

## **LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

MARISA LUCIA PUGLIESE

### **SÍNTESIS**

El presente trabajo tiene por objeto aportar elementos que permitan acercarnos a entender la utilización práctica de la materia, no muy difundida a mi juicio, pero con un alto grado de influencia en las relaciones económicas de los Estados a través de la participación de las empresas y los particulares en sus respectivas economías.

La idea central es mostrar la importancia de la aplicación de políticas de “defensa de la competencia”, por parte de los Estados, el rol fundamental que estos cumplen en el desarrollo y sostén de estas políticas y arribar a la interpretación de cual es el bien jurídico protegido, con la finalidad de saber que debemos mirar a la hora de determinar si estamos frente a una conducta o accionar anticompetitivo y por ende sancionable.

Para ello he tomado como punto de partida algunas preguntas que personalmente me formulé a la hora de tratar de comprender el tema y a las que trataré de ir dando respuesta a lo largo de la exposición: ¿Cuáles son los antecedentes del tema y qué es la “defensa de la competencia?”, ¿Para qué los Estados adoptan normas en este sentido?, ¿Qué vinculación tiene el tema con las políticas económicas de los Estados? Y por último ¿A quiénes protegen estas normas?.

La legislación argentina y comparada, así como la Jurisprudencia y la doctrina me han ayudado a dar fundamento a la exposición.

## CAPITULO I

### LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

#### 1. Síntesis de su evolución en el derecho comparado

##### 1.1. Estados Unidos

El tema de la defensa de la competencia no es nuevo, por lo menos en países como Estados Unidos, o España, Italia, Francia, Alemania en Europa, quienes ya poseían sus legislaciones en la materia antes del nacimiento de la Unión Europea (Tratado de Roma de 1957 constitutivo de la Comunidad Económica Europea) a pesar de que tuvieron que adaptarlas a la legislación comunitaria para favorecer a la formación del mercado común por disposición del art. 3 inc. h) del Tratado de Maastrich de 1992 (*la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común*)<sup>1</sup>.

Estados Unidos viene profundizando y analizando el tema, ya sea desde la aplicación de políticas que aseguren la libre competencia, como es tradición, ya utilizando normas que provocan fallos sancionatorios de la anticompetitividad o aplicando sanciones ejemplificadas.

En 1890 se comienzan a observar en Estados Unidos prácticas monopólicas que se exteriorizaban en la limitación o regulación de precios por parte de compañías del mismo sector (casos, Dupont, Kodak), es justamente por la aparición de estas conductas que se planteó el debate en torno a la pregunta ¿El Estado debe intervenir? ¿Para qué? El Parlamento americano debatió el tema para dar un cauce a lo que se estaba plasmando en la realidad y es así como arriba a dos posiciones predominantes a la hora de decidir a) no se necesita intervenir a través de regulación alguna porque el mercado hará lo que tenga que hacer para ir rechazando toda práctica abusiva o desvirtuada que lo condicione. Posición liberal a ultranza, todo queda en manos del mercado. b) El Estado debe intervenir no para determinar las reglas del mercado sino para proteger justamente el funcionamiento libre de esas reglas, lo que ocasionará en cadena el ejercicio por parte de los ciudadanos del libre acceso al comercio, la protección de los consumidores quienes tendrán asegurada la oferta de los productos que deseen consumir a precios justos y equitativos. Así es como en 1890 se san-

<sup>1</sup> Claudia R. BRIZZIO. "Regulación del Contrato en la Economía Globalizada" Revista de doctrina N. 3 CPACF pág. 81

ciona la ley Sherman y se da el puntapié inicial penalizando los acuerdos para fijar precios (colusión), posición dominante o monopolio<sup>2</sup>. La medida es conteste con el momento histórico, político y económico del país que podríamos definir como de gran auge y afianzamiento del comercio, el crecimiento de la industria y la elección por parte de muchos inmigrantes europeos del lugar para afincarse y aportar su industria o ciencia.

Hasta 1890 no fue necesaria la intervención del Estado en materia de Defensa de la Competencia ya que el criterio predominante era el "dejar hacer", observándose que el liberalismo ortodoxos funcionaban aceptadamente.

El Estado tomo partido adoptando medidas sancionatorias de las conductas abusivas o distorsivas de la competencia, "ocurrido y probado el hecho se lo sanciona", la base es un "numerus clausus" que trata de definir todo aquello que es violatorio de la libre competencia<sup>3</sup>. Criterio objetivo o "per se".

En un segundo momento, y a mi entender íntimamente relacionado con la evolución y el desarrollo que ocasionaron la aparición de relaciones complejas en materia comercial, ya no era tan fácil definir las conductas anticompetitivas, aparece la necesidad de dar respuesta a esto, y surge casi como una expresión natural la denominada "regla de la razón" o criterio subjetivo que no hace ni mas ni menos que exponer la necesidad de analizar en el caso concreto todas las causales que lo componen (mercado afectado, intencionalidad, grado de impacto, consumidores, etc) y en virtud de ello determinar el grado de afectación siempre del interés económico general o interés publico.

