

ANEXO 3

JUSTICIA Y MONOPOLIOS

Esta investigación sobre la aplicación de la legislación antimonopólica en la Argentina, se inicia y se concreta en el marco de Justicia & Desarrollo Económico, un proyecto conjunto de investigación encargado al Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (el Colegio) y el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (*fores*) por el Consejo Empresario Argentino, que tiene por objetivo analizar el grado de incidencia del sistema judicial en el desarrollo económico del país. Dentro del esquema previsto se inscribe en el capítulo de Justicia y empresas.

Aquí seguramente el primer y más importante aspecto es el estudio de lo que puede configurar el panorama de las empresas del país, es decir, el de la legislación –y su aplicación– que puede contribuir o no a conformar el espectro de las empresas del país en el siglo XXI. Es entonces una cuestión de máxima importancia para la Argentina.

Nuestra investigación en este campo ha avanzado en la aplicación de la legislación, más que en la legislación misma.

Y al analizar la aplicación, no hemos podido dejar de lado, sino que, por el contrario, ha sido principal objetivo de investigación, la actuación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), sin cuyo análisis el estudio de los fallos judiciales carecía de sentido. En estas condiciones, se consideró prudente profundizar un estudio sobre la CNDC que se concretó a través del análisis de los 278 dictámenes que ha emitido a lo largo de 17 años de vida institucional.

El tema de la competencia encuentra su marco de tratamiento en lo referido a la Justicia y la seguridad en las inversiones y en la manera en que su buen o mal funcionamiento puede incidir en ellas.

Esta tarea posibilitó analizar su actuación tanto en lo relativo al tipo de asuntos que maneja, su envergadura, las partes involucradas, los resultados alcanzados, el tipo de sanciones aplicadas, el modo de inicio de los expedientes, el origen geográfico de los conflictos, el sector de la economía involucrado y la conducta anticompetitiva denunciada.

Asimismo, se estudió la actuación posterior de la Justicia con el objeto de determinar el grado de *confirmabilidad o revocabilidad* de las decisiones del órgano especializado, para lo cual se analizaron los aproximadamente 60 fallos que se registraron en todo el país.

Buenos Aires,
setiembre de 1998

Primera Parte

FUNDAMENTOS Y LA ACTUACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1. FUNDAMENTOS Y LA ACTUACIÓN DE LA CNDC

1.1. Breves reflexiones sobre los fundamentos de una legislación de Defensa de la Competencia

Estos breves conceptos jurídico-económicos tienen la sola finalidad de aproximar a las problemáticas conceptuales que presenta la legislación de Defensa de la Competencia en nuestro país.

La utilización de leyes de defensa de la competencia o antimonopólicas ha sido común en los países desarrollados desde hace décadas. Durante este proceso se han generado debates acerca de la eficacia con que se han diseñado estas normas y su aplicación en la práctica.

En este sentido, no deja de ser significativo que el legislador haya optado, en atención a criterios de política legislativa, por imprimirle a la legislación de Defensa de la Competencia argentina el carácter de legislación penal. Si bien no todas las conductas prohibidas por la legislación son delitos, lo cierto es que el art. 43 de la ley establece que “*serán de aplicación las disposiciones del Libro I del Código Penal y las del Código de Procedimientos en materia penal, en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la presente ley...*”. Asimismo, en este orden de ideas cabe destacar que el carácter penal de la ley se ve reforzado en virtud de que la apelación prevista para las decisiones de la CNDC son sometidas a la jurisdicción de la Cámara Nacional en lo Penal Económico en el ámbito de la Capital Federal y a las cámaras federales en el interior del país.

Con esto se evidencia que el Estado quiso proteger la competencia del mercado mediante la legislación penal, es decir, la herramienta de presión más fuerte que conoce el Estado constitucional de derecho para asegurar el cumplimiento de una norma, cuya máxima expresión está dada por la imposición de una pena en caso de incumplimiento.

A la luz de estas reflexiones podemos concluir que estamos en presencia de lo que la doctrina ha dado en llamar *delitos económicos*.

Por delito económico entendemos aquella infracción que, afectando a un bien jurídico particular individual, lesiona o pone en peligro la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Este concepto amplio de delito económico es propio de un sistema económico liberal, donde el Estado interviene moderadamente en la economía del país.

En consonancia con este concepto de delito económico, cabe señalar que la propia ley de Defensa de la Competencia establece en su artículo 1 que están prohibidos los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios.

Es así que en esa actividad de intercambio, el aseguramiento del mercado competitivo es un bien básico que el Estado quiere preservar. En un verdadero mercado competitivo, el consumidor tiene amplia libertad para conocer el bien o servicio que se le ofrece y elegir libremente de acuerdo a sus posibilidades entre varias propuestas

posibles. Sin auténtica libertad de contratación difícilmente exista un verdadero desarrollo económico.

En el mercado competitivo “todos tienen derecho a competir” y no existe un deber de otro empresario de “no competir”, siendo la competencia la lucha por la clientela. El Estado garantiza esa puja en el ámbito del mercado de intercambio de bienes y servicios.

Cada competidor tiene, dentro de esta concepción, el privilegio de competir con otro y ninguno de ellos tiene el deber de abstenerse de competir con otro. Cada competidor puede válidamente realizar todo lo que esté a su alcance, al igual que un boxeador, dentro de ciertos límites, para impedir o evitar que su rival triunfe en la lucha (Spolansky).

A modo de conclusión, se puede competir pero no a cualquier precio, por cuanto es necesario establecer los límites de la puja, creando reglas claras y precisas que establezcan previamente parámetros de conducta que posibiliten a los protagonistas diferenciar de antemano aquello que está permitido de lo prohibido por *disvalioso* o anticompetitivo.

Esto contribuye a asegurar la seguridad jurídica en sus dos aspectos fundamentales. Por un lado, posibilita conocer de antemano aquello que está prohibido, asegurando que la sanción no tome por sorpresa al infractor, mientras que por otro lado, exige que el Estado castigue a los infractores, para que la impunidad no gane terreno entre los ciudadanos y el sistema jurídico caiga en descrédito.

Además, en nuestros días la temática adquiere relevancia transnacional en el ámbito del Mercosur. En este sentido, la República Argentina, al igual que Brasil, Paraguay y Uruguay, ha firmado en Fortaleza, el 17 de diciembre de 1996, el Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur.

En el documento se expresa que es imprescindible “asegurar condiciones adecuadas de competencia” y crear un instrumento “capaz de asegurar el libre acceso al mercado y la distribución equilibrada de los beneficios del proceso de integración económica”.

Esta circunstancia debe ser tenida en cuenta, ya que si bien en el Protocolo se hace referencia a la obligación de elaborar normas y mecanismos comunes, lo cierto es que por el momento no parece conveniente contar con una legislación demasiado estricta en relación con los demás países miembros, a fin de evitar una fuga de inversiones injustificada.

La legislación de Defensa de la Competencia es el mejor ejemplo de la relación existente entre el derecho y la economía, ya que es una ley donde se utilizan conceptos propios de ambas, exigiendo un estudio y tratamiento interdisciplinario.

En este sentido, el legislador con buen criterio, determinó que la CNDC debía estar integrada tanto por abogados como por economistas, a los efectos de asegurar el estudio integral de los diversos mercados y conflictos a resolver.

El propósito básico de la ley de Defensa de la Competencia (22.262) es evitar las prácticas anticompetitivas que puedan afectar el bienestar general de la comunidad. En consecuencia, la ley tiene como objeto de estudio las conductas y no la estructura de los mercados, siguiendo una política de comportamiento, y atendiendo así a las consecuencias y no a las causas que generan dichas conductas. En definitiva, no se prohíbe el monopolio sino que se castiga el ejercicio abusivo de esa posición de dominio anticompetitivo.

El art. 1 de la ley define como objeto de esta prohibir *“los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición*

dominante en un mercado de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general".

Los tres elementos que menciona el texto legal (restricción de la competencia, abuso de posición dominante y perjuicio para el interés económico general) conforman los tres pilares sobre los que se asienta la ley para juzgar si una conducta es punible o no. Los dos primeros (restricción y abuso) son alternativos, en el sentido que puede estar presente uno o otro, mientras que el perjuicio para el interés económico general debe estar presente en toda conducta denunciada que aspire a ser efectivamente sancionada.

De este modo, la aplicación de la ley no se rige por el principio "per se" de la sola existencia de actos anticompetitivos, sino que por el contrario se apoya en la llamada "regla de razón" que requiere la demostración de la existencia de efectos económicos negativos para la comunidad.

En este sentido, conviene tener en claro que hay prácticas restrictivas que producen más beneficios que desventajas al interés económico general y, en ese caso, el hecho no cae en el ámbito de la prohibición. En algunos casos judiciales se entendió *"que seguridad y beneficios al consumidor constituyen, pues, las razones que justifican la práctica enunciada"* (A. Gas S.A. y otros c. Agip, causa Nro. 30.819 L.L., 1993-A, 52).

Analizaremos a continuación los conceptos de la legislación antimonopólica a la luz de la jurisprudencia de sus órganos de aplicación.

En este sentido, la CNDC tiene dicho que *"debe destacarse que el bien jurídico protegido por la ley es el interés económico general y no los derechos individuales de quienes eventualmente intervengan en una causa, cuya protección está garantizada por otras vías u normas jurídicas"*.¹

En cuanto al concepto de competencia, la CNDC entendió que *"competir es ganar clientela"*.²

En lo relativo al concepto fundamental de abuso de posición dominante consideró que ésta se acredita *"cuando la empresa tiene el poder de actuar independientemente, lo cual la coloca en la posibilidad de moverse sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores"*. Agregó con relación a ese concepto que *"bajo el Art. 1 de la ley 22.262, la posición de dominio en sí no es punible, siendo necesarias determinadas conductas, de naturaleza económica, que reflejen el abuso de tal situación, para que se configure la ilicitud prevista en ese artículo"*.³

A su vez, en cuanto al alcance práctico del requisito que exige que la conducta anticompetitiva pueda poner en peligro el interés económico general, la CNDC ha dicho que *"si bien el título de la ley 22.262 sugiere que el bien jurídico protegido por la misma es la competencia, surge del Art. 1 que es necesario que se configure un perjuicio para el interés económico general, hecho éste que no se ha producido, puesto que ningún perjuicio a la comunidad puede derivarse de un acto en el que está en juego la tenencia de 45 envases en poder de la competencia"*.⁴

En cuanto al carácter de delito de peligro, la propia Corte Suprema de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la validez constitucional de la Ley de Defensa de la Competencia. En este sentido, dijo que "el art. 1 de la ley 22.622 sanciona conductas de las que puede resultar perjuicio para el interés económico general, es decir, que no requiere necesariamente que ese gravámen exista sino que tal proceder tenga aptitud para provocarlo, pues de otra manera no se advierte qué sentido tendría el modo potencial verbal empleado".⁵

1.2. La actuación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia a través de sus dictámenes

A continuación, se analiza la actuación de la CNDC a la luz de los dictámenes emitidos en sus 17 años de vida institucional.

1.2.1. Generalidades

Preliminarmente, cabe tener presente que los dictámenes que emite la CNDC son enviados luego al Secretario de Industria Comercio y Minería de la Nación, que en definitiva es quien tiene la última palabra en el asunto sometido a decisión. En este orden de ideas, corresponde tener presente que la CNDC no decide por sí misma ninguno de los asuntos que se le plantean, sino que se limita a dictaminar de modo no vinculante.

Esto significa que queda en cabeza del Secretario de Industria la decisión final. Será él quien impondrá las multas, decretará el cese de la conducta anticompetitiva, aceptará las explicaciones de la denunciada, desestimará la denuncia, aceptará o revocará el compromiso oportunamente acordado, determinará si la causa debe pasar al Fuero Penal para la investigación de la posible comisión de un delito, etc.

En definitiva, si bien siempre lo hará previo dictamen de la Comisión, es el Secretario quien siempre resuelve el caso.

Ahora bien, la actuación previa de la CNDC no sólo es fundamental e imprescindible (ya que así lo exige la ley), sino que es también decisiva. En este sentido, la investigación estableció que la totalidad de las resoluciones dictadas por el Secretario concordaban exactamente con los dictámenes elaborados por la CNDC, remitiéndose el Secretario a sus fundamentos que quedaban incorporados a la resolución. Es por ello que el análisis de la actuación de la CNDC es fundamental.

A continuación se refleja la actividad de la CNDC desde sus inicios, tomando como punto de partida el primero de sus dictámenes de fecha 24 de marzo de 1981, hasta el último (dictamen Nro. 279) de fecha 16 de febrero de 1998 .

El estudio de los dictámenes permite conocer no sólo la cantidad de casos resueltos sino también la calidad de los asuntos sometidos a decisión, pudiendo aproximarse al criterio empleado por la Comisión para resolverlos.

La información sobre las partes intervinientes en el conflicto, como su origen geográfico, nos aproxima a la envergadura del asunto.

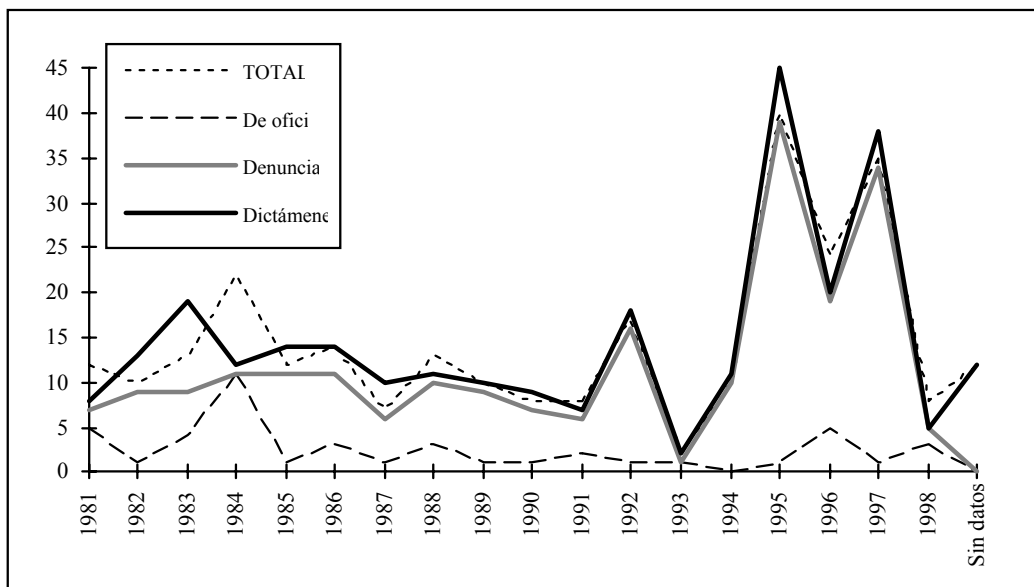
Las multas impuestas por la CNDC por violación a las reglas de la sana competencia, permiten conocer inmediatamente la concreta afectación al patrimonio de las empresas involucradas, señalando en un plano mediano, la medida en que ello pudo afectar el desarrollo económico de nuestro país a través de la actividad empresarial.

Los primeros temas analizados apuntan a conocer la labor realizada por el CNDC.

1.2.2. Actuación de la CNDC

La CNDC ha dictado, en sus 17 años de vida institucional, 278 dictámenes. Esto significa algo más de un dictamen por mes o, visto de otra manera, un dictamen cada 22,3 días.

La cuestión empero no ha sido pareja durante estos años. Un análisis comparativo de la actuación de la Comisión en los distintos períodos de Gobierno, revela que la actual Comisión es la que ha dictado más resoluciones: casi 1 cada 8 días.



Si comparamos la actuación de la CNDC con algún organismo de similar estructura y recursos –un juzgado, por ejemplo– vemos que la cantidad de dictámenes emitidos es muy escasa, por no decir casi insignificante, si tenemos en cuenta que es un organismo con jurisdicción en todo el país.

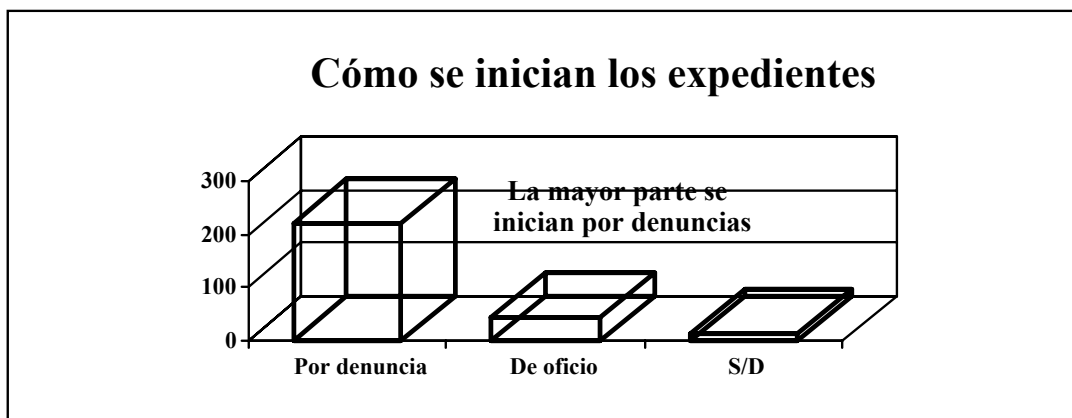
Por otra parte, cabe destacar que salvo los últimos tiempos donde se ha dotado a la CNDC de informatización y mayor personal, observamos que el trabajo fue muy desparejo en los diversos períodos de funcionamiento, lo cual nos permite concluir que la tarea que llevó a cabo tuvo relación directa con el recurso humano que la integró. En este sentido, nótese la diferencia entre el período de 1993, donde sólo se dictaron 2 resoluciones, y 1995, en que se dictaron 45, y 1997 en que se resolvieron 38 casos. La diferencia es notoria y significativa, sobre todo si pensamos en los costos que para el país insumió el organismo que a lo largo de un año resolvió nada más que 2 casos.

Esta conclusión es tanto más categórica si la relacionamos con la envergadura de los temas que manejó.

1.2.3. Modo de inicio

La ley de Defensa de la Competencia prevé que los expedientes pueden iniciarse tanto de oficio como por denuncia.

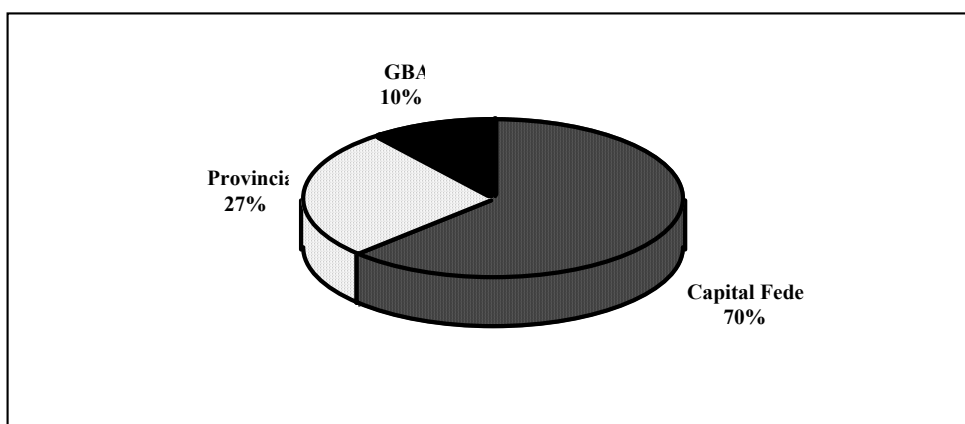
La investigación estableció que, de la totalidad de los casos resueltos por la CNDC, 220 se iniciaron por denuncia mientras que sólo 45 se iniciaron de oficio.



Esto demuestra que el grado de actuación de la CNDC mediante la iniciación de oficio de procesos ha sido relativamente bajo en comparación con las denuncias que recibió. Como se ha visto más arriba, la mayoría de las actuaciones se inician por denuncia lo que demuestra que el organismo no ha sido proclive a iniciar investigaciones de oficio.

1.2.4. Origen geográfico

Uno de los aspectos interesantes para estudiar era el origen de los expedientes ya que la CNDC tiene competencia en todo el país (ver mapa Anexo 1).



La gran mayoría de los asuntos (70%) se originaron en la Capital Federal y el Gran Buenos Aires (5%). Ahora bien, conocido el origen geográfico resulta interesante saber cuál es la envergadura de los temas según su origen. Como es de suponer, la gran mayoría de temas que tienen su origen en las provincias son de ínfima envergadura.

