

**LA PERSONA HUMANA FRENTE AL DERECHO DEL CONSUMO Y
DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

ANA I. PIAGGI^{*}

^{*} Profesora Titular de Derecho Comercial de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Juez de la Cámara Nacional en lo Comercial.

I. Intereses coexistentes y justicia. II. La cuestión social del consumo. III. Contrato de consumo, libre concurrencia y economía. IV. La economía de mercado. V. Las políticas de defensa de la competencia. VI. Las técnicas de concentración empresarial. VII. Mercados integrados.

I. Intereses coexistencia y justicia

Es usual que los gobiernos procuren balancear el interés de los consumidores con el crecimiento económico, y si bien es cierto que una mayor protección del consumidor implica ciertas restricciones a la libertad de los productores, también lo es que - a menudo - los políticos para alentar la actividad comercial actúan a expensas del interés de los consumidores (interdependencias recíprocas).

En una época en la que la calidad de vida de los ciudadanos y el comercio internacional se encuentran sometidos a pactos multilaterales, las relaciones entre el derecho del consumo y la defensa de la libre concurrencia debe reexaminarse - en tanto vínculo orgánico con un nuevo modelo económico - que implica creciente homogeneización, nuevas actividades que incorporan valor agregado y características diferentes en los mercados que se proyectan en el ámbito macro y micro económico¹.

El derecho del consumo intenta equilibrar las contraprestaciones de una relación comercial en la cual la parte más débil carece de conocimientos técnicos y de hecho sufre un sometimiento fáctico a publicidades engañosas o subliminales; debe superar obstáculos para acceder a la justicia y queda - a menudo - indefensa ante productos o servicios defectuosos.

Hasta la década de los 80' la primacía de la autonomía de la voluntad y la igualdad teórica de derechos y obligaciones entre productores y consumidores dejó a éstos en situación de desventaja, poniendo en peligro el sistema mismo de economía de mercado. Aquellas estructuras legales demostraron ser inadecuadas al fenómeno del consumo masivo y ello adquiere peculiar importancia en las etapas precontractuales².

En la Unión Europea, la entonces CEE comenzó a ejercer efectivamente la protección al consumo en 1975, a pesar que esa política comenzó a desarrollarse en Europa Occidental en la década de los 60'. Es en la "Carta Europea del Consumidor" (resolución N° 543 del 17-5-1973) emitida por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa donde se estableció concretamente ese

¹ Ver in extenso, Fernández Vila, María Fernanda "El Derecho Comercial ante el desafío de una sociedad globalizada", en la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, fascículo N° 12, año 2001, pág. 5 y ss. y sus citas.

² Trigo Represas, Félix "Protección de usuarios y consumidores". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (1997).

derecho.

El derecho anglosajón se ocupó de esta temática desde mediados del siglo XIX al registrar los primeros casos de responsabilidad por productos defectuosos. En Inglaterra acaece a partir de 1851 en el caso “*Longmeid v. Hollyday*” y un año mas tarde en EEUU en “*Thomas v. Winchester*”³. Posteriormente, algunos países del *Civil Law* instalaron un seguro obligatorio para el fabricante⁴ en protección al consumidor; vgr. Italia (1971), México (1975), Venezuela (1976), Colombia (1979), España (1984)⁵, Brasil (1988), Francia (1992) y Argentina en 1993 – entre otros - legislaron sobre la materia.

II. La cuestión social del consumo

Cuando referimos a los consumidores seguimos el criterio amplio que alude a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza como destinatario final bienes o servicios; todos somos consumidores como dijo el presidente Kennedy en su conocido mensaje al Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica en marzo de 1962. Todos los ciudadanos tienen derecho a alcanzar una adecuada calidad de vida y acceder al mercado de bienes y servicios en las mejores condiciones posibles. Pero la protección del consumidor en el ámbito doméstico es inócua cuando éste realiza transacciones transfronterizas, dado que la eficacia de cada ordenamiento nacional se agota en sus límites nacionales; creando situaciones en las que el Derecho Internacional Privado resulta insuficiente. Recién en 1978 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia “*Cassis de Dijon*” ordenó que un producto legalmente fabricado y comercializado en un Estado miembro de la Comunidad debía ser admitido en el mercado de otro Estado miembro, a pesar de la existencia de normas nacionales que indicaran lo contrario.