En ambos casos la participación del Estado se produce a raíz de la aparición o presunción de una conducta que eliminó, tendió a eliminar, desplazó o impidió la posibilidad de competir.

En esta evolución legislativa USA sanciona en 1914 la Ley Klayton, fecha en la que también aparece en escena la Comisión Federal de Comercio. La primera aporta una definición mas clara y completa de las prácticas restrictivas, enumerándolas: a) Discriminación de precios; b) Contratos de exclusividad; c) Adquisición de empresas competidoras; d) Directorios vinculados. La segunda podía establecer regulaciones en materia de trabajo, energía, drogas, alimentos, transporte<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Eve RIMOLDI DE LADMANN: "Defensa de la Competencia dos cuestiones para el debate" material del Seminario sobre Defensa de la Competencia Universidad Notarial Argentina, Junio 2001.

<sup>3</sup> Eve RIMOLDI DE LADMANN: Idem nota 2

<sup>4</sup> Eve RIMOLDI DE LADMANN: "Defensa de la Competencia dos cuestiones para el debate"

En 1950 se sanciona la ley Celler-Kefauver en la que por primera vez se menciona el fenómeno de las fusiones como practicas prohibidas entre aquellas empresas que disminuyan la competencia o creen monopolios<sup>5</sup>.

El hecho es que como todo evoluciona en razón de las necesidades y las prácticas y es necesario permanecer y ganar mercados en esta economía global que se ha planteado en el mundo Estados Unidos se adaptó al esquema flexibilizando la jurisprudencia donde se observan casos como Continental T.V inc. v/ GTE Sylvania inc. o Matsushita elec. Industrial co. V/ Senith radio donde se han rechazado denuncias de procedimientos monopólicos, excepto plena evidencia de acuerdo de precios con intención de dañar a competidores, menos intervención en el mercado por desarrollo de mayor competencia y la adopción del criterio que los bajos precios favorecen al consumidor por economía de escala global; en cuanto a las fusiones el criterio es que estas no son amenazantes por la existencia de otras grandes compañías que compiten en el mercado mundial<sup>6</sup>.

## 1.2. Unión Europea

Destaquemos ahora la influencia que ha tenido y tiene Europa en la aplicación de normas que sancionen las conductas anticompetitivas; para el mundo en general y para nuestro país en particular.

Sabemos que en EE.UU el Estado decide intervenir, no porque si, sino a la hora de reencauzar o prevenir situaciones o conductas que puedan tornar anticompetitivo el mercado y ahora es el turno de ver que paso en Europa en este sentido para ir formándonos un panorama mas amplio de la cuestión.

Durante la segunda mitad del siglo XX, luego de la segunda guerra mundial y desde los albores de la Era Posindustrial, fueron creados grandes bloques económicos, con formas políticas adecuadas a ellos<sup>7</sup>.

Tras ensayar en Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo), el Tratado de París de 1951 (CECA) creó la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, integrada por Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo, justamente firmado por el carácter monopó-

---

, tomado de su libro "Derecho y Políticas de Defensa de la Competencia". Análisis comparado del Derecho de defensa de la competencia. El tema en los Estados Unidos Bs.As. 2000 cap. II, material del Seminario de la Universidad Notarial Argentina, Seminario sobre Defensa de la Competencia, Junio 2001;

<sup>5</sup> Idem nota 4.

<sup>6</sup> Idem nota 4.

<sup>7</sup> BRIZZIO Claudia R. "Regulación del Contrato en la Economía Globalizada" Revista de doctrina N. 3 CPACF pág. 82.

lico que tenían el carbón y el acero en la época en la región. Desde aquí comenzamos a observar como la participación del Estado se hace cada vez mas relevante a medida que avanzamos en el conocimiento del tema.

El 25 de Marzo de 1957 se firma el Tratado de Roma, desde el cual se constituye la Comunidad Económica Europea, en cuyos arts. 3 y 8 se expresa la finalidad del mismo haciendo alusión que la misma es ir formando gradualmente un mercado común, creando entre otros órganos el Consejo de Ministros, la Comisión y la Corte de Justicia.

En 1992 se firma el Tratado de Masstricht que dio vida a la Unión Europea que desde 1995 se encuentra integrada por quince países a la espera de otros doce con intenciones de ingresar.

Debo destacar que esta comunidad o unión a la que hice referencia en el párrafo anterior no solo tiene visos económicos sino que también, políticos y legislativos (normas comunes) art. 189 del tratado de Roma "el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente ; el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas". La directiva "obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando sin embargo a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios". Es decir que las directivas tienden a la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común (art. 3 inc. h). Se creó una Corte de Justicia que garantiza "el respeto del derecho en la interpretación y aplicación" del tratado de Roma art. 164 y resguarda al derecho comunitario, al propender a su aplicación uniforme por los estados miembro y evitar que los derechos locales contraríen sus principios (art. 177)<sup>8</sup>.