1.2.5. Envergadura e importancia de los temas

Otro aspecto importante de la investigación es establecer la envergadura de los asuntos efectivamente tratados por la CNDC y la resolución de éstos a la luz de esa envergadura, ya que evidentemente no es lo mismo la imposición de una multa o el cese de la actividad anticompetitiva en un tema de baja envergadura que en un caso de alta envergadura.

En la información no se ha registrado la envergadura. Por ello, para definir la envergadura de los conflictos se han tenido en cuenta los siguientes criterios: las partes

involucradas en el asunto, el relato de los hechos desarrollado en el dictamen, el monto de la multa impuesta, el mercado y submercado donde la conducta investigada tuvo inicio, el origen geográfico y la cantidad de fojas de la resolución (lo cual revela de algún modo la voluminosidad de las cuestiones planteadas y el tratamiento que demandó por parte de la Comisión).

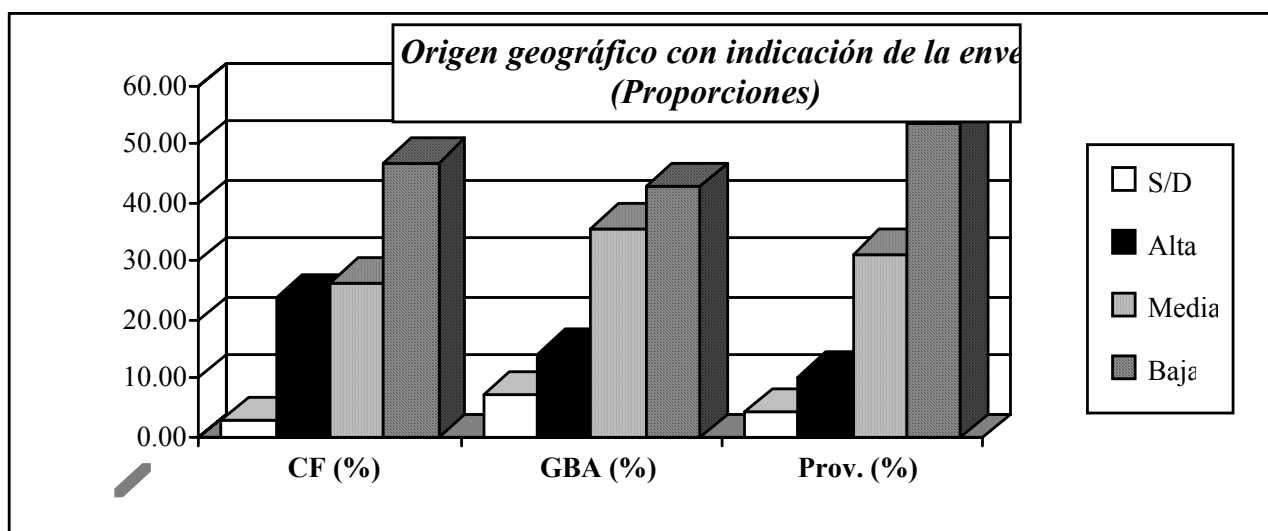
El estudio de la envergadura del asunto se justifica en que, como podrá apreciarse, no es lo mismo el estudio del mercado de las líneas aéreas, de las tarjetas de crédito o de los hipermercados, que el de dos panaderías enfrentadas por la captación de una clientela determinada.

Por otra parte, el origen geográfico del asunto dará una pauta interesante de su envergadura ya que sin pretender desmerecer a las provincias, entendemos, como se demostrará, que los grandes temas pasaron por la Capital Federal

Veamos los datos que estableció la investigación: de los 278 casos resueltos por la CNDC en sus 17 años de investigación, 139 fueron de baja envergadura, 79 de mediana envergadura y sólo 53 de los casos fueron de cierta envergadura.

En este sentido, concluimos que la CNDC se ha dedicado a resolver asuntos de baja y media envergadura (en total 217 casos de 278).

La investigación ha puesto de manifiesto que de los 278 dictámenes, sólo 53 fueron en temas de cierta envergadura (19%).



Este dato es sumamente relevante al momento de modificar la legislación vigente, máxime si a la fecha se encuentran en estado parlamentario propuestas legislativas.

En este sentido, no deja de ser significativo que del total de dictámenes que emitió la CNDC (278 a febrero de 1998), sólo 53 casos fueron de cierta envergadura, es decir sólo un 19%. Por el contrario, los casos de baja (50%) y de mediana (28%) importancia fueron los que más ocuparon la actividad de la CNDC.

Es así que, para los casos que fue originalmente diseñada la CNDC, ésta intervino sólo en una parte reducida. En este sentido, cabe mencionar que la propia ley condiciona su aplicación para aquellos casos donde la práctica anticompetitiva ponga en peligro el interés económico general, con lo que se quiso, acertadamente, acotar el ámbito de actuación de la CNDC. Sin embargo, las estadísticas elaboradas por esta investigación demuestran lo contrario.

Veamos algo de casuística: en este orden de ideas no puede pasarse por alto, tal vez como un dato que determinó la actuación de la CNDC en cuanto a la envergadura de los asuntos tratados, que el primer caso en el cual intervino se trató de una denuncia

del Instituto de Estudios Superiores c/ el Instituto Superior Mariano Moreno, en el cual se discutía la publicidad desplegada por la denunciada para captar clientela. Por supuesto que la denuncia fue desestimada por la CNDC, pero no deja de llamarnos la atención que el tema mereció tratamiento efectivo por parte de ella. Afirmamos esto, no por desmerecer a las partes⁶ intervinientes, sino para reflejar la envergadura de algunos asuntos tratados por la CNDC, temas que por demás tienen la debida tutela por parte del Derecho común y escapan a la legislación específica

Otro ejemplo de lo que venimos diciendo se trasluce en el dictamen Nro. 158 de fecha 5 de abril de 1993 en el expediente 624.458, la CNDC desestimó la denuncia de Oribe García Barrera c/Cesagues Daniel Gomez y en la que la conducta anticompetitiva involucraba a un florista.

A mayor abundamiento, en otro caso significativo, el Secretario de Industria desestimó una denuncia a pedido de la CNDC formulada por Elolo E. c/ Matafuegos Dragos S.A., en el expediente 50.961, donde lo que se cuestionaba era el aumento del precio de la válvula del sifón homónimo en un 25% so pretexto de que el precio del bronce habría aumentado ese porcentaje.

Estos casos no son sólo sintomáticos, sino que reflejan una serie de asuntos que por su envergadura nunca debieron ser tratados por la CNDC. En gran medida, creemos que esto se vio facilitado por la falta de consecuencia que para el denunciante trae aparejada la iniciación de un proceso de estas características. No hay imposición de costas ni se abona tasa de justicia, lo cual puede facilitar que en algunos casos la denuncia ante la Comisión se inspire en intenciones extorsivas y hasta políticas (ver el reciente caso del aumento de las tarifas telefónicas).

Lo que también llama la atención es que la propia CNDC haya iniciado de oficio investigaciones de baja envergadura como lo concerniente al estudio del mercado de las panaderías. Esto es un sin sentido y merece ser corregido en la práctica.

A continuación se analiza el resultado de los asuntos teniendo en la mira su envergadura.

En ese cuadro comparativo puede apreciarse que el porcentaje de aceptación de las explicaciones es mayor en los temas de alta envergadura que en los de media y baja envergadura. Coherentemente, la desestimación de los casos es mayor en los asuntos de baja envergadura.

No obstante, no deja de ser significativo el alto grado de desestimación que presentan los casos de alguna envergadura (25%).

Asimismo, los casos donde mayor cantidad de multas se han registrado son en los de media (30) y baja (25) envergadura, mientras que en los casos de importancia , sólo se registran 12 multas impuestas.

Es decir, que, sumados los casos de baja y media envergadura, la pena de multa fue aplicada en 55 supuestos que no eran precisamente de envergadura. Esto nos demuestra que la CNDC no sólo intervino mayormente en asuntos de baja y media envergadura, sino que aplicó más multas en esos casos que en los de envergadura alta.

1.2.6. Las conductas anticompetitivas denunciadas

Corresponde analizar a continuación las diversas conductas anticompetitivas que han sido denunciadas ante la CNDC. Bien es sabido que la CNDC tiene por función investigar y eventualmente castigar las conductas antijurídicas que alteren la sana competencia en los diversos mercados.

Dentro de las conductas anticompetitivas, resulta posible efectuar una serie de clasificaciones. Dos particularmente útiles son las que dividen dichos actos en

unilaterales y concertados (según se efectúen de modo independiente o coordinado), y en horizontales y verticales (según afecten a competidores o a proveedores y clientes).

Una tercera clasificación posible es la que divide a las conductas anticompetitivas en prácticas abusivas y prácticas exclusorias, según impliquen un ejercicio directo del poder de mercado que se posee o bien restrinjan la competencia a través de obstáculos impuestos a competidores reales o potenciales.

Una cuarta clasificación tiene que ver con los instrumentos utilizados para llevar a cabo los actos anticompetitivos, que básicamente pueden ser precios o cantidades. Dentro del primero se encuentran los precios monopólicos, los acuerdos de precios, los precios predatorios, la fijación vertical de precios y la discriminación de precios. Dentro del grupo de las restricciones cuantitativas, en cambio, pueden englobarse los acuerdos de cuotas, los repartos de zonas, la negativa a satisfacer pedidos, la imposición de prestaciones suplementarias o de exclusividad, la exclusión del mercado y la destrucción de stocks y el cierre de establecimientos.

Dada la importancia de establecer la índole de las conductas denunciadas, se estudiaron los 278 dictámenes de la CNDC a fin de determinar cual era la conducta reprochada en cada caso concreto, estableciéndose que la conducta con mayor frecuencia denunciada era el abuso de posición dominante en el mercado competitivo que registra 98 casos.

Le sigue la imposición de precios uniformes (27 casos), las acciones concertadas (19 casos), el acuerdo de precios (17 casos), mientras que la imposición de exclusividad es la que menos casos presenta (2).

Esto demuestra que la mayor cantidad de conductas anticompetitivas investigadas por la CNDC son unilaterales y verticales: es decir, que provienen de aquellos que ejercen una posición de dominio en el mercado y de aquellos que, valiéndose de tal posición, imponen precios uniformes para la restricción de la competencia. Por otra parte, los actos anticompetitivos de carácter bilateral (acciones concertadas y acuerdo de precios) aparecen en un segundo plano.

Estas observaciones deben ser tenidas en cuenta a la hora de reformar la legislación vigente, observando que la conducta mayormente denunciada e investigada es la monopólica.

Siendo el abuso de posición dominante en el mercado la conducta más denunciada, veamos su relación con la envergadura.

De los 98 casos de abuso de posición dominante en mercado, 16 fueron de alta envergadura, 29 de media envergadura y 50 de baja envergadura.

En cuanto al establecimiento de precios uniformes, cabe señalar que de los 27 casos, 2 fueron de alta envergadura, 8 de media y 17 de baja envergadura. Mientras que de los 19 casos de acciones concertadas, 7 fueron de alta envergadura, 9 de media y 4 de baja envergadura.

Por otra parte, conviene remarcar que de los 98 casos de abuso de posición dominante en el mercado, recayó sanción de multa en 15 oportunidades. En los 17 casos donde se investigó el acuerdo de precios recayó sanción de multa en 4 casos. De los 27 casos de imposición de precios uniformes, hubo multa en 17 casos, mientras que en la investigación de las acciones concertadas recayó multa en 3 casos sobre un total de 19.

1.2.7. Los mercados y los submercados

El hecho de que la Ley de Defensa de la Competencia proteja la puja en el mercado competitivo, lleva a la necesidad de analizar aquellos mercados donde las cuestiones fueron planteadas con mayor frecuencia, para ello se ha analizado dictamen

por dictamen para determinar el mercado (bienes o servicios), donde la práctica anticompetitiva tuvo lugar y se estableció en consecuencia, el submercado concreto del cual se trató (alimentos, petróleo, tarjetas de crédito, hipermercados, servicios fúnebres, etc.).

Asimismo esta tarea de investigación tiene la finalidad de establecer un análisis de la envergadura de los mercados en el marco de la economía nacional, a fin de determinar la incidencia del mercado concreto con el desarrollo de la economía nacional. Es evidente que el mercado de las golosinas no tiene la misma entidad ni repercusión en la economía que el de los medicamentos, como tampoco el servicio de pompas fúnebres repercute en la economía general del mismo modo que el transporte aéreo de pasajeros o los hipermercados.

Por otro lado, la cuestión tiene importancia por cuanto se concluye en la teoría económica que cuando un país concreta la apertura de sus mercados esto ya es casi suficiente para asegurar la competencia en relación con los bienes, pero la cuestión no es exactamente igual en relación con los servicios.

En este sentido se estableció que de la totalidad de casos resueltos por la CNDC en sus 17 años de vida institucional, 152 se ubicaron en el sector de los bienes y 109 en el de los servicios. Es decir, que un 55% de los casos fueron en relación con los bienes, mientras que un 39% lo fue en el sector de los servicios.

Esto es muy importante, ya que para acotar más el ámbito de la defensa de la competencia se podría restringir al sector de los servicios, a diferencia de los bienes que, por naturaleza, son sustituibles.

1.2.8. Las sanciones

Dentro de las observaciones generales, otro tema de estudio han sido las sanciones efectivamente aplicadas por el Secretario de Industria, previo dictamen de la CNDC aconsejándolas.

El tema de las sanciones impuestas es de vital importancia para asegurar la efectiva vigencia de un sistema legal. De nada sirven leyes que amenacen con severas sanciones a los eventuales infractores si la realidad se encarga de demostrar que no se efectivizan. Esta indeseable circunstancia (no tan ajena a nuestro país) genera en los destinatarios de las normas una sensación de inseguridad jurídica, sobre todo en cabeza de quienes cumplen fielmente con el ordenamiento y perciben la desigualdad de trato por parte del Estado, respecto de quienes cumplen con la ley y quienes evaden su cumplimiento.

En este sentido se observa que, de los 278 dictámenes analizados, se impusieron efectivas sanciones en 80 casos, es decir en un 29% de los supuestos investigados, mientras que el 63% quedó sin sanción (175 casos).

En cuanto a la sanción mayormente aplicada por la CNDC, lo fue la multa (que suele ir acompañada del cese de la actividad anticompetitiva), que se aplicó en un 85% de los supuestos donde recayó sanción. Es decir, de los 80 casos donde se impuso una sanción, 68 merecieron pena de multa. En sólo un 9% de los casos sancionados se dispuso exclusivamente el cese de la actividad anticompetitiva, es decir en 7 casos. Por último, en sólo un 6% se resolvió aceptar el compromiso (especie de suspensión del Juicio a prueba), por el cual la parte denunciada se comprometía a abstenerse de continuar con la práctica anticompetitiva.

Por otro lado, se pudo establecer que en casos de envergadura se registra un mayor porcentaje de aceptación de las explicaciones formuladas por la denunciada (50,94 %), que en los casos de envergadura baja y media.

Segunda parte

LA ACTUACION DE LA JUSTICIA

My lady of a law is no economist, my lady of a competition law is no lady
DONALD ARMSTRONG⁷

Esta segunda parte se concentra en el estudio de la implementación judicial de la Ley de Defensa de la Competencia.

1. OBJETIVO Y FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

El análisis de los fallos que dictó la Justicia con motivo de las apelaciones previstas contra las decisiones de los órganos administrativos encargados de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, viene a completar el estudio de su implementación práctica en nuestro país.

Para llevar a cabo tal objetivo, se analizaron los 52 pronunciamientos jurisdiccionales (tanto interlocutorios como sentencias definitivas) que se registran a nivel nacional sobre la materia, a fin de poder establecer algunas conclusiones y propuestas sobre la actuación de la Justicia en relación con la materia específica.

Este análisis se justifica, puesto que la Justicia tiene la facultad de revisar las decisiones administrativas de defensa de la competencia, las que para pasar el correspondiente *test* de constitucionalidad, tienen que contar con la posibilidad de un contralor judicial posterior suficiente.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos ha de quedar sujeto a "control judicial suficiente" y que el alcance de este control "no depende de reglas generales u omnicomprendivas, sino que ha de ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica."⁸

Asimismo la Justicia es quien tiene, en última instancia, la resolución final del asunto por cuanto limitarnos al estudio de los dictámenes de la CNDC, sin prestar atención a los resultados de las apelaciones judiciales, sería fijar nuestra mirada en el árbol que nos impide apreciar el bosque.

Por otra parte, un estudio sobre la implementación de un sistema es esencial no sólo para su valoración integral sino también para ser considerado en eventuales reformas, sobre todo que en nuestro país se encuentran avanzadas iniciativas legislativas las que, por lo general, se centran en problemáticas de fondo y olvidan el aspecto clave y fundamental del funcionamiento de los órganos encargados de su aplicación.

2. LA ACTUACIÓN DE LA JUSTICIA

Como modo de aproximación al tema, veamos algunos datos en cuanto al resultado en la Justicia de las decisiones de la CNDC con relación al modo de inicio de los expedientes.

2.1. Los fallos judiciales

Respecto a los fallos judiciales, un primer dato interesante para analizar es el grado de *revocabilidad* o *confirmabilidad* que las cuestiones de defensa de la competencia tuvieron en sede judicial.

Como adelantáramos, se registran un total de 52 pronunciamientos judiciales en todo el país, emanados tanto de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal como de las Cámaras Federales de Apelaciones ubicadas en las provincias.

De este total de 52 pronunciamientos judiciales, 27 son confirmatorios de lo resuelto por la CNDC, mientras que 25 son revocatorios de lo actuado por la CNDC (21 casos de revocación total y 4 de revocación parcial).

Este primer dato estadístico merece ser tenido en cuenta a fin de formular una primera reflexión: el grado de revocabilidad de las decisiones de la CNDC por la Justicia es elevado, puesto que casi la mitad de los pronunciamientos del órgano específico, que son apelados, son revocados.

Veamos ahora el grado de *confirmabilidad* y *revocabilidad* de las decisiones de la CNDC en relación con el origen geográfico del conflicto.

En cuanto a los 27 dictámenes de la CNDC que son confirmados por el Poder Judicial, 17 de ellos lo fueron por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, mientras que sólo 10 son confirmados por las Cámaras Federales situadas en las distintas provincias.

En cuanto a la revocabilidad de las decisiones de la CNDC, los datos son sumamente significativos, ya que de los 25 pronunciamientos judiciales revocatorios (21 total y 4 parcialmente), 11 fueron dictados por el órgano judicial de la Capital Federal, mientras que 14 fueron dictados en jurisdicción provincial federal.

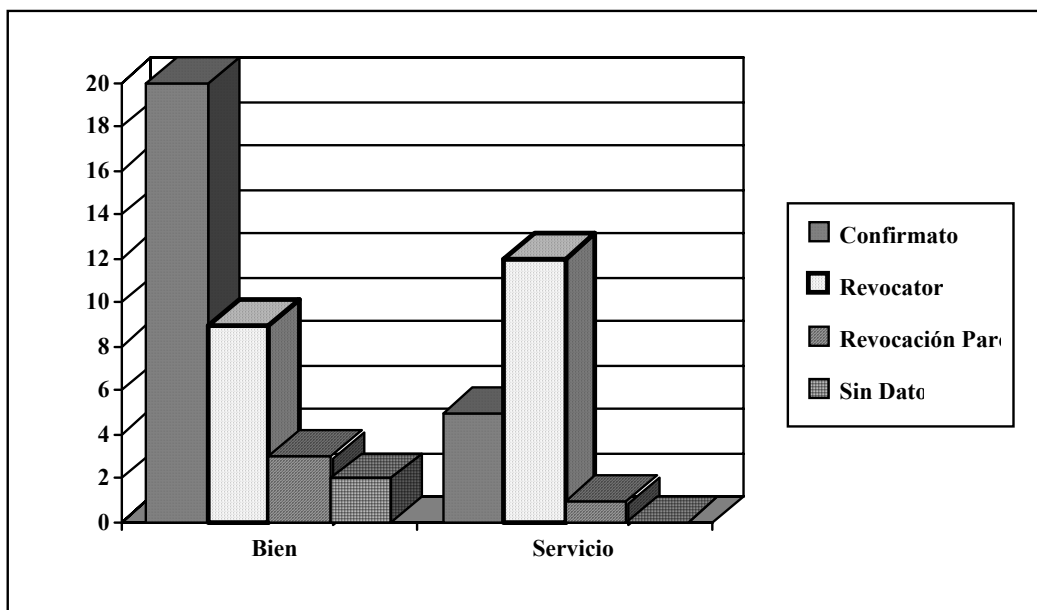
Esto nos lleva a una segunda reflexión de suma importancia: *el grado de revocabilidad de las decisiones de la CNDC es notoriamente mayor en las provincias.*

Esta conclusión, por otra parte totalmente previsible, está dada por la inconveniencia de que las resoluciones de la CNDC sean apeladas ante la Justicia Federal de las provincias, ya que por un lado se centraliza el conflicto con la creación de un organismo sumamente capacitado técnica y específicamente, y luego se descentraliza el problema en las justicias locales (aunque federal), con las fallas que observamos.

