
LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN SECTORES REGULADOS

CRISTINA VÁZQUEZ

Profesora de Derecho Administrativo, Universidad de la República
Profesora de Derecho Administrativo, Universidad de Montevideo

SUMARIO

- I. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO INSTRUMENTO DE ACCIÓN DEL ESTADO EN EL MERCADO.
II. MARCO NORMATIVO URUGUAYO. III. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO ALTERNATIVA DE LA REGULACIÓN; IV. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN SECTORES REGULADOS.

I. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO INSTRUMENTO DE ACCIÓN DEL ESTADO EN EL MERCADO

A) Introducción

La mayor parte de los autores señala a las normas de defensa de la competencia, como una forma de acción fundamental del Estado sobre el mercado¹.

Baena del Alcázar² distinguía, en la década del sesenta, tres grados de intervención administrativa en la economía: a) la presión sobre ella para devolverla a la normalidad; b) la intervención en la forma de asunción parcial de los medios de producción y cambio; y c) la planificación.

Más contemporáneamente, Cases Pallares³ analiza tres técnicas de actuación de los poderes públicos en la economía: la regulación, la desregulación y la defensa de la competencia. El autor cita lo expresado en la Exposición de Motivos de la Ley española N° 110/963 de Represión de prácticas restrictivas de la competencia, en cuanto señala que las diferentes técnicas se orientan a una misma finalidad: "la de conseguir el resultado que se obtendría de un nivel razonable de competencia, ya que lo que importa desde un punto de vista económico no es tanto la libre actividad como el resultado final de la misma."

B) La regulación

Siguiendo a Ariño Ortiz⁴, puede definirse a la regulación como "la actividad normativa en la que el Gobierno condiciona, corrige, altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos."

Con un enfoque similar, Cases Pallares señala como una de las características de esta actividad, su objetivo de corregir las disfunciones del mercado. El autor agrega su naturaleza altamente especializada y técnica.

¹ Nazar Espeche, F., Defensa de la competencia, Buenos Aires, 2001; Cases Pallares, L., Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia, Madrid, 1995; López de Castro García-Morato, L. y Ariño Ortiz, G., Derecho de la competencia en sectores regulados, Granada, 2001

² Baena del Alcázar, M., Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía, Madrid, 1966

³ Cases Pallares, ob. cit., pag. 24

⁴ Ariño Ortiz, G., Economía y Estado, Madrid, 1993

Desde la doctrina económica, la regulación ha sido definida como el modo de influir sobre el mercado, mediante la creación de un sistema de incentivos que naturalmente debería crear la competencia, guiando o restringiendo las decisiones económicas para conformarlas al interés público⁵. Ante la existencia de fallas del mercado (externalidades, monopolios naturales, asimetrías informativas, competencia excesiva, desigual poder de negociación), el Estado debe subsanarlas mediante incentivos.

Las **externalidades** aparecen cuando el comportamiento racional de un agente económico –consumidor o productor– afecta directamente al bienestar de otros agentes en el mercado. Pueden ser positivas o negativas. Como ejemplo de externalidad positiva, puede mencionarse el caso en que un Estado invierte en la instalación de un servicio de ferrocarriles, de que se beneficia una empresa al transportar sus productos con menos costos de los que suponía su modo de transporte anterior. Uno de externalidad negativa, es el caso de la provocada por la contaminación que produce el desarrollo de una actividad económica, incrementando costos sociales. La regulación intervendrá normalmente cuando la solución a las externalidades sea compleja, con la finalidad de corregir o compensar el hecho de que el precio de producción de un bien no refleje los costos que dicha producción y el uso del bien imponen a la economía.

El **monopolio natural** tiene lugar en determinados sectores económicos en que la existencia de más de una empresa no resulta eficiente en términos económicos. En estos casos, la demanda entera en un mercado relevante puede ser satisfecha a un costo inferior por una sola empresa, que por dos o más de ellas. La regulación buscará, entonces, evitar que esa empresa monopólica incremente sus beneficios en perjuicio de los consumidores.

La **asimetría de información** suele traducirse en que los consumidores reciben información insuficiente para evaluar los productos. La regulación pretende corregir esa información inadecuada de los consumidores o reducir los costos que han de soportar para obtener una que sea correcta.

La **competencia excesiva** puede llevar a que los precios se reduzcan de forma desmesurada, conduciendo al cierre de algunas empresas, de manera que las sobrevivientes tendrán libertad para imponer precios por encima del de equilibrio. La regulación procurará evitar esa excesiva competencia en el mercado.

La regulación también puede intervenir para conseguir un mejor equilibrio, en los casos en que se da una situación de **desigualdad en el poder de negociación** de diferentes agentes económicos.