La supresión de fronteras requiere de una estructura jurídica particular, porque cuanto más diversas son las normas domésticas en un mercado integrado, más costoso resultará al vendedor comercializar sus productos en el espacio común. Existe una relación directa y estrecha entre la protección de los consumidores y su acceso a la justicia, tanto en un ámbito nacional como dentro de los espacios integrados y su mejora es fundamental en cualquier política de consumo. Asimismo es absolutamente estéril crear medios sofisticados de protección de los consumidores, si éstos no disponen de medios idóneos para obtener el reconocimiento de sus derechos.

³ Cueto Rua, Julio “El *common law*. Su estructura normativa”. En la Ley Buenos Aires, 1957, pág. 202 y ss. y 233 y ss., apéndice A.

⁴ Trigo Represas, Op. Cit. pág. 7

⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída, Tavano de Aredes, María. “La protección del consumidor en el Derecho Comparado” en el N° 1 de la Revista “Derecho del Consumidor”, Rosario, Ed. Juris 1991, pág. 19.

III. Contrato de consumo, libre concurrencia y economía

La matriz de la idea apunta al bien jurídico protegido, que es la lealtad en las relaciones económicas en todas las etapas del proceso de comercialización para asegurar al consumidor:

- (i) el ejercicio del derecho a una información veraz y adecuada sobre los bienes y servicios que más eficazmente puedan satisfacer sus necesidades,
- (ii) la facultad de elegir entre diferentes productos,
- (iii) el derecho a exigir que los bienes y servicios contratados y/o adquiridos respondan a las características ofrecidas o convenidas.

La doctrina ha destacado que lo anterior apunta a cinco protecciones básicas:

- (i) a la salud;
- (ii) a la seguridad;
- (iii) a la protección de sus intereses económicos;
- (iv) a poder exigir ser resarcido;
- (v) a ser oído.

Es bien claro que la Argentina afrontó problemas injustificables en esta materia cuando la ley de defensa del consumidor (24.240) fue vetada por el P.E.N. en aspectos sustanciales mediante decreto del PE 2089/93, más tarde la ley 24.499 devolvió vigencia al texto original. Ese veto - inconsistente e inoportuno - suprimía el deber legal de garantía por los defectos o vicios de cualquier índole que afectaran la identidad entre lo ofrecido y lo entregado o su correcto funcionamiento (art. 11). También finiquitaba con el sistema de responsabilidad objetiva (arts. 13 y 40) derivado del vicio o defecto de la cosa o del servicio y la responsabilidad solidaria de los prestadores del servicio, de los productores, fabricantes, los importadores, distribuidores, proveedores, vendedores, y de quien hubiera puesto su marca en la cosa o servicio. Estos aspectos son los que colocan a nuestra ley a la altura de los modernos ordenamientos y su omisión pone en evidencia la tensión a la que hago referencia en el punto I.

La plena vigencia de la economía de mercado está íntimamente ligada a la defensa del consumo, al apoyo a la innovación, a la reducción de costos de producción y al reforzamiento de la competitividad; en la misma libertad, que es el dato arcóntico de la economía de mercado, estriba su principal peligro cuando no existen normas eficaces, eficientes y funcionales, protectoras de la libre competencia, la que - hace ya décadas - dejó de ser un derecho para convertirse en un deber.

IV. La economía de mercado

Coexisten en materia de defensa del derecho de la libre concurrencia básicamente dos posiciones: a) la que entiende que la competencia es un

A. I. PIAGGI

instrumento para obtener un fin (vgr. el bien común; el bienestar económico general), postura a la que adhiere la Argentina - donde no existen actos violatorios *per se*- y, b) aquella que considera que la competencia es una condición que debe ser respetada por sí misma.

La promoción y mantenimiento de mercados con un elevado nivel de competencia, es crucial para proporcionar un buen servicio a los consumidores y aumentar la competitividad internacional de una economía. Es razonable pensar que el atraso de nuestra economía está asociado a un mercado poco competitivo; nuestro bagaje histórico no es precisamente favorable a la competencia. El rol de la legislación y de la CNDC es, pues, fundamental como acicate y mecanismo de compromiso para obtener limitar abusos en este sentido. De hecho, un grado de rivalidad vigorosa en el mercado local proporciona una ventaja en la arena internacional.

Al mismo tiempo, las instituciones de defensa de la competencia y los entes controladores deben ganar en eficacia haciendo más eficiente la utilización de sus recursos y actuando en forma independiente respecto del gobierno de turno y las grandes corporaciones económicas.

Sin un mercado competitivo Argentina no logrará el progreso tecnológico, la competitividad internacional, ni el bienestar de sus ciudadanos, a los que aspira.

