notificarse previamente o en el plazo de una semana desde la conclusión del acuerdo, publicación de la oferta de compra o la adquisición de una participación de control; el plazo comienza a correr desde el momento que ocurra el primero de los acontecimientos antes mencionados.

En caso de no notificar dentro de los plazos previstos, las empresas participantes serán pasibles de una multa de hasta un millón de pesos diarios, contados desde el vencimiento de la obligación de notificar (Art. 46 inc. D²⁰).

El Art. 11 de la ley establece que el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia fijará que información y antecedentes las personas deben proveer al Tribunal y los plazos en que dicha información y antecedente deben ser provistos.

²⁰ Art. 46 inc. D ley 25.156 puede consultarse en www.infoleg.gov.ar

3.5 Autoridad de aplicación

El Capítulo IV de la ley, de los Arts. 17 a 24, se ocupa de desarrollar lo relativo al organismo de aplicación de la misma, en la cual se crea el Tribunal de Defensa de la Competencia el que reemplaza a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

La diferencia entre ambos organismos es que el Tribunal de Defensa de la Competencia es un organismo autárquico, con facultades de dictar resoluciones definitivas en sede administrativa, mientras que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia era un organismo dependiente de la antigua Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, el cual se encontraba dentro de la órbita del Ministerio de Economía, y su función era emitir recomendaciones que podían ser decepcionadas por el Secretario de Industria y Comercio, quien en última instancia dictaba la resolución administrativa en materia de competencia.

La creación del Tribunal tiene por objeto jerarquizar el órgano que será encargado de aplicar la ley de defensa de la competencia, dotándolo de independencia de criterio y otorgándole capacidad respecto del Poder Ejecutivo Nacional.

El Tribunal de Defensa de la Competencia aún no se ha creado, por lo tanto, de acuerdo con lo que expresa el artículo 58 de la ley, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia tendrá a su cargo la aplicación de las causas que versen sobre esta materia.

El artículo 18 de la ley establece que el Tribunal estará integrado por siete miembros, de los cuales dos por lo menos deberán ser abogados y otros dos profesionales en ciencias económicas y que todos ellos tengan más de cinco años en el ejercicio de la profesión

El artículo 19 establece que los miembros serán designados por el Poder Ejecutivo Nacional, previo concurso público de antecedentes y oposición ante un Jurado

integrado por el Procurador del Tesoro de la Nación, el Secretario de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos de la Nación, los presidentes de las Comisiones de Comercio de ambas Cámaras del Poder Legislativo de la Nación, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y los presidentes de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Nacional de Ciencias Económicas. La anterior ley, la 22.262, disponía que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia estaba integrada por un Directorio, compuesto por un Presidente y cuatro vocales, que eran designados por el Ministerio de Economía.

Si bien el Tribunal tendrá su sede en la Ciudad de Buenos Aires (Art. 17²¹), el mismo podrá constituirse o sesionar en cualquier lugar del territorio de la República, dicha actuación se llevará a cabo mediante delegaciones que se concretarán en virtud de convenios que celebrará el Tribunal. Al día de la fecha sólo se ha celebrado un convenio con la Provincia de Mendoza, la que estableció una delegación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en dicha Provincia.

La ley brinda distintas funciones y facultades que tiene la autoridad de aplicación (Art. 24), sin perjuicio de otras que se desprendan de la misma.

Algunas de las facultades son: la posibilidad que tiene el Tribunal de realizar estudios e investigación de mercado que este considere pertinente, para poder desarrollar la misma lo faculta a requerir a particulares y autoridades Nacionales, Provinciales o Municipales, y asociaciones de consumidores, documentación y la colaboración que juzgue necesaria.

Otras funciones que enumera la ley son las facultades de celebrar audiencias con el presunto responsable, recibirles declaración y ordenar careos; imponer sanciones establecidas por la ley; organizar el Registro Nacional de la Competencia, solicitar al juez competente las medidas cautelares que estime pertinente las que deberán ser

²¹ Art. 17 ley 25.156 puede consultarse en www.infoleg.gov.ar

resueltas en el plazo de 24 horas, suspender los plazos procesales de la presente ley por resolución fundada, entre otras.

El Art. 26 establece el procedimiento para la imposición de sanciones que pueden ser iniciadas de oficio por el Tribunal.

El Capítulo VI, fija el *procedimiento* por el cual tramitan las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia.

El procedimiento se puede iniciar de oficio por el mismo Tribunal o por denuncia que deberá contener nombre y domicilio del presentante, nombre y domicilio del denunciante, objeto de la denuncia, hechos en que se funde y el derecho expuesto (Art. 28), ofreciendo la prueba de que disponga los denunciantes, la denuncia puede realizarla cualquier persona física o jurídica, pública (incluso Secretaría de Defensa de la Competencia y del consumidor) o privada.

Una vez que se presenta la denuncia, la autoridad de aplicación efectúa un examen de pertinencia, para ver si se cumple con los requisitos del Art. 28, en caso afirmativo, se corre traslado de la misma y de la prueba ofrecida por diez días al presunto responsable (Art. 29) a fin de que de las explicaciones que considere pertinentes. Si la investigación se inicio de oficio por parte del Tribunal, deberá declararlo por resolución fundada y debe ser notificada al denunciante y a la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor. Frente a esta resolución denegatoria, pueden interponer contra la misma el recurso de apelación previsto en el Art. 52 de la ley.

El presunto infractor tiene diferentes opciones en relación al traslado, una de ellas es contestar el mismo y que las explicaciones que el sujeto brinde sean consideradas satisfactorias por parte del Tribunal, en este caso se dispone el archivo de las actuaciones, esa resolución se notifica al denunciante y a la Secretaría de Defensa de

la Competencia y del Consumidor, quienes podrán interponer el recurso de apelación previsto en el Art. 52 de la ley; otra opción es contestar el traslado y que las explicaciones no se consideren satisfactorias, en este supuesto el Tribunal resolverá proceder o no sobre el sumario (Art. 30); y finalmente puede no contestar el traslado, vencido el plazo de diez para contestar el Tribunal resolverá la instrucción del sumario.

La etapa instructora debe realizarse dentro del plazo de ciento ochenta días sobre la procedencia de la instrucción.

Finalizada la etapa de instrucción el Tribunal puede decidir que no existe suficiente mérito para la prosecución del trámite, por lo tanto se dispondrá por resolución fundada el archivo de las actuaciones; por el contrario si entiende que hay que continuar con el procedimiento, se dictará resolución fundada con las conductas que se le atribuyen al presunto responsable, se corre traslado para que en un plazo de quince días desde la notificación, efectúen su descargo y ofrezcan la prueba que estos consideren pertinente.

Desde la notificación de la resolución, empieza a correr la etapa de plenario, en esta etapa el Tribunal deberán ofrecer la prueba de que intenta valerse.

Producido el traslado para el descargo y contestación, se abre una etapa de prueba cuyo plazo será de noventa días. Concluido este plazo, el Tribunal cerrará la etapa probatoria, y se pondrá la causa para alegar, que se deberá realizar dentro de los seis días que pone fin a la etapa probatoria. Las partes pueden alegar sobre el mérito de la prueba.

Vencido el plazo para alegar, el Tribunal dispondrá de sesenta días, como máximo, para dictar la resolución la cual pone fin a la etapa administrativa.

El Tribunal podrá sancionar a los infractores de la ley, entre las sanciones puede establecer el cese de los actos o conductas previstos en los Capítulos I y II de la ley,

puede imponer multas, en caso que se compruebe abuso de posición dominante podrá imponer condiciones que apunten a neutralizar los aspectos que distorsionen la competencia, a su vez puede pedir al juez competente que disuelva, liquida a la empresa infractora; otra opción es que el Tribunal desestime la denuncia, la resolución será notificada a los interesados, una vez firme se publicará en el boletín oficial y en diarios de mayor circulación del país.

Los Arts. 52 y 53 establecen cual es el procedimiento para la revisión de las decisiones del Tribunal. Las resoluciones que son apelables son las sanciones previstas en el Art. 46 de la ley; la que ordene la abstención de una conducta (Art. 35); las que dispongan la prohibición respecto de la concentración económica; las que disponga la desestimación de la denuncia por parte del Tribunal, ya se por improcedente o por entender que no existe infracción a la ley; las resoluciones que ordenen o nieguen medidas cautelares previstas en el Art. 35 de la ley.

El plazo para interponer el recurso de apelación es de quince días desde la notificación de la resolución. El recurso se debe interponer fundado ante el Tribunal, que dentro de los cinco días, correrá vista de los agravios a las demás partes del procedimiento, y luego elevará el expediente a la Cámara Federal que corresponda, puede ser la Cámara Federal en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Buenos Aires o la Cámara Federal del interior del país.

Una vez firme la resolución sancionatoria ordenando cualquier sanción, promoverá la acción judicial correspondiente ante el juez competente, a efectos de cobrar las multas dispuestas o la disolución de las empresas infractoras.

El Tribunal debe designar un representante legal a fin de promover e instar las acciones judiciales tendientes a ejecutar sus resoluciones.

En su Art.35 se establecen una serie de medidas cautelares que puede establecer el Tribunal, las cuales consisten en ordenar el cumplimiento a los presuntos infractores o bien ordenarles el cese o que se abstenga de realizar determinada conducta que puede resultar lesiva para la competencia del mercado.

La finalidad que tienen estas medidas cautelares es la prevención, evitar que se pueda producir una grave lesión que impida la libre competencia.

3.6 Sanciones aplicables

El Capítulo VII de la ley, establece las distintas sanciones que se les puede aplicar a las personas que no cumplan con las disposiciones de la presente normativa.

El Art. 46 establece los distintos tipos de sanciones previstas por ley, y son aplicadas por el mismo Tribunal de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de otras sanciones que pudieran corresponder.

Algunos ejemplos de otros tipos de sanciones son cuando se incurre en una falsa denuncia (Art. 45) o a quienes obstruyeran o dificultaren la investigación (Art. 50). Cabe aplicar a los sujetos que violen la ley de defensa de la competencia y dañan el accionar de una persona física o jurídica, la reparación de daños y perjuicios, esto se encuentra contemplado en el Art. 51 de la ley.

Tal como dijimos anteriormente, la ley establece dentro de su articulado los diferentes tipos de sanciones que pueden ser aplicados por la autoridad competente de aplicación de la ley, y en otros por el juez competente en la materia.

Los distintos tipos de sanciones son: multas son de tipo administrativo, básicamente por realizar un acto anticompetitivo, se aplican una vez finalizado el procedimiento previsto en la ley, el cual explicamos en capítulos anteriores; multas por

incumplir con la notificación de informar una operación de concentración económica; incumplir con el compromiso de cese de las conductas anticompetitivas. Otras sanciones son el cese de los actos y remoción de sus efectos (Art. 46 inc. a); disolución, liquidación o división de la empresa infractora de la competencia, esta última sanción es de extrema gravedad, no puede ser impuesta directamente por el Tribunal de Defensa de la Competencia, sino que éste las solicita y el juez competente es quien resuelve que se imponga la sanción y la ejecute (Art. 46 inc. c).