En las jurisdicciones locales, el grado de entrenamiento de los magistrados en temas de Defensa de la Competencia es ínfimo puesto que, salvo el caso del Gran Buenos Aires, existen provincias que a lo largo de la vigencia de la ley han tenido un solo caso o ninguno. En este orden de ideas, si bien se presume que el derecho es conocido por los jueces, lo cierto es que una cuestión tan complicada como la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia merece una aplicación, tanto administrativa como judicial, por parte de organismos específicos y altamente capacitados en cuestiones económico-jurídicas. Este no parece ser el caso de las jurisdicciones federales locales.

2.2. La Justicia y los sectores de la economía

Veamos ahora la actuación de la Justicia con relación a los sectores de la economía.



En este sentido, se observa que el mayor grado de confirmación de lo resuelto por la CNDC pertenece a las conductas relacionadas con las empresas que participan en el mercado de bienes. En cuanto a las empresas prestadoras de servicios, se observa un mayor porcentaje de revocatorias.

2.3. La actuación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La CSJN registra un total de 5 fallos de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. De esos cinco pronunciamientos, 4 son confirmatorios de lo resuelto por la CNDC, mientras que uno fue revocatorio.

Esto trasluce una tendencia confirmatoria por parte del Alto Tribunal de las resoluciones del órgano específico.

Esto es interesante en cuanto al control de constitucionalidad de las decisiones del órgano administrativo, ya que los datos revelan que el Alto Tribunal de nuestro país se ha inclinado por resolver cuestiones de constitucionalidad en relación con la Ley de Defensa de la Competencia, sin entrar a revisar las cuestiones técnico económicas empleadas por el organismo especializado.

Esto nos parece positivo en cuanto trasluce, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una actitud de respeto por las decisiones del órgano específico.

Dentro de los 4 pronunciamientos confirmatorios, en todos ellos la Comisión había resuelto imponer sanciones de multa. Todos los casos eran de envergadura media, de los cuales tres correspondían al sector de los servicios, mientras que el restante correspondía al sector de los bienes.

2.4. La actuación de la Justicia y la conducta anticompetitiva denunciada

Conviene ahora que analicemos la actuación de la Justicia en relación con el tipo de conducta denunciada, a fin de determinar qué tipos de asuntos manejó la Justicia, lo que además muestra una tendencia que merece ser tomada en cuenta a la hora de reformar la legislación de fondo.

Es así que en cuanto a la índole de la conducta denunciada, el mayor porcentaje de confirmaciones se verifica en los precios uniformes, mientras que el menor, en restricciones de la competencia e irregularidades en una licitación.

Esto es interesante ya que la Justicia se ha inclinado por confirmar en sus pronunciamientos conductas típicamente anticompetitivas como ser la fijación de precios uniformes, práctica vertical abusiva.

2.5. Asignación de los casos en la Capital Federal (el caso de la Cámara en lo Penal Económico).

En el ámbito de la Capital Federal el órgano judicial encargado de resolver las apelaciones que se plantean en los temas de Defensa de la Competencia es la Cámara en lo Penal Económico, la que a su vez se divide en tres salas.

En primer lugar, es interesante analizar la jurisdicción que tiene este órgano judicial que integra el Fuero Penal de la Capital Federal con el objeto de establecer si el resto de los casos o asuntos que maneja tienen relación con la Legislación de Defensa de la Competencia, como para justificar la asignación a dicho órgano de esa competencia tan especializada.

La respuesta negativa se impone: la Cámara en lo Penal Económico, por el resto de los asuntos que maneja (cheque sin fondos, ley penal tributaria, contrabando, lealtad comercial, etc.), no está en condiciones de alegar especialidad sobre la materia, además de que no se puede afirmar que haya tenido tantos casos como para haberse podido especializar en la problemática.

Por otro lado, la composición del tribunal no revela especialidad en materia económica, poniéndose de manifiesto la incoherencia del legislador que preve que la CNDC esté integrada por abogados y economistas (debido a la complejidad que la materia presenta) y que el órgano encargado de revisar lo resuelto por el organismo especializado carezca de por lo menos un economista en su estructura. En este sentido, cabe mencionar que el criterio de selección de los jueces en lo Penal Económico no ha diferido mucho, en general, del criterio para designar al resto de los jueces que integran el Fuero Penal.

Pasemos a los datos concretos que configuran la realidad:

La Cámara en lo Penal Económico de la Capital Federal ha dictado 26 pronunciamientos judiciales de fondo sobre temas de Defensa de la Competencia, en los cuales se apelaron las decisiones del Secretario de Industria, previo dictamen de la CNDC aconsejándolo.

Estos 26 pronunciamientos judiciales se distribuyeron de la siguiente manera: Sala I (9 casos), Sala II (7 casos) y la Sala III (10 casos).

Si distribuimos el total de los pronunciamientos judiciales a lo largo de los 17 años de vigencia de la Ley de Defensa de la Competencia, se aprecia que la justicia en lo Penal Económico dictó algo así como 1,5 fallos por año. Más significativo es ver la actuación por salas, donde por ejemplo la sala I dictó algo como 0,52 casos por año; la sala II, 0,4 fallos anuales; mientras que la sala III (que registra más casos), tuvo 0,58 asuntos por año.

Como se apreciará, la cantidad de casos que merecieron pronunciamiento del órgano judicial fueron ínfimos, por lo cual no se justifica la decisión de continuar asignándole competencia al Fuero Penal Económico sobre temas de Defensa de la Competencia, ya que además de estar abarrotada de expedientes, no está lo suficientemente entrenada en temas de Defensa de la Competencia y no registra un importante número de casos en su haber que justifiquen que el tema se concentre en sus esferas de jurisdicción.

2.6. Asignación de casos a la justicia federal de las provincias (El caso de las Cámaras Federales de Apelaciones de las Provincias)

La jurisdicción del Tribunal competente para intervenir en las apelaciones contra las decisiones administrativas de Defensa de la Competencia, viene dada por el origen geográfico del asunto. Por ello, los casos que se originan por algún hecho anticompetitivo ocurrido en jurisdicción provincial, determina que la Justicia Federal de la provincia pertinente entenderá en las apelaciones judiciales.

Una primera observación es el carácter discontinuo de asignación de los casos a las jurisdicciones locales.

Es aquí donde se pone de manifiesto la incoherencia del sistema de centralizar todos los asuntos de defensa de la competencia en la Capital Federal y descentralizar luego las apelaciones en el interior del país, por más que se haya designado a la Justicia Federal.

Tenemos un órgano muy especializado en la Capital Federal y tribunales del interior del país que ha tendido uno o ningún asunto de Defensa de la Competencia.

Veamos los datos relevantes que puso de manifiesto la investigación:

Se registran 23 pronunciamientos judiciales de la Justicia Federal de las provincias. De ellos 7 casos pertenecen a la Cámara Federal de la Plata, 6 a la Cámara Federal de Córdoba, 3 a la de Rosario, 2 a la de Chaco y 2 a la de Bahía Blanca. Mientras que las cámaras federales de Catamarca, Posadas y Mendoza registran sólo un caso de aplicación de Legislación de Defensa de la Competencia.

Estos datos objetivos son sumamente significativos y no necesitan ninguna explicación.

¿Qué tipo de experiencia en problemas económicos puede tener un Tribunal de Justicia que a lo largo de 17 años dictó un solo fallo de legislación anticompetitiva?

Poca, por no decir nada.

2.7. La diversidad de criterios en las jurisdicciones federales de las provincias como algo preocupante

El principal problema que genera la asignación de las apelaciones a diversos tribunales según el origen geográfico del expediente es el riesgo de que, frente a similares situaciones fácticas, la Justicia aparezca dando respuestas contradictorias a problemas iguales.

Esto que atenta directamente contra la seguridad jurídica, en cuanto vulnera la previsibilidad con que deben contar las decisiones judiciales, afecta la coherencia que debe guardar un sistema judicial.

Del análisis de los fallos se pudo determinar que esto ha sucedido con la Legislación de Defensa de la competencia. En este sentido, ante una idéntica situación fáctica y una misma solución del caso por parte de la CNDC, la Justicia Federal de Catamarca confirmó lo resuelto por la CNDC, mientras que la de Misiones lo revocó.

Esto que atenta contra la garantía de la igualdad ante la ley, en cuanto prescribe que los casos análogos deben ser tratados de modo análogo por los tribunales, no es casualidad y se desprende directamente del absurdo de descentralizar excesivamente una materia que merece un único tribunal administrativo y judicial altamente especializado para su aplicación.

Veamos las características del caso que muestra algo que para nosotros no es casualidad, sino que es el fruto de la falta de criterio legislativo:

En ambos casos la restricción de la competencia consistía en impedir a los profesionales médicos integrantes de los respectivos colegios, la celebración de contratos profesionales en forma directa para la atención de afiliados a obras sociales que no tengan contrato suscrito con la entidad que los colegiaba.

En ambos casos la CNDC entendió que se trataba de la configuración de abuso de posición de dominio (se comprobó que ambas partes estaban en dicha condición), constituyéndose un obstáculo irrazonable para la entrada de nuevos médicos al sistema, y en ambos casos se impusieron multas a las entidades denunciadas y se ordenó el cese de la actividad anticompetitiva.

Veamos algunas cuestiones tratadas por la Cámara Federal de la provincia de Catamarca. El fallo es de fecha 18 de febrero de 1998, donde se realizan ciertas apreciaciones conceptuales y fácticas que merecen ser analizadas. El caso es "*Sanatorio Pasteur S.A. c/ el Colegio Médico de Catamarca s/ violación de la ley 22.262*".

En cuanto a la transgresión de las reglas de juego que implica la puja por la clientela estableció el Tribunal que la entidad denunciada "*trascendió los límites de su labor específica,... actuando en un campo que le resulta impropio, limitando o alterando el desenvolvimiento de normas del mercado, extendiendo sus efectos a todos los participantes del mismo, la necesaria libertad queda afectada y en consecuencia los participanés están limitados para obtener los mejores resultados que asegura la libre concurrencia*".

Añadió que si bien la tutela de raigambre constitucional asegura a las Asociaciones Profesionales su funcionamiento e intangibilidad, dentro de los fines y límites de su creación, son igualmente pasibles del reproche legal, cuando como en el caso que nos ocupa intervienen o pretenden intervenir en los mercados no laborales, alterando las condiciones de competencia.

Acreditada la posición de dominio en el mercado de contrataciones de profesionales médicos para la atención de obras sociales, ya que el número de profesionales que integra el Registro de Prestadores de esa entidad constituye una cifra que abarca a la mayoría de los médicos que atienden a afiliados de obras sociales, el abuso viene dado ya que los socios prestadores son puestos ante la opción de: *o renunciar a la clientela que recibirán a través del denunciado o renunciar a la posibilidad de contratar con otras obras sociales*.

Veamos ahora la actuación de la Cámara Federal de la provincia de Misiones en el caso *Profesionales Ascidos al Circulo Médico de Alto Paraná s/ infracción a la ley 22.262*.

En un precedente judicial sobre la misma materia que el que recayó en el caso anterior de la provincia de Catamarca, la Cámara Federal de la provincia de Misiones tuvo oportunidad de expedirse sobre un caso de abuso de posición de dominio en el mercado de prestaciones de servicios médicos. Como ya lo adelantáramos no deja de ser significativo que, ante una similar base fáctica, la Justicia Federal de Misiones revocó la decisión de la CNDC.

Ahora bien, no deja de llamarnos la atención que la Justicia confirme una resolución (la Justicia Federal de Catamarca) y sobre el mismo tema y conducta denunciada, otro Tribunal de Justicia (la Cámara Federal de Misiones) revoque una decisión similar.

Esto revela falta de seguridad jurídica en el sentido que Bidart Campos le otorga a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, donde dicho derecho constitucional no se agota en el igual trato por parte de la ley a quienes se encuentran en identidad de circunstancias, sino que debe abarcar el derecho a la interpretación uniforme de criterios por parte de los tribunales de Justicia, para de este modo evitar el trato jurisdiccional

desparejo entre quienes se encuentran en una misma situación. Esto es lo que sucedió en estos dos precedentes. La CNDC decidió dos casos con los mismos parámetros, ya no sólo los casos y las conductas denunciadas eran las mismas, sino que también el mercado era el mismo, no obstante lo cual la Justicia le dio respuestas diferentes.

Esta situación no se hubiese configurado si las apelaciones estuvieran centralizadas en un solo tribunal de Justicia, ya que si bien en nuestro sistema constitucional los tribunales no están atados a sus precedentes, lo cierto es que si aspiráramos al afianzamiento de la seguridad jurídica, ante los mismos problemas la respuesta jurisdiccional debe ser la misma.

Por otro lado, como son jurisdicciones distintas (Federal de Catamarca y Federal de Misiones), ni una ni otra tuvo necesidad de hacer referencia a los precedentes de los otros tribunales.

Avanzando en este tema la cuestión alcanza un mayor grado de paradoja: al resolver el caso la Justicia de Catamarca reduce la multa impuesta por la CNDC, ya que entiende que la fijada en el precedente del Colegio Médico de Paraná era menor, por lo cual entendió que debía adecuarse a lo allí decidido en respecto a la uniformidad de criterios. Lo paradójico viene dado por la circunstancia que la Justicia Federal de la Pcia. de Misiones dejó sin efecto la multa que le impuso al Centro Médico Alto Paraná. Es decir, que el precedente invocado por la Justicia Federal de Catamarca para reducir la multa impuesta por la CNDC, quedó sin sustento normativo ya que, a la fecha del pronunciamiento de la Justicia Federal de Catamarca, la Justicia Federal de Misiones había revocado el dictamen de la CNDC.

Esto revela la falta de comunicación de las decisiones judiciales entre los diversos Tribunales competentes, ya que puede apreciarse que la fecha del fallo de Catamarca es del 18 de febrero de 1998, mientras que la de Misiones es del día 2 de julio de 1993. Esta falta de coherencia debe ser mejorada ineludiblemente, ya que un sistema normativo para contar con legitimidad debe ser coherente en su aplicación.

2.8. La revisión judicial de las decisiones administrativas de Defensa de la Competencia

Como pusimos de manifiesto al comenzar este trabajo, las decisiones de Defensa de la Competencia son de carácter administrativo, por cuanto las decisiones que la autoridad toma son apelables ante la Justicia.

En este sentido, cabe tener en cuenta que no sólo son apelables las sanciones impuestas por conductas anticompetitivas, sino que también pueden ser apeladas por el denunciante las decisiones del Secretario de Industria de archivar las actuaciones.

Una de las primeras observaciones que la investigación puso de manifiesto fue la decisión legislativa de centralizar las cuestiones de defensa de la competencia en un organismo administrativo altamente especializado en la materia, y luego destinar los recursos de apelación en diversos tribunales del Fuero Penal, con escasa o nula acreditación de especialidad en la problemática específica.

En cuanto a la integración de la Oficina de Defensa de la Competencia, nuestro país se enrola dentro de la tendencia mundial de asignarle al organismo un alto grado de especialización en la materia atribuyéndole funciones, tanto de investigación como reconociéndole la posibilidad de imponer sanciones .

En este orden de ideas es interesante tener presente los criterios de selección de los integrantes de la Autoridad de Policía de la Competencia en Italia, donde el acceso al cargo de presidente o miembro integrante es la culminación de un *cursus honorum* dentro de la administración. En este sentido, obsérvese que el presidente de la *Autorità*

Garante della Concorrenza e del Mercato, debe haber ocupado con anterioridad a su designación, la cabeza de alguna importante oficina pública.

Volviendo a la situación en nuestro país, podríamos afirmar que el criterio del legislador de Defensa de la Competencia fue asignar a la Oficina un carácter altamente especializado. En este sentido, la oficina está integrada por un presidente (licenciado en economía) y cuatro vocales (dos abogados y dos economistas). Más allá de la posibilidad de mejorar algunas cuestiones funcionales de la CNDC, la investigación puso de manifiesto que el actual organismo cuenta con medios y recursos humanos suficientemente especializados para desempeñar su tarea correctamente.

Ahora bien, en lo referente a las apelaciones previstas contra las decisiones administrativas de defensa de la competencia, el criterio seguido no fue el mismo y la realidad se encargó de confirmarlo. No existe en nuestro país un órgano judicial – capacitado y entrenado en problemáticas específicas de derecho de la competencia–, como para resolver con criterio jurídico y económico los temas que se les presentan.

Este desfasaje entre la actuación administrativa (en cuanto al grado de especialización) y la actividad judicial (falta de aptitud para resolver estos problemas), no es algo exclusivo de nuestro país sino que por el contrario preocupa a más de una Nación.

El problema que plantea la revisión judicial de las decisiones de la autoridad de aplicación, tiene ribetes constitucionales que no dejan de presentar algunos escollos que creemos pueden ser superados con una correcta interpretación dinámica del texto y espíritu de la Constitución y de los principios básicos del estado constitucional de derecho, principalmente el de división de poderes, que hace al sostenimiento del sistema republicano de gobierno.

La revisión judicial de las decisiones administrativas de Defensa de la Competencia, si no es asignada a un órgano judicial con suficiente entrenamiento y capacitación en una materia tan específica, es una mera garantía nominal que, si bien vive en el mundo de la normas (dimensión normológica), carece de toda incidencia en el mundo de las conductas (dimensión sociológica).

En nuestro sistema no existe un órgano judicial que a lo largo de los 17 años de vida de la Ley de Defensa de la Competencia se encuentre apto para considerarse un verdadero contralor de los temas de Defensa de la Competencia.

En conclusión, la garantía del control judicial posterior no se encuentra lo suficientemente avalada en los casos concretos, máxime teniendo en cuenta que existen tribunales federales ubicados en jurisdicción provincial que han tenido un solo caso de Defensa de la Competencia, y que además al resolverlo lo hicieron de modo contrario con todos los precedentes de la CNDC y de los principios rectores, no ya sólo del Derecho de Defensa de la Competencia, sino de los principios generales del Derecho (menciónese el caso de la Cámara Federal de Misiones en su polémico fallo sobre monopolios en las obras sociales).

Ahora bien, efectuada esta primera aclaración en cuanto a la falta de un órgano judicial que asegure en la práctica una revisión judicial específica y altamente calificada, debemos analizar si teniendo en cuenta esta realidad indiscutible y puesta de manifiesto en esta investigación, es posible establecer algunos límites al control judicial de lo resuelto por la autoridad administrativa de Defensa de la Competencia.

En este sentido, es muy interesante la solución dada al problema por el derecho irlandés. Allí como aquí la policía de Defensa de la Competencia está en cabeza de un organismo administrativo con alto grado de especialización en la materia (Irish Competition Authority), mientras que el control judicial posterior, si bien existente, es limitado.

Ello obedece fundamentalmente a que carecen de un órgano judicial específico para resolver estos temas de conductas antimonopólicas.

En dicho país, la autoridad de aplicación es la que decide si un asunto es anticompetitivo o no a la luz de la Competition Act, pudiendo por tanto conceder un certificado o licencia para que la empresa continúe con su actividad o cese por anticompetitiva.

En estos supuestos, si la autoridad de policía decide otorgar esta licencia o certificado, la decisión es apelable ante la Justicia (High Court), quien puede negar la concesión del certificado o de la licencia por considerar que el acto constituye una práctica anticompetitiva. Ahora bien, si la autoridad administrativa especializada decide no otorgar la licencia o certificado por considerar el acto anticompetitivo, ninguna apelación está prevista, ya que dicho organismo es el único que puede decidir con verdaderos conocimientos especializados si una conducta atenta contra la sana competencia en el mercado.