Si bien durante la pasada década prácticamente todas las empresas y monopolios del Estado fueron privatizados, se postergaron los plazos de exclusividad originalmente pactados sin razones plausibles ni justificables. De su lado, las privatizaciones resultaron un paso necesario pero no suficiente para formar una cultura de la competencia. Obsérvese a simple título de ejemplo que las aseguradoras de transporte público fueron exceptuadas del pago de siniestros o de la posibilidad de ser demandadas por cumplimiento del contrato de seguro por seis meses en base a un decreto de necesidad y urgencia del P.E.N. (260/97) declarado inconstitucional por la abrumadora mayoría de los Tribunales del país. Aquél también prohibió ejecutar los bienes de las empresas beneficiadas aunque existieran sentencias firmes de jueces competentes; a sabiendas se crearon ventajas anticompetitivas y se transgredieron expresas normas constitucionales. Lo inaudito fue que a pesar de que prácticamente todos los tribunales del país declararon la inconstitucionalidad del decreto (dictado por la administración Menem) el ex-presidente De la Rúa tan pronto asumió su cargo (1999) lo prorrogó, obligando así a un irresponsable dispendio de actividad jurisdiccional.

En nuestro país la desaparición del Estado omnipresente en la década de los 90', la apertura hacia el exterior después de décadas de políticas cepalistas, la difícil adaptación al proceso de globalización, la privatización de los servicios públicos, la entrada al mercado de nuevos competidores extranjeros, la desregulación de la actividad económica, las frustradas búsquedas iniciadas para procurar disminuir el "*costo argentino*" y las concentraciones económicas con el

consecuente incremento del tamaño de las empresas, hacían imperativo cambiar la conducta competitiva.

La reforma constitucional de 1994 contribuyó a asentar el derecho de la competencia sobre bases más firmes otorgándole rango de garantía constitucional en un doble sentido: 1) como derecho subjetivo o libertad; y, 2) como estructura o marco general de la economía⁶. También dió jerarquía constitucional a la protección de los consumidores, en tanto el poder de mercado puede ejercerse sobre los proveedores o sobre los consumidores.

Asistimos entonces a la convivencia y operatividad conjunta de una pluralidad de ordenamientos: el art. 42 de la Constitución Nacional consagra la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, pretende mejorar la competitividad empresarial y el bienestar de los ciudadanos; la ley 25.156 de 1999 protege la competencia; la normativa sobre lealtad comercial (22.802) regula la identificación de las mercaderías, su publicidad y su promoción y, como el poder de mercado se ejerce bidireccionalmente, el derecho de los consumidores se defiende a través de la ley 22.240 de 1993.

La Constitución Argentina garantiza la libre empresa (art. 14) en el marco de una economía de mercado, y el derecho a la libre competencia es el núcleo inescindible de esa libertad de empresa, que se desdobra en dos ramas fundamentales: el derecho contra limitaciones a la concurrencia y el derecho contra la competencia desleal. El primero persigue garantizar su existencia y libertad, es decir, apunta a la defensa cuantitativa y el segundo procura preservar la calidad de la competencia (competencia cualitativa). Ambos tienen estrecha relación funcional.

V. Las políticas de defensa de la competencia

Según los elementos utilizados se clasifican en dos grandes grupos:

a) De comportamiento: se focalizan en la detección de actos, conductas o comportamientos que impliquen abusos de posición dominante en los mercados o acuerdos para restringir la competencia. Constituyen políticas represivas.

b) Estructurales: son las que se dirigen a las estructuras que buscan una modificación en la configuración de los mercados de bienes o servicios, a través de medidas que apuntan a disminuir el número de agentes económicos que actúan en un mercado (adquisiciones, fusiones, escisiones y desmembramientos societarios). Estas constituyen políticas preventivas.

Ahora bien, la LDC a semejanza de su antecesora, no exige que el interés económico general resulte efectivamente perjudicado por el acto presuntamente

⁶ Igualdad de oportunidades con base en la eficiencia.

A. I. PIAGGI

competitivo; mantiene el criterio de la legislación derogada sin incluir ninguna figura prohibida *per se* si no se evalúa su impacto económico. Ergo, las conductas descriptas en el art. 2, constituyen prácticas restrictivas de la competencia en tanto y en cuanto configuren la hipótesis del artículo primero.

La novedad que presenta la ley 25.156 fue la incorporación de políticas estructurales referidas a fenómenos de concentración; se inspira en la evolución de los modelos de la Unión Europea y la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica. Para fundar la obligación de notificar a la autoridad de aplicación (control y responsabilidad) tuvo en cuenta:

- a) la participación en el mercado de las empresas afectadas,
- b) su facturación a nivel internacional, y
- c) la facturación a nivel local.