Los Arts. 54 y 55 de la ley se ocupan expresamente de la prescripción de las acciones que nacen las infracciones previstas en la misma.

El plazo de prescripción de las acciones que nacen de las infracciones es de 5 años, esto está contemplado en el Art. 54. Este plazo de prescripción se encuentra discutido por parte de la doctrina atento a parte de ella entiende que este plazo se aplica a las infracciones pero no a la reparación de daños y perjuicios previsto en el Art. 51, a la cual se le aplica las normas del derecho común, lo cual incluiría las normas de prescripción. La postura más amplia entre los que están autores como Martínez Medrano opinan que las acciones civiles la pueden ejercer los damnificados dentro del término del Art. 51, es decir cinco años.

También está muy discutido desde cuando comienza a correr el plazo de prescripción, algunos autores entienden que es a partir del momento que cesa la conducta investigada; mientras que el resto de la doctrina considera que el plazo comienza desde el momento de la comisión de la infracción o desde que el damnificado tome conocimiento de la misma.

El Art. 55 se ocupa de establecer cuando se interrumpe el plazo de prescripción, son dos los supuestos, el primero por la comisión de un nuevo hecho sancionado por la ley; el otro supuesto es la interposición de la denuncia.

3.7 Conclusión

A lo largo de este capítulo hemos identificado específicamente cuales son los distintos tipos de conductas prohibidas por la ley.

Se hizo hincapié en el abuso de posición dominante, definiendo el mismo y dando las principales características de cuando alguien hace abuso de su posición, pero dejando en claro que sólo se castigara la utilización abusiva de posición dominando cuando aquellos actos sean nocivos para la libre competencia y vulnere el interés económico general.

Se definió quien es la autoridad de aplicación, junto con las sanciones que esta pueda aplicar, ya sea multas de tipo administrativo, por realizar un acto anticompetitivo, las cuales se aplican una vez finalizado el procedimiento previsto en la ley; multas por incumplir con la notificación de informar una operación de concentración económica; incumplir con el compromiso de cese de las conductas anticompetitiva, entre otras.

Capítulo IV

JURISPRUDENCIA

SUMARIO: 1. Introducción 2. Análisis de fallos 3. Conclusión

4.1 Introducción

En el siguiente capítulo haremos un análisis de fallos de gran importancia, que sentaron jurisprudencia en torno a la ley de defensa de la competencia.

A través de los fallos podremos observar cuales son las principales debilidades de la ley y que es lo que se cuestiona de la autoridad de aplicación.

4.2 Análisis de fallos

Comentario fallo YPF

En el caso "Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/ley 22262 - Comisión Nacional de Defensa de la Competencia - Secretaría de Comercio e Industria" la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó un conjunto de sanciones impuestas a Y.P.F. S.A. por el Secretario de Comercio por considerar que incurrió en abuso de posición dominante en el mercado del gas licuado de petróleo (GLP). El fallo es importante porque nuestro máximo tribunal toma posición a favor de sancionar una de las más controvertidas figuras del derecho de defensa de la competencia, como es el llamado abuso de posición dominante "explotativo". Se entiende por abuso explotativo la conducta consistente en aprovecharse de una situación dominante mediante la imposición de precios que se consideran abusivos.

Comenzaré con una breve revisión de la figura del abuso de posición dominante. Analizaré luego el dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que define la conducta y fundamenta la sanción aplicada. Revisaré después la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico y el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que confirmó la sanción. Mi intención es criticar la decisión adoptada defendiendo la tesis de que la prohibición del abuso de posición dominante no conlleva la prohibición de la sola imposición de los llamados "precios abusivos" o "inequitativos" por parte de empresas que puedan detentar una posición dominante.

El Art. 1º de la ley de defensa de la competencia 25.156 prohíbe los actos o conductas que "constituyan abuso de posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general. El Art. 4º establece que "una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de conducta o de servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de estos". El Art. 5º dispone que "a fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado deberán considerarse: a) el grado en el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerida para la misma; b) el grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos y oferentes o demandantes al mercado de que se trate; c) el grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder". La derogada ley 22.262 aplicada en el caso Y.P.F. preveía una figura similar.

La figura del abuso de posición dominante está inspirada en la legislación europea tanto comunitaria como de los países miembros. Esa legislación no prohíbe detentar una posición dominante sino el abuso de esa posición. Dichos abusos pueden ser de dos categorías distintas: "abuso exclusorio" que es la conducta por medio de la que una empresa que detenta posición dominante se aprovecha de esa posición para excluir a sus competidores actuales o potenciales. Los ejemplos paradigmáticos de estos abusos son los precios predatorios, la negativa de venta, la imposición de condiciones abusivas de contratación a competidores aguas abajo, las ventas atadas, etc. El "abuso explotativo" que es la conducta por medio de la que una empresa que detenta posición dominante se sirve de ella para fijar precios superiores a los competitivos sin que ello implique ninguna restricción al régimen de competencia.

La prohibición del abuso de posición dominante explotativo implica una regulación de la conducta de las empresas que, por la estructura del mercado en que actúan, no están expuestas a una competencia sustantiva y que, no son susceptibles de ser controladas mediante las normas dirigidas a las conductas lesivas de la libre competencia ni de experimentar la limitación sobre las decisiones empresarias que supone la competencia.

El derecho europeo distingue las conductas anticompetitivas concertadas de las unilaterales. Para que una conducta unilateral de una empresa pueda afectar el régimen de competencia se requiere, necesariamente, que esa empresa cuente con poder de mercado suficiente. Sin poder de mercado no puede restringirse unilateralmente la competencia. La categoría dogmática que define al poder de mercado con capacidad para distorsionar el régimen de competencia es la posición dominante. El abuso de posición dominante es la conducta abusiva unilateral que puede ser exclusoria, cuando está dirigida a limitar la competencia con el propósito de excluir o impedir el acceso de un competidor al mercado, o explotativa cuando sin restringir la competencia se ejerce poder de mercado para cobrar precios abusivos. En relación a esta última conducta debe resaltarse que, a diferencia de lo que sucede en nuestro derecho, la legislación europea sanciona expresamente la imposición de los llamados "precios no equitativos".

En los Estados Unidos de Norteamérica la figura del abuso de posición dominante no está legislada. El "antitrust" norteamericano sólo sanciona conductas exclusorias y no castiga la imposición de precios abusivos mediante el ejercicio directo de poder de mercado. La figura que prevé dicha legislación es la monopolización (monopolization), que es la conducta mediante la que se pretende obtener poder de mercado excluyendo a los competidores o impidiéndoles el acceso al mercado. La monopolización es una práctica típicamente exclusoria y no se la sanciona cuando el monopolio se obtiene mediante una mayor eficiencia económica que sus competidores.

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia inició una investigación contra Y.P.F. con motivo de la diferencia que detectara entre el precio local y el precio internacional del GLP. La investigación se dirigió a probar que Y.P.F. incurría en abuso de posición dominante consistente en una restricción de la oferta interna de GLP para aumentar el precio en el mercado nacional. Consideraba que la restricción de la oferta estaba dada por el desvío de su producción hacia el mercado externo para así mantener alto el precio local del producto.

La conducta que se le imputó a Y.P.F. fue la de abuso de posición dominante mediante la discriminación de precios entre fraccionadores locales y compradores extranjeros de GLP a granel, la discriminación de precios entre la firma controlada

Y.P.F. GAS S.A. y los demás fraccionadores de GLP a granel, la existencia de cláusulas contractuales de prohibición de reingreso del producto exportado y la imposición en el mercado doméstico de precios de GLP a granel superiores a los vigentes en el mercado internacional.

El dictamen sostiene que la conducta de Y.P.F. que constituye el núcleo del esquema de abuso de posición dominante es el mantenimiento de precios superiores a los de un mercado competitivo, identificando el precio competitivo con el precio internacional. Sostiene además que de esa conducta se deriva la discriminación de precios entre sus clientes locales y extranjeros. El dictamen indica que la forma o mecanismo que utiliza Y.P.F. para "formar" los precios del mercado interno consiste en destinar cantidades significativas de sus ventas al mercado externo, produciendo así una restricción de la oferta en el mercado local. El dictamen agrega que la razón de dicho comportamiento está dada por el hecho de que exportar más tiene para Y.P.F. la ventaja de que le permite formar precios mayores en el mercado interno.

El mercado del producto fue definido como el del GLP a granel por considerarse que se trata de un bien que no presenta posibilidades de sustitución desde el punto de vista de la demanda ni de la oferta. El mercado geográfico se lo definió como todo el territorio nacional en virtud de que los altos costos para importar GLP determinan una barrera a la entrada de producto importado.

La Comisión definió la posición dominante siguiendo la doctrina europea. Sostuvo que "para considerar que una empresa goza de posición dominante no es necesaria la inexistencia de otras firmas que actúen en el mercado, sino que las circunstancias imperantes permitan que la empresa en cuestión actúe en forma relativamente independiente de aquéllas".

La posición dominante de Y.P.F. fue tenida por acreditada en virtud de las siguientes consideraciones: a) su participación en la producción y su presencia en todo el territorio del país, b) su participación en las ventas de GLP a granel en el mercado interno, c) su capacidad de almacenaje y el control de los ductos para el transporte de GLP, d) la integración vertical de la empresa, e) el comportamiento de los competidores, f) la no desafiabilidad del mercado por la ausencia de importaciones que disciplinen el mercado.

La Comisión identificó el interés económico general como el excedente total de los agentes económicos y sostuvo que el perjuicio a ese interés estuvo dado por el hecho que si el precio de GLP hubiera sido menor la cantidad demandada por los consumidores finales hubiera sido mayor. Esta disminución de la cantidad consumida es lo que se identificó como el perjuicio al interés económico general.

La sanción consistió en una multa que fue cuantificada en función de lo que se consideró el beneficio ilícitamente obtenido por Y.P.F.. Esto es la diferencia entre el precio internacional y el precio local multiplicado por la cantidad vendida en el mercado local. Al resultado obtenido se le adicionó un 20% en virtud de la autorización prevista en el artículo 26, inciso c) de la ley 22.262, lo que determinó una multa de \$ 109.644.000. Además se le ordenó a Y.P.F. el cese inmediato de las conductas de abuso de posición dominante consistentes en la discriminación de precios entre compradores nacionales y extranjeros de GLP a granel. A estos efectos se dispuso que a) omita, en adelante, la sistemática discriminación de precios efectuada entre los compradores locales y extranjeros b) elimine de los contratos de exportación las cláusulas que restrinjan la importación al país del GLP exportado informando a los compradores la eliminación de dichas restricciones, c) informe cada 90 días las condiciones bajo las cuales cualquier interesado en importar GLP al país puede utilizar sus instalaciones

portuarias y la tarifa por tonelada desagregando lo cobrado en concepto de recepción, almacenaje, despacho etc., d) informe cada 90 días las condiciones de los contratos de exportación y las condiciones de ventas al mercado interno.

Y.P.F. apeló la resolución ante la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico la que confirmó la sanción mediante sentencia del 24 de noviembre del 2000.

El voto de la mayoría suscripto por los doctores Pizzateli y Grabivker coincide en general con el dictamen de la Comisión por lo que me limitaré a exponer aquellos argumentos que conllevan alguna diferencia con ese dictamen.