Estas normas generales fueron aplicadas por los Estados miembros en materia de Defensa de la Competencia debiendo legislar aquellos países que carecían de normas al respecto, y adaptar su legislación a la comunitaria aquellos que sí poseían legislación en el tema, destacando que en el caso de divergencia entre el derecho comunitario y el local en una contienda prevalece el comunitario por el art. 101 del Tratado de Roma.

En la materia que hoy nos ocupa puntualmente la Unión Europea ha considerado el tema en el Tratado de Amsterdam de 1997 arts. 81 en adelante y el Reglamento 4064/89 modificado por el Reglamento 1310/97 donde se observan normas en relación a los acuerdos prohibidos entre empresas que pueden afectar a los Estados miembros, las políticas de dumping y la prohibición de las ayudas otorgadas por

---

<sup>8</sup> Idem nota 7.

los Estados; asimismo se pusieron en práctica los controles comunitarios de concentraciones y fusiones enunciados en los tratados constitutivos de la Unión Europea y se bajaron los umbrales para acceder a dicho control<sup>9</sup>.

Nuevamente vemos, también en Europa la participación del Estado en materia de regulación de conductas anticompetitivas y diría no como una facultad de este sino como una obligación, asumiendo la responsabilidad de cuidar las condiciones transparentes en que el mercado debe desarrollarse y otorgándole a las normas regulatorias del punto el carácter de "orden público" (ningún Estado, empresa o particular puede pactar en sus acuerdos no acogerse a la legislación vigente en la materia ).

### 1.3. América Latina

En América Latina surgieron los denominados "acuerdos de nueva generación", con un esquema de regionalismo abierto que combina el libre cambio con la integración<sup>10</sup>.

A mayor abundamiento, y para tratar de dar un panorama general de la situación en América Latina diremos que los países latinoamericanos que actualmente cuentan con leyes de competencia son<sup>11</sup>:

Argentina: Ley 25.156 de agosto de 1999 cuya finalidad es : asegurar el correcto funcionamiento de los mercados, garantizando la libre competencia, y sancionar las conductas que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado, de modo que puedan resultar un perjuicio para el interés económico general y el sometimiento a control previo de las concentraciones o fusiones

Brasil: Ley 8884 de Junio de 1994, modificada por la Ley 9069 de Junio de 1995. Su objeto: prevenir y reprimir el uso indebido del poder económico, las infracciones al orden económico, determinado por las disposiciones constitucionales de libertad de iniciativa, libre competencia, función social de la propiedad y protección de los consumidores.

Colombia: Ley 155 de diciembre de 1959 (primer país latinoamericano que sancionó una norma de defensa de la competencia) orientada a mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que

<sup>9</sup> Norma PASCAR: "Legislación sobre defensa de la Competencia en la Unión Europea y en el Mercosur", Seminario Derecho de la Competencia. UNA Junio 2001.

<sup>10</sup> J.L. DE LOS MOZOS-C.A. SOTO: "Contratación contemporánea. Teoría general y principios" t. I Lima 2000, pág. 93

<sup>11</sup> Claudia CURIEL LEIDENZ "Diseño de un modelo de abogacía de la competencia en el contexto de la implantación de las políticas de competencia" trabajo para la Sección de Derecho y Política de Competencia y de Protección al Consumidor ONU, 2000.

los consumidores tengan libre competencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y que en el mercado exista variedad de precios y calidad de bienes y servicios.

Costa Rica: Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor de diciembre de 1994: en materia de competencia, específicamente, el objetivo de esta ley establece la tutela y promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y la prohibición de monopolios, las practicas monopólicas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado.

Venezuela: Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia de enero de 1992: esta ley tiende a proteger y promover el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, falsear o limitar el goce de la libertad económica.

Panamá: Ley 29 de febrero de 1996 cuyo objeto es proteger y asegurar el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia, erradicando las prácticas monopolísticas y otras restricciones en el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios para preservar el interés superior del consumidor.

Chile: Decreto ley 211 de 1973: Defensa de la libre competencia; previenen y sanciona las prácticas monopólicas; modificada por el dec/ley 2760 de julio de 1979.

Perú: Decreto 701 de noviembre de 1991. Practicas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

México: Ley Federal de la competencia económica de diciembre de 1992.

No obstante ello y los esfuerzos de los gobiernos por adaptarse a los modelos que impone la economía global no podemos dejar de mirar que la gran turbulencia de los países que componen la región en sentido político, social y económico no permiten terminar de delinear políticas claras que favorezcan el desarrollo de los estados miembro.