La primera modificación producida por el veto del P.E.N. excluyó uno de los umbrales para obligar a la notificación de la concentración (art. 8). En su versión parlamentaria la LDC aludía a la participación en una cuota de mercado “igual o superior al 25% o más del mercado relevante”; criterio utilizado con éxito en el derecho comparado.

También en este caso, la tensión entre la necesidad de proteger el interés económico general y la de fomentar inversiones se reveló con el decreto del P.E.N. (396/01) que suprimió otro umbral para exigir el control: el cómputo de la cuantía del nivel de negocios a escala mundial del conjunto de empresas afectadas, que había sido fijado en el texto original en dos mil quinientos millones de pesos, limitándolo a la suma del volumen de negocios total del conjunto de empresas afectadas en el país, cuando supere la suma de doscientos millones de pesos.

La tercera modificación introducida por el mismo decreto fijó un piso para exigir el control *previo* de concentraciones al agregar como inc. e) del art. 10 otra excepción a la obligación de notificar cuando el monto de la operación y el valor de los activos situados en la República Argentina que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen, cada uno de ellos, respectivamente, los veinte millones de pesos, salvo que en el plazo de doce meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el de sesenta millones de pesos en los últimos treinta y seis meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado.

VI. Las técnicas de concentración empresarial

Pueden ser horizontales: dos empresas competidoras, que pertenecen al mismo nivel de la cadena de producción y comercialización; verticales: la integración se produce entre dos o más empresas que no compiten entre sí (vgr. compradores y productores del mismo producto), de conglomerado: que implican fusiones de empresas que operan en mercados no relacionados entre sí.

Este tipo de operaciones pueden introducir estructuras que viabilicen comportamientos anticompetitivos; pero pueden generar un aumento de eficiencia en el uso de los recursos administrativos sin una mayor concentración en un mercado particular.

La *rule of reason* por la cual sólo deben castigarse las restricciones “indebidas” al comercio es indudablemente útil para discriminar entre restricciones que tienen esa calidad dañosa y las que no la poseen. La determinación de una restricción requiere la identificación del mercado tanto geográfico como de producto y la medida o porcentual en que la conducta restrictiva afecta la vinculación entre este porcentaje y la relación de mercado. Además, en la LDC vigente no se requiere de mala fe subjetiva en el autor del acto; esto tiene relevancia al perseguir una indemnización por daños, pero no para sostener la deslealtad del acto y su consiguiente cesación. Este es el criterio que rige - entre otros - en la UE, en el derecho anglosajón, en el Mercado Común del Sur y en Brasil. La regla de la razón refiere al interés general, que en Argentina es interpretado por la CNDC y acotado por las políticas de comportamiento y estructurales a que referí *supra*.

Es bien claro que la agrupación de empresas permite lograr sinérgias en numerosos ámbitos (vgr. investigación y desarrollo de nuevos productos) y puede tener simultáneamente aspectos beneficiosos o perjudiciales para la comunidad. En tales circunstancias la evaluación previa de estas operaciones procura evitar las onerosas consecuencias que posteriormente puedan perjudicar al “interés económico general”.

Véase que para el análisis de las concentraciones económicas la legislación comparada utiliza dos sistemas: 1) el sistema norteamericano basado en el poder del mercado; y 2) el sistema europeo que apoya en el concepto de la posición de dominio en el mercado.

Es a través del poder de mercado que se analiza si la operación de concentración creará o aumentará la probabilidad de su ejercicio y si la empresa fusionada posee capacidad para ejercer tal poder unilateralmente (vgr. reforzando su capacidad de fijar precios por sobre los niveles competitivos o produciendo una mayor concentración de mercado, dando lugar a comportamientos anticompetitivos). Coincidimos con Rovira en que el art. 7 de la LDC no apoya en el concepto de posición dominante tomado en cuenta por el modelo europeo y por el proyecto originario de la ley vigente, sino que utiliza el concepto de poder de mercado (ver arts. 3, 4 y 5 LDC y, Horizontal Merger Guidelines de 1997).

Con el *test* de poder de mercado una fusión o concentración empresarial puede ser prohibida sólo si se prevé que derive en un aumento de precios, disminución de la calidad del producto o servicio, o reducción de la necesidad de inversión en investigación y desarrollo con perjuicio para el interés económico de la comunidad (ver Res. 40/01 CDC).