La Cámara distingue, dentro de la figura del abuso de posición dominante, las prácticas abusivas de las prácticas de exclusión. Sostiene que en el primer grupo se incluyen los actos que implican un ejercicio directo del poder de mercado que se posee mediante las que se generan rentas monopólicas y una disminución del excedente total de los agentes económicos. En cambio, indica, las prácticas exclusorias son las que restringen la competencia mediante limitaciones u obstáculos que se imponen a los competidores reales o potenciales. No obstante hacer esa distinción, afirma que las prácticas abusivas son también anticompetitivas.

La sentencia asimila el abuso de posición dominante con el ejercicio de poder de mercado y a este último como la capacidad de un agente económico individual de influir en los precios. Agrega que para que exista abuso de posición dominante debe existir capacidad de influir en el precio de los competidores. Cita doctrina europea para afirmar que "una empresa tiene posición dominante cuando tiene el poder de actuar independientemente, lo que la coloca en la posición de actuar sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores". Sostiene que la fijación de precios internos

más altos que los externos desde los mismos puntos de despacho, sin que la mencionada diferencia esté basada en consideraciones de costos, valor marca y volumen, sumada a la inclusión de cláusulas que prohibían el reingreso al país del producto exportado, constituye un abuso de posición dominante.

Considera que los actos atribuidos a Y.P.F. atentan contra la libre competencia porque alteran o interfieren en la libertad para la formación o determinación de los precios. Indica que el Estado al aplicar la ley 22.262 interviene para que los precios no sean el resultado de "las actitudes de distorsión" y garantizar así la libre competencia de los agentes económicos. Agrega que no hay verdadera libertad cuando quienes pretenden competir con quien tiene posición dominante, a raíz de la actividad de este último, sólo pueden fijar los precios como resultado de una suerte inevitable de actos de adhesión, lo que restringe la libertad de los competidores para fijar los precios.

La sentencia identifica el interés económico general con el excedente del consumidor y sostiene que la afectación a dicho interés está dado por la circunstancia que si no se hubiera cometido la conducta cuestionada el precio del GLP hubiera sido menor y la cantidad demandada por los consumidores finales habría sido mayor, lo que hubiera resultado en un mayor bienestar para la comunidad. Agrega que un precio menor de Y.P.F. hubiera implicado mayor cantidad de venta por parte de los competidores y, por ende, menor cantidad de ventas de Y.P.F.

La disidencia suscripta por el doctor Hornos propuso la revocación de la resolución de la Secretaría por considerar que la práctica llevada a cabo por Y.P.F., consistente en fijar precios internos más altos que los externos desde los mismos puntos de despacho, sumado a la inclusión de cláusulas de prohibición de re-importar en los contratos de exportación, no resulta violatoria de la ley de defensa de la competencia. Sostuvo que esta ley no habilita al control de precios cuando la fijación de ellos no sea

el producto de conductas distorsivas del mercado. Argumenta que el régimen de competencia no permite juicios de valor sobre los precios de mercado sino que se limita a tutelar la forma como el mercado los establece. Agrega que de las constancias de la investigación surge que el acceso de los competidores al mercado en ningún momento se vio afectado y que no se acreditó que Y.P.F. haya incurrido en abuso. Indica que la circunstancia que los principales competidores adopten la misma política de precios que Y.P.F. no implica una restricción de la competencia atribuible a la nombrada, ni un abuso de posición dominante, porque no se advierte que Y.P.F. haya impuesto ese seguimiento de precios.

La Corte Suprema consideró que la sentencia de cámara no era arbitraria por lo que no se expidió sobre las cuestiones de hecho relacionadas con la definición del mercado relevante, la existencia de posición dominante, el abuso de posición dominante, la restricción de la oferta ni la discriminación de precios.

En lo que respecta a la interpretación de la figura del abuso de posición dominante la Corte entiende que la misma comprende "tanto aquellas prácticas llevadas por quien ocupe una posición de dominio en el mercado, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia -v. Gr., las que instauren barreras al ingreso de competidores-, cuanto aquellas otras que, del mismo modo de las anteriores, menoscaben la eficiencia económica del mercado por medio de acciones reñidas con el interés de la comunidad, como ocurre cuando se reduce injustificadamente la oferta de bienes con el deliberado propósito de mantener determinado nivel de precios". Agrega que en estos casos, "la estrategia comercial, antes que prevalecerse de una simple posición de dominio para obtener ganancias en el mercado, abusa de ella al manipular artificialmente la oferta haciendo que el mercado sea menos eficiente en términos de cantidades y precios, con directa incidencia en el bienestar de los consumidores".

Agrega que el núcleo fundamental de la conducta abusiva está dado por la reducción de la oferta que se habría producido como consecuencia de la exportación de grandes cantidades de GLP, lo que determinó el alto nivel en el precio que abonan los compradores locales.

Concluye sosteniendo que la decisión de vender fuera del país una parte sustancial de la producción de GLP a un precio sensiblemente menor, sin explicación atendible, hace presumir que dicha política comercial tuvo como propósito principal mantener deprimida la oferta interna del producto y asegurar, por lo tanto, la subsistencia de un determinado nivel de precio. Además, consideró que esa reducción es apta par distorsionar el funcionamiento normal del mercado.

Fallo Telefónica – Telecom

La investigación realizada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en relación a la concentración operada entre Telefónica y Telecom que prestan el servicio de telefonía en nuestro país.

La investigación administrativa determinó que se produjo una concentración económica entre las empresas Telefónica y Telecom en el exterior, mediante la adquisición de acciones, participaciones horizontales y verticales y fusiones entre sociedades de los grupos que ellas integran, lo cual resultaba perjudicial para la competencia en el mercado de telecomunicaciones y perjudicial para el interés económico general, tal como afirmamos anteriormente es un requisito esencial. A su vez, se considero como agravante la circunstancia de que las mencionadas operaciones se concretaron sin la previa notificación que establece el Art. 8 de la ley 25.156.

Las autoridades de la Secretaría de Comercio Interior manifestaron en sus actos administrativos estar dispuestas a autorizar la concentración entre Telefónica S.A y

Telecom Italia, bajo la condición que la firma Telecom proceda a la desinversión total que esta mantiene en Sofora Tel26464? unificaciones y renuncie a los acuerdos celebrados con S.A W. de Argentina Inversiones, estas dos últimas radicadas en nuestro país.

Fue sorprendente esta decisión y aceptaba tener intactos los vínculos societarios que se establecieron entre Telefónica y Telecom en el exterior, sin explicar en que medida las misma eliminaría efectos perjudiciales de una concentración económica denunciada como contraria al interés económico general. La Secretaria de Comercio Interior argumentó que se había tenido en cuenta que la operación estudiada produce efectos en numerosas jurisdicciones ajenas a la aplicación de la ley de defensa de la competencia y que sólo corresponde expedirse sobre los efectos que produce en el territorio de la República Argentina y que la operación notificada debería prohibirse conforme lo dispuesto en el Artículo 13 inc. c) de la ley 25.156.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, al pronunciarse en el recurso de apelación planteado por las empresas que se consideraron agraviadas por la decisión administrativa, calificó de escándalo jurídico que después de diez años de sancionada la ley aun no se hubieran designados las autoridades del Tribunal de Defensa de la Competencia que es el organismo administrativo encargado de la aplicación de la mencionada ley. A su vez, señaló los graves errores de procedimiento incurridos en el trámite los cuales vulneraban la garantía de defensa en juicio que la Constitución Nacional declara inviolable, por lo que se resolvió anular la resolución, disponer que se dicte un nuevo pronunciamiento (previa sustanciación pertinente), es decir que no se expidió sobre el fondo de la cuestión.

El Dr. Juan Carlos Bonzón, luego de un análisis exhaustivo manifestó que dadas las características del mercado de telecomunicaciones, de las teorías económicas relativas a las fusiones y asociaciones de empresas, destacó que es difícil determinar la existencia de un perjuicio a la competencia por una concentración económica, es por esto que debe analizarse cada caso en particular.

Hay que recordar que con la privatización de la empresa estatal ENTEL, mediante concurso público internacional, dio lugar a la asignación de los servicios de telefonía, a Telecom la zona norte del país y a Telefónica la zona sur. En el interior del país existían numerosas cooperativas que brindaban servicios similares, sin llegar a

constituir un monopolio, las empresas ocupan a partir de ese momento una posición dominante en el mercado. Los pliegos de condiciones de la licitación establecían claramente que quienes sean adjudicatarios no podían ser titulares, ni controlar ni participar directa o indirectamente en más de una licencia en una misma área. El fin era evitar la prevención de limitar la competencia.

Para ir concluyendo con el análisis de este fallo, carecería de sentido describir las vinculaciones societarias entre los grupos internacionales a los que pertenecen estas empresas objeto de investigación, detalladas claramente en las actuaciones administrativas y judiciales. En este caso, Telefónica y Telecom incumplían los términos contractuales de las concesiones e infringieron los artículos 7º, 8º, 9º, 13 inc c) y 46 de la ley 25.156.

Como personas jurídicas constituidas en el país, deben responder por las infracciones que incurrió frente a la legislación nacional. Los acuerdos de concentración se realizaron en el extranjero con intervención de empresas radicadas en otros países, no invalida la aplicación de la ley argentina, ya que los efectos restrictivos de la competencia por esa concentración se producen en el territorio nacional, conforme el artículo 56 de la ley 25.156.

Esta es una excelente oportunidad para abrir un debate, para lograr una nueva apertura en el mencionado mercado de telecomunicaciones, a fin de que en nuestro país se logre un avance significativo en torno a la tecnología correspondiente a ese campo.

Fallo Isenbeck

Cervecería Argentina Sociedad Anónima Isenbeck solicitó a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que se le diera intervención como parte coadyuvante en todas las actuaciones y expedientes que se hubiesen originado con motivo de la presunta adquisición de un paquete accionario representativo de parte del capital social de Quilmes Industrial S.A.

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, expediente "CCBA S.A. y Cervecería y Maltería Quilmes S.A. s/notificación art. 8 de la ley 25.156", desestimó - por mayoría- la solicitud formulada por Isenbeck para que se la tuviera como parte coadyuvante en las referidas actuaciones.

Asimismo, la Comisión resolvió hacer saber a quienes tuvieran un interés legítimo que podían aportar la documentación relativa al mercado involucrado, la que sería considerada en la medida en que resultara pertinente y procesalmente oportuna.

La decisión de la Comisión, según el voto de la mayoría, se fundó en que el art. 42 de la ley 25.156, que prevé la intervención como parte coadyuvante, se encuentra comprendido en el Capítulo VI de la ley, en el que se establece el procedimiento aplicable a las actuaciones que se inicien de oficio o por denuncia realizada por cualquier persona física o jurídica, pública o privada, cuando existen conductas prohibidas por la ley, y no a la notificación de concentraciones económicas regulada en el Capítulo III.