En otras palabras, el Tribunal de Apelación puede poner fin a un permiso otorgado por la autoridad de aplicación si entiende que el criterio de la autoridad estuvo equivocado, pero el tribunal judicial de Alzada no tiene poder para otorgar un permiso a quien la autoridad de aplicación se lo negó por considerarlo anticompetitivo, y ningún beneficio social puede obtenerse de allí.

En este orden de ideas, la Competition Act de Irlanda es conservadora, ya que fue construida bajo la idea de otorgar poder decisorio sólo a una autoridad especializada en materia económica y jurídica, quitándole dichas atribuciones al Poder Judicial, que no tiene especiales conocimientos en materia económica.

Ahora bien, no debemos pasar por alto algunas funciones que en dicho país se reconocen al Poder Judicial en relación al control jurisdiccional de las decisiones de la autoridad de aplicación. En este sentido, la revisión judicial es posible en todos los casos para controlar si la autoridad de policía de Defensa de la Competencia lo hizo dentro de sus funciones o por el contrario las excedió de poder, o las ejerció de modo incorrecto, injusto o inconstitucional, pero eso no implica entrar a evaluar sobre los méritos económicos de la decisión de la autoridad.

La jurisprudencia irlandesa registra en los últimos años dos casos donde se revisó la actuación de la autoridad administrativa desde esta perspectiva y se concluyó que la misma había actuado correctamente.

Esta solución puede ser aplicada a nuestro sistema jurídico sin violentar para nada principios básicos de la CN. Por el contrario, es una interpretación que nos remite al tratamiento de las atribuciones propias de cada uno de los poderes y donde el principio de división de éstos permite que las instituciones funcionen adecuadamente. Cada una dentro de su órbita y que el poder judicial no quiebre mediante un supuesto control judicial tareas que, por su alto grado de especialidad técnica, escapan a dicho contralor.

De alguna manera, la propia CSJN en los casos donde intervino se limitó a analizar la actuación de la CNDC desde la perspectiva de sus funciones y desde la CN, sin entrar en temas de índole económica.

Asimismo, la solución aquí proyectada se relaciona íntimamente con lo que en los últimos tiempos se ha dado en llamar en los Estados Unidos la teoría de la deferencia del acto administrativo, mediante la cual el Poder Judicial no puede inmiscuirse en temas que han sido resueltos por el Poder Administrador a través de sus organismos altamente calificados y especializados al respecto.

A modo de conclusión, al no advertirse que nuestro país cuente con un organismo judicial altamente especializado en problemáticas de Defensa de la Competencia, no parece razonable admitir la revisión judicial de la totalidad de la decisión de la CNDC.

Esto no vulnera principio constitucional alguno, ya que el contralor judicial posterior, se deberá limitar a cómo la CNDC llevó adelante la investigación y si actuó dentro de sus facultades legales y constitucionales.

2.9. Conclusiones y propuestas en cuanto a la actuación de la justicia

El análisis de los fallos ha puesto de manifiesto:

1) La falta de criterio y coherencia de la actual legislación al centralizar la totalidad de los casos nacionales de Defensa de la Competencia en un organismo altamente calificado (CNDC), para luego descentralizar (en todo el país) las apelaciones judiciales, según el origen geográfico del asunto.

2) La investigación ha permitido observar que ante una problemática similar (en cuanto a los hechos y el derecho aplicable), la CNDC los resolvió coherentemente de la misma manera, mientras que los Tribunales locales federales, en ocasión de resolver los recursos de apelaciones interpuestos, lo hicieron de modo contradictorio.

Esto afecta notoriamente dos principios básicos del estado constitucional de derecho: la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley.

En cuanto a la primera, observamos que el Estado debe garantizar, a través de los órganos encargados de aplicar la ley, una aplicación que asegure la libertad sin riesgos, es decir, la certeza sobre las consecuencias que un modo de comportarse traerá aparejado para el ciudadano. Esto es mucho más grave en temas donde están en juego cuestiones de defensa de la competencia, donde creemos que el Estado debe intervenir lo menos posible. Ahora bien, si en alguna medida es cuestionable que el Estado intervenga regulando el mercado competitivo (ver el tema de las fusiones), mucho más cuestionable es que al intervenir en dicha regulación lo haga de modo contradictorio.

En cuanto a la igualdad ante la ley, consideramos necesario recordar el pensamiento de Bidart Campos cuando señala que hace a dicha garantía, no sólo el igual trato por parte del Estado para con quienes se encuentran en similares situaciones, sino que también abarca el derecho a obtener de la jurisdicción pronunciamientos similares en situaciones iguales. Lo contrario sería quitar a algunos lo que se da a otros.

3) Existe una total falta de comunicación entre los diversos Tribunales competentes en temas de Defensa de la Competencia sobre los criterios empleados por sus pares para resolver los casos concretos.

4) Existen tribunales federales ubicados en las provincias que nunca han tenido ni un caso de Defensa de la Competencia, mientras que otros han tenido alguno que otro, pero no los suficientes como para justificar su jurisdicción y competencia sobre un tema tan complejo y específico. Esto es un sin sentido, ya que el dictamen de la CNDC será revisado por magistrados con poca o nula experiencia en la materia, sin mencionar los conocimientos específicos que requiere el análisis de estas cuestiones.

5) Esto pone de manifiesto la necesidad de contar con un tribunal de justicia con única jurisdicción y competencia sobre temas de Defensa de la Competencia. El sentido común y las nociones básicas de eficiencia nos permiten concluir que, así como los asuntos de competencia están centralizados en la CNDC para su investigación y juzgamiento administrativo (en la mayoría de los casos definitivo), la revisión judicial de dichos pronunciamientos debe quedar en cabeza de un solo órgano judicial y no disperso como está en la actualidad en todo el país.

6) Debido a que los casos de mayor envergadura están centralizados en la Capital Federal es conveniente que se escoja un único tribunal de esta ciudad para conocer en las apelaciones.

Entendemos que la cuestión debe escapar del ámbito penal, como se fundamenta por separado, y pasar las apelaciones a la Cámara Comercial como es el caso de las decisiones de la Comisión de Valores.

7) Es posible que de confirmarse la actual tendencia de avance en la mayor envergadura e importancia de los casos sometidos a decisión de la CNDC (máxime si prospera el proyecto de ley que regula la aceptación previa por parte del organismo de las fusiones empresarias), se podría pensar en la posibilidad de crear un tribunal judicial específico, integrado por abogados y economistas (como la actual composición de la CNDC), que asimismo estén entrenados en la problemática.

En este sentido, el número de casos apelados (aproximadamente 60) no parece justificar por el momento la creación de un tribunal judicial con jurisdicción exclusiva en estos temas. No obstante ello, por el momento se podría pensar en la creación de un tribunal *ad hoc* con facultades jurisdiccionales de revisión, integrado por especialistas, que actúen a la manera de tribunal de arbitraje.

8) De insistirse con que el Fuero Penal conserve la revisión de las apelaciones judiciales, aunque no alcanzamos a comprender el motivo de ello (máxime si el proyecto excluye las penas privativas de la libertad), la totalidad de las apelaciones deberían centralizarse en la Cámara Nacional en lo Penal Económico, por ser la que en la actualidad cuenta con mayor número de precedentes y ha elaborado cierta jurisprudencia coherente.

9) El control judicial de las decisiones administrativas de defensa de la competencia, deben limitarse al análisis funcional y constitucional de la actuación de la CNDC, y no revisar cuestiones técnico económicas propias del organismo específico de aplicación, y en consecuencia ajenas al contralor de los magistrados.

Tercera parte

EL CARÁCTER PENAL DE LA LEY ANTIMONOPOLIOS

En esta tercera parte se analiza la aplicación de la ley penal al régimen antimonopolio y se concluye que lentorpece su aplicación.

EL CARÁCTER PENAL DE LA LEY ANTIMONOPOLIOS

Este estudio fundamenta la sugerencia de modificar el carácter penal de esta normativa de Defensa de la Competencia o Antimonopolios, eliminando las penas privativas de libertad (cuestión ya introducida en el proyecto).

La propuesta se funda en los siguientes argumentos:

- El carácter penal dificulta la aplicación de sanciones.
- La experiencia de la aplicación del régimen en nuestro país es negativa en este aspecto.
- La mayoría de los países no siguen esta tesitura.

A continuación desarrollaremos estos argumentos.

1. EL DERECHO PENAL EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

1.1. Introducción

Numerosos trabajos interdisciplinarios encarados por abogados y economistas han puesto de manifiesto en los últimos años el trascendente rol de la ley y de las instituciones legales en el desarrollo económico de un país.

El auge económico, junto al desarrollo de la actividad empresarial, repercute necesariamente en la legislación penal de un Estado: el Derecho Penal no permanece ajeno a la transformación económica.

La Ley Antimonopolios es el ejemplo más evidente de esta forma de legislar. En este sentido cabe mencionar que el bien jurídico protegido por la ley 22.262 es el interés económico general. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, órgano natural de su aplicación, tiene dicho que *debe destacarse que el bien jurídico protegido por la ley es el interés económico general y no los derechos individuales de quienes eventualmente intervengan en una causa, cuya protección está garantizada por otras vías o normas jurídicas.*⁹

Por otra parte, no debemos pasar por alto la inseguridad jurídica que en el mercado competitivo trae aparejado el ejercicio abusivo de la posición dominante.

Una decisión fundamental es determinar qué tipo de protección legal queremos para la competencia pues condicionará, como veremos, la efectiva aplicación de la Ley Antimonopolios.

La cuestión tiene diversas implicancias según el camino legislativo por el que se opte al momento de determinar el tipo de protección que el problema merece. La

legislación vigente (ley 22.262) optó por proteger penalmente la competencia. La experiencia refleja su fracaso.

Cada vez con mayor frecuencia el Derecho Penal se ocupa de los comportamientos económicos, es decir, de aquella actividad humana dirigida a la utilización de la riqueza.

La empresa queda, de este modo, involucrada en el sistema penal no sólo ya como parte damnificada de un eventual injusto penal (sujeto pasivo de un delito patrimonial), sino desde otra posible perspectiva, como sujeto pasivo de persecución penal. Aparece, entonces, el concepto de *criminalidad de empresa* como la suma de los delitos económicos cometidos a partir de una empresa determinada (Shumemann).

Este fenómeno de expansión del Derecho Penal sobre el comportamiento económico de los ciudadanos trae consigo un consecuente aumento del riesgo penal emergente de dicha actividad de intercambio de bienes y servicios.

Primera conclusión: el riesgo penal para un sujeto es tanto más elevado cuanto más central y socialmente significativa es la actividad que ese sujeto desarrolla

1.2. La inconveniencia de recurrir al Derecho Penal

Asistimos –en el Derecho comparado y en nuestro medio– a una interesante discusión sobre el rol que corresponde asignarle al Derecho Penal dentro del ordenamiento jurídico del Estado Constitucional de Derecho, donde está afianzándose en el ámbito académico la opinión por la cual el Derecho Penal debe ser entendido como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico. Nuestra Corte Suprema de Justicia lo afirmó en el caso *Pupelis: se debe garantizar la subsidiariedad del Derecho Penal, esto es el recurso al Derecho Penal como ultima ratio del orden jurídico en la medida de la necesidad, respetando la dignidad de sus destinatarios*.¹⁰

El Derecho Penal debe aplicarse sólo cuando los restantes medios posibles de solución de conflictos hayan fracasado, reservándose para aquellas cuestiones que evidentemente requieran su efectiva aplicación por estar en juego bienes jurídicos esenciales para mantener la paz social dentro de un contexto sociocultural determinado (Derecho Penal Central Indisponible).

Sin embargo, cada ley nueva en materia económica y empresaria contiene una cláusula de responsabilidad penal. Se castigan mediante el tipo penal conductas que entorpecen el desarrollo económico estableciéndose, en algunos casos, severas sanciones para los directivos de las personas jurídicas involucradas en el delito.

No está mal que se sancionen conductas que entorpezcan el desarrollo económico de un país, sino que el problema a dilucidar es si el Derecho Penal es útil a tales efectos o debería preferirse una sanción de carácter civil o incluso administrativa.

El avance del Derecho Penal sobre la actividad empresaria y económica sólo encuentra sustento en que se quiere impresionar más; una cláusula penal parecería dar mayor poder de acatamiento a una norma. Esta manera de legislar es llevada a cabo para asegurar a la opinión pública el hecho de que la autoridad se esmera en eliminar comportamientos sociales. Leyes definitivas “de avanzada”, o fuerte y audazmente innovadoras, leyes que nacen no tanto para tutelar efectivamente los bienes jurídicos sino, en cambio, para satisfacer los valores contingentes de la política.

Ello encuentra su razón de ser en que el Derecho Penal fue y será un importantísimo instrumento de control social, por cuanto mediante dicha herramienta (legislación penal reguladora de la actividad económica), el Estado se asegura un contralor significativo sobre una de las actividades que más le interesa proteger (y

también regular): la economía, surgiendo de esta manera una nueva rama dentro del Derecho Penal Clásico, el Derecho Penal Económico.

Ahora bien, esta tendencia incriminadora contrasta en los hechos con una imposibilidad real de aplicación útil, convirtiéndose en legislación simbólica o retórica. Esto significa que por un lado el Estado aparece incriminando todo tipo de conductas (aluvión legislativo), mientras que la aplicación efectiva es muy escasa, cuando no inexistente.

Con relación a la ley que nos ocupa, observa con acierto un autor que *la legislación sobre defensa de la competencia constituye una de las ramas que con mayor facilidad han caído en desuso en los países no industrializados que han pretendido imponerla.*¹¹

En este sentido, la falta de cultura por parte de nuestra población respecto a lo que debe entenderse como lealtad en la competencia comercial, no puede ser dejado de lado, lo mismo que sucede con la ley penal tributaria.

La experiencia argentina ha demostrado que la legislación regulatoria de la competencia poco puede hacer para enfrentar a un sustrato social opuesto a sus normas. Se trata, señala el autor mencionado, *de un caso de aplicación del principio del que la legislación dista de ser un medio omnipotente para lograr el cambio social.*

Es decir, el fin buscado no es siquiera mínimamente alcanzado, como enseguida demostraremos.

Al utilizar un instrumento ineficaz (ley penal) y sus instituciones legales (Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y Justicia Penal), no sólo no se obtienen los resultados buscados, sino que se desacredita tanto al instrumento (Derecho Penal), cuanto a las instituciones legales encargadas de su aplicación. No se debe descartar que desde la ciudadanía y principalmente desde el sector empresario, esto lleve a desconfiar no sólo en el sistema, sino a incrementar la sensación de impunidad ya que, si los responsables no son sancionados eficazmente, se genera desigualdad y desconfianza entre quienes cumplen con la ley.

Segunda conclusión: el objetivo buscado por la legislación específica al sancionar con penas (sanciones propias del Derecho Penal), no es alcanzado en la práctica, puesto que el sistema penal no llega a castigar nunca a quienes infringieron objetivamente la normativa legal.

Analizaremos a continuación las causas de esta afirmación para aplicarla al caso concreto de la defensa de la competencia.

1.3. Mayores exigencias del tipo penal

Con el advenimiento del Estado Constitucional de Derecho y el afianzamiento del Derecho Penal liberal como una de las conquistas básicas del ordenamiento jurídico se establece que, para poder condenar a una persona, no basta que se cumplan con los requisitos objetivos del tipo legal (la exteriorización de la conducta), sino que es indispensable acreditar el aspecto subjetivo, es decir, el dolo integrado tanto por conocimiento como por voluntad.

Además, luego habrá que establecer si la conducta fue antijurídica, lo cual implica establecer si no estaba amparada por ninguna causa de justificación que la tornara acorde a derecho, para finalmente determinar si el autor es culpable por haberle sido exigible que obrase conforme a derecho, ya que pudiendo motivarse en el ordenamiento jurídico no lo hizo.

Tercera conclusión: exigencias dogmático-penales y de índole constitucional, llevan a que los recaudos legales que se deban tener en miras al momento de aplicar una

sanción penal, imposibiliten su ágil y rápida sanción, con el consecuente déficit en la materia.

No es malo que el Derecho Penal liberal tenga estos necesarios y legítimos recaudos, lo malo es que se recurra a la legislación penal para sancionar materias que, por su importancia, requieren un proceso ágil mediante el cual, acreditada una infracción, se imponga una oportuna sanción.

1.4. Un proceso pensado en defensa de los derechos constitucionales de los imputados

Al recurrirse al Derecho Penal para regular ciertas conductas, en este caso la defensa de la competencia, el proceso debe asegurar ciertas garantías de índole constitucional que aseguren la efectiva defensa en Juicio todo lo cual, como contrapartida, lo demora necesariamente en el tiempo.

La formalidad diseñada para el sistema de enjuiciamiento penal debería ser reemplazada por un sistema de enjuiciamiento más ágil y más informal.

La propia Comisión Nacional de Defensa de la Competencia tiene en claro este punto y es consciente de los valores en juego que implica el procedimiento penal. En este sentido, afirmó en un caso concreto, *que*

“... la totalidad de la abundante prueba acumulada en el desarrollo procesal no resulta suficiente como para incriminar a los accionados. Si bien las presunciones indicarían que eventualmente los hechos caerían en la esfera de la normativa aplicable, ellas mismas nos llevan a un terreno donde la duda prevalece., correspondiendo aplicar en la especie el beneficio de la duda in dubio pro reo enunciado en el Art. 3 del Código Procesal en Materia Penal.”¹²

Cuarta conclusión: principios propios del procedimiento penal y de la producción de la prueba conllevan a que se desnaturalice el sentido de la Ley de Defensa de la Competencia, no lográndose nada en la mayoría de los casos.

2. CARACTERÍSTICAS DE NUESTROS MAGISTRADOS PENALES

La mayoría de nuestros magistrados penales, salvo destacables excepciones, carecen de formación en problemáticas propias del *LAW AND ECONOMICS*.

En este sentido, la Ley de Defensa de la Competencia contiene numerosos conceptos propios de la ciencia económica a cuyo manejo los jueces penales no están acostumbrados.

En la apelación de las cuestiones resueltas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia interviene, en la Capital Federal, la Cámara Nacional en lo Penal Económico.

3. EL CASO ESPECIAL DEL FUERO PENAL ECONÓMICO DE LA CAPITAL FEDERAL. DISTINCIÓN CON LAS PROVINCIAS. NECESIDAD DE CENTRALIZAR LAS APELACIONES EN UN SOLO TRIBUNAL

La calidad del Tribunal de Apelación tiene relación con la que se pretende para el órgano de aplicación. En las provincias actúan las Cámaras Federales pero en la Capital se ha seguido un criterio distinto, designando a la Cámara en lo Penal Económico.

No sólo criticamos que la decisión pase al Fuero Penal –porque entendemos que debería serlo al Fuero Comercial– sino además porque está abarrotado de causas (tampoco podría alegar una gran especialidad en la materia pues en estos casi veinte años no ha resuelto más de un caso por año!).

En otro orden de ideas, y reafirmando lo que ya se dijo, se aprecia la inconveniencia de centralizar los problemas de Defensa de la Competencia de todo el país en la CNDC para luego descentralizarlos en las jurisdicciones locales dependiendo la apelación del lugar geográfico de inicio del conflicto. Para lograr un sistema más eficiente es conveniente centralizar todos los asuntos de Defensa de la Competencia en un solo tribunal judicial específico, que podría ser por el momento la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Concretamente estamos proponiendo: a) un único Tribunal para todo el país (pues no tiene sentido que con tan pocos casos no se pueda especializar), y b) que éste sea la Cámara Nacional en lo Comercial, siguiendo los lineamientos del régimen de la Comisión Nacional de Valores.

4. LA EXPERIENCIA DE LA ACTUAL LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

4.1. Resultados en materia penal

En cuanto a la aplicación del Derecho Penal de Defensa de la Competencia es evidente el fracaso de recurrir a aquel como herramienta idónea de política legislativa.

El carácter simbólico de la legislación penal en materia económica, en cuanto refleja la falta de aplicación efectiva de la misma por parte de los poderes del Estado, alcanza su máxima expresión en lo relativo a la aplicación de la ley en estudio.

Dicha ley establece cierto criterio de oportunidad por el cual queda en cabeza del Secretario de Industria Comercio y Minería la decisión respecto del paso del expediente a la Justicia Penal por la comisión de delitos.

La investigación determinó que en los 278 expedientes que la Comisión instruyó, ninguno dio intervención a la Justicia Penal por comisión de un delito.