Destaca Nallar⁶, que el concepto económico de regulación refiere a los efectos de la actividad: creación de incentivos, suplencia de fallas; en tanto, el concepto jurídico identifica los instrumentos: dictado de reglas. Pero en ambos conceptos aparece el mismo objetivo final: protección de la actividad regulada y sus actores.

Los principales obstáculos que debe sortear la regulación con vistas a la obtención de sus objetivos, tienen que ver con las dificultades para la obtención de información, los riesgos de captura del regulador, y la fragilidad del apoyo del consumidor.

Las dificultades para la obtención de información se traducen muchas veces en lo que Landis⁷ denomina el “talón de Aquiles” de la regulación: la lentitud en la adopción de las decisiones reguladoras.

El riesgo de captura del regulador se explica por el gran poder e influencia que suelen desplegar las empresas reguladas, como grupo efectivo. En cambio, el apoyo que podrían proporcionar al regulador los consumidores, tiende a diluirse dada su naturaleza de grupo disperso.

La situación descrita se torna aún más compleja, ya que, como observa Cases Pallares⁸, “no estamos ante un proceso simple en el que grupos de productores bien organizados y dotados económicamente aumentan su riqueza a través de las normas a expensas de consumidores pobres y dispersos. No hay una contraposición única entre productores y consumidores, sino diversas relaciones de las que cada unidad pretende extraer su provecho o beneficio. Así los productores difícilmente formarán un grupo cohesionado con un único interés definido, sino que se dividirán entre ellos; por su lado, tampoco los distribuidores y los consumidores pueden agruparse en grupos unificados. Ello conducirá a que difícilmente un grupo consiga obtener una regulación que satisfaga plenamente sus intereses.”

Como consecuencia, la regulación tenderá a ser el resultado de una composición de los distintos intereses en juego, sin que un solo grupo logre capturar el proceso.

⁵ Conf. Vickers, J. y Yarrow, G., *Privatization: an economic analysis*, 1998, The MIT Press, cit. por Nallar, D., *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público*, Bs. As., 1999, p. 111.

⁶ Nallar, ob. cit., p. 118.

⁷ Landis, J., *Report on regulatory agency to the president-elected*, cit. por Cases Pallares, ob. cit., pag. 30

⁸ Cases Pallares, ob. cit. Pag. 31

C) La desregulación

Como expresara el Profesor Bidart Campos en una conferencia dictada en la República Argentina en agosto de 1989, sobre aspectos legales de la desregulación, cuando a las libertades se las rodea de condiciones y requisitos abrumadores y se las coloca bajo controles exorbitantes, sentimos al Estado como un aparato ortopédico y no como la piel sobre los huesos.

El concepto de desregulación que solemos manejar, nos viene de la Ciencia de la Administración, por lo que no contamos con nociones muy precisas desde el punto de vista jurídico.

En un intento de aproximación a una definición desde este punto de vista, puede decirse que la desregulación es un instrumento de carácter técnico, que consiste de modo predominante, en suprimir reglas que limitan la libertad de los particulares, con el fin de posibilitar el desenvolvimiento de las conductas que no perjudican la moral, el orden público y las buenas costumbres, y que los hombres o grupos pueden desarrollar con eficiencia igual o mayor que el Estado.

Martín Mateo⁹ señala que la noción de desregulación alude a medidas liberalizadoras que se aplican con el fin de dinamizar la vida económica, eliminando restricciones y constricciones que afectan a las decisiones empresariales.

Corresponde destacar que, sólo de modo predominante, consiste en suprimir reglas. No es ése su modo exclusivo de operar, porque no necesariamente la desregulación implica disminución normativa; muchas veces no opera mediante derogación, sino mediante modificación de disposiciones, y ello implica el dictado de una nueva norma y, por ende, el crecimiento del orden normativo.

D) La defensa de la competencia

Señala Olivera García¹⁰, que la **noción de competencia** ha sido elaborada en el ámbito de la economía, existiendo competencia en el mercado “cuando las personas se relacionan recíprocamente de manera que, con el empleo de ciertos medios, tienden a cumplir un fin que no podrán conseguir todas ellas a la vez. Es un fenómeno de confrontación entre los titulares de pretensiones coincidentes que no admiten satisfacción conjunta”. Agrega el autor, que ella responde a valores individuales como el desarrollo de la personalidad a través del ejercicio de la libertad en la actividad económica, y sociales como la búsqueda de la satisfacción de las necesidades de la sociedad.

Por su parte, López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz¹¹ parten del significado etimológico del término “competencia”, que proviene del latín “cumpetito” (conurrencia múltiple de peticiones sobre una cosa a la que hay que adjudicar un dueño). El Diccionario de la Real Academia –señalan-, la define como “oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa”. En consecuencia –puntualizan citando a Termes et al-, “la competencia consiste en un proceso dinámico de rivalidad y no en el denominado “modelo de competencia perfecta”, en el que múltiples oferentes hacen lo mismo y venden todos al mismo precio, es decir, en el que paradójicamente nadie compite”.