En ese sentido, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia merito también que el art. 11 de la ley 25.156 prevé que el Tribunal de Defensa de la Competencia fijará con carácter general la información y antecedentes que las personas deberán proveer y los plazos para ello, dicho tribunal establecerá un procedimiento en el que se fijen al menos tres etapas sucesivas para la presentación gradual de información. De acuerdo con esas normas, la Comisión establece el procedimiento aplicable a la notificación de concentraciones económicas, en el que no se prevé la figura de parte coadyuvante, ni ninguna similar.

En cambio, el voto de la minoría destacó que el art. 42 de la ley habilita claramente a los terceros para ser tenidos como parte coadyuvante en los procedimientos que se substancien ante la Comisión, en la medida que demuestren la titularidad de un interés legítimo, habida cuenta de que la norma alude genéricamente a los "procedimientos" sin efectuar diferencia alguno, por lo que una interpretación contraria implicaría un exceso ritual contrario a los fines perseguidos.

La legislación sobre defensa de la competencia tiene como objetivo la averiguación de la "verdad real" y que la ley 25.156, enrolándose en las modernas tendencias procesalistas, introdujo como novedad la ampliación de los sujetos habilitados para requerir participación procesal en las causas sometidas a decisión de la CNDC, conjuntamente con la instauración de un mayor contralor de los procedimientos por parte de la sociedad en general y de los sujetos involucrados directa o indirectamente.

Finalmente, precisó que la mayoría de las legislaciones preveían la intervención de competidores, terceros y asociaciones de consumidores o usuarios, que pueden incluso oponerse a la operación de concentración -entre las que mencionó a la de Brasil y EEUU.-, y que el rol fundamental del coadyuvante es de colaboración y acercamiento de información (con excepción del carácter confidencial que se le atribuya a ciertos datos) y/o de eventual contradicción.

Contra la decisión desestimatoria de su pedido de intervención como parte coadyuvante se agravia Isenbeck.

En primer lugar, la recurrente sostiene la apelabilidad de la resolución cuestionada, en el entendimiento de que si bien no se encuentra entre las comprendidas en el art. 52 de la ley 25.156, esa limitación tiene vínculo directo con el carácter de parte de que ha podido ejercer el derecho de defensa y controlar el procedimiento, lo cual es, precisamente, lo que se reclamó y desestimó, por lo que si se denegase la apelación se clausuraría definitivamente la posibilidad de ejercer ese control y deducir, en su momento, los recursos previstos en el referido art. 52.

Luego de efectuar un relato de las circunstancias que motivaron su petición, manifiesta tener interés legítimo en evitar que la alianza estratégica entre las firmas involucradas en la operación se constituya o derive en una posición dominante de mercado que genere fijar políticas unificadas y coordinadas respecto de la producción, comercialización, determinación de precios, calidades de productos y actitud frente a competidores menores.

Agrega, en esa línea, que se trata de una operación de toma de control por parte del socio brasileño sobre los negocios del grupo argentino Bemberg, que generará un conjunto de actos y conductas anticompetitivas perjudiciales para el interés económico general y que se encuentran prohibidas por los Arts. 1, 2 y 7 de la ley 25.156.

Además de adherir a los fundamentos expuestos en el voto de la minoría, Isenbeck cuestiona la decisión adoptada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia por considerar que la interpretación que efectúa, ignora normas de superior jerarquía como la del art. 18 de la Constitución Nacional que garantiza el derecho al debido proceso, y la del art. 42 de la ley 25.156.

En ese orden de ideas, la apelante esgrime que la interpretación de la ley debe efectuarse de manera que amplíe, y no restrinja, el derecho de defensa en juicio, máxime cuando se encuentran afectados indirectamente los derechos del consumidor, especialmente protegidos por el art. 42 de la Constitución Nacional y por la ley de defensa del consumidor.

Por último, aduce que no es posible equiparar la calidad de testigo con la de parte, pues mientras aquél carece de derechos procesales, esta última otorga legitimación para formular peticiones, ofrecer prueba, replicar al adversario e interponer los recursos pertinentes.

Así planteada la cuestión -que se integra con el responde presentado por CCBA S.A. y de Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. en virtud de la vista conferida en los términos del art. 53, antes de examinar los agravios vertidos por la recurrente, corresponde realizar algunas consideraciones respecto de ciertos planteos efectuados por estas firmas en la aludida presentación.

Respecto de las expresiones vertidas por CCBA en torno a la medida cautelar dictada, la Sala recordó que la función de los jueces no radica en persuadir a las partes sobre el acierto de sus decisiones, sino en impartir justicia con arreglo a la Constitución y a las leyes; por lo tanto, teniendo en cuenta que dichas expresiones tienden a cuestionar extemporáneamente aquella decisión judicial y no constituyen materia de apelación, no correspondería que el Tribunal se pronuncie sobre ellas.

En lo que concierne a la inapelabilidad que postula CCBA en su presentación, con sustento en que la vía recursiva se encuentra limitada -en esta "instancia de autorización"- a la hipótesis prevista en el art. 52 de la ley 25.156, corresponde señalar que el recurso interpuesto por Isenbeck fue bien concedido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

En efecto, este tribunal ha decidido que la denegatoria del recurso de apelación previsto en el art. 52 de la ley 25.156 con fundamento en el carácter taxativo de su enumeración, no es conciliable -más allá de la interpretación que se hiciere a partir de su letra- con el control judicial suficiente exigible cuando se trata de la decisión de un órgano administrativo, máxime cuando el art. 449 del Código Procesal Penal, aplicable supletoriamente (art. 56, ley 25.156), dispone que el recurso de apelación procederá

contra las resoluciones expresamente declaradas como apelables o que causen un gravamen irreparable.

Y como la decisión recurrida tiene por efecto impedir a Isenbeck su participación como parte coadyuvante en el trámite de autorización solicitado por CCBA S.A. y Cervecería y Maltería Quilmes, con las consecuencias que ello trae aparejado respecto de las facultades procesales que esa calidad otorga -y que la recurrente considera que le asisten en virtud de la interpretación que propicia respecto del art. 42 de la ley 25.156-, no se puede descartar el aludido gravamen irreparable.

Por lo expuesto cabe desestimar la crítica que CCBA efectúa en lo relativo al efecto suspensivo con que fue concedido el recurso; en efecto, dadas las circunstancias del caso no cabía otra posibilidad que conferirle al recurso dicho efecto, ya que, de lo contrario, el perjuicio no habría sido reparable por esta vía porque se hubiera continuado y concluido el trámite en el cual se reclamaba la intervención en carácter de parte coadyuvante.

Es conveniente precisar que la cuestión a decidir se resume en la distinta interpretación que se hace del art. 42 de la ley 25.156, a partir de su letra, finalidad y ubicación de la norma en el texto legal, por lo que se examinará los agravios de la recurrente desde esta perspectiva.

El referido art. 42, incluido en el Capítulo VI de la ley (denominado "del procedimiento"), establece "El Tribunal podrá dar intervención como parte coadyuvante en los procedimientos que se substancien ante el mismo, a los afectados de los 'hechos investigados', a las asociaciones de consumidores y asociaciones empresarias reconocidas legalmente, a las provincias y a toda otra persona que pueda tener un interés legítimo en los 'hechos investigados'".

Es decir que la norma en cuestión faculta al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia -y a la CNDC hasta tanto éste se integre (art. 58, ley 25.156)- para dar intervención como parte coadyuvante en los procedimientos a los afectados por los hechos investigados y a todo sujeto que tenga un interés legítimo en los hechos investigados. En conclusión, la norma prevé la referida intervención, no en cualquier procedimiento sustanciado ante la CNDC, sino en aquellos en los que se investiguen hechos, tal como se reitera en la norma. (Ello aun cuando se considerase al trámite

previsto en el Capítulo III de la ley 25.156 como un procedimiento al cual se le aplican las normas del Capítulo VI, aspecto sobre el que se volverá más adelante.)

Por lo tanto, no se puede sostener que el art. 42 contempla la intervención, con carácter general, como parte coadyuvante en todos los procedimientos que se substancien ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia sin distinción alguna, habida cuenta de que esa inteligencia estaría prescindiendo del texto legal, lo cual no es admisible aun con el fin de adecuarlo a los principios y garantías constitucionales que invoca.

Tal como lo ha decidido en reiteradas oportunidades el Alto Tribunal, la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que exceden las circunstancias del caso, expresamente contempladas por las normas, ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que equivaliese -sin declaración de inconstitucionalidad- a prescindir de su texto

En esa inteligencia, cuando se emplean en la norma determinados términos o varios términos sucesivos es la regla más segura de interpretación la de que ellos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito -ya sea el de ampliar, limitar o corregir conceptos, por cuanto en definitiva el fin primordial en la interpretación de la ley es dar pleno efecto a las normas vigentes, sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas en el ejercicio de sus propias facultades.

De acuerdo a estas pautas, la intervención como parte coadyuvante se encuentra prevista en el caso que se examina, es necesario destacar que la ley 25.156, para impedir la distorsión de la competencia en el mercado, establece dos sistemas diferentes de control: uno se relaciona con los comportamientos, es decir con los actos o conductas manifestados de cualquier forma que tengan por objeto o efectos los mencionados en el art. 1 (que con carácter enunciativo se indican en el art. 2); en tanto que el otro se ubica en lo que se ha denominado como "control de estructuras", a través de un mecanismo de notificación y autorización previa o inmediata de las operaciones de concentración económica regulado en el Capítulo III.

Respecto del control de comportamientos se ha previsto un procedimiento (Capítulo IV) que se inicia de oficio o por denuncia realizada por cualquier persona

física o jurídica, pública o privada (Art. 26). Uno de los requisitos que debe contener la denuncia es una explicación clara de los hechos en los que se funda (Art. 28 inc. b). A su vez, en el supuesto de que el procedimiento se inicie de oficio se prevé un traslado al presunto responsable de la relación de los hechos y la fundamentación que lo motivaron (Art. 29, última parte). Contestada la vista, o vencido el plazo el tribunal, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia debe resolver sobre la procedencia de la instrucción del sumario (Art. 31), y una vez concluida se notifica a los presuntos responsables para que efectúen su descargo y ofrezcan prueba (Art. 32).

También interesa destacar que, en este capítulo referido al procedimiento, se prevé la posibilidad de que la Comisión convoque a una audiencia pública cuando lo considere oportuno para la marcha de las investigaciones (Art. 38) o confiera intervención como parte coadyuvante en los procedimientos que se sustancien ante el organismo, a los afectados por los hechos investigados y a las asociaciones, provincias o toda otra persona que pueda tener un interés legítimo en los hechos investigados (Art. 42).

En cambio, el control de concentraciones económicas (Capítulo III) se lleva a cabo mediante la notificación para su examen (Art. 8) y autorización (Arts. 13 y 14). En este capítulo se prevé que el Tribunal, la Comisión, fijará con carácter general la información y antecedentes que las personas deberán proveer y los plazos (Art. 11), como así también que la reglamentación establecerá la forma y contenido adicional de la notificación de los proyectos de concentración económica y operaciones de control de empresas de modo que se garantice su carácter confidencial (Art. 12).

El Tribunal, la Comisión de Defensa de la Competencia establecerá un procedimiento en virtud del cual se prevean al menos tres etapas sucesivas para la presentación gradual de la información (Art. 11).