La conclusión es categórica: *desde la sanción de la ley de Defensa de la Competencia (1980) el Derecho Penal de Defensa de la Competencia nunca fue aplicado*

La Justicia en lo Penal Económico se limitó a actuar como Tribunal de Alzada respecto de las multas que eran aplicadas por la Comisión.

Todo esto demuestra la inconveniencia de legislar valiéndose del Derecho Penal sobre una materia que requiere un proceso ágil y específico sin tantos requisitos dogmáticos, propios del Derecho Penal Liberal.

Si la actuación de la CNDC no ha sido pareja durante sus 17 años de vida institucional, en cambio sí lo ha sido la no configuración de la cuestión penal. Jamás la Justicia Penal ha intervenido por la comisión de algún delito tipificado en la normativa vigente. Es evidente lo que esto significa: La ineficacia del Derecho Penal para resolver estos conflictos.

Es sintomático que el único caso que pasó a la Justicia Penal por la presunta comisión de un delito no fue justamente por la comisión de una conducta tipificada en la ley de Defensa de la Competencia, sino para investigar la posible comisión de falso testimonio producido durante una audiencia tomada en la Comisión.¹³

En otro orden de ideas, el hecho de que se pueda percibir la comisión de ilícitos penales no quiere decir que el tema deba ser tratado por la Comisión mediante un trámite similar al penal.

Utilizando otros ejemplos del Derecho Concursal, el hecho de que pueda existir una quiebra fraudulenta (delito tipificado en el Código Penal), no quiere decir que el trámite de quiebra deba desarrollarse ante el Juez Penal. Es el Juez de la quiebra quien, ante la presunta comisión de una conducta tipificada por el legislador penal, la remite al juez específico.

El ejemplo es bueno no sólo por el tratamiento de la cuestión sino por que significa que tampoco existen muchas condenas (casi ninguna) por el delito de quiebra fraudulenta.

Por otra parte, no debe pasarse por alto que el Código Penal prevé en su art. 159 una disposición específica, que si bien puede ser mejorada, abarca la cuestión de la competencia desleal.

Dice la normativa vigente:

Será reprimido con prisión de un mes a un año o multa [...] el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

Desde luego que esta disposición puede ser mejorada y actualizada a los tiempos que corren con la incorporación de la figura del actuar en lugar de otro, cuando la imputada es una persona jurídica y con todo lo referente a los delitos de omisión impropia.

En definitiva, dejemos que el Derecho Penal, entendido como la última *ratio* del ordenamiento jurídico, se ocupe de aquellos casos para los cuales fue previsto, es decir, donde esté en juego la convivencia pacífica de la sociedad que se ve alterada por conductas significativamente ofensivas de bienes jurídicos básicos.

Cuarta parte

INICIATIVAS LEGISLATIVAS

Esta cuarta parte estudia y comenta las iniciativas legislativas a consideración del Congreso durante la realización de esta investigación (1998) .

1. LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS DE CAMBIO A LA LUZ DE LOS RESULTADOS DE ESTA INVESTIGACIÓN

Con motivo del proyecto modificatorio del actual régimen de Defensa de la Competencia en el curso de esta investigación se preparó una opinión con el propósito de apoyar el esfuerzo legislativo en un tema tan trascendente para la vida jurídico-económico del país.

Como primera conclusión, consideramos inoportuno modificar el régimen actual pues, aun cuando se lo considera perfectible –y en este documento se señalan algunos defectos–, lo que se propone en sustitución no justifica el cambio.

La permanencia de las normas tiene un valor que países jóvenes como la Argentina deben apreciar, y esto es tanto más significativo en circunstancias como la que nos ocupa, donde la jurisprudencia elaborada por la CNDC (y aun la de los tribunales judiciales) adquiere una relevancia trascendente, en tanto permite consolidar un criterio de interpretación que redunde en la seguridad jurídica que se garantiza a los destinatarios de las disposiciones legales.

No se nos escapa que existe una tendencia en nuestro medio a postergar sistemáticamente todo intento de cambio, pero dicha postura debe contrapesarse con la tendencia a cambiar por cambiar.

Por otro lado, el trabajo realizado en la elaboración del proyecto por la Comisión que tiene a cargo el asunto no es en vano, pues queda como antecedente para el momento en que pueda ser oportuno introducir alguna modificación.

1.1. Oportunidad de la reforma

¿Y cuándo sería el momento oportuno?

Desde principios de esta década el país ha producido un cambio sustancial en las estructuras económicas, pasando de un sistema fuertemente estatista y dirigista, con fronteras cerradas, a un modelo más abierto y globalizado. Esta circunstancia ha producido y está produciendo importantes cambios en las estructuras empresarias que le permiten ubicarse mejor en un régimen de economía de escala.

Casi simultáneamente con este cambio ha cobrado un nuevo y vigoroso impulso el movimiento de integración regional comenzado a mediados de los '80.

Ambas situaciones deben estabilizarse y entendemos que, cuando ello ocurra, será el momento oportuno para reanalizar el régimen vigente y ajustarlo a la realidad regional y, eventualmente, proponer una norma común a los países integrantes de ese mercado transnacional.

Estas son, a nuestro juicio, las principales razones que justifican nuestra propuesta de no innovar en estos momentos.

Ahora bien, en caso de que –por razones que no alcanzamos a advertir–, se insistiera en la necesidad de la reforma, nos permitimos hacer algunas sugerencias.

Nuestra idea es obtener un instrumento eficiente que, al tiempo de no trabar el desarrollo económico y no entorpecer el tráfico comercial, brinde adecuados remedios legales para los pocos y puntuales casos que puedan afectar sustancialmente a la competencia.

Para ello se sugiere diseñar un régimen que se concentre sólo en los grandes casos, que abandone el carácter penal de las sanciones por entender que conspiran contra la eficacia del régimen y que, en relación con el organismo que tenga a su cargo la policía de la competencia, le otorgue real autarquía y priorice sus recursos humanos. Se recomienda que se atienda a la peculiar situación que vive el país, de pleno cambio, y en un proceso de integración, reflexionando sobre la oportunidad de la entrada en vigencia del nuevo régimen. Se considera que debe reestudiarse el tema de las autorizaciones previas y, al menos, agilizarse el sistema propuesto.

Los puntos en cuestión son:

1.2. Concentrarse en los grandes conflictos

En la idea de lograr un instrumento eficaz se recomienda concentrarse solamente en los grandes conflictos. Al abordar iniciativas legislativas es común que se lo haga pensando en los grandes temas y que luego la práctica se ocupe de demostrar lo contrario.

Es muy difícil lograr un sistema que funcione bien tanto para los pequeños casos como para los grandes conflictos. La experiencia lograda durante la vigencia de la actual ley muestra que el organismo de aplicación ha considerado casos muy poco trascendentes (por ej.: conflictos entre panaderías por el precio del pan, entre *remiseros* por la exclusividad otorgada a un servicio por una empresa de pompas fúnebres), que convivieron con unas pocas grandes cuestiones donde el organismo no actuó con eficacia. Para ganar en efectividad la actividad del organismo de control debe reducirse a los casos más importantes. La trascendencia e importancia de éstos no deberá medirse exclusivamente por los montos en juego.

1.3. Autarquía para el organismo

En la misma idea de ganar en eficacia, se aconseja otorgar al tribunal a crearse una completa autarquía, reforzando el mecanismo de selección, independencia y estabilidad de sus miembros.

1.4. Atender al especial momento que vive el país

Es indispensable atender a la especial situación de nuestro país que se encuentra en pleno crecimiento. Se desconoce si la iniciativa del proyecto obedece a alguna situación puntual, pues ello no ha sido explicitado. Como ejercicio práctico sugerimos preguntarse –a los fines de determinar la oportunidad de sanción de la ley– qué situación perjudicial se ha producido en la Argentina que podría haberse evitado con el proyecto que se propugna sancionar, y que no pudo evitarse con el régimen actualmente vigente. Nos consta la preocupación y profundidad con que los señalen legisladores han encarado la tarea pero, al mismo tiempo, no puede dejar de advertirse que se están produciendo en el país grandes transformaciones y que, en algunas áreas (por ej.: la bancaria), la preocupación de las autoridades monetarias es la atomización antes que la

concentración. A pesar de nuestra necesidad de profundizar los cambios, y de competir y exportar (ingresar en las economías de escala), la iniciativa de la nueva ley no parece haber sido precedida de una amplia discusión de este aspecto.

Las buenas leyes no son las que emulan las legislaciones más modernas de países de gran desarrollo, sino las que se adaptan a la situación de cada país en el momento determinado y la orientan. La Argentina de fin de siglo no puede estar preocupada por los monopolios de la misma forma como lo están en los Estados Unidos (ahora les preocupa la integración entre empresas de distintos mercados), o Canadá, pues la situación es diametralmente distinta.

El momento en que se encuentra el país, de alguna forma, alienta la concentración antes que la atomización.

1.5. Coordinación con la normativa del Mercosur

Aun cuando se nos ha aclarado este aspecto, consideramos prudente profundizarlo en concordancia con lo expuesto en el apartado anterior y en el siguiente.

1.6. Revisión del concepto de mercados nacionales

El art. 4 del texto de proyecto que revisamos considera una situación de posición dominante cuando una empresa es única oferente o demandante dentro del mercado nacional. Nos preguntamos si en realidad la situación no debería ser considerada dentro del ámbito del Mercosur. Caso contrario, las empresas locales quedarán descolocadas frente a competidores del Brasil, que por tener una demanda varias veces superior a la nuestra, pueden alcanzar mejores economías de escala. Incluso, en algunos productos, la globalización es tan amplia que se fabrican en un solo país para todo el resto del mundo o la región. Si bien ésta podría ser la interpretación que le dé el tribunal en el futuro, se considera que es mejor dejarlo escrito en forma explícita en el texto de la ley.

1.7. Evitar legislar para las excepciones

Muchas leyes se redactan pensando en las excepciones y no en las situaciones normales, con el consiguiente entorpecimiento de las actividades de quienes actúan dentro de la ley (y no tanto de quienes buscan evadirla).

En este caso, para evitar una hipotética concentración, se obliga a someter a revisión previa a todas las operaciones que se lleven a cabo en adelante, fulminándolas de nulidad en caso contrario. Esto no parece lógico para la dimensión del país.

1.8. Autorización previa para concentraciones y fusiones

Es éste uno de los cambios más trascendentes del proyecto y anticipa complicaciones. En este sentido prohibir *a priori* todo proceso de concentración parece excesivo y puede atentar contra la libertad de contratación asegurada en la Constitución Nacional. En general, el empresario o comerciante compra con el fin directo o indirecto de consolidar su posición en el mercado y ahora tendría que pedirle permiso a un organismo del PE.

En la idea de reservar el régimen de defensa de la competencia sólo para casos excepcionales el pedido de autorización debería quedar reservado a unos pocos casos.

Por otro lado, el tiempo de autorización parece excesivo e incompatible con el tráfico comercial. En Canadá, por ejemplo, los plazos son más cortos y perentorios.

1.9. Forma de evitar la extorsión

Alertamos –por experiencia– que en tanto la presentación ante la CNDC no traiga aparejada para el denunciante ningún tipo de consecuencia jurídica, la cuestión puede prestarse a manejos extorsivos, además de incrementar así innecesariamente los costos.

Por consiguiente, deben extremarse los medios necesarios para evitar que las denuncias sean utilizadas con tales fines y, a esos efectos, concentrar los esfuerzos en establecer parámetros de control sobre la actuación de las partes en el proceso (algún tipo de sanciones por declaraciones absolutamente infundada).

1.10. El incumplimiento de otras leyes como modo de alterar la sana competencia.

Una cuestión interesante del Proyecto de Ley que merece ser destacada es la referida al incumplimiento de otras leyes como modo posible de alterar la competencia. En este sentido, se establece que queda comprendida en el art. 1 la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas. Esta incorporación, en el derecho vigente, otorga positivismo al criterio sentado por la propia CNDC, quien tiene dicho que *la infracción a otras leyes especiales constituye un supuesto de competencia desleal, siempre y cuando se pruebe que se haya afectado el orden económico general*.¹⁴ Esta inclusión en el proyecto merece ser valorada y apoyada.

En este orden de ideas consideramos que, en el ámbito empresario, la infracción a las leyes que regulan dicha actividad económica, sea cual fuere el ámbito de actuación de la corporación, son una manera evidente de alterar las reglas de la sana competencia. Es decir, el incumplimiento por parte de quienes participan activamente en el intercambio de bienes y servicios los ubica en una injustificable desigualdad respecto de quien cumple, oportuna y satisfactoriamente, con las exigencias del ordenamiento jurídico.

No sólo incurriendo en algunos de los supuestos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia se compite deslealmente en el mercado, sino que también quien evade el pago de los impuestos que debe ingresar al fisco se coloca en una situación de ventaja desleal respecto del empresario que sí cumple con la normativa impositiva vigente.

Con relación a este tópico son interesantes las reflexiones del jurista español Bajo Fernandez cuando manifiesta *que quien elude sus obligaciones fiscales para cubrir más cómodamente los gastos de amortización de una moderna maquinaria, realiza una infracción cuyos efectos sufre directamente la Hacienda Pública. Pero de manera inmediata afecta el equilibrio del mercado, ya que le facilita el logro de una situación monopolística*.

La empresa que no cumple con las diversas normas específicas, se ubica mejor en el mercado competitivo, obteniendo un enriquecimiento ilícito a costa de los que cumplen con la ley.

1.11. control judicial en manos de la cámara nacional en lo comercial de la Capital Federal

En este orden de ideas, no parece afortunada la decisión de centralizar todos los casos en la Capital Federal a través de la jurisdicción nacional que reviste la CNDC y luego en cada una de las provincias, dependiendo del lugar geográfico de consumación de la conducta anticompetitiva investigada.

Proponemos que exista un sólo tribunal judicial con jurisdicción para revisar todos los casos resueltos por la CNDC, y que éste no sea del Fuero Penal, sino que sea el Fuero Comercial, tal como sucede con las resoluciones de la Cámara Nacional de Valores.

En síntesis, aspiramos a que esta positiva iniciativa legislativa produzca una normativa de fondo adecuada para actuar con agilidad en algunos casos puntuales, y un organismo eficiente para el cometido que le espera, con una orientación que le permita actuar con eficacia. De la misma forma se sugiere evitar que constituya un estorbo para la generalidad de los casos, y que sea utilizada extorsivamente o trabe el desarrollo del país.

Quinta parte

CONCLUSIONES

1. CONCLUSIONES

Como resultado de estos estudios arribamos a las siguientes conclusiones:

La experiencia generada en materia de competencia durante períodos de falta de libertad económica no es ilustrativa ni justifica reformas: es preciso esperar a ver cómo se desenvuelve en otro contexto antes que pensar en cambios. En este sentido, si bien parece una contradicción en los propios términos la premisa que exige regular la competencia, no podemos dejar de apreciar que la tendencia mundial al respecto refleja la intervención del Estado en la problemática.

Esta regulación debe ser respetuosa del desarrollo económico y no convertirse en una traba para él.

Es por ello que los esfuerzos deberían estar dirigidos mayoritariamente al Mercosur que a reformar la legislación actual, puesto que el país se encuentra en medio de profundos cambios e inmerso en un proceso de integración económica.

En caso de insistirse con los cambios el nuevo régimen debería:

a) Limitarse a los grandes casos. Es decir, a aquellas cuestiones excepcionales por su trascendencia y alta envergadura. En definitiva, evitar la evolución que se dio en la jurisprudencia de la CNDC, de los floristas a los empresarios de pompas fúnebres.

b) En este sentido, la actuación a lo largo de estos 17 años de vida institucional de la CNDC no ha sido trascendente para el país. Si nos preguntáramos en que hubiera cambiado si el organismo no hubiese existido, la respuesta no sería muy alentadora.

c) La investigación ha puesto de manifiesto que el historial de la CNDC no fundamenta su existencia.

d) La CNDC ha dedicado la gran mayoría de su tiempo, recursos económicos y humanos, a investigar temas de baja envergadura y hasta intrascendentes. Esto se debió en gran parte a la falta de consecuencias jurídicas que la presentación ante la CNDC trae aparejada para el denunciante.

e) La CNDC debería ser un organismo a la modalidad de una agencia de gobierno, que intervenga solamente en casos excepcionales que alteren verdaderamente la competencia en cuestiones relevantes. En este orden de ideas no debemos perder de vista que la materia debe ser de excepción, ya que en la mayoría de los casos desestimados por la CNDC o que ésta decidió aceptar las explicaciones de la demandada, la cuestión denunciada contaba con plena protección en el derecho común.

e) Es discutible, por carecer de eficacia, que a una misma oficina se le asignen diversas tareas tales como de investigación, poder de sanción, etc. Debería conservar la CNDC la función de investigación e información, pero que en sólo casos excepcionales se recurra al procedimiento de juzgamiento, el que incluso podría estar en cabeza de un tribunal especializado "ad hoc", que podría ser integrado hasta por personalidades internacionales.

f) En cuanto al tema de la previa autorización de las fusiones, el principio debe ser la libertad de contratación y la excepción, la denegatoria; por ello, la nulidad absoluta de la fusión debe ser la última *ratio* del sistema y no el principio general como se pretende. De este modo se evitará que la fusión esté en "espera" mientras la cuestión se decide.

g) La Justicia Penal no se ha destacado en su actuación como alzada de las decisiones de la CNDC. Tampoco parece muy razonable centralizar las cuestiones de Defensa de la Competencia en la Capital Federal y luego descentralizar las problemáticas en las provincias según el origen geográfico del conflicto.

h) Por ello, se propone a la Justicia en lo Comercial como Tribunal de Alzada para que revise las decisiones de la CNDC, ya que por razones de especialidad parece más idóneo que el Fuero Penal Económico que, por lo demás, está abarrotado de expedientes.

i) Por último, se propone abandonar el carácter penal de la normativa, como se fundamenta en un informe por separado, ya que ello atenta contra la eficacia del sistema. En este aspecto, no deja de ser significativo que en países de la CEE como España, el tema de la Defensa de la Competencia no es penal y queda dentro de la órbita de la Administración. Es más, las pocas conductas concertadas que estaban prohibidas en materia penal, han sido derogadas.