Analizados así los intereses de preponderante jerarquía cuadra observar que hasta la sanción de la anterior LDC en la Argentina se venía utilizando el concepto de posición de dominio, concepto que subyace en los capítulos I y II de la LDC y estaba incluido en la legislación derogada. Pero como se ha sostenido, la nueva ley pasa del principio de posición de dominio al principio de poder de mercado.

Los criterios de la resolución 726/99 se mantienen en la 40/01 que fija los elementos de juicio para analizar y definir los mercados relevantes y el tipo de concentración de que se trata: calcular los índices de concentración *pre* y *post* concentración, verificar si existen barreras de entrada a la importación, la rapidez, probabilidad y significado de la entrada de otros actores en el mercado para evaluar el poder de mercado resultante de la concentración, en conjunto con el aumento de eficiencias que pudieran resultar.

VII. Mercados integrados

Parece de toda obviedad que la integración económica en situaciones normales estimula la competitividad y ayuda a dimensionar el mercado. En el caso de MERCOSUR, el art. 1 del capítulo I del Tratado de Asunción establece que los Estados Partes deciden constituir un mercado común en libre circulación de bienes, servicios y factores productivos. Y expresa que es su objetivo asegurar condiciones adecuadas de competencia entre sus miembros y armonizar sus legislaciones para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

Apuntando a este objetivo se firmó el Protocolo de Fortaleza (DEC/GMC 18/96) que procuró - a nuestro criterio sin éxito - fijar condiciones de competencia adecuadas en el bloque y propiciar el aumento de competitividad de las empresas en él radicadas. Se escogió así el camino que se suponía propiciaría una mayor y mejor integración; tomando una norma común para los Estados miembros en lugar de limitarse a la adecuación de las legislaciones nacionales de cada país. A nuestro entender el 'Protocolo' nació técnicamente obsoleto, su regulación de las prácticas restrictivas de la competencia desde el punto de vista sistemático es absolutamente desordenado, en la estructuración de conductas adolece de excesivo casuismo, reiteraciones y aclaraciones ociosas, al prohibir los actos individuales o concertados parece que no considera necesario que se produzca el efecto de restricción de la competencia, resultando suficiente que tengan la finalidad de limitarla, restringirla, falsearla o distorsionarla cuando pueda afectar el comercio entre los Estados Partes. Adicionalmente su art. 4 subraya que puede existir infracción aunque no medie culpa de los infractores: ello implica prescindir del análisis económico de la actitud anticompetitiva, no prevé sanción de nulidad para las prácticas colusorias, tampoco la posibilidad de que la Comisión de Comercio cuando se demuestre que los acuerdos superan los efectos anticompetitivos ordenen restricciones, no garantiza la audiencia de las partes y de los terceros interesados; tampoco establece el control jurisdiccional de las resoluciones administrativas.

En otras palabras, el 'Protocolo' avanza a contramano de la tendencia internacional que exige la tutela jurisdiccional efectiva para los particulares cuando se presenta una relación contradictoria con las estructuras gubernamentales. En los procedimientos de integración económica el establecimiento de prácticas efectivas de concurrencias compatibilizadoras se presentan como condición indispensable de la propia integración, va de suyo que es necesaria una institución neutra y competente instalada por sobre los intereses nacionales de los países asociados a la manera de la UE; extremo no atendido hasta el momento.

No es ocioso recordar que la crítica más contundente al Protocolo de Fortaleza, radica en sus carencias, entre ellas:

- (i) falta de sanciones que lo tornan inoperante,
- (ii) ausencia de un procedimiento razonablemente ágil y eficaz,
- (iii) omisión de un organismo con garantías de imparcialidad y de probado conocimiento de la materia,
- (iv) sometimiento a la buena voluntad de los gobiernos en la aplicación de la norma y la investigación de denuncias, y
- (v) falta de solución adecuada para las denominadas "ayudas de Estado" (políticas de subsidio).

Este instrumento sólo fue ratificado por Paraguay y Brasil y si bien actualmente se procura su reglamentación, quizá sería mas conveniente olvidarlo pues a todas luces representa una iniciativa desafortunada. En este aspecto, el Mercado Común del Sur no resiste un *test* serio y razonable de certidumbre; carece de aptitud para realizar el valor seguridad jurídica y no observa los estándares y exigencias internacionales para conferir certeza. Como es bien sabido, estos déficits no crean un clima propicio a la inversión y si existe la voluntad de mantener esta unión aduanera imperfecta debería solucionarse la trascendente debilidad que ha demostrado el ordenamiento jurídico en su trayectoria que ya cumple 10 años.

A. I. PIAGGI