#### **1. 4. Mercosur**

En 1991, Brasil, Paraguay, Uruguay y Argentina firmaron el Tratado de Asunción por el que se dio vida al Mercosur, y cuyo objetivo fue crear un "mercado común". Los países participantes asumieron el compromiso (art. 1) de "armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integra-

ción”<sup>12</sup>. En este sentido es que en materia de defensa de la competencia en el año 1994 a través de la resolución 21 el Consejo Mercado Común aprobó parámetros para que sean compatibles las legislaciones de los países miembros del Mercosur.

De hecho Argentina ya tenía su ley de Defensa de la Competencia (22.262) sancionada en 1980, modificada por la ley 25156 de 1999; Brasil sancionó la propia en 1994 (8884), modificada por la ley 9069 de 1995 y Uruguay y Paraguay aún no poseen legislación al respecto.

Es así como en 1996 se firma el Protocolo de Defensa de la Competencia para el área estableciendo sobre que sujetos será aplicado (personas físicas o jurídicas de derecho público o privado u otras entidades...(art. 2), enumerando las prácticas restrictivas de la competencia (capítulo II) y castigando el abuso de posición dominante (art. 5) entre las disposiciones más importantes<sup>13</sup>. Es importante recalcar que el mismo no ha entrado aún en vigencia debido a la falta de ratificación legislativa por los Estados miembro.

### **1. 5. Estado General del planeta en materia legislativa sobre el tema**

En la actualidad unos 60 países, entre ellos países en desarrollo y economías en transición, han adoptado leyes sobre la competencia. Además la mayoría de los restantes países son ahora conscientes de la importancia de la política de la competencia y muchos en particular los países menos adelantados, se encuentran en la fase de elaborar legislación sobre la competencia. A nivel regional numerosas agrupaciones de Estados, tales como el Area de Libre Comercio de América, la Secretaría Permanente del Tratado General de Integración Económica Centroamericana (SIECA), la Comunidad del Caribe (CARICOM) y MERCOSUR, en América, y el Mercado Común del Africa Meridional y Oriental, la Comunidad de Desarrollo del Africa Meridional (CODAM), la Unión Aduanera y Económica del Africa Central, la Cooperación Económica del Asia y del Pacífico (CEAP), entre otras han establecido o están estableciendo grupos de trabajo sobre la competencia, algunos de los cuales tienen por objeto adoptar normas regionales en la materia<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Claudia R. BRIZZIO. “Regulación del contrato en la economía Globalizada” Revista de doctrina N. 3 CPACF pág. 83.

<sup>13</sup> Guillermina TAJAN DE SAA y Norma PASCAR: “Impacto de las políticas de Defensa de la Competencia en los Mercados Integrados” Ponencia VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Bs.As. Septiembre 1998.

<sup>13</sup> Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del



## CAPITULO II

### 1. 1. Rol del Estado: la necesidad del apoyo político

Queda demostrado con lo expuesto que el problema que nos ocupa es de alcance mundial y que se aceleró su importancia a partir de mitad del siglo pasado.

Asimismo es obvio que los Estado han tomado no solo participación en el sostén de la transparencia de los mercados, sino que hasta podríamos afirmar que cumplen un papel preponderante e indelegable a la hora de defender la vigencia de las reglas del mercado.

En función del entendimiento de los principios de competencia como ley marco en la economía, el rumbo de acción que le corresponde pasa necesariamente por un cambio de orientación y de concepción del papel del Estado en la economía. Si esas reglas del juego que se plasman en los elementos constituyentes de la política de competencia son efectivamente promovidos y aceptados por la sociedad, indiscutiblemente se incorporan estos postulados en la conformación del estado de derecho<sup>14</sup>. Mas halla de interpretar el derecho a la libertad económica, se trata de la concepción acerca de la forma en la cual debe estructurarse la sociedad y la interrelación entre las partes que la componen. Vale decir un conjunto de principios, reglas y modos de accionar sustancialmente distintos.

El Estado debe garantizar la sanción de normas de la competencia que estén dirigidas a modernizar el modo de organización del mercado, la independencia del poder jurisdiccional y de las agencias u organismos de competencia, siempre desde el rol alternativo del Estado en la medida que incentiva las conductas competitivas y hacen parte de su política la remoción de barreras artificiales<sup>15</sup>.

Es clave asimismo que el órgano jurisdiccional asegure la aplicación de las normas en la materia y para ello que la independencia sea manifiesta y efectiva lo que aportará un elemento mas de seguridad al mantenimiento de la competencia. Sostengo la necesidad de aportar información a los jueces en el tema a los efectos de que estos puedan interpretar las normas y ayuden a la consolidación del instituto.

Por otra parte el Estado en esta multiplicidad de aspectos que debe atender a los efectos de asegurar la transparencia de los mercados

---

conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas. Ginebra, Septiembre 2000, pág 3.

<sup>14</sup> Claudia CURIEL LEIDENZ: "diseño de un modelo de abogacía de la competencia en el contexto de la implantación de las políticas de competencia en América Latina" ONU 2000.

