

LEY 22.262

DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. Introducción

1. La elaboración de este proyecto ha perseguido tres objetivos fundamentales: definir con mayor precisión las conductas reprimidas, por su virtualidad para limitar, restringir o distorsionar la competencia, instrumentar un procedimiento administrativo, orientado a la investigación y prevención de esas conductas y elaborar el marco jurídico adecuado para asegurar, de modo cabal, el correcto funcionamiento de los mercados.

2. El proyecto es además instrumento indispensable para desarrollar una efectiva política de precios. Esta legislación demuestra que el Estado no se desentiende de lo que puede ocurrir en los mercados, en la inteligencia que allí se determinan los precios; por esto un adecuado régimen de concurrencia a aquéllos es condición indispensable para instaurar la libertad de éstos.

Se produce así una redefinición del papel del Estado y de la iniciativa privada, en cuya virtud mientras se reconoce que ésta es la verdadera fuerza impulsora de la economía, se subraya la misión ineludible del Estado de asegurar el correcto funcionamiento del mercado. Con ésto queda garantizada la defensa de la libre actividad de los particulares.

3. El programa global debe así regularizar la situación de los mercados nacionales, incluyendo, por ejemplo, una política arancelaria flexible y el estímulo general de la producción, que amplíe la concurrencia de ofertas. Y dentro de ese contexto debe ubicarse, con carácter complementario pero ineludible, un ordenamiento que ponga a disposición del Estado normas penales que le habiliten para adoptar la correspondiente actitud coactiva frente a quienes limiten el funcionamiento del mercado.

4. Desde 1919 existen en nuestro país normas dirigidas a defender la competencia en los mercados, más pese a la notoria distorsión que los afecta, ha sido escaso el número de procesos substanciados.

Si se agrega, además, que esos juicios se han caracterizado por lo prolongado de su trámite, como circunstancia adicional que con frecuencia irroga ingentes perjuicios de orden material y moral, se advertirá el origen de la decisión que movió a revisar la legislación vigente.

5. Las legislaciones regulatorias de la competencia más modernas han tendido a crear organismos que procuran reencauzar las actividades comerciales o industriales lesivas del régimen concurrencial. La experiencia en esos casos demostró que por el camino de la persuasión y de la dirección es factible imponer los objetivos de la libre competencia, sin necesidad de llegar a los estrados judiciales

Los organismos especializados presentan otra ventaja de importancia. Sirven para solucionar la gran cantidad de situaciones dudosas, que sin duda se suscitan por las propias características que posee la materia abordada. De esa forma, consultando la agilidad que es nota del movimiento del mercado y evitando el dilatado y hondo conflicto que supone un trámite judicial, la autoridad administrativa está en condiciones de proteger el movimiento del mercado, mediante procedimientos preventivos, órdenes de cese y abstención o eventuales compromisos con las partes interesadas,

II. Esquema general

El esquema del proyecto sigue las pautas recién puntualizadas. En cuatro capítulos se distinguen con nitidez los dos aspectos que se han querido regular. El primer capítulo define el ámbito de aplicación para exponer el objetivo básico y el último contiene las disposiciones complementarias y transitorias que dan operatividad al proyecto. Los dos restantes nuclean, respectivamente, las instancias, administrativa y judicial, que admite el procedimiento aquí instaurado.

El capítulo II está, en efecto, destinado a la instancia administrativa y contiene dos secciones; a través de la primera se crea la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y por la segunda se regula el procedimiento ante ese organismo especializado de aplicación. El capítulo III regula por su parte lo atinente a la instancia judicial y en secciones distintas contempla ya el procedimiento aplicable y el modo de ejercer las acciones originadas en los delitos, ya las penalidades que son aplicables a éstos.

III. Análisis del articulado

1. El artículo 1º define el ámbito de aplicación de la ley, con un precepto general que se ha considerado indispensable por la variedad prácticamente infinita de conductas lesivas para la competencia. Es una descripción relativamente amplia y abstracta, que contiene todos los elementos propios de las acciones que se consideran disvaliosas para lo que se quiere proteger.

Se incluye allí la figura del abuso de posición dominante, prevista en otras legislaciones contemporáneas, que tiene en cuenta que determinadas conductas anticompetitivas pueden ser consecuencia de decisiones unilaterales fundadas en la posición adquirida en un mercado determinado. Es la situación que se da, por ejemplo, en los llamados monopolios naturales, los que sin ser por sí mismos punibles pueden dar lugar a abusos sancionables.