Buenos Aires, septiembre de 1998

Sexta parte
INFORMACIÓN ESTADÍSTICA

1. ESTADÍSTICAS

Proyecto CEA - Justicia & Desarrollo económico ANEXO 4 - Justicia y Monopolios - 6a. parte

VIa. Parte Información estadística

Indice:

1. ACTUACION DE LA COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

- 1.1 Cantidad de dictámenes
- 1.2. Actuación según los períodos de Gobierno
- 1.2. Modos de inicio
- 1.4. Origen geográfico
- 1.5. Envergadura o importancia de los conflictos (y origen geográfico)
- 1.5. Los sectores de la economía afectados

2. LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

- 2.1. Tipología
- 2.2. Resultados en la CNDC según la conducta denunciada

3. LOS RESULTADOS

- 3.1. En general
- 3.2. En relación con el modo de inicio
- 3.3. En relación con la envergadura
- 3.5. En relación con el sector

4. LA ACTUACION DE LA JUSTICIA

- 3.1. En general
- 3.2. Resultados según el origen geográfico
- 3.3. Resultados según la conducta denunciada
- 3.4. Resultados según el modo de inicio
- 3.5. Resultados según el sector de la economía

1. Actuación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Cantidades

Total dictámenes	278
Primer dictamen	24/03/1981
Ultimo	16/02/1998
Total meses	204
Total días	6173
Promedio por mes	1,4
Dias por fallo	22,2

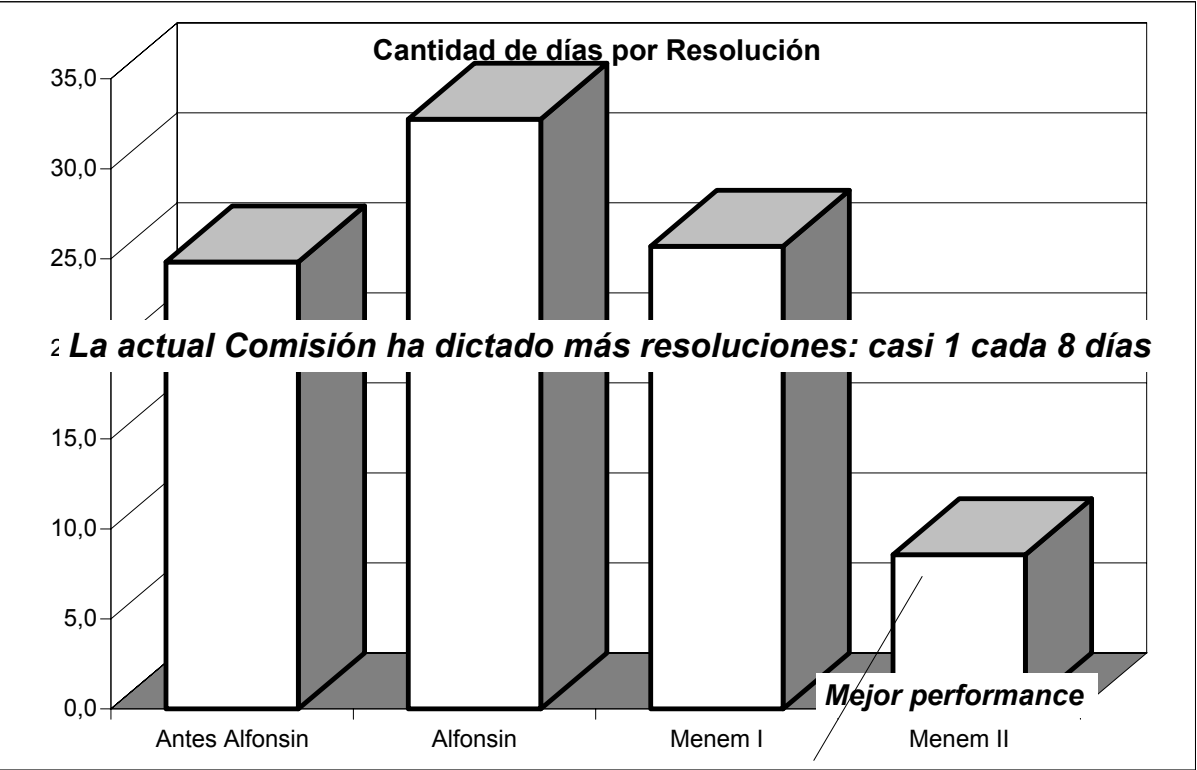
ESTADISTICA

- 1,4 fallos por mes
- 1 fallo cada 22.3 días
- 45 actuaciones se iniciaron de oficio en los 17 años (menos de 3 por año).

1.1. Actuación según los períodos del Gobierno

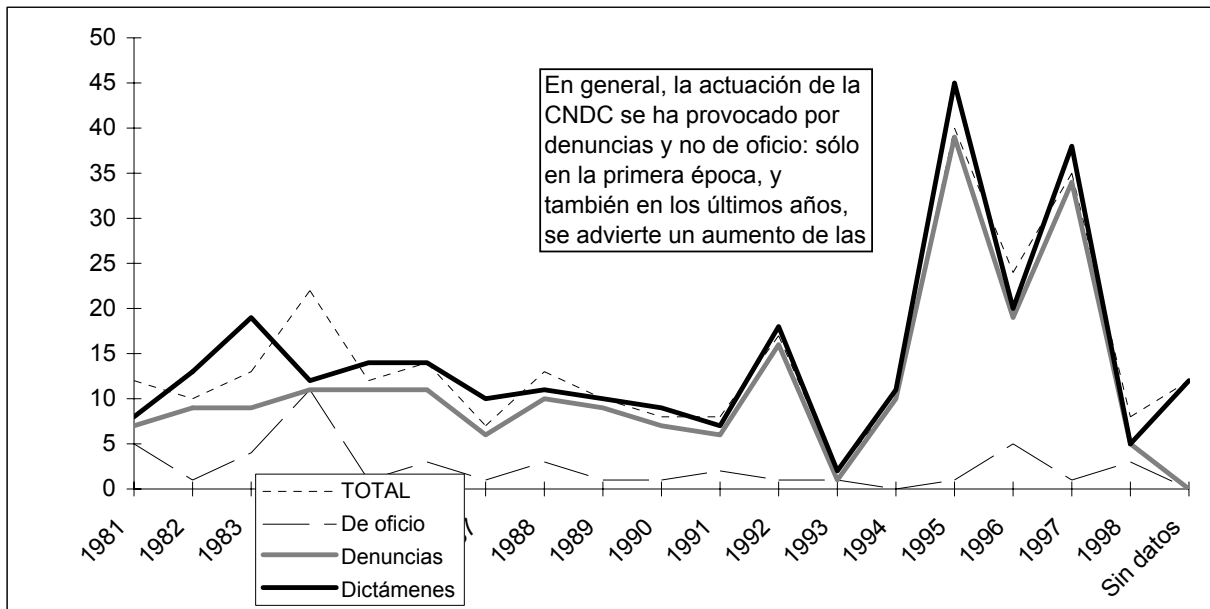
Períodos	# resoluc.	Promedio	# días	Fechas
Antes Alfonsín	40	24,8	993	12/12/1983
Alfonsín	61	32,8	1998	01/06/1989
Menem I	103	25,7	2647	30/08/1996
Menem II	62	8,6	531	12/02/1998
Total días			6169	

Periodicidad de los dictámenes



Cantidad de actuaciones y dictámenes

Año	TOTAL	De oficio	Denuncias	Dictámenes	o resueltos
1981	12	5	7	8	4
1982	10	1	9	13	-3
1983	13	4	9	19	-6
1984	22	11	11	12	10
1985	12	1	11	14	-2
1986	14	3	11	14	0
1987	7	1	6	10	-3
1988	13	3	10	11	2
1989	10	1	9	10	0
1990	8	1	7	9	-1
1991	8	2	6	7	1
1992	17	1	16	18	-1
1993	2	1	1	2	0
1994	10	0	10	11	-1
1995	40	1	39	45	-5
1996	24	5	19	20	4
1997	35	1	34	38	-3
1998	8	3	5	5	3
Sin datos	12	0	0	12	0
Total	277	45	220	278	



La CNDC tiene registrados en sus 17 años de vida institucional 278 dictámenes. Esto significa que habría dictado algo más de 1 dictamen por mes o visto de otra manera, ha dictado como promedio un dictamen cada 22,3 días. La cuestión empero no ha sido pareja durante estos años.

Como vemos este análisis comparativo de la actuación de la Comisión en los distintos períodos de gobierno, revela que la actual Comisión es la que ha dictado más resoluciones: casi 1 cada 8 días.

Si comparamos la actuación de la CNDC con algún organismo de similar estructura y recursos - un juzgado por ejemplo - vemos que la cantidad de dictámenes emitidos es muy escasa, por no decir casi insignificante, si tenemos en cuenta que es un organismo con jurisdicción en todo el país.

Por otra parte, cabe destacar que salvo los últimos tiempos donde se ha dotado a la CNDC de informatización y mayor personal, observamos que el trabajo fue muy desperejo en los diversos periodos de funcionamiento, lo cual nos permite concluir que la tarea que llevó a cabo el organismo tuvo relación directa con el recurso humano que la integró. En este sentido, noté la diferencia entre el periodo de 1993, donde sólo se dictaron 2 resoluciones, mientras que en 1995, se dictaron 45 y en 1997 se resolvieron 38 casos. La diferencia es notoria y significativa, sobre todo si pensamos en los costos que para el país insumió el Organismo que a lo largo de

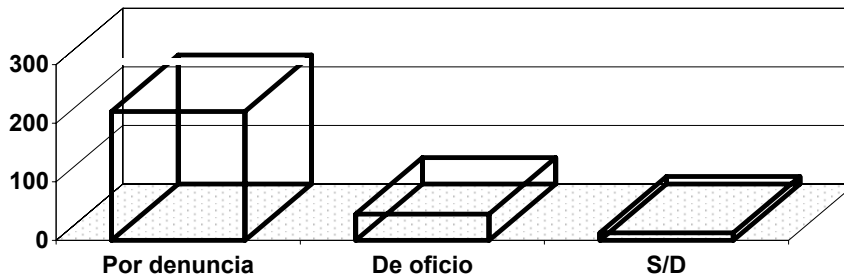
1.2. Cómo se inician los expedientes

Iniciación

	#
Por denuncia	220
De oficio	45
S/D	13
Total	278

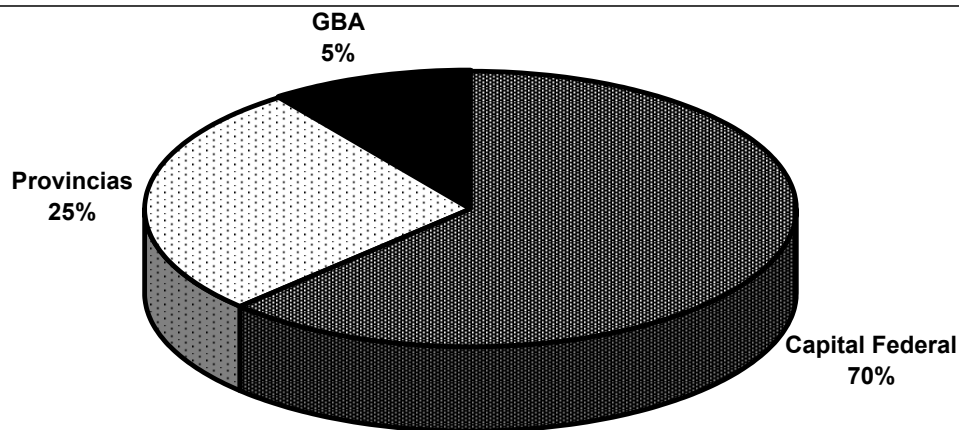
Como se ha visto más arriba, la mayoría de las actuaciones se inicia por denuncia; son mucho menores las actuaciones de oficio. Esto demuestra que el organismo no ha sido proclive a iniciar de investigaciones de oficio.

Cómo se inician los expedientes



1.3. Origen geográfico

Uno de los aspectos interesantes para estudiar era determinar desde donde se originan las denuncias. La CNDC tiene competencia sobre todo el país, y sólo para las apelaciones se recurren a los tribunales federales de la jurisdicción donde se origina. Las conclusiones han sido que la gran mayoría de los asuntos (70%) se originan en Capital Federal y GBA (10%) en tanto las restantes corresponden al resto del país. Sumados Capital más GBA tenemos que el 75 % corresponde a estas zonas del país • Conocido el origen geográfico, resultaba interesante conocer cuál es la envergadura de los temas según su origen geográfico. Como es de

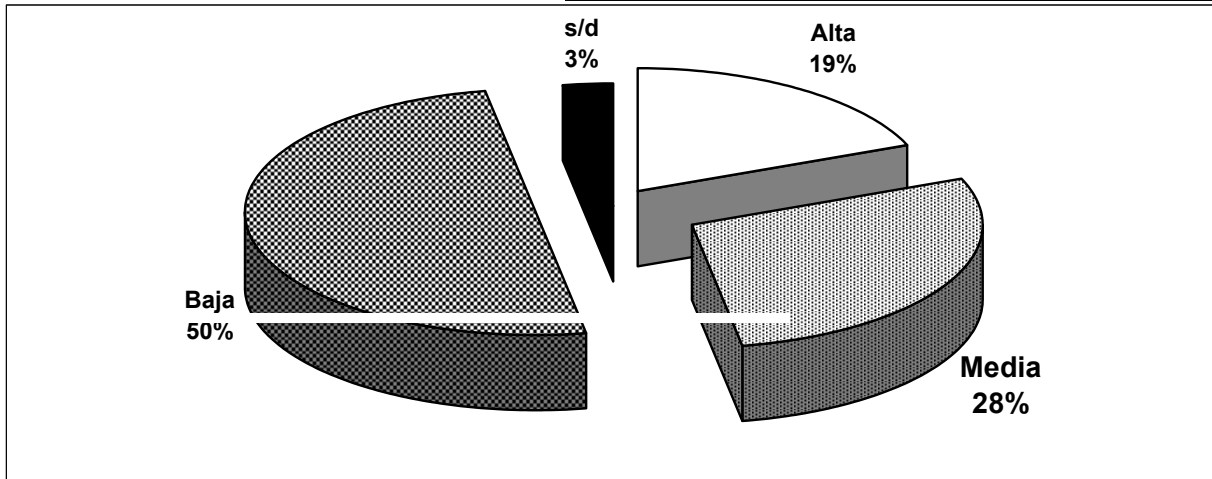


Sanciones	CF	Provincias	GBA
S/D	2	5	14
Acepta explicaciones	67	24	7
Cese actividad	3	2	0
Compromiso	4	2	1
Desestimación	54	12	1
Multa	32	30	5
Otros	12	1	0
Totales	174	76	28

1.4. Envergadura de los conflictos y origen geográfico

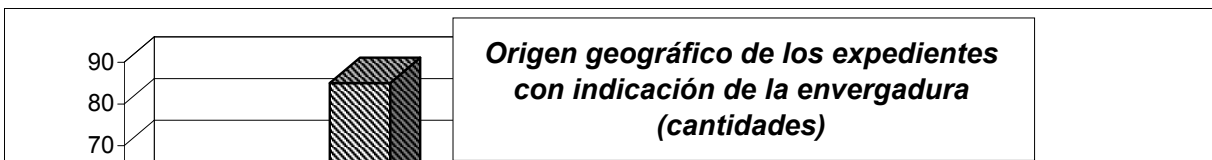
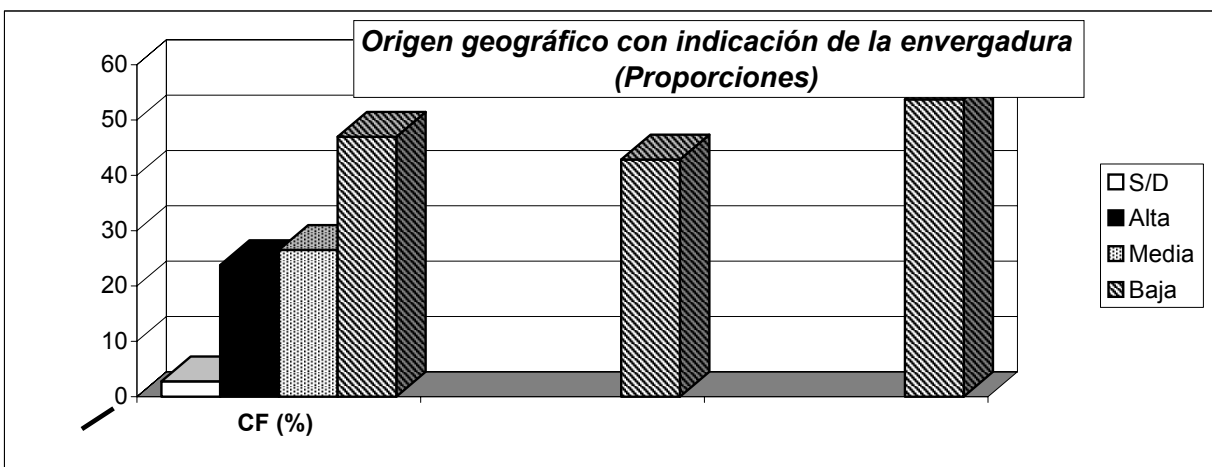
Envergadura	#
Alta	53
Media	79
Baja	139
s/d	8
Total	279

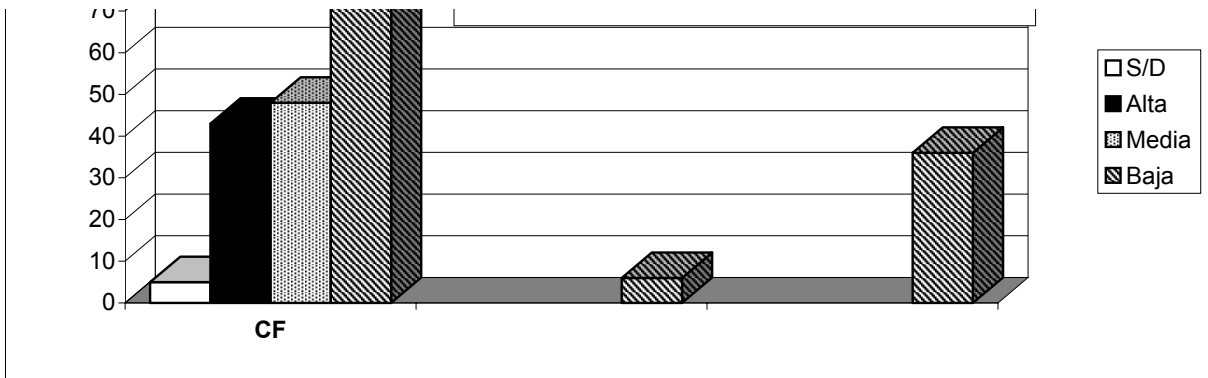
En la información no se ha registrado la envergadura. Por ello, para definir la envergadura de los conflictos se han tenido en cuenta los siguientes criterios: Las partes involucradas en el asunto, el relato de los hechos desarrollados en los dictámenes, el monto de la multa impuesta, el mercado y submercado donde la conducta investigada tuvo inicio, el origen geográfico, y la cantidad de fojas del dictamen.



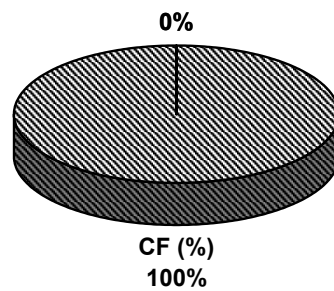
Envergadura	CF	CF (%)	GBA	GBA (%)	Prov.	Prov. (%)
S/D	5	2,76	1	7,14	3	4,48
Alta	43	23,76	2	14,29	7	10,45
Media	48	26,52	5	35,71	21	31,34
Baja	85	46,96	6	42,86	36	53,73
Totales	181	100,00	14	100,00	67	100,00

Veamos los datos que estableció la investigación en cuanto a la envergadura de los conflictos: de los 278 casos resueltos por la CNDC en sus 17 años de investigación, 79 fueron de media envergadura, 139 de baja envergadura y sólo 53 (19 %) de los casos fueron de alta envergadura. En este sentido concluimos que la CNDC se ha dedicado a resolver asuntos de baja y media envergadura (en total 217 casos de 278).





Origen geográfico de los temas de Alta Envergadura

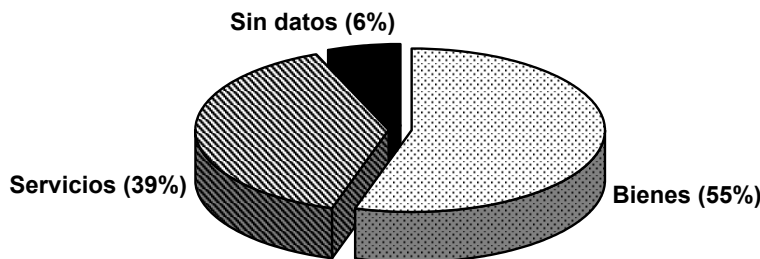


De los 53 casos de alta envergadura registrados, 43 corresponden a la Capital Federal y 2 al Gran Buenos Aires, mientras que solo 7 casos corresponden a la jurisdicción provincial. En los temas de media envergadura, 43 corresponden a la Capital Federal, 5 al gran Buenos Aires y 29 a las Provincias. De los casos de baja envergadura, 85 corresponden a la Capital Federal, 5 al gran Buenos Aires y 38 a las Provincias. Esto demuestra que a medida que la envergadura de los asuntos aumenta (de baja a alta) los casos de las provincias disminuyen notablemente (de 38 a 7). La Capital Federal, es la que concentra el mayor número de casos tanto de alta, cuanto de media y de baja envergadura, no obstante la mayor diferencia dada con las provincias está dada por los temas de alta envergadura donde la diferencia es sumamente significativa.