Los autores mencionados explican que, tras la visión estática de la competencia, que se centra en el análisis de las condiciones del estado final de equilibrio, corresponde volver a la concepción dinámica, a los orígenes clásicos de la competencia como proceso de rivalidad, de forma tal que, tendencialmente al menos, los resultados sean competitivos. Esta concepción coincide con su significado etimológico y lingüístico, y plantea la necesidad de reglas de juego que garanticen la atacabilidad o impugnabilidad del mercado y potencial rivalidad entre los agentes económicos.

Los mercados contestables, desafiables o atacables (“*contestable markets*”) son aquellos en que las empresas que los componen son vulnerables a la entrada de otras empresas externas a los mismos, debido a la ausencia de barreras.

Las condiciones para que exista competencia en un mercado son, para la concepción dinámica: a) que los rivales actúen independientemente y no de acuerdo; b) que el número de rivales presentes y potenciales sea suficiente para eliminar los beneficios extraordinarios; c) que los que realizan transacciones en el mercado posean un cierto conocimiento de las oportunidades de negocio; d) que haya libertad para poner en práctica dicho conocimiento; y e) que haya tiempo suficiente para que los recursos se muevan hacia donde desean sus dueños¹².

⁹ Martín Mateo, R., Liberalización de la economía, cit. por Cases Pallares, ob. cit., pag. 33

¹⁰ Olivera García, R., Introducción al Derecho de la competencia, en El nuevo régimen del Derecho de la competencia, Mont., 2001

¹¹ López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz, ob. cit., pag. 274

¹² Conf. el premio Nobel Stigler, cit. por López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz cit., pag. 277

Son fundamentales, entonces, la libertad de entrada y la libertad de elección.

La necesidad de asegurar la competencia determina la necesidad de su regulación jurídica, dando lugar a la existencia del **Derecho de la competencia**.

Gómez Segade¹³ señala que el Derecho de la competencia se desdobra en dos ramas fundamentales: el Derecho contra las limitaciones de la competencia o Derecho "*antitrust*", y el Derecho contra la competencia desleal. El primero trata de garantizar la existencia y libertad de competencia en tanto que el segundo busca preservar la calidad de la competencia.

Resulta clara la distinción entre los dos sectores del Derecho de la competencia, a partir del ejemplo que proporciona Usieto-Blanco¹⁴: Si en un espectáculo de box, los boxeadores se ponen de acuerdo para no boxear o aparentar que boxean, estamos ante un supuesto en que no hay real competencia; si, en cambio, boxean pero se dan golpes bajos, estamos ante un supuesto de competencia desleal.

Inicialmente, la disciplina de la competencia desleal plantea una limitación de la libertad, que se justifica por la necesidad de proteger la propiedad. Al tutelar únicamente intereses privados, esta disciplina se mantiene separada de la normativa de defensa de la competencia, que admite una protección más comprensiva: del interés público e intereses empresarios y de los consumidores. Más tarde, sin embargo, ambas disciplinas se aproximan por la unificación de su objeto de protección, en la medida en que se fortalece la tendencia a identificar el interés público con el de los consumidores, en atención a que la mayoría de la población integra este grupo.

Menéndez¹⁵ señala que la ampliación de los intereses protegidos por la disciplina de la competencia desleal, da lugar a que ciertas actividades antes consideradas como desleales –como la publicidad comparativa– pasen a permitirse debido a los efectos beneficiosos que producen desde el punto de vista de los intereses de los consumidores y del interés público en el mantenimiento de un mercado competitivo. Concomitantemente comienzan a prohibirse prácticas antes permitidas como la venta agresiva o la publicidad engañosa.

Ariño Ortiz¹⁶ observa que el Derecho de defensa de la competencia, específicamente, tiene un componente fundamental de Derecho Público en cuanto defiende el mercado de todo ataque contrario al interés público.

Resulta interesante el análisis realizado por Robles Martín-Laborda¹⁷, en relación con los diferentes contenidos y alcances del Derecho de la competencia en el Estado Liberal y en el Estado Social de Derecho.

1. En el Estado Liberal de Derecho

El Estado Liberal, caracterizado por su no intervencionismo en materia económica, pone el énfasis en la salvaguarda de la libertad de industria y comercio, y de la propiedad. Estos derechos son vistos como derechos consagrados por el Derecho Natural, cuyas normas se creen anteriores y superiores a las positivas, y por ende no pueden ser limitadas por la intervención estatal.

Tal visión de la realidad económica no constituye campo fértil para el desarrollo y maduración de un Derecho de defensa de la competencia. Con este estado de pensamiento se corresponde la famosa idea de Adam Smith, según la cual el individuo