<sup>15</sup> Idem nota 14, pág. 28.

entendiendo que debe proporcionar apoyo político a las agencias u organismos administrativos (Comisión nacional de Defensa de la Competencia en nuestro país) cuya función es asegurar la competencia. Este apoyo se debe manifestar en la proporción de los mecanismos y estructuras, acompañados de la autonomía e independencia que les permitan arribar al fin deseado. No obstante ello no debemos dejar de apuntar que las políticas de competencia no están aisladas de los ciclos políticos y de la posible incidencia que los grupos de presión puedan tener<sup>16</sup>.

### CAPITULO III

#### 1. 1. Enfoque en la Ley Argentina

Una vez que comprendimos la importancia de la participación del Estado y su rol preponderante en orden al desarrollo de políticas competitivas y por ende de su protección y cuidado señalando conductas contrarias a ello, me pareció necesario mirar el enfoque de nuestra Ley de Defensa de la Competencia y cuales son sus fundamentos .

La fuente de nuestra legislación, además de las normas europeas en sin duda nuestra Constitución Nacional, toda vez que "*defender la competencia*" es la posibilidad de una sociedad de tener asegurado su derecho constitucional de libre comerciar y de propiedad, consagrados justamente en nuestra Carta Magna, arts. 10, 11, 12, 14 y 17<sup>17</sup> y en la mayoría de la Constituciones del mundo; así por ejemplo Canadá al sancionar en 1960 la Ley de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales, USA, enmiendas IX y X: Francia en su preámbulo<sup>18</sup>; derechos que constituyen la base de acción del comerciante individual o empresario y le otorgan la libertad tan necesaria para desarrollar el comercio, tomado este como un elemento indispensable que procura el desarrollo de los Estados.

Ahora bien, estas libertades deben poder ejercerse dentro de un marco o soporte que es obligación de los Estados aportar con el fin de que todos vean asegurada su participación.

Adelanto que a mi juicio esta debe ser la intencionalidad de toda normativa que se prevea en orden al tema, es decir que siempre las normas deben tener en mira posibilitar el ejercicio de esta "libertad" que se vincula con la toma de iniciativas y la posibilidad de canalizarlas, asegurando los Estados a cada individuo o empresa la seguri-

---

<sup>16</sup> R. Pittman, 1992

<sup>17</sup> Segundo V. Linares Quintana: Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. t. I

<sup>18</sup> idem nota 17, t. 3

dad de poder acceder al mercado (libre concurrencia), cuando lo consideren.

Desde un punto de vista técnico – jurídico “la defensa de la competencia” podríamos afirmar que es la capacidad de los Estados de “controlar” la libertad del individuo o empresa en su intención de acceso a un mercado en virtud de considerarse su actitud tendiente a falsear, restringir, limitar o distorsionar la competencia, como asimismo el abuso de una posición dominante de modo que puedan ocasionar un perjuicio para el “interés económico general” (art. 1 LDC 25.156).

Entiendo siguiendo al Dr, G. Cabanellas de las Cuevas (h) que la “defensa de la competencia” importa la reunión de un conjunto de elementos o reglas que forman un modelo de conducta y que a su juicio son<sup>19</sup>:

- La independencia de los participantes en un mercado.
- La posibilidad de entrar al mercado
- La existencia de una estructura de mercado que posibilite la competencia, cuanto mas partes hay, el mercado será mas competitivo.
- Que haya posibilidad de elegir.

De un análisis somero de los elementos enumerados podemos observar que son propios de un mercado libre y transparente en una economía abierta y que el Estado en su rol como dijimos de “controlador” debe atender a los efectos de volver al cauce las situaciones que no respondan a los mismos.

Podríamos afirmar que cualquier conducta llevada a cabo por un comerciante individual o una empresa (sociedad) que lesione (art. 1 LDC) alguno o todos los elementos ut supra mencionados en forma voluntaria o involuntaria estaría abriendo la puerta a la sanción que el Estado, aquí si, esta obligado a aplicar si eligió acogerse a las políticas de defensa de la competencia y sancionó la legislación pertinente, como es el caso de nuestro país.

Hasta aquí pareciera que todo esta muy claro, dada en un Estado la norma, basada en los elementos que definen a la competencia, con la finalidad de proteger justamente la concurrencia de dichos elementos, dada una conducta contraria, se aplica la sanción, pero esto no alcanza; si seguimos mirando nuestro art. 1(LDC argentina) observamos que el legislador decidió introducir la frase ...”*de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general*”; y aquí a

---

<sup>19</sup> Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h) en ocasión de la conferencia dictada en el Seminario sobre Derecho de la Competencia UNA Junio 2001.

mi juicio es donde surge el conflicto, porque entramos en el terreno de la interpretación, y entonces, tenemos que entender como muchos juristas, que el aporte de esta frase es lo que nos posiciona frente a una ley que adopta el criterio “de la razón” para determinar si una conducta está o no afectando la competencia, afirmamos que no hay en nuestra ley conductas “per se” (*Ahora bien, para la aplicación de la ley es necesario que los actos o conductas, y ahora también las concentraciones económicas, produzcan un interés contrario al interés económico general. Con ello se deja bien sentado, que para la efectiva aplicación de la ley no rige el principio “per se”, es decir la sola existencia de actos anticompetitivos, sino por el contrario se requiere la demostración de efectos económicos negativos para la comunidad. Cada caso deberá ser analizado y el tribunal Nacional de Defensa de la Competencia deberá establecer si la conducta denunciada perjudica o no el bienestar económico*)<sup>20</sup>.