El artículo requiere que las conductas consideradas sean de naturaleza económica y que puedan resultar perjudiciales para el interés económico general. Con la potencialidad de un perjuicio se hace referencia a un peligro concreto razonablemente determinable en cada caso particular y no a la mera posibilidad lógica y abstracta de lesión; y con la afectación del interés económico general se deja en claro que es él el que sufre al trabarse el funcionamiento de un mercado, de suerte que quedan a salvo las conductas que puedan parecer anticompetitivas pero que en verdad resultan beneficiosas para la comunidad.

La disposición aludida reviste especial importancia, por su marcada influencia en el contexto general de la ley, al extremo de que va a complementar, como recaudo previo y necesario, las figuras delictivas descritas en el artículo 41, del mismo modo que será motivo suficiente, en su caso, para autorizar la desestimación que prevé el artículo 19.

2. El artículo 2º tiene por propósito definir el concepto de posición dominante, a fin de evitar posibles dudas emergentes de la introducción de un concepto relativamente novedoso en nuestra legislación.

3. Se establece en el artículo 3º del proyecto que los actos incluidos en el artículo 41 del mismo constituyen hipótesis emprendidas en el artículo 1º, en tanto se den las condiciones generales que prevé este último.

4. El artículo 4º regula el ejercicio de la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios.

5. El artículo 5° excluye expresamente del ámbito de la ley a las conductas convalidadas por el Estado, sea a través de reglas generales, sea por disposiciones administrativas dictadas en su consecuencia. La exclusión subraya la plena compatibilidad de esta norma con diversos mecanismos legislativos y con decisiones de la autoridad administrativa, como es el caso de la Ley de Patentes y del uso de las facultades conferidas por normas de promoción industrial y de regulación de servicios públicos.

6. Los artículos 6° a 10 crean la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, regulando su integración y la remoción y excusación de sus miembros.

El artículo 11 delimita la competencia de ese organismo, teniendo en cuenta las facultades de regulación del comercio que otorgan las normas constitucionales aplicables y los efectos que sobre la economía nacional tienen las conductas sujetas a la presente ley.

Los artículos 12, 13 y 14 prevén las facultades apropiadas para el funcionamiento del organismo, que está básicamente destinado a la investigación de hechos hipotéticamente lesivos de la competencia, y a un estudio de los mercados, tarea la última juzgada útil para prevenir episodios como los reprimidos.

7. En los artículos 17 a 23 se prevén las normas de procedimiento ante el organismo administrativo competente, incluyendo los mecanismos para iniciar las investigaciones (art. 17), su forma (art. 18), la desestimación por improcedencia (art. 19) y el traslado al presunto responsable para las explicaciones del caso (art. 20).

Especial mención merece el artículo 19, que teniendo en miras la norma general del artículo 1° autoriza a disponer el archivo de toda denuncia que no encuadre en sus previsiones. Como ya se dijo, esto aclara en mucho la importancia del artículo 1° y subraya la misión interpretativa encargada al organismo especializado de su aplicación. Debe igualmente destacarse que la desestimación que autoriza esta norma admite recurso judicial por el efecto definitivo que tiene para cerrar el caso.

8. El artículo 24 otorga al presunto responsable la posibilidad de proponer un compromiso destinado a suspender la instrucción del sumario. Es un mecanismo, con antecedentes en el Derecho Comparado, que subraya la tarea directriz y constructiva del organismo y que permite evitar conductas anticompetitivas mediante la acción conjunta de presuntos responsables y autoridades, cuya utilidad se advierte con sólo destacar las particularidades de las conductas que se quiere desterrar y el muy distinto grado de importancia que ellas pueden revestir.

Por la disposición siguiente (artículo 25) se completa y asegura el efecto del compromiso.

9. El artículo 26 enuncia las medidas que puede tomar el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales, una vez concluida la investigación sumarial. Se lo faculta tanto a adoptar recaudos que eviten la instalación y desarrollo de una actividad anticompetitiva, cuanto a imponer multas y solicitar la disolución y liquidación de la sociedad infractora. La imposición de sanciones procederá tanto cuando se prosiga con la instancia judicial como cuando existan conductas incluidas bajo el artículo 1º del proyecto pero que no están comprendidas en las figuras delictivas previstas en el artículo 41 del mismo.