Se debe concluir en que la intervención como parte coadyuvante prevista en el Art. 42 de la ley 25.156 está limitada a los supuestos de control de comportamientos, es decir a aquellos procedimientos en los que, por denuncia o de oficio, se investigan hechos que pudieran tipificar las conductas prohibidas por la ley.

Es que, en rigor, en el trámite de notificación previsto en el Art. 8 de la ley 25.156 para la autorización de determinadas concentraciones económicas, no se investigan hechos con el alcance precisado en el Capítulo VI, sino que se examinan -

como precisa esta norma- con carácter previo o inmediato los actos indicados en el Art. 6.

Por lo tanto, la intervención como parte coadyuvante que solicita Isenbeck en este ámbito no está normativamente prevista, a la vez que no resulta compatible con la estructura del trámite del Art. 8, en el que no se ha contemplado el debate de intereses o derechos contradictorios -como sí sucede en los supuestos de investigaciones iniciadas de oficio o por denuncia- ni con la celeridad que lo condiciona, en virtud de la brevedad del plazo fijado en el Art. 13 y de la autorización tácita en el supuesto de que venza ese plazo sin resolución (Art. 14).

A su vez, cabe señalar que en el debate parlamentario de la ley de defensa de la competencia se señaló que "...Se suprimió la figura del querellante, pero con el art. 43 ha quedado subsanada la posibilidad de intervención activa en el proceso por parte del damnificado".

La noción de parte -como concepto general- está íntimamente ligada a la de proceso; concepto este último que, como se ha concluido precedentemente, es ajeno al trámite previsto en el Art. 8 y siguientes de la ley 25.156 dirigido a obtener la autorización de ciertas operaciones de concentración económica por parte de la autoridad de aplicación, que se diferencia del procedimiento que se inicia en los términos del Art. 26 de la ley.

La intervención como parte coadyuvante con los alcances pretendidos por Isenbeck (derecho a ser oído, formular peticiones, exponer las razones de sus pretensiones y defensas con anterioridad a que se dicten actos que pudieran afectar sus derechos y el interés económico general, ofrecer y producir pruebas, replicar e interponer recursos) se asimila a la calidad de parte querellante en el proceso incompatible con la estructura del trámite del Art. 8.

Los fundamentos hasta aquí expuestos no permiten considerar que la finalidad del legislador al sancionar el Art. 42 de la ley 25.156 haya sido la de introducir la figura de la parte coadyuvante en el trámite del Art. 8 como forma de facilitar el control por parte de la sociedad en general y de los sujetos involucrados directa o indirectamente en el accionar de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, tal como lo postula la recurrente adhiriendo a los argumentos del voto de la minoría.

Si bien es cierto que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, no se debe soslayar que la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley, la cual en este supuesto no permite, como ya se expuso, arribar a la conclusión que propicia la apelante. Ello así, no cabe a los jueces sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió.

Respecto del planteo relativo a la violación de las garantías de defensa en juicio y del debido proceso cabe formular las siguientes consideraciones.

Tal como se expresó, el trámite de control administrativo previo de los actos enumerados en el art. 6 de la ley 25.156 no constituye un proceso contradictorio en el que estén comprometidos los intereses y derechos de terceros ajenos al acto de concentración económica; en consecuencia, al no existir un "proceso" no se advierte que en el caso las garantías constitucionales invocadas estén vulneradas. Nada impide que en el supuesto de que se aprobara la operación notificada y existiera un perjuicio concreto -y no meramente hipotético como ocurre en esta presentación- Isenbeck impugnase judicialmente el acto de aprobación aludido por las vías que la Constitución y las leyes lo reconozcan.

Es que, al no existir una resolución de la Comisión que autorice la operación indicada en el recurso, el gravamen enunciado por el apelante se puede presumir. En efecto, Isenbeck quiere ser parte para poder recurrir una decisión que aún no ha sido dictada; y ello, sin norma que lo autorice y sin que exista una afectación concreta de intereses o derechos, lo cual perturbaría la celeridad del trámite de control establecido por la ley.

Queda claro, entonces, que el derecho de defensa en juicio y debido proceso emergente del art. 18 de la Constitución nacional no se vulneran cuando -como sucede en autos- el Poder Judicial puede ejercer el control suficiente del acto administrativo a dictarse a instancias de la parte afectada en los términos en que la Constitución y leyes autorizan.

Aun más, en la resolución cuestionada se le reconoció a todo aquel que tenga un interés legítimo, a aportar documentación relativa al mercado que fuera pertinente y procesalmente oportuna (Art. 2°); en segundo término, el art. 15 de la ley 25.156 establece que las concentraciones que hayan sido autorizadas por la Comisión no podrán ser impugnadas en sede administrativa en base a la información y documentación

verificadas, lo que por cierto no obsta -como ya se expresó- a que en sede judicial, se deduzcan los recursos y acciones pertinentes por parte de quienes consideren afectados sus intereses o derechos. Sin perjuicio de ello, la autorización es impugnabile ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia cuando se haya fundado en información falsa o incompleta, en tanto que la reglamentación prevé que toda resolución de la Comisión adoptada con apoyo en datos que participen de las características apuntadas es revisable de oficio, o bien, a instancia de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor o de cualquier persona física o jurídica, mediante denuncia que deberá cumplir con los recaudos mínimos del Art. 28 de la ley 25.156.

Por las razones expuestas, se desestimó los agravios aludidos, y se resolvió confirmar la resolución apelada por cuanto fue motivo de agravios, y las costas atento a la novedad de las cuestiones planteadas se distribuyeron.

Fallo Monsanto

El 30 de Septiembre de 2008, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 3, falló en la causa "Monsanto Company s. Apelación de la Resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia", por el cual resuelve revocar las resoluciones de fecha 10 de Septiembre y 20 de Noviembre de 2007 que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia había dictado contra la Compañía Monsanto por violación a la ley 25.156.

En efecto, el órgano jurisdiccional de segunda instancia dispuso que no existe "fundamento alguno que permita inferir que el inicio de acciones judiciales en ciertos países de la Comunidad Económica Europea por la presunta violación de las patentes europeas de Monsanto sea susceptible de constituir una conducta que, por sí misma, pudiese ser sancionada de acuerdo con la ley 25.156".

Esta decisión, fue suficientemente publicitada en los medios gráficos como un nuevo apoyo de sentencias judiciales argentinas a favor de Empresas Multinacionales.

Sin embargo, el análisis profundo de dicho fallo no hace más que corroborar la liviandad con que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia efectuó el planteo y asumió la prueba de los hechos invocados.

Especialmente, traeré a colación el análisis de una problemática fundamental: la ley aplicable a cuestiones de Defensa de la competencia.

El fallo Monsanto introduce una cuestión no menor y poco estudiada en la República Argentina. Se trata del régimen de Defensa de la Competencia y su relación con el régimen de la Propiedad Industrial.

La empresa Monsanto, en su apelación, destacó que "la legislación argentina de defensa de la competencia no es aplicable a los hechos investigados desde que los juicios se desarrollan íntegramente en territorio extranjero y no han tenido efectos en la Argentina".

Esta expresión, en realidad, pone sobre el tapete dos cuestiones bien distintas: por un lado, la ley aplicable a la propiedad industrial y, por el otro, la ley aplicable a la defensa de la competencia.

En efecto, Monsanto inició una serie de pleitos en Holanda, Dinamarca y España por violación a sus derechos de propiedad industrial con relación a la semilla de soja genéticamente modificada. Como resultado de la concesión de la patente en estos países, la empresa inició acciones contra importadores de harinas de soja y otros productos derivados del poroto de soja provenientes de la República Argentina —en donde no posee patente—, solicitando el embargo preventivo de esas importaciones por regalías impagas.

Como consecuencia de ello, Monsanto enfrentó, a partir del año 2006, un procedimiento ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Argentina, por abuso de posición dominante, configurada —según argumentos de la Comisión— al afectar, con esos embargos, mercadería exportada desde Argentina.

Los pleitos en trámite en la Unión Europea y el proceso abierto ante la Comisión de Defensa de la Competencia argentina no hacen más que corroborar el enfrentamiento entre los derechos de exclusividad derivados de una patente y la defensa de la competencia.

Ciertamente, en un primer acercamiento se podría inducir que las normas de propiedad industrial y las disposiciones antitrust se encuentran en orillas opuestas. En

efecto, las primeras otorgan a sus beneficiarios un derecho de exclusión mientras que las disposiciones antitrust buscan evitar los intentos de monopolización que generan un efecto anticompetitivo.

Esa situación monopólica de la cual goza el titular de una patente de invención fue criticada duramente por los economistas liberales como una severa restricción a la libre competencia.

El sistema de patentes permitió que los grandes agrupamientos —cartels, trusts, etc.— cambiaran el medio de dominar los mercados, dejando de lado los monopolios de hecho —prácticas anticompetitivas— por el monopolio jurídico que crea la patente para ejercer mejor esa dominación económica.

La aparente oposición entre la exclusividad de la patente y la libre competencia se trasladó también a la relación Norte-Sur. Ciertamente, como el derecho de la competencia busca impedir los abusos del poder económico, un país en desarrollo puede utilizarlo para controlar el comportamiento de sociedades transnacionales activas en su territorio.

Sistemáticamente, los países en desarrollo han tomado esta iniciativa para dotarse de un instrumento contra los derechos exclusivos otorgados por la propiedad industrial. El proceso "Monsanto" es un claro ejemplo de esta práctica asumida por los países en desarrollo.

A este conflicto "entre derechos", debe agregarse que no existe un derecho uniforme sobre Defensa de la competencia. Ello significa que coexisten un sinnúmero de derechos nacionales de regulación diversa.

Los conflictos de leyes que puedan suscitarse se resolverán conforme a las reglas del Derecho Internacional Privado de cada Estado.

El principio general en materia de Defensa de la Competencia es el territorialismo. Esta es la solución que adopta la ley 25.156 cuando expresa en el art. 3, primera parte: "quedan sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas físicas o jurídicas públicas o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional".

La noción territorialista tuvo como máximo exponente a Joseph Story, quien formula tres máximas generales:

1) Cada nación ejerce exclusiva soberanía y jurisdicción en su propio territorio. En consecuencia, los derechos de cada Estado afectan y obligan directamente: a toda propiedad dentro de sus territorios, a todas las personas residentes en ellos y a todos los contratos y actos allí celebrados.

2) Ningún Estado puede, por su propio derecho, afectar u obligar directamente propiedades o personas no situadas o residentes en sus territorios;

3) La eficacia que los derechos de un país tienen en otros depende sólo de los derechos de los últimos sobre la base de sus expresos o tácitos consentimientos.

Si consideramos este primer párrafo del Art. 3, podemos concluir que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia no podía someter a la ley argentina los hechos cometidos por la empresa Monsanto en ciertos países de la Unión Europea.

Las primeras líneas de este artículo imponen la aplicación de la ley argentina a toda actividad realizada en la República Argentina.

Sin embargo, el Art. 3 continúa con la siguiente expresión: "quedan sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas físicas o jurídicas públicas o privadas...que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional".