La enumeración que hace el art. 2 de la LDC argentina, es meramente enunciativa,<sup>21</sup> y siempre a la hora de determinar si estamos frente a una conducta anticompetitiva tendremos que aplicar la regla de la razón, pero a mi entender no porque el legislador se haya tomado el trabajo de incluir la famosa frase (interés económico general) sino porque es impensable en la materia adoptar criterios cerrados “*numerus clausus*”, conductas que por el solo hecho de estar enumeradas en una ley puedan ser sancionadas sin mirar el contexto, el momento, el espacio las circunstancias. Cuando pienso en el tema, me aparece la imagen de la “economía globalizada” (apertura al intercambio mundial, concentraciones, ) con su basta gama de relaciones complejas y de variedad de mercados que se entrelazan, en distintos países o regiones, entonces, siempre que se afecte la competencia de un mercado tendremos que animarnos, en cada caso, a definir que es lo que se está afectando para saber si estamos ante una conducta sancionable o no. Algo tan amplio como es “el interés económico general” no permite ajustar la búsqueda del interés afectado.

La realidad es que la frase esta puesta en nuestro art 1 de la LDC y fue tomada de las legislaciones europeas (España ley 82/1999 modificatoria de la ley 16/1989, Comunidad Europea). Siempre hay perjuicio y en cada caso nos tocará determinar frente a quien o quienes impactará, si no hubiera perjuicio, ¿ Para qué legislamos? ¿Para aplicar normas a casos donde el daño es inexistente?.

<sup>20</sup> Diego PETRECOLLA: La nueva ley de Defensa de la Competencia, 1999.

<sup>21</sup> G. CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h) en oportunidad de dictar su conferencia en el Seminario de Derechos de la Competencia UNA, Junio 2001.

De lo expuesto inferimos que nuestra “libertad de comerciar”, de “ejercer toda industria lícita”, de raigambre constitucional entra en conflicto cuando por el ejercicio de estas se vean comprometidos o afectados “el interés económico general”(conforme nuestra ley); hecho que puede darse de manera involuntaria: la actitud del sujeto persona o empresa carece de la intencionalidad de provocar el daño; o intencional, a priori existe la intención de obtener un beneficio con el obrar elaborando estrategias para ello sin medir los fines; de cualquier manera las normas deben impedirlo en ambos casos.

## CAPITULO IV

### 1. 1. El “interés económico general”.

En el punto anterior expuse mi parecer sobre la inclusión de la frase que he reiterado y reiterado, “interés económico general” ahora tratare de interpretar a la luz de la legislación comparada, la doctrina y la jurisprudencia que quiso expresar el legislador al incluir dicha frase en el art. 1 de la LDC al restringir los actos o conductas anti-competitivas y en el art. 7 de la LDC al respecto de las concentraciones económicas, porque no debemos perder de vista que nuestra ley la contiene y por ahora nuestra labor es ajustarnos a ella.

A simple vista podríamos decir que es el “bien jurídico protegido”, pero el bien jurídico protegido ¿Es el interés económico general, la competencia, o el acceso al mercado? Veamos:

El Dr. Carlos A. Botassi y Rodolfo Geneyro en el Análisis del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur para el Centro de Estudios Nuevo Milenio afirma: *“El interés general de la sociedad se encuentra vinculado a la existencia de la mayor transparencia posible del mercado que permita el correcto juego de oferta y demanda. En el capitalismo avanzado la acción que evita las distorsiones a la competencia surge de las decisiones estatales de contar con los instrumentos legales que garanticen una competencia efectiva y eficaz”*.

“Antes, como ahora, el bien jurídicamente tutelado oscila entre el derecho al juego limpio de los empresarios protagonistas del funcionamiento de los mercados y el interés de los consumidores en que se impida la elevación artificial de los precios. Las practicas desleales que proscriben las normas defensoras de la competencia protegen de esta manera a las empresas respetuosas del libre juego de la oferta y la demanda tanto como a los ciudadanos que adquieren sus bienes y

contratan sus servicios”.