El artículo 27 regula el recurso judicial otorgado al presunto responsable y prevé un trámite ágil que concilie la garantía de defensa con la efectiva aplicación de la ley. Teniendo en cuenta la medular importancia que, tanto para el particular como para el mercado, pueden tener las medidas previstas en los incisos a) y b) del referido artículo 26, se ha considerado vital, en el primer caso, dar al recurso un efecto meramente devolutivo, fijándose en el segundo un plazo razonable a observar por el tribunal.

La observancia del plazo referido es significativa para no tornar ilusoria la orden de cese a que alude el mencionado inciso b). Más allá del principio conforme al cual la celeridad es ingrediente que hace a la eficacia misma de la administración de justicia, aquí atañe a razones de mayor trascendencia que interesan al sentido de la medida impuesta. El proyecto atiende a normas de prudencia y prefiere admitir el efecto suspensivo en la mayoría de los recursos, mas tampoco quiere que la lentitud de los despachos lleve la suspensión al extremo.

Consecuente con los demás, el artículo 28 faculta a imponer sanciones en caso de inobservancia de las medidas a que alude el artículo 26.

10. El artículo 29 prevé una forma conclusiva de la investigación consistente en el pase del sumario a conocimiento de la autoridad judicial, que se impone cuando los hechos se reputen captables por figuras delictivas enunciadas en el artículo 41.

La otra forma conclusiva se prevé en el artículo siguiente y es, lógicamente, aquella que resulte de conceptuar ajeno el caso en análisis a las prescripciones del artículo 1º. En tal supuesto se impone el archivo de las actuaciones, aunque, para guardar coherencia con lo que disponen los artículos 32 y 33, se permite la apelación del denunciante.

11. Los artículos 32 y 33 tienen importancia significativa para la estructuración de la instancia judicial. El primero exige la tramitación del sumario en sede administrativa, como recaudo insoslayable para promover la actuación judicial; el segundo confiere al Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales la facultad privativa de iniciar la acción penal.

Ambas disposiciones resultan de una de las líneas que gobernara la elaboración del proyecto y que consiste en instaurar un organismo administrativo especializado que efectivamente coadyuve al mejoramiento de la competencia en los mercados, Esa inteligencia determina ambas disposiciones, pues no es factible suscribir compromisos o investigar mercados sin la obligatoriedad de esa instancia previa y tampoco sin la exclusividad en el ejercicio de la acción penal.

De todas maneras, por la vía del recurso de que se dota al denunciante queda garantizado el interés del particular, fuera de que no puede olvidarse que el primer afectado por cualquier acción lesiva para la competencia es el interés económico general. Esto último es el fundamento para sostener el principio del artículo 33.

12. El artículo 35 establece el plazo de prescripción que está acorde a las disposiciones generales del Código Penal y al monto máximo de la pena de prisión admitida en el artículo 42. La interrupción por el procedimiento administrativo previo es consecuencia necesaria de la investigación sumarial allí prevista, sin perjuicio de la restricción que prevé la parte final del artículo.

13. El procedimiento en sede judicial se rige por las disposiciones del código respectivo, con las particularidades de los artículos 36, 37 y 38, que significan prescindir del sumario judicial, ampliar las posibilidades de actuar como querellante conjunto y regular la admisibilidad de medidas cautelares.

Al iniciarse el trámite con el plenario, el juicio comienza en su etapa contenciosa, registrando desde el principio plena contradicción por la activa participación de las partes. Una ostensible razón de economía procesal aconseja evitar dos investigaciones sucesivas sobre un mismo objeto, por lo que se opta por encomendarla al organismo administrativo de aplicación con fundamento en su propia especialización y en las peculiaridades de los delitos de que se trata. Además de perseguir fines más amplios, la instancia administrativa garantiza la intervención de los interesados en los casos que investigue, otorgando un carácter netamente contradictorio al sumario.