El segundo párrafo del art. 3 sale del territorialismo consagrado en la primera parte, para introducirse en el llamado principio del efecto.

El sistema del "efecto" considera a una situación como internacional cuando presenta una repercusión transfronteriza.

La consideración de la internacionalidad no surgirá de los elementos de la relación jurídica. Si analizamos el caso Monsanto, ni del lugar de realización de la actividad económica, ni del lugar de concesión de la patente, ni del lugar en donde se produjo el cumplimiento del contrato de exportación e importación de mercaderías surge esta internacionalidad, sino que surge de sus efectos.

Ciertamente, la última parte del Art. 3 impone que "las situaciones se valoren no por su estructura estática sino por su repercusión dinámica".

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, al disponer aplicar la ley argentina en el caso Monsanto, por abuso de posición dominante, lo hizo con fundamento en el último párrafo del Art. 3.

En efecto, la Comisión manifestó que Monsanto realizó ciertos actos en Europa que podrían constituir un abuso de posición dominante en ciertos mercados de semillas de soja, como así también que estos actos afectaron mercadería exportada desde Argentina, y podrían tener o haber tenido efectos concretos sobre ciertos mercados en esta República.

Si nos atenemos al texto estricto del art. 3, le asistía razón a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en haber aplicado la ley argentina.

Sin embargo, la tesis del efecto adoptada por la ley 25.156 posee serios inconvenientes que no supo sobrellevar la Comisión.

En primer lugar, resulta muy difícil determinar cuándo una situación jurídica produce o puede producir "efectos internacionales". ¿Qué se entiende por efecto internacional? La ley 25.156 no lo define, sólo aclara que deberá atenderse a situaciones o relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan.

Esta imprecisión llevó a sostener posiciones contradictorias en el caso "Monsanto".

Por un lado, la defensa de Monsanto sostuvo que "la CNDC no demostró que las conductas investigadas tuvieran efectos sobre los productores argentinos de soja, pues: a) los derechos de patente de Monsanto en Europa respecto de la Soja RR no le confieren posición dominante en el mercado relevante del producto para los exportadores argentinos de granos o de harina de soja. De hecho, la exportación de soja argentina a los cuatro países en los que se iniciaron acciones legales es solo de un 36%; b) no sólo no hay evidencia alguna de daño sobre la actividad de exportación de granos o de harina de soja; c) los productores de soja y el Estado no sufrirán daños debido a la aplicación de regalías a las exportaciones hacia determinados países de Europa ya que

las alteraciones que pudiera causar recaerían por igual en todos los productores de soja del mundo".

Para Monsanto, por lo tanto, no había efecto internacional alguno y si lo había, no era relevante ni había sido demostrado por la CNDC.

Para la CNDC el efecto se había configurado con el embargo de las importaciones de harina de soja provenientes de la argentina en aquellos países de la Unión Europea en los que había un juicio pendiente por regalías impagas.

En segundo lugar, la tesis del efecto es excesiva, ya que extiende desmesuradamente los casos que deben ser regulados por las normas indirectas —en este caso art. 3 de la ley 25.156—, ya que, debido a la internacionalización y globalización de las relaciones, casi todas las situaciones jurídicas presentan efectos internacionales.

Lo cierto es que, el principio de los efectos ha sido plasmado en diversas legislaciones sobre defensa de la competencia.

Fue desarrollado especialmente por la jurisprudencia estadounidense y se ha puesto en práctica en gran parte de la comunidad de Estados.

Veamos el caso de Alemania. La ley alemana declara aplicable esa ley en la medida en que los obstáculos a la libre competencia tengan efectos en el territorio alemán.

A nivel regional tanto la legislación de Brasil, como la de Uruguay y el proyecto paraguayo consagran la teoría del efecto.

También hay una constante en todas estas legislaciones y es que no definen o califican lo que se entiende por efecto. Ello ha generado diversas controversias en materia de jurisdicción y ley aplicable.

Con el objeto de limitar la extensión de la doctrina del efecto se han desarrollado ciertos modelos. Uno de ellos es el "substantial effect", según el cual solo podrá extenderse la aplicación de la ley nacional si la conducta que tiene lugar en el extranjero tiene consecuencias "importantes" en el Estado que está regulando.

Sigue esta tendencia la ley Sherman cuando establece que sólo debe aplicarse al comercio con Estados extranjeros si la conducta tiene una eficacia directa, importante y razonablemente previsible en el mercado estadounidense.

Otros sistemas normativos siguen la limitación de los "reasonableness test". Ello implica que solo se aplicará la ley nacional antes de efectuar una ponderación global de intereses.

Lamentablemente el Art. 3 de la ley argentina no contiene ninguna limitación a la doctrina del efecto consagrada en su último párrafo.

La generalidad en la redacción del Art. 3 llevó a la CNDC a plantear un pleito contra Monsanto por actos realizados por esta empresa en Europa.

Esa amplitud legislativa, en principio, autorizaba a la CNDC a justificar la aplicación de la ley argentina. Sin embargo, existió un grave déficit en la articulación del caso por parte de la CNDC.

Así lo señala la Cámara cuando en el fallo aquí referenciado expresa que "el art. 3 sujeta a todas las personas...que realicen actividades fuera del país, en la medida en que sus actos puedan producir efectos en el mercado nacional, extremo éste no acreditado en la causa".

Ciertamente, la CNDC no probó la existencia de efectos concretos en nuestro territorio por la iniciación de pleitos por Monsanto contra ciertos exportadores de soja argentina a Europa.

La Comisión no acreditó de qué modo esas acciones judiciales, por sí solas, tenían por objeto o efecto, limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o constituir abuso de posición dominante en el mercado relevante.

Ello generó que la Cámara revocara las resoluciones de la CNDC del 10 de Septiembre y del 20 de Noviembre de 2007.

Sin dudas, la amplitud en la redacción del Art. 3 de la ley argentina, en cuanto a la doctrina del efecto, puede provocar interpretaciones favorables de parte de nuestra jurisprudencia con relación a su aplicación, extralimitando el campo extraterritorial de la ley 25.156.

Estas interpretaciones amplias seguramente serían calificadas como defensoras del interés nacional.

Sin embargo, para que esto suceda, resulta necesario que en la labor futura de la CNDC se repare en aspectos probatorios esenciales.

La Cámara nada pudo interpretar, porque no tenía los elementos fácticos para hacerlo. Por lo tanto, no se le puede endilgar haber actuado en contra del interés nacional.

Fallo Direct tv

En ejercicio de las facultades establecidas en el Art. 35 de la ley 25.156, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia dictó dos resoluciones por las cuales impedía, a las empresas prestatarias del servicio de televisión por cable, aumentar el precio del abono del servicio por 60 días, ordenaba el reintegro del incremento en el supuesto de haberlo percibido y anticipa la fijación de una multa para el caso de realizar acciones tendientes a la suba. Las operadoras del servicio solicitaron con carácter cautelar la suspensión de los efectos de las resoluciones impugnadas, a lo cual la Cámara hizo lugar a la cautelar peticionada.

Se resolvió suspender, con carácter cautelar, los efectos de las resoluciones de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que impide aumentar por 60 días el precio del abono del servicio de televisión por cable, ordenar el reintegro del incremento en el supuesto de haberlo percibido y anticipar la fijación de una multa para el caso de realizar acciones tendientes a la suba, si las decisiones impugnadas habrían sido dictadas por un órgano incompetente y el aumento de los abonos cobrados por la peticionaria estuvo justificado en el alza de los costos de la prestación del servicio ocasionado por la inflación y la aplicación de un nuevo impuesto a ciertas tecnologías, pues dichos extremos tornan verosímil el derecho invocado.

Del voto en disidencia de uno de los camaristas (el Dr. Gusman) se desprende que, rechazarse la medida cautelar solicitada por una empresa prestataria del servicio de televisión por cable, a fin de que se suspendan los efectos de las resoluciones dictadas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que impiden aumentar el

precio del abono del servicio por 60 días, ordenan el reintegro del incremento en el supuesto de haberlo percibido y anticipan la fijación de una multa para el caso de realizar acciones tendientes a la suba, ya que las dificultades de organización administrativa interna que provocaría en la peticionante, el tener que reintegrar el incremento percibido, o la confusión en sus clientes, no son suficientes para suspender los efectos del acto administrativo impugnado.

1º) El 21.1.10, en el marco de una investigación iniciada de oficio, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia –en adelante CNDC- dictó la resolución n° 8/10 por la cual ordenó a las firmas Cablevisión SA y sus sociedades controladas, Direct TV Argentina SA, Telecentro SA, Supercanal SA, Red Intercable SA y sus integrantes, y a todos los socios de la Asociación Argentina de Televisión por Cable (ATVC) y de la Cámara de Cableoperadores Independientes (CCI) que se abstengan de realizar prácticas colusivas y en particular se abstengan de aumentar el precio de los abonos de servicio de televisión paga por el término de 60 días contados a partir de que se encuentren acreditadas todas las notificaciones ordenadas en el decisorio, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 46, inciso d), de la ley 25.156 (LDC). Asimismo, en el supuesto de que hubieran incrementado los abonos, debían retrotraer su importe al percibido en noviembre de 2009 y mantenerlos por el plazo estipulado. Y finalmente, dispuso que Red Intercable, la CCI y la AACTV se abstengan de realizar cualquier acto tendiente a organizar o facilitar las conductas prohibidas en la LDC por parte de sus asociadas, así como requerir, administrar y difundir entre ellas toda información sensible a la competencia.

Para así decidir, la CNDC puso de resalto que un comunicado emitido por la ATVC y ciertas noticias aparecidas en diferentes medios periodísticos daban cuenta del aumento del abono por parte de los principales operadores del sector de la TV paga. Señaló que ello permitía suponer la realización de actos positivos tendientes a la fijación concertada de los precios del servicio y no descartaba la existencia de otros actos de carácter preparatorio o instrumental realizados por los competidores con la misma finalidad. En este sentido, advirtió la existencia de un patrón de conducta, tanto en lo referido a la oportunidad como a la magnitud de los incrementos de precios. También expresó que la presunción de que existen mecanismos establecidos que facilitan las prácticas colusivas, se veía reforzada por la presencia de una Cámara formulando anuncios sobre los precios de los servicios y entidades que nuclea a las pequeñas y medianas empresas del sector. Y sostuvo que los hechos mencionados podrían estar

sugiriendo la existencia de un "cartel de núcleo duro", que en muchas legislaciones constituiría una infracción per se, que no requiere que se pruebe la existencia de un daño al interés económico general.

Por otra parte, estimó que nada sugería que los incrementos en los insumos del servicio pudieran explicar el aumento de los precios. En tal orden de ideas, adujo que las empresas denunciadas tenían el suficiente poder de mercado en los diferentes mercados relevantes que podrían estar siendo afectados por la conducta investigada y que por esa razón los consumidores finales atomizados no estarían en condiciones de derivar su demanda a otro prestador. Y argumentó que los mercados de televisión paga se caracterizan por tener altas barreras a la entrada y economías de escala, lo cual hacía poco probable el ingreso de terceros competidores desafiando a los actores denunciados.