*La ley persigue la eficiencia económica, en el entendimiento que la misma promueve el bienestar general de los consumidores. es por ello que la ley debe ser entendida como un instrumento de política que promueve los negocios, fortalece los mecanismos del mercado y establece reglas claras de funcionamiento para las empresas, a fin de que estas ganen en eficiencia y competitividad<sup>22</sup>.*

Ya en 1998 en el contexto del VII Congreso Argentino de Derecho Societario III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa en un trabajo que mereció el premio a la mejor ponencia sobre el tema las Dras. Norma Pascar y Guillermina Taján interpretando la anterior ley de Defensa de la Competencia en el punto afirmaban: “... a nuestro modo de ver el fin perseguido en la ley, aunque no de forma expresa, es la **“protección del público consumidor”**, y es por ello que el bien jurídico protegido es **“el consumidor”**...”

A su vez la Dra. María Viviana G. de Quevedo en un trabajo denominado “Apuntes sobre el régimen de notificación obligatoria de concentraciones económicas” en relación a lo establecido en el art. 7 de la LDC que dispone “se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general” sostiene que la ley argentina ignoró el dar una pauta para evaluar una concentración hecho que fue superado por el órgano administrativo. “en efecto el apartado II,2 de los Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas (aprobados por resolución S.I.C. y M. 726/99) introduce el concepto de poder de mercado como pauta de evaluación de la afectación del interés económico general por parte de una concentración económica, criterio que por otra parte es asumido por la regulación anticompetitiva de los Estados Unidos”

En las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs.As. 1997) se sostuvo que las normas legales de protección a la concurrencia y al consumidor no desnaturalizan la autonomía de la voluntad y que el derecho de la concurrencia se justifica cuando se tiende a evitar que por la celebración de contratos pueda perjudicarse a los consumidores.

Debemos tener presente que los conceptos expresados en el art. 1 y 7 de la LDC argentina tienen como fuente la ley europea, ejemplo de ello es la ley española de Defensa de la Competencia, a su vez con

---

<sup>22</sup> Guillermina TAJAN. “El abuso de posición dominante y el control de las concentraciones económicas en la nueva ley argentina de Defensa de la Competencia (tomado de la Memoria anual de la CNDC 1998) Boletín Latinoamericano de Competencia

base en las normas comunitarias de política de competencia según lo expresa la propia exposición de motivos donde en sendos pasajes de la misma se hace referencia al “interés público” (*ley 52/1999 ... nació con el objetivo de dotar a los poderes públicos de un instrumento eficaz para garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público.*) en otro pasaje se puede leer en cuanto a la actuación de los órganos de competencia en relación con el art. 7 de la ley 16/1989 modificada por la ley 52 /1999 (Tribunal de Defensa de la Competencia) “*debe limitarse a aquellos actos desleales que distorsiones gravemente las condiciones de competencia en el mercado con grave afectación del interés público, dejando a los tribunales ordinarios el conocimiento y enjuiciamiento de conductas desleales de otro tipo*”.

Asimismo en la ley propiamente dicha en su art. 3ro. Apartado 2 se introduce la siguiente modificación relacionada con la facultad del Tribunal de Defensa de la Competencia de formular propuesta al gobierno a través del Ministerio de Economía y Hacienda para que adopte o inste a la autoridad pública competente, en su caso, la modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales “...*se podrá autorizar siempre en la medida en que se encuentren justificadas por la situación económica general y el interés público...*” pero como en nuestra legislación no se define a que se denomina interés público .

Determinar los efectos de la intervención sobre el bienestar del consumidor o sobre la actividad de la empresa, la industria o la economía nacional<sup>23</sup>, es tarea de los Estados a través de la interpretación de las normas de defensa de la competencia por parte de los órganos jurisdiccionales.

Se ha calculado que en los Países Bajos las pérdidas medias anuales para los consumidores derivadas de las prácticas colusivas o de las reglamentaciones restrictivas en varios sectores de los servicios suman de U\$S 2.100 a U\$S 2.700 millones de dólares<sup>24</sup>. Los datos relativos a los Estados Unidos revelan que los manipuladores de una licitación para la venta de mariscos congelados que fueron objeto de un proceso judicial habían mantenido un recargo medio del 23% sobre el precio de competencia a lo largo de un año y la supresión de los acuerdos de fijación colusiva de precios en algunas industrias ha tenido como resultado notables disminuciones de los costos de fabrica-

---

<sup>23</sup> Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia ONU, JULIO 1999, Pág. 5.

<sup>24</sup> Idem nota 23, pág. 9.

ción<sup>25</sup>.

A pesar de que por lo expuesto precedentemente parece inferirse que el beneficiario de las políticas de defensa de la competencia es el "consumidor", entiendo, con Botassi y Geneyro y otros autores que citaré que esto no es tan absoluto.

A mi juicio el beneficiario de tales políticas es "la competencia", siendo esta un valor o bien a proteger en si mismo, que luego impactará no solo en los consumidores sino también sobre las empresas o comerciantes individuales. Es decir que hay un primer "interés económico general", el cual es la promoción y cuidado de que las reglas del mercado sean abiertas y brinden las mismas posibilidades a todos los que quieran acceder a él, luego las empresas y los consumidores se beneficiarán con el juego transparente de estas reglas.