1.5 . Los Sectores de la Economía

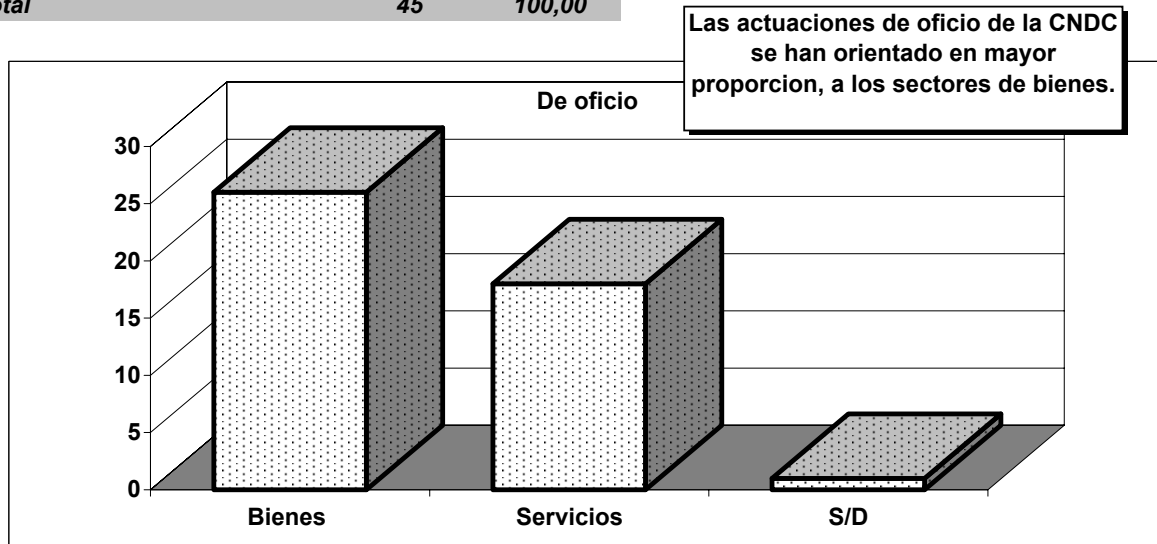
Sectores	Dictámenes	Proporciones
Bienes	152	54,68
Servicios	109	39,21
S/D	17	6,12
Total	278	100,00

En qué sectores de la economía se han originado las actuaciones



En cuanto a los sectores de la economía donde la CNDC concentró su actuación, es interesante recordar que la ley de Defensa de la Competencia prohíbe las conductas anticompetitivas relacionadas con la producción e intercambio de bienes o servicios. En este sentido, la investigación puso de manifiesto que los casos resueltos se habían concentrado en mayor cantidad en el sector de los bienes (152 casos), mientras que en el sector de las empresas prestadoras de servicios la cantidad era menor (109) casos.

Actuaciones de oficio	De oficio Proporciones	
Bienes	26	57,78
Servicios	18	40,00
S/D	1	2,22
Total	45	100,00



2. LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

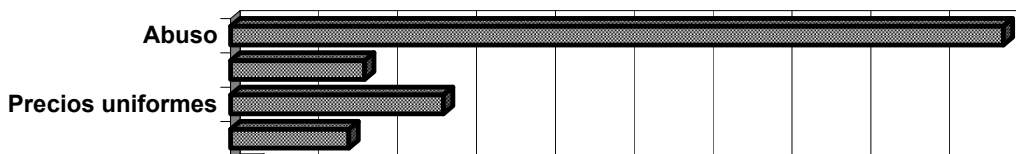
Tipo de conductas	Cant.
Abuso	98
Acuerdo precios	17
Precios uniformes	27
Competencia desleal	15
Limitación/control producc.	3
Discriminación	14
Exclusión	7
Acción concertada	19
Restricción competencia	14
Irregularidades licitaciones	3
Obstrucción investigación	10
Precios predatorios	6
Imposición exclusividad	2
Sin datos	43
Totales	278

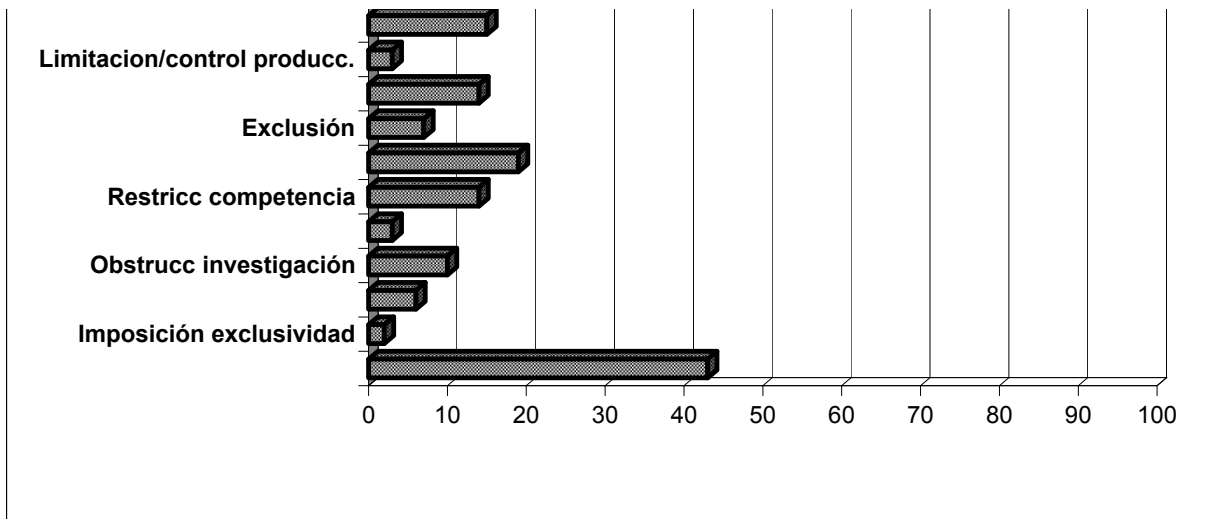
El abuso de posición dominante en el mercado competitivo es la conducta que más se ha denunciado ante la CNDC, siguiéndole la imposición de precios uniformes, las acciones concertadas, el acuerdo de precios. La imposición de exclusividad es la que menos casos presenta.

Esto demuestra que la mayor cantidad de conductas anticompetitivas investigadas por la CNDC son unilaterales y verticales: Es decir, que proviene de aquellos que ejercen una posición de dominio en el mercado y de aquellos que valiéndose de tal posición imponen precios uniformes para la restricción de la competencia. Por otra parte, los actos anticompetitivos de carácter bilateral (acciones concertadas y acuerdo de precios), aparecen en un segundo plano.

Estas observaciones deben ser tenidas en cuenta a la hora de reformar la legislación vigente, observando que la conducta más denunciada y investigada es la monopólica.

Detalles de las conductas denunciadas





2.2 Resultados de la CNDC según la conducta

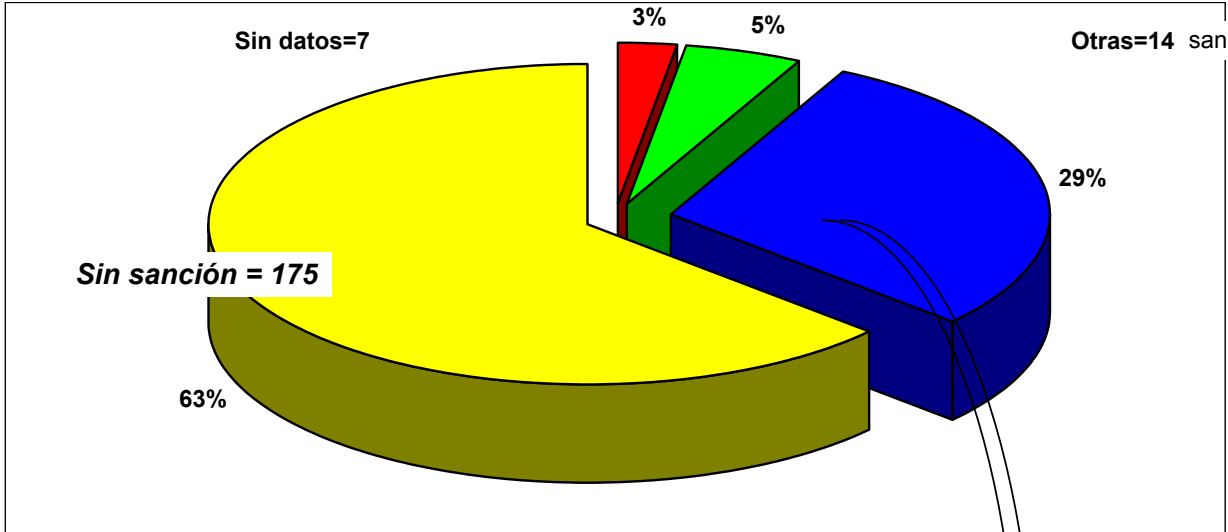
Tipo de conductas	Acept explic	Desestimaci	Compromiso	Multa	cese actividad	ev. compro
Abuso	51	22	4	15	2	0
Acuerdo precios	6	7	0	4	0	0
Precios uniformes	4	3	2	17	1	0
Competencia desleal	4	10	0	0	0	0
Limitacion/control producc.	2	0	0	1	0	0
Discriminación	10	4	0	0	0	0
Exclusión	2	1	1	2	0	0
Acción concertada	10	6	0	3	0	0
Restricc competencia	5	3	0	3	0	0
Irregularidades licitaciones	0	3	0	0	0	0
Obstrucc investigación	0	0	0	10	0	0
Precios predatorios	3	0	0	2	0	0
Imposición exclusividad	1	0	0	0	1	0
TOTALES	98	59	7	57	4	0

Tipo de conductas	Delito	Otros
Abuso	0	2
Acuerdo precios	0	0
Precios uniformes	0	0
Competencia desleal	0	0
Limitacion/control producc.	0	0
Discriminación	0	0
Exclusión	0	1
Acción concertada	0	0
Restricc competencia	0	2
Irregularidades licitaciones	0	0
Obstrucc investigación	0	0
Precios predatorios	0	0
Imposición exclusividad	0	0
TOTALES	0	5

La sanción de multa fue aplicada en mayor oportunidad de veces en los casos donde se investigó la fijación de precios uniformes (17 casos), el abuso de posición dominante (15 casos) y la obstrucción de las investigaciones (10 casos). El abuso de posición dominante registra mayor cantidad de aceptación de las explicaciones y de desestimación de las denuncias.

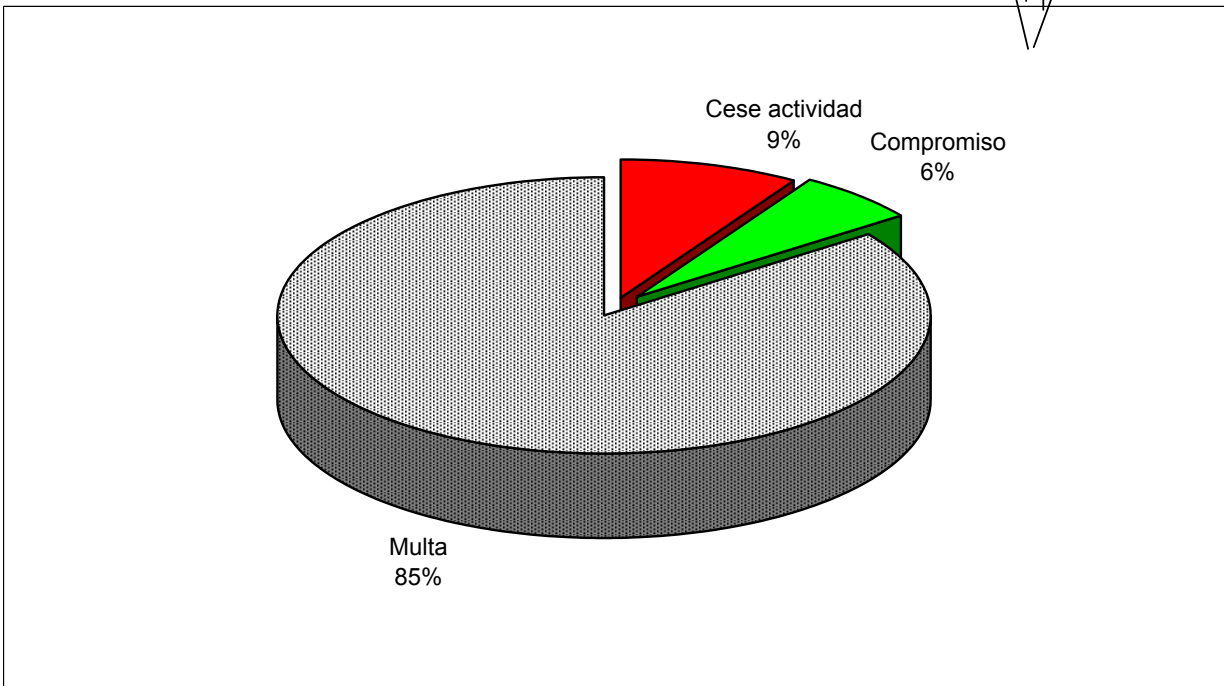
3. LOS RESULTADOS

S/D	7
Otras	14
Sanción	80
Sin sanción	175
Totales	276



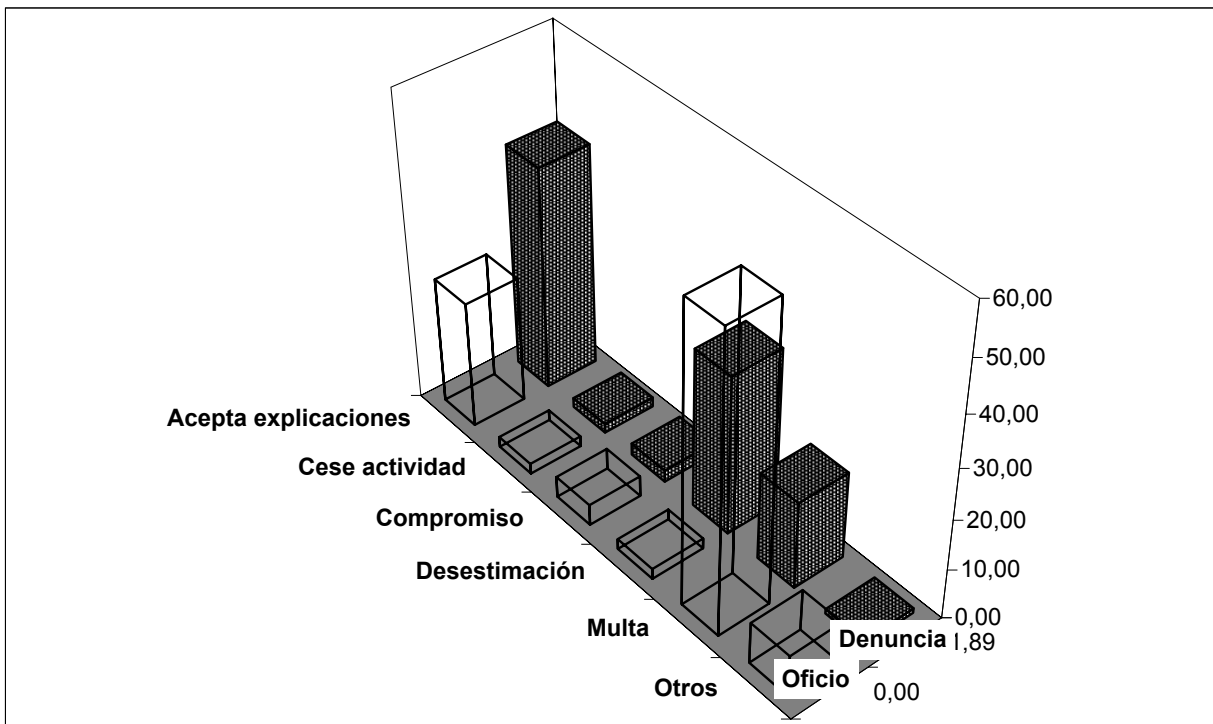
Tipo de sanciones

Cese actividad	7
Compromiso	5
Multa	68
Total	80

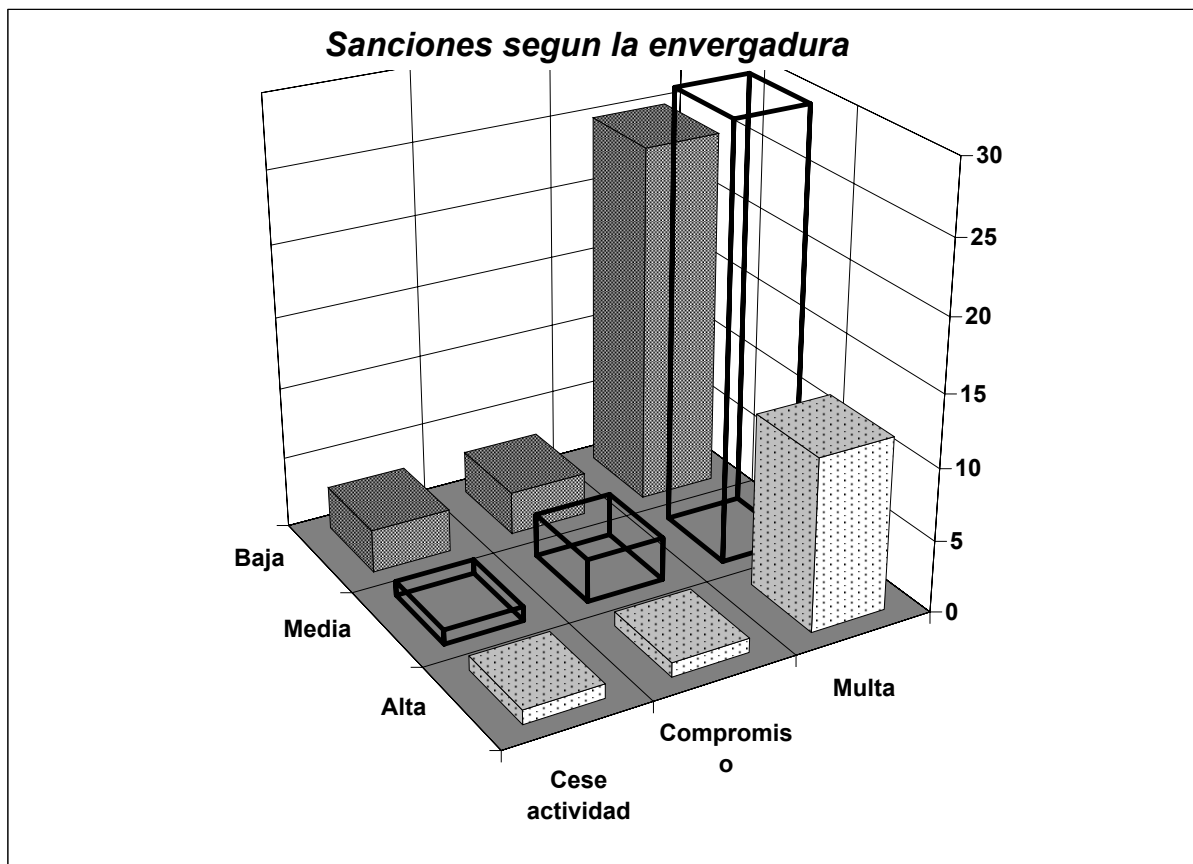


La sanción de multa (que suele ir acompañada del cese de la actividad anticompetitiva), se aplicó en un 85% de los supuestos donde recayó sanción. Es decir, de los 80 casos donde se impuso una sanción, 68 merecieron pena de multa. En sólo un 9% de los casos sancionados se dispuso exclusivamente el cese de la actividad anticompetitiva, es decir en 7 casos. Por último, en un sólo 6% se resolvió aceptar el compromiso (especie de probation), por el cual la parte denunciada se comprometía a abstenerse de continuar con la práctica anticompetitiva.

Resultados	Oficio	Oficio	Denuncia	Denuncia
SD	0	0,00	4	1,89
Acepta explicaciones	12	25,00	93	43,87
Cese actividad	1	2,08	4	1,89
Compromiso	2	4,17	5	2,36
Desestimación	1	2,08	67	31,60
Multa	28	58,33	37	17,45
Otros	4	8,33	2	0,94
TOTALES	48		212	



RESULTADOS	Alta	Alta (%)	Media	Media (%)	Baja	Baja (%)
Sin datos	1	2,56	2	4,44	3	2,73
Acepta explicaciones	27	69,23	29	64,44	49	44,55
Desestimación	10	25,64	11	24,44	48	43,64
Rechazo in limine	0	0,00	0	0,00	2	1,82
Otros	1	2,56	3	6,67	8	7,27
Sub total	39	100,00	45	100,00	110	100,00
Sanciones	Alta		Media		Baja	
Cese actividad	1	7,14	1	2,94	3	9,68
Compromiso	1	7,14	3	8,82	3	9,68
Multa	12	85,71	30	88,24	25	80,65
Sub total	14	100,00	34	100,00	31	100,00
Totales	53		79		141	



Puede observarse que de los 68 casos donde se aplicó multa 30 fueron de envergadura media , 25 de baja envergadura, mientras que 12 fueron de alta envergadura.