Consecuentemente, expresó que la conducta examinada podría encuadrar en los incisos a) y g) de la ley 25.156 y que se encontraban reunidos los recaudos comunes de las medidas cautelares, razón por la cual era procedente el dictado de una precautoria en los términos de los arts. 35 y 58 de ese dispositivo legal.

2º) A su vez, la CNDC dictó otra medida en los términos del art. 35 de la LDC ordenando a las entidades aludidas que en caso de haber cobrado un incremento de los servicios de televisión paga con posterioridad a la notificación, debería ser devuelto a los usuarios en las facturas que les corresponda abonar en el mes de marzo de 2010. Y si hubieran cobrado los incrementos en dos períodos, la devolución sería imputada en las liquidaciones de los meses de marzo y abril de 2010.

3º) Contra estas decisiones, Direct TV Argentina SA dedujo recurso de apelación, que por el momento no consta que haya sido concedido por la CNDC.

Asimismo, la citada firma se presentó directamente ante esta Cámara solicitando el dictado de una medida cautelar con el objeto de que se suspendan los efectos de las resoluciones CNDC N° 8/10 y 13/10. Alegó, básicamente, que la CNDC carecía de competencia para dictar medidas cautelares y que en el caso no se había acreditado la existencia de conductas concertadas entre las empresas investigadas.

4º) Así planteada la cuestión, cabe precisar que para el dictado de cualquier medida precautoria el interesado debe acreditar prima facie la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que

resulta exigible que se evidencien las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza. Desde este enfoque, las cautelares importan, en definitiva, un anticipo de la tutela jurisdiccional y sólo cabe decretarlas cuando el tribunal, en una apreciación sumaria, advierte que la pretensión sustancial aparece como fundada y de éxito probable; únicamente en ese supuesto, cabe amparar el derecho que con su sola invocación aparece como reclamación viable.

5º) Sobre tales bases, resulta claro que la pretensión sustancial de la accionante es la suspensión de los efectos de las resoluciones, que básicamente le impiden el aumento del precio mensual del servicio de cable, ordenan su devolución para el supuesto de haberlos recaudados y anticipa la fijación de una multa para el caso de realizar acciones tendientes a la suba.

Así, la verosimilitud de la pretensión suspensiva respecto de las medidas precautorias dictadas por la CNDC se debe verificar desde dos ópticas distintas. La primera, relativa a la competencia del órgano que la dictó y la segunda referida a la verosimilitud de la base objetiva que justificaría la imposición de una medida administrativa a fin de suspender el aumento del precio del servicio que presta Direct TV.

Y en este contexto, si bien, por vía de principio, medidas como las requeridas no proceden respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles.

6º) En cuanto al primero de los puntos mencionados, de acuerdo con el criterio fijado por la Sala en otras causas, la CNDC no tendría facultades para dictar medidas cautelares en los términos del Art. 35 de la LDC.

En efecto, cabe recordar que esa potestad se encuentra atribuida al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC), que es un tribunal administrativo que todavía no ha sido integrado y al que el ordenamiento le confiere ciertas garantías de independencia en cuanto a su conformación y funcionamiento (ver Capítulo IV de la LDC). En cambio, como ya se expuso en otra oportunidad, las garantías formales de independencia y neutralidad previstas en la derogada ley 22.262 impiden categorizar a la CNDC y menos aun a la autoridad de aplicación –Secretaría de Comercio Interior– como tribunales administrativos, extremo que justifica, de consuno con el criterio de la

Corte Suprema de Justicia, la adopción de un escrutinio judicial más estricto respecto de las decisiones que adopten.

Por otra parte, no parece compatible con el ordenamiento jurídico argentino la posición del Poder Ejecutivo Nacional –explicitada por su Jefe de Gabinete- que ha sostenido que la norma legal ha caído en desuetudo. Por el contrario, esta Cámara ha destacado recientemente la omisión incurrida por el Poder Ejecutivo en constituir el TNDC –superior a los diez años-, razón por la cual puso dicha circunstancia en conocimiento del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fin de que se consideren medidas o gestiones que estime pertinente, destinadas a favorecer la constitución del mentado tribunal. Del mismo modo, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico destacó que la mora incurrida en la integración del tribunal administrativo constituía un "escándalo jurídico", razón por lo cual cursó una comunicación al Alto Tribunal de similar tenor.

7º) Sentado lo expuesto, es bueno destacar que la facultad de dictar medidas precautorias no estaba prevista en la normativa derogada y, conforme lo precedentes que se mencionan infra, nada indicaría que hubiese sido delegada, transferida o asignada a la CNDC o a la Secretaría de Comercio Interior.

Por consiguiente, hasta que se constituya el tribunal que marca la ley, el dictado de medidas cautelares por parte de las autoridades administrativas sólo encontraría cobertura en el art. 24 inc. m) ley 25.156, según el cual pueden solicitarlas al juez competente cuando lo estimen pertinentes, quien debe expedirse dentro de las 24 horas. Y esta solución parece razonable ponderando que se encuentran involucrados órganos administrativos no descentralizados, vinculados entre sí por el principio de jerarquía (en cambio el TNDC sería una entidad autárquica) y que el ordenamiento jurídico establece un procedimiento de urgencia que permitiría conjugar las facultades ejecutorias de la administración pública con las debidas garantías constitucionales. De lo contrario la autoridad competente sería al mismo tiempo juez y parte en el procedimiento, con el agravante de que la medida se dicta sin intervención previa de parte, extremos que vulnerarían los arts. 18 y 109 de la Constitución Nacional.

Asimismo, no sería óbice para la solución propiciada que la posibilidad de solicitar al juez competente el dictado de una medida cautelar no haya estado prevista en la derogada ley 22.262. Así, aunque no sea estrictamente el supuesto de autos, cabe

recordar que cualquier órgano que pretenda ejercer coacción sobre el patrimonio o la persona de un administrado debe requerir la intervención judicial, pues en ese caso se trata de facultades privativas del Poder Judicial de la Nación.

8º) Desde otro ángulo, conviene precisar que en el actual contexto normativo, en el cual subsisten los órganos de la derogada ley 22.262, la CNDC no ha recibido todas las atribuciones que la ley 25.156 pone en cabeza del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Antes bien, según lo resolvió la Corte Suprema, sus funciones se limitarían a llevar a cabo la instrucción e investigación de las infracciones a la ley y a emitir dictámenes en ciertos casos. Empero, la facultad resolutoria de los procedimientos, por medio del dictado de actos administrativos y, en particular, la de disponer el cese o abstención de una determinada conducta, correspondería al Secretario Ministerial –en este caso, al Secretario de Comercio Interior– de la ley 22.262. En rigor, la única decisión preventiva que podía adoptar la CNDC en el marco de la ley 22.262, durante el transcurso de la instrucción, era la prohibición de ausentarse del país a las personas físicas investigadas.

Frente a ello, las decisiones impugnadas estarían aquejadas del vicio de incompetencia, extremo que torna verosímil el derecho alegado por la actora. Y en este punto, también cabe considerar que la decisión adoptada por la CNDC está sustentada únicamente en ciertas informaciones periodísticas y en un comunicado de prensa de una asociación de la cual no es parte la actora, extremos que no serían idóneos por sí solos para demostrar la existencia de un cartel entre las empresas investigadas.

9º) Ello establecido, en lo que se refiere al peligro en la demora cabe recordar que el examen sobre su concurrencia exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso. En este sentido, se ha destacado que ese extremo debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar la aplicación de las diversas disposiciones impugnadas, entre ellos su gravitación económica.

En tal orden de ideas, conviene precisar que el aumento de los abonos cobrados por parte de Direct TV a sus clientes estuvo justificado en el alza de los costos en la

prestación del servicio, ocasionados básicamente por dos circunstancias notorias: a) el aumento de la inflación; y b) la aplicación de un nuevo impuesto a ciertas tecnologías.

Desde este ángulo, el plazo por el cual se dispuso la medida -60 días- tornaría dificultoso la eventual decisión del recurso de apelación interpuesto por la peticionara. Y aunque pudiera dictarse sentencia definitiva en ese lapso, en la hipótesis de que fuera favorable a Direct TV tampoco evitaría el daño producido por la falta de cobro del aumento del precio de la prestación, teniendo en cuenta los derechos de los usuarios que habrían pagado la factura de buena fe. En ese contexto, debería embarcarse en una prolongada y ardua acción de daños y perjuicios contra el Estado, en la cual de obtener una condena terminaría en convertirse en un costo para toda la comunidad, sean o no usuarios del servicio.

Mientras que por el contrario, si la sentencia rechazara el reclamo del apelante, éste podría devolver las sumas cobradas en exceso a sus clientes y cualquier daño ocasionado por la medida precautoria estaría cubierto por la contracautela que se fije.

Además, es claro que la medida cautelar de la CNDC no se limitó a impedir las subas a futuro, sino que también dispuso el reintegro de las cuotas percibidas con aumentos, que en el caso de la peticionaria alcanzaría las facturas de enero. Y ello comportaría un gravamen actual en cabeza del recurrente, que no sólo se vería privado de los aumentos dispuestos, sino que también debería devolver lo percibido en exceso.

Finalmente, tampoco puede soslayarse que la manda fue dispuesta bajo apercibimiento de imponer la sanción del art. 46, inc. d), de la ley 25.156, de modo tal que al haberse concretado la suba, en el criterio de la autoridad administrativa ya existiría una conducta punible, sancionable con sumas de hasta \$1.000.000 diarios.

10) Finalmente, ponderando que la cautelar adoptada podría ocasionar perjuicios a los consumidores, se estimo una contracautela real en la suma de \$700.000. Para ello, se tiene especialmente en cuenta el grado de verosimilitud en el derecho reconocido, el monto del aumento del abono, la cantidad de usuarios y la importancia económica de la empresa en cuestión.

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada y disponer, la suspensión de los efectos de las resoluciones dictadas por la CNDC hasta tanto se dicte sentencia definitiva en el recurso de apelación interpuesto por Direct TV.

El doctor Alfredo Silverio Gusman señala al momento de emitir su voto que :

1º) Adhiero a lo expresado anteriormente en el voto precedente; discrepa con la solución propiciada.

2º) Ante todo, para el dictado de cualquier medida precautoria el interesado debe acreditar prima facie la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza. Y la apreciación de esos recaudos debe realizarse con carácter estricto en los supuestos en que se peticiona la suspensión de los efectos de actos estatales habida cuenta de la presunción de validez que presentan.

En particular, el examen de la concurrencia del peligro en la demora exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer en forma cabal si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso. En este sentido se ha destacado que ese extremo debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar la aplicación de las diversas disposiciones impugnadas, entre ellos su gravitación económica.

3º) Partiendo de tales premisas desde el punto de vista del magistrado, no se advierte el peligro en la demora ocasionado por la medida adoptada por la C.N.D.C. en los términos del art. 35 de la Ley N° 25.156. Lo aducido por la peticionaria adolece de generalidad acerca del perjuicio que se dice irrogado y además se encuentra desprovisto del respaldo probatorio necesario.