El sumario judicial, en cambio, tiene contenido eminentemente investigativo-cautelar. Tal finalidad cautelar se ha considerado

innecesaria en este proyecto y la función investigativa se satisface con acumular la prueba que servirá al juicio posterior. Por eso puede simplificarse con provecho el trámite, encargando la pesquisa al organismo que monopoliza la apertura de la instancia judicial, porque de la prueba que allí se obtenga resultará la pertinencia de esa instancia judicial, que será tal cuando se logren elementos bastantes para sustentar una acusación en dicha sede.

Sin dilatadas pesquisas ni severas prisiones, la mecánica del procedimiento deja intactas las facultades del órgano judicial. Tendrá oportunidad de sobreseer cuando los acusadores no esgriman pretensión punitiva, y ésta no se introducirá cuando la investigación administrativa no satisfaga las exigencias probatorias del ordenamiento procesal. Hay que recordar la existencia de una disposición expresa que atribuye la carga de la prueba, circunstancia que demuestra la necesidad de la eficacia que cabe exigir de las que presente la autoridad denunciante.

La legitimación activa de quienes pueden ser querellantes ha sufrido una precisión conceptual. Para evitar pleitos acerca de quien revista la calidad de damnificado en razón de las distorsiones que se provocan en los mercados, se confiere la facultad de perseguir en juicio tanto a la autoridad administrativa de aplicación -como custodia del orden en ellos- cuanto al particular damnificado, entendiéndose por tal a aquel que en el caso resulte perjudicado por la conducta bajo juicio.

El sistema establece en definitiva una instrucción administrativa conveniente, obteniéndose gran celeridad en la investigación con las más acabadas garantías del debido proceso adjetivo. Por lo demás, desde el punto de vista de las garantías de la defensa, las medidas probatorias cumplidas en sede instructoria podrán nuevamente ser impugnadas, reiteradas o ratificadas durante la etapa probatoria del plenario judicial.

14. El artículo 40 establece que los efectos de las medidas tomadas en sede administrativa son independientes de las que por su parte se adopten en la etapa judicial prevista en el capítulo III. Las primeras son susceptibles de recurso ante la autoridad judicial, por lo que una vez firmes tales medidas no pueden ser modificadas en la instancia judicial posterior. Esta última, en tal caso, solo tiende a la determinación de la existencia de los delitos enunciados en el artículo 41 y a la imposición de las penas correspondientes.

15. El artículo 41 se relaciona estrechamente con los artículos 1º y 42 del proyecto; con aquél, por enumerar a título enunciativo, conforme se establece en el artículo 3º, diversos tipos de conductas lesivas de la competencia; con éste, por constituir los actos descriptos en el artículo

41 conductas sujetas a las penas previstas en la sección II del capítulo III del proyecto.

Se deja sentado expresamente que cada una de las hipótesis comprendidas en el artículo 41 debe considerarse a la luz de la disposición general del artículo 1º, con lo cual se limitan los actos punibles penalmente bajo el proyecto. Seguidamente se analizarán algunos de los incisos del artículo 41.

El inciso d) comprende una hipótesis frecuentemente encuadrable como abuso de posición dominante. El caso más usual está dado por las empresas que utilizan su poder de mercado respecto de un artículo determinado, para obligar a los interesados en adquirirlo a comprar otros bienes de ellas.

El inciso e) incluye conductas tendientes a la repartición de zonas, mercado o clientelas. Se trata de impedir el debilitamiento de las fuerzas competitivas en cada uno de los submercados creados en esa repartición.

El inciso f) prevé las maniobras por las que se obstaculiza el acceso a un mercado de otros competidores. Quedan comprendidas, entre otras hipótesis, las ventas de bienes o prestaciones de servicios a precios inferiores a su costo y las operaciones de dumping, cuando reúnan los requisitos que surjan del inciso en cuestión y del artículo 1º del proyecto.

El inciso h) alude a la imposición de condiciones discriminatorias entre clientes, cuando no hubiere razón legítima para ello. Es teoría generalmente aceptada que tal conducta supone una distorsión indeseable en la estructura de los mercados.

Por último, el inciso k) describe aquellos casos en que la concertación de conductas anticompetitivas se realice mediante la comunicación, directamente entre concurrentes o por medio de un tercero, del curso de acción a ser seguido por empresas competidoras.

16. El artículo 42 define las penas aplicables a los actos comprendidos en el artículo 41.

17. Los artículos 43 a 47 incluyen las disposiciones transitorias y complementarias necesarias para la efectiva aplicación de las normas proyectadas.