En este sentido se expresa el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo celebrada en Ginebra en 1998 al decir: "...El control de las prácticas comerciales restrictivas produce sustanciales efectos beneficiosos sobre la competencia, no solo directos en casos concretos, sino también efectos generales disuasorios de la utilización de esas prácticas; esto puede obligar a las empresas a competir mas duramente y crear de ese modo un clima favorable a la competencia y una cultura empresarial.

De hecho en muchos países la función esencial de los organismos de defensa de la competencia ha sido la defensa de la aplicación de principios de la competencia en la concepción o puesta en práctica de las políticas y medidas estatales, con inclusión de la eliminación de la reglamentación innecesaria y de la adopción de los medios menos restrictivos de la competencia para alcanzar diversos objetivos políticos<sup>26</sup>. Por último, el profesor Otamendi al tratar el punto en su art. "Criterios de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia" LL-1982, pág 759 afirma: que el bien jurídico protegido es la competencia entendida esta como el libre juego de la oferta y la demanda.

## CONCLUSIÓN

A quedado demostrado que a medida que la economía de los Estados se fue complejizando, por una multiplicidad de factores, la necesidad de intervención de estos también se fue acelerando para mantener vivas las reglas del mercado a los efectos de promover y asegurar la participación, como una forma de a su vez de solidificar

<sup>25</sup> Departamento de justicia de los Estados Unidos, EAG discussion Paper 93-2, Enero 1993.

<sup>26</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra 1998, pág. 27.



sus economías.

En efecto considero que es imposible pensar en políticas de “defensa de la competencia”, si antes no se ha diseñado una política económica “marco” dentro de la cual aquella se inserte, y aquí nuevamente el papel del Estado, es preponderante.

Asimismo le corresponde al Estado, a través de sus poderes la sanción de las normas de “defensa de la competencia” y la correcta aplicación por sus órganos jurisdiccionales, otorgando de esta forma la seguridad jurídica que brinda el conocimiento de las reglas de juego.

Considero que el apoyo político que los Estados le otorguen al tema y el espacio de desarrollo del mismo dependen de la macroeconomía de esos Estados y no de la necesidad de proteger a las empresas o consumidores por si mismos.

Por último creo que nuestro país intenta despertar, haciendo grandes esfuerzos por adaptarse a la economía global impuesta, y para ello busca permanentemente modelos.

A pesar de ello, creo que equivocamos una vez mas el camino, porque el hecho de dilatar la formación del Tribunal de Defensa de la Competencia, por ejemplo, no hace ni mas ni menos que mostrar la falta de voluntad política de jugar con reglas claras y transparentes.

## BIBLIOGRAFIA

*“Derecho y Política de Defensa de la Competencia- Análisis comparado”*. Eve I. Rimoldi de Ladmann y otros. Edi. La Ley 2001.

*“Derecho Constitucional y Constituciones Políticas”*. Segundo V. Linares Quintana. Edi. Plus Ultra 1986.

*“Joint Venture y sociedad”*. Sergio Le Pera. Astrea 1984

*“El Abuso de Posición dominante y el control de las concentraciones económicas en la nueva ley argentina de defensa de la competencia”* Guillermina Tajan. Boletín Latinoamericano de competencia.

*“Exámen de todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativas convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas”* Cuarta conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Sept. 2000.

*“Diseño de un modelo de abogacía de la competencia en el contexto de la implantación de las políticas de competencia en América Latina”* Claudia Curiel Leidenz, para ONU 2000.

*“Apuntes sobre el régimen de notificación obligatoria de concentraciones económicas”* María Viviana G. de Quevedo. Material Seminario Derechos de la Competencia UNA Junio 2001-

*“Defensa de la Competencia, dos cuestiones para el debate”* Eve Rimoldi de Ladmann. Material Seminario Derechos de la Competencia UNA. Junio 2001

*"Legislación sobre Defensa de la Competencia en la Unión Europea y en el Mercosur"* Norma Pascar. Material del Seminario sobre Derechos de la Competencia UNA Junio 2001.

*"Pruebas empíricas de las ventajas que se derivan de la aplicación de los principios del derecho y la política de la competencia al desarrollo económico a fin de conseguir mayor eficiencia en el comercio internacional y en el desarrollo"*. Conferencia de ONU sobre comercio y desarrollo . Julio 1998.

*"Impacto de las políticas de Defensa de la Competencia en los mercados integrados"* Guillermina Tajan de Saa y Norma Pascar. Ponencia VII congreso argentino de Derecho societario y III congreso iberoamericano de derecho societario y de la empresa. Bs.As. 1998.

*"Regulación del contrato en la economía globalizada"* Claudia Brizzio, Revista de doctrina n. 3 CPACF 2001.

*"Análisis del Protocolo de Defensa de la Competencia"* Area Mercosur. Carlos Botassi y Rodolfo Geneyro. Centro de Estudios Nuevo Milenio, 2000.