A mi modo de ver, las dificultades de organización administrativa interna que provocaría en la prestataria tener que reintegrar el incremento percibido, no es suficiente para suspender los efectos del acto administrativo impugnado. En cuanto a la confusión de sus clientes, tampoco parece una circunstancia que imponga un gravamen tal que torne procedente la tutela cautelar requerida. Menos aún advierto el daño a la imagen de la empresa que se evitaría con la precautoria solicitada, desde el momento en que la medida preventiva dispuesta por la autoridad de aplicación es general para todo el sector.

Del mismo modo, con los elementos aportados en esta instancia, la afirmación realizada en cuanto al daño financiero ocasionado por la medida preventiva, llegado el caso, bien podrá canalizarse por las vías ordinarias sin generar un gravamen irreparable que justifique la adopción de la medida cautelar solicitada.

Asimismo, tampoco puede dejar de ponderarse que la precautoria dictada por la C.N.D.C. tiene una duración limitada en el tiempo -60 días-, transcurrido el cual en principio no habría óbices para llevar a cabo el aumento. Frente a ese escaso lapso temporal (que equivaldría a la facturación de dos períodos, a lo sumo tres), parece claro que el levantamiento de la medida adoptada en sede administrativa repercutiría en los usuarios del servicio que presta la actora, sin generarle a su vez a Direct T.V. una lesión insoluble. Con lo cual no es dable descartar, como lo hace la empresa en el acápite 3.37 de su presentación, una afectación al interés económico general, que es el bien jurídico tutelado por la ley de defensa de la competencia.

6°) Si bien lo expuesto, dada la ausencia del recaudo de peligro en la demora, es suficiente para la desestimación de la medida cautelar, deseo señalar que tampoco encuentro configurada la verosimilitud en el derecho invocada en el escrito de inicio. Es que no me parece apropiado, en el estrecho marco cognoscitivo de una petición precautoria, examinar el alcance de las facultades de la C.N.D.C. a raíz de que no se ha creado el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, extremo que en todo caso requerirá un detenido análisis al momento de la decisión de fondo. Máxime teniendo en cuenta las graves consecuencias que podría significar privar a la autoridad de aplicación de disponer el cese de conductas potencialmente lesivas para el régimen de la competencia a través de las medidas preventivas contempladas en el Art. 35 de la Ley N° 25.156 (ver asimismo, art. 42 de la Constitución Nacional).

Por todo lo expuesto, corresponde desestimar la medida cautelar solicitada.

En virtud de lo expuesto el Tribunal resolvió por mayoría: hacer lugar a la medida cautelar solicitada y disponer, previa constitución de la caución fijada, la suspensión de los efectos de las resoluciones CNDC n° 8/10 y 13/10 hasta tanto se dicte sentencia definitiva en el recurso de apelación deducido por la actora.

4.3 Conclusión

A través de estos fallos hemos observado que la principal debilidad de nuestra ley de defensa de la competencia, es la no constitución al día de la fecha del Tribunal de Nacional de Defensa de la Competencia, el cual es el principal órgano encargado de imponer sanciones.

Es por esto que cada vez que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia intenta poner algún tipo de sanción de las previstas en la ley, rápidamente es cuestionada ante la autoridad judicial competente, ya que la Comisión, como hemos visto, no es el órgano competente para aplicar sanciones

Capítulo V

CONCLUSIONES

SUMARIO: 1. Introducción 2. Conclusiones 3. Propuesta Final

5.1 Introducción

En este último capítulo intentaremos brindar conclusiones y hacer una propuesta de modificación a la actual Ley N° 25.156, para así lograr tornar más operativa la ley e impedir que sigan habiendo presentaciones judiciales que impidan aplicar las sanciones que analizamos en capítulos anteriores

5.2 Conclusiones

Para ir concluyendo con nuestro trabajo de investigación, cabe señalar que la legislación sobre defensa de la competencia ha avanzando con el paso de los años tanto en nuestro país como en todo el mundo, sin lugar a duda en los países más desarrollados hay una verdadera conciencia y este tema ha sido instalado en uno de los pilares fundamentales de los sistemas jurídicos de los países desarrollados.

La legislación sobre defensa de la competencia tiene como uno de los principales objetivos el mantenimiento y desarrollo de una competencia eficaz en los mercados, ya sea actuando sobre el comportamiento de los agentes económicos o actuando sobre las estructuras de los mercados.

Debemos recordar también que la ley no solo beneficia a los consumidores los cuales obtendrán mejores productos, sino que también brindará ventajas a los productores que mejorarán la calidad y ofrecerán mejores precios y así captarán un mayor número de consumidores.

La ley intenta brindar libertad para que grandes y pequeñas empresas puedan competir libremente, impidiendo el abuso de la posición dominante; o concentraciones y fusiones, en caso que generen perjuicio al interés económico general.

Los pilares fundamentales de la ley para juzgar una conducta anticompetitiva son la distorsión de la competencia, el abuso de posición dominante y el perjuicio al interés económico, todo esto lo hemos desarrollado muy brevemente a modo de introducción, siendo analizados con mayor profundidad en los capítulos siguientes.

Si bien nuestro país ha ido avanzando en la temática, no existe aún una idea clara en la sociedad y seguramente deberá transcurrir un tiempo prudencial hasta tanto sea posible evaluar lo que acontece respecto a la ley de defensa de la competencia.

La introducción en la legislación argentina de un control previo de concentraciones de fusiones, es un hecho muy positivo; este control de concentraciones está previsto en casi todos los países que tienen leyes sobre defensa de la competencia y es una consecuencia inmediata de la apertura de la economía al comercio mundial.

El hecho de que al día de la fecha no se haya constituido el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, permite la vulnerabilidad de la institucionalidad del sistema legal, lo que en la práctica limita el poder de policía del organismo.

Las reformas que fuimos describiendo apuntan a agilizar los negocios, mejorando la competitividad de la economía. La aplicación de la ley es necesaria para que los actos o conductas y también las concentraciones económicas resulten beneficiosos para todos.

La situación actual de la ley de defensa de la competencia destaca que al día de la fecha aún hay situaciones que tornan inoperativa la ley, por ejemplo a más de diez años de la sanción de la norma todavía no está constituido el Tribunal Nacional de

Defensa de la competencia, lo que conlleva conflictos de quién es la Autoridad de Aplicación en la actualidad.

Los fallos judiciales que cuestionan la competencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia vaciando el contenido de la ley, esto a su vez, acarrea un perjuicio para el Estado, ya que realiza todo el procedimiento administrativo para en caso de ser procedente poder aplicar multas o sanciones y estos aranceles posteriormente no pueden ser cobrados ya que se cuestiona el órgano que aplica la pena.

Hay falta de control político sobre las decisiones del Tribunal (jerarquía política).

5.3 Propuesta Final

El principal cambio que a mi entender sería muy útil, es la constitución automática del Tribunal de Defensa de la Competencia, es decir los miembros de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia transformarlos automáticamente en miembros del Tribunal. Mantener esto por un plazo de dos años y después convocar a elección por concurso.

Por lo tanto, a mi criterio correspondería reemplazar el Art. 18 de la ley que dice “El Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia estará integrado por siete (7) miembros con suficientes antecedentes e idoneidad para ejercer el cargo, de los cuales dos por lo menos serán abogados y otros dos profesionales en ciencias económicas, todos ellos con más de cinco (5) años en el ejercicio de la profesión. Los miembros del tribunal tendrán dedicación exclusiva durante su mandato, con excepción de la actividad docente” y que quede redactado del siguiente modo “El Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia estará integrado por siete (7) miembros de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en una primera etapa, los cuales ejercerán su mandato por el

plazo de dos (2) años, para luego convocar a concurso de antecedentes e idoneidad para la elección de los miembros del Tribunal, por lo menos dos deben ser abogados y otros dos profesionales de ciencias económicas, todos ellos con más de cinco (5) años de ejercicio de la profesión. Los miembros del tribunal tendrán dedicación exclusiva durante su mandato, con excepción de la actividad docente”.

Con esto se conseguirá evitar pronunciamientos judiciales sobre la competencia de la autoridad de aplicación, que como vimos en los fallos que analizamos anteriormente es la principal crítica que desde el Poder Judicial se le hace a la ley, y con ello se posibilitará la plena vigencia de la ley 25.156.

Esto permitirá la revisión por parte de la autoridad política de aquellas decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre concentraciones de empresas que involucren aspectos estratégicos de índole económica y social para la Nación.

También permitirá el establecimiento de aranceles por la gestión estatal.

Con todo esto se logrará principalmente tornar operativa una ley, que tal como dijimos anteriormente, hace más de diez años que se sancionó, que en todos los países desarrollados tiene una relevancia muy importante, permitiendo la libertad de mercado, permitiendo que cualquier comerciante, en una economía de mercado, pueda competir por la clientela de otro sin que ello se le pueda reprochar.

Bibliografía:

a) General:

- MARTINEZ MEDRANO, Gabriel, “Control de monopolios y defensa de la competencia”, Lexis Nexis, tomo I, edición 1º, 2002, Buenos Aires
- NAZAR ESPECHE, Félix A., “Defensa de la competencia”, tomo I, edición 1º, 2001, Buenos Aires

b) Específica:

- OTAMENDI, Jorge, “Tribunales competentes en materia de aplicación de la ley de defensa de la competencia”, LA LEY, 2006-C,656
- DURRIEU, Roberto y SEITUM, Diego “Tribunal de apelación para las penas que aplica la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”, LA LEY, 2007/03/14
- Leyes y Jurisprudencia: www.infoleg.gov.ar
- MEDINA, Graciela, “Visión jurisprudencial de la ley de defensa de la competencia a seis años de su dictado”, LA LEY 2006-A, 1120

INDICE

Resumen -----	3
Estado de la cuestión -----	3
Marco teórico -----	4
Introducción -----	5

Capítulo I

ORIGEN Y EVOLUCIÓN

1.1. Introducción -----	8
1.2. Reseña histórica -----	10
1.3. Noción: competencia, comercio, monopolios, empresas y derecho del consumidor -----	16
1.4. Conclusión -----	18

Capítulo II

OBJETIVOS ESPECÍFICOS Y CARACTERES DE LA LEY

2.1 Introducción -----	21
2.2. Derecho de la competencia -----	21
2.3. Bien jurídico protegido -----	23
2.4. Objetivos del derecho de competencia -----	25

2.5. Caracteres de la ley -----	27
2.6. Conclusión -----	29

Capítulo III

AUTORIDADES Y SANCIONES

3.1. Introducción -----	32
3.2. Conductas prohibidas -----	32
3.3. Abuso de posición dominante -----	36
3.4. Concentraciones y fusiones -----	41
3.5. Autoridad de aplicación -----	46
3.6. Sanciones aplicables -----	51
3.7. Conclusión -----	53

Capítulo IV

JURISPRUDENCIA

4.1. Introducción -----	55
4.2. Análisis de fallos -----	55
Fallo YPF -----	55
Fallo Telefónica – Telecom -----	63
Fallo Isenbeck -----	65
Fallo Monsanto -----	74
Fallo Direct tv -----	81
4.3. Conclusión -----	90

Capítulo V

CONCLUSIONES

5.1. Introducción	92
5.2. Conclusiones	92
5.3. Propuesta Final	94