Es decir, que sumados los casos de baja y media envergadura, la pena de multa fue aplicada en 55 casos que no eran precisamente de alta envergadura. Esto nos permite concluir, que la CNDC no sólo intervino mayormente en casos de baja y media envergadura, sino que aplicó más multas en estos casos que en los de envergadura alta.

Por otro lado se pudo establecer que en casos de envergadura alta se registra un mayor porcentaje de aceptación de las explicaciones formuladas por la denunciada (50,94 %), que en los casos de envergadura baja y media.

4. LA ACTUACION DE LA JUSTICIA

- 4.1 Resultados generales
- 4.2 Resultados en relación con el modo de inicio
- 4.3 con el sector
- 4.4. ... con la envergadura
- 4.5 con el origen geográfico
- 4.6 con la conducta denunciada

Generalidades

Total fallos **52**

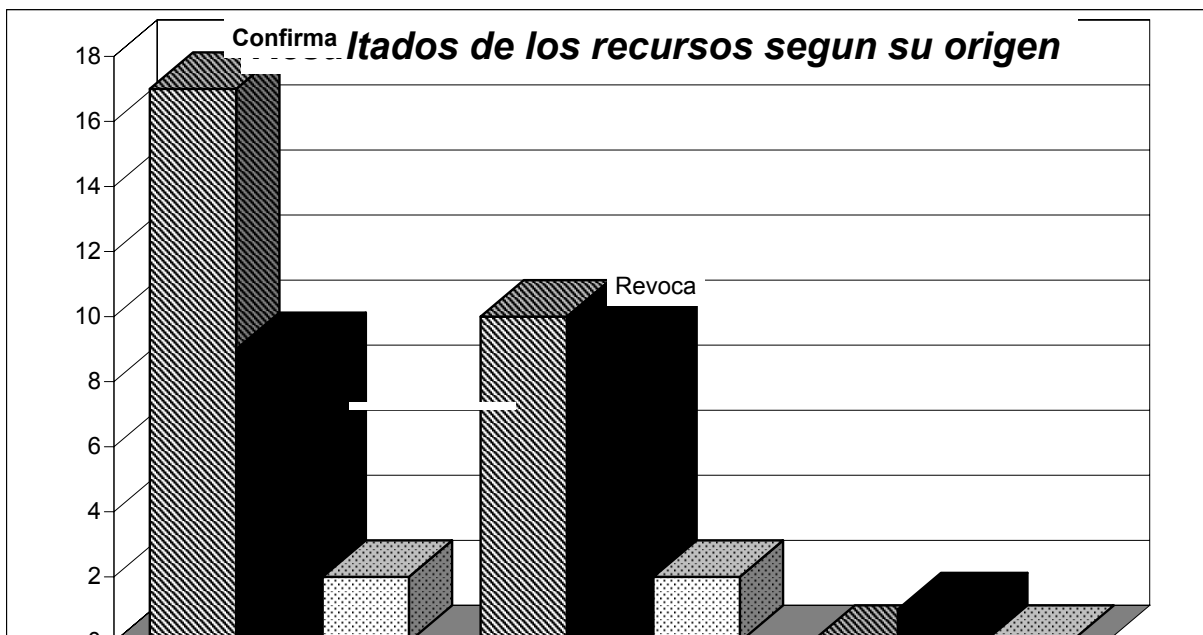
Resultados	#
Confirmaciones	27
Revocaciones	21
Revocación parcial	4
Totales	52

De los 52 pronunciamientos judiciales 27 fueron confirmatorios de lo resuelto por la CNDC mientras que 25 fueron revocatorios de lo actuado por dicho organismo (21 revocaciones totales y 4 revocaciones parciales). El grado de revocabilidad de las decisiones de la CNDC por la Justicia es elevado, puesto que casi la mitad de los dictámenes fueron revocados.

Resultados jurisdicción	CF	Prov.	GBA
Confirmaciones	17	10	0
Revocaciones	9	10	1
Revocación parcial	2	2	0
Totales	28	22	1

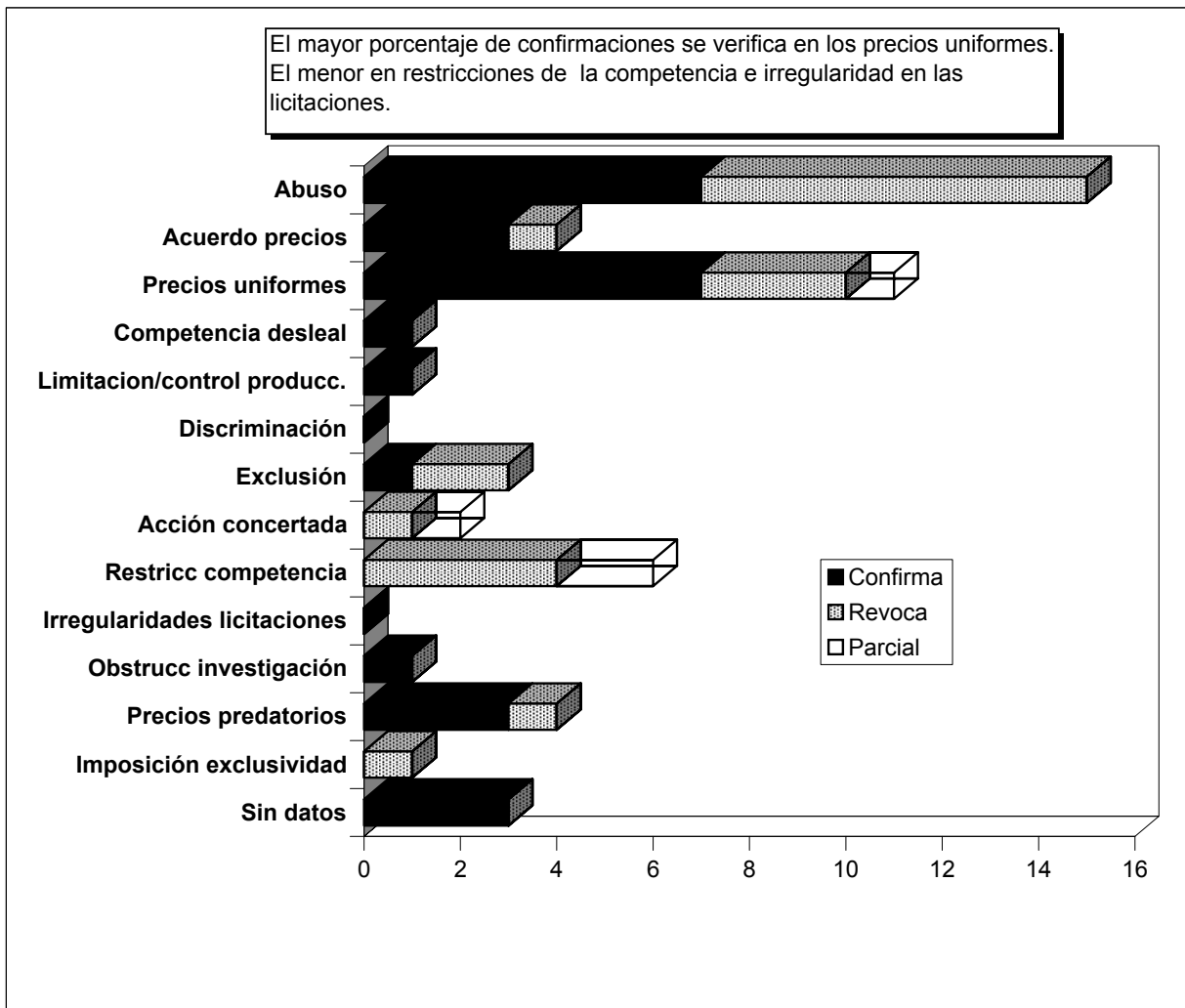
De los 27 dictámenes de la CNDC que son confirmados por el Poder Judicial, 17 de ellos pertenecen a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, mientras que sólo 10 emanan de las Cámaras Federales situadas en las distintas provincias.

En cuanto a la revocabilidad de las decisiones de la CNDC, de los 25 pronunciamientos judiciales revocatorios (21 total y 4 parcialmente), 11 fueron dictados por el órgano judicial de la Capital Federal, mientras que 14 fueron dictados en jurisdicción provincial federal. Con ello, se observa que el grado de revocabilidad de las decisiones de la CNDC es mayor en las provincias.





Tipo de conductas	Confirma	Revoca	Parcial	PORCENTAJES		
				Confirma	Revoca	Parcial
Abuso	7	8	0	25,93	38,10	0,00
Acuerdo precios	3	1	0	11,11	4,76	0,00
Precios uniformes	7	3	1	25,93	14,29	25,00
Competencia desleal	1	0	0	3,70	0,00	0,00
Limitacion/control producc.	1	0	0	3,70	0,00	0,00
Discriminación	0	0	0	0,00	0,00	0,00
Exclusión	1	2	0	3,70	9,52	0,00
Acción concertada	0	1	1	0,00	4,76	25,00
Restricc competencia	0	4	2	0,00	19,05	50,00
Irregularidades licitaciones	0	0	0	0,00	0,00	0,00
Obstrucc investigación	1	0	0	3,70	0,00	0,00
Precios predatorios	3	1	0	11,11	4,76	0,00
Imposición exclusividad	0	1	0	0,00	4,76	0,00
Sin datos	3	0	0	11,11	0,00	0,00
TOTALES	27	21	4	100,00	100,00	100,00

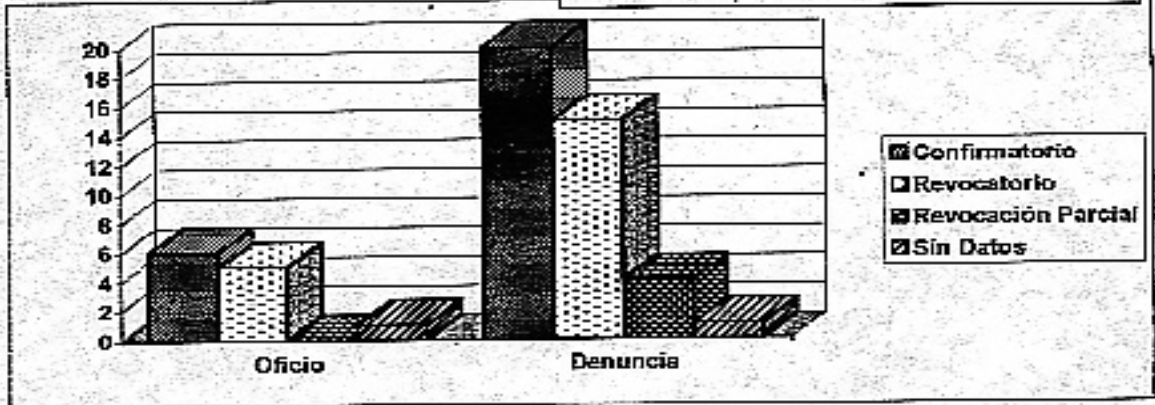


Cont. en II

Los resultados en la Justicia

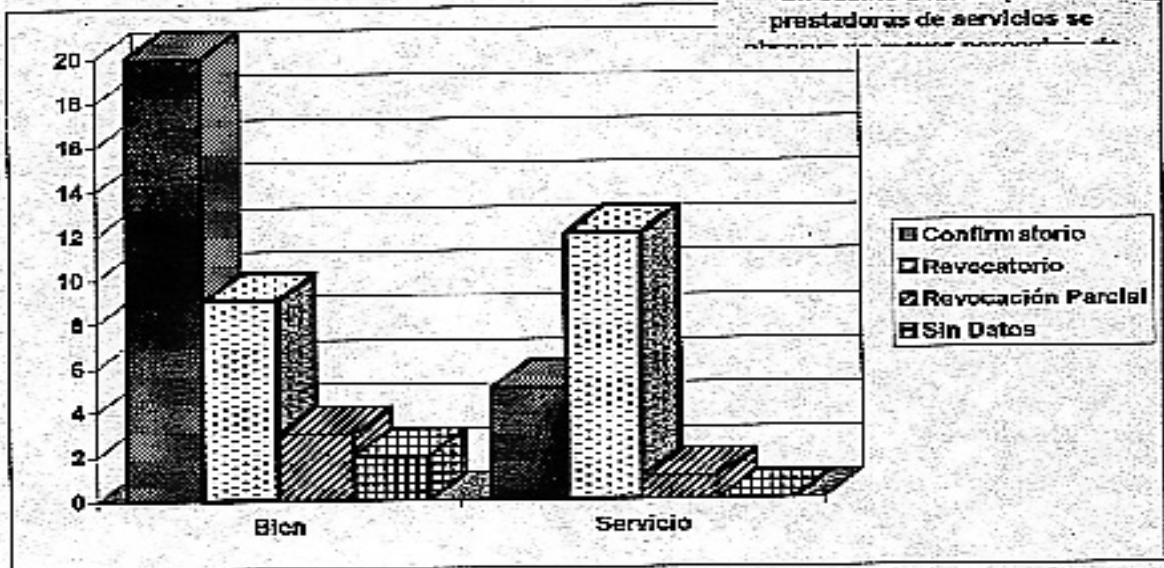
Resultados	Oficio	Denuncia
Confirmatorio	8	20
Revocatorio	5	15
Revocación Parcial	0	4
Sin Datos	1	1
Totales	12	40

Resultados de los 52 fallos judiciales en relación con el origen de las actuaciones.
Se observa que ha confirmado en mayor proporción cuando se trata de denuncias, que en relación con las actuaciones de oficio.

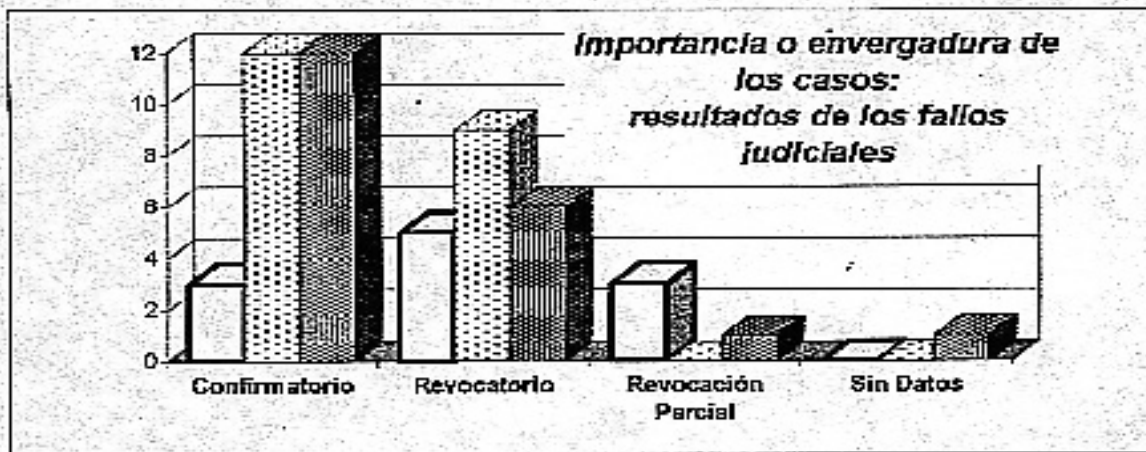


Resultados	PROPORCIONES			
	Bien	Servicio	Bien	Servicio
Confirmatorio	20	5	58,8	27,78
Revocatorio	9	12	28,5	66,67
Revocación Parcial	3	1	8,8	5,56
Sin Datos	2	0	5,9	0,00
Totales	34	18	100	100

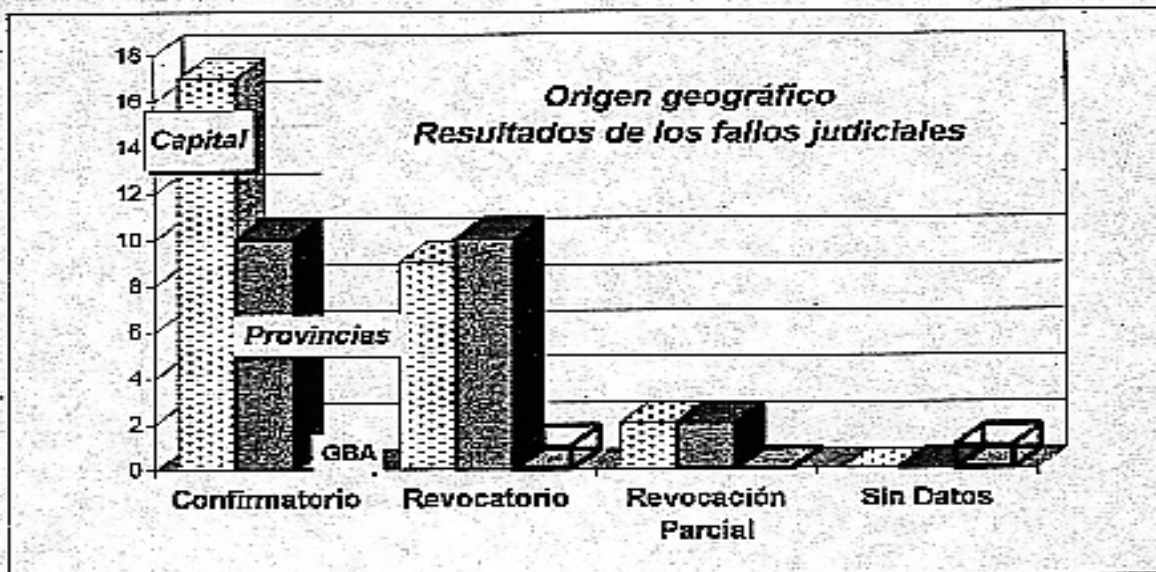
Se aprecia que el mayor grado de confirmación de lo resuelto por la CNDC pertenece a las conductas relacionadas con las empresas que participan en el mercado de bienes. En cuanto a las empresas prestadoras de servicios se...



Resultados	Envergadura		
	Alta	Media	Baja
Confirmatorio	3	12	12
Revocatorio	6	9	6
Revocación Parcial	3	0	1
Sin Datos	0	0	1
Totales	11	21	20



Resultados	CapFed	Provincia	GBA
Confirmatorio	17	10	0
Revocatorio	9	10	1
Revocación Parcial	2	2	0
Sin Datos	0	0	1
Totales	28	22	2



NOTAS

1. Conf. dictamen Nro. 275 de fecha 10 de octubre de 1997, caratulado Dr. Victor Roberto Godoy c/ Círculo Médico de Misiones, en el expediente 602.460.
2. Conf. dictamen Nro. 142 de fecha 10 de enero de 1992, caratulado José Antonio c/ La Gruta SRL, en el expediente Nro. 105.270.
3. Conf. dictamen 145 del año 1992, caratulado "Abott, laboratorios y otros, investigación de oficio en el expediente Nro. 106.179.
4. Conf. dictamen Nro. 149 de fecha 4 de mayo de 1992, en el expediente Nro. 100.260 caratulado Soda Carlitos SRL c/ Del Plata Soda S.A, donde se aceptaron las explicaciones de la denunciada.
5. CSN, 23/11/93 ; causa A Gas y otros c Afín Arg. SA.
- 6.
7. En The Law and Economics of competition Policy - Ed. The Fraser Institute - Vancouver, British Columbia, Canadá, 1990.
8. Conf. Fallos 247-646 "Fernández Arias, Elena c/ Poggio, José, fallado en el año 1960.
9. Conf. Dictamen Nro. 275 en el expediente 602.460 de fecha 10 de octubre de 1997, caratulado Dr. Victor Roberto Godoy c/ Círculo Médico de Misiones.
10. Fallos 314:435. V. también causa Parafina del Plata Fallos 271: 297, cit. por Edmundo S. Hendlr en LL 28abr82.
11. V. Cabanellas, Guillermo (h), Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Ed. Heliasta S.R.L. pág.12
12. Conf. dictamen 214 de fecha 14 de noviembre de 1995, en el expediente Nro. 614.441 caratulado Blastein S.A. c/ VISA.
13. Conf. dictamen Nro. 29, de fecha 7 de abril de 1983, en el expediente caratulado Dirección General de Comercio de Santa Fe, que además tenía baja envergadura (Se trataba de un tema de panaderos).
14. Conf. dictamen Nro. 265 de fecha 14 de agosto de 1997, en el expediente caratulado Profesión Auge AFJP S.A. contra Consolidar, Siembra, Máxima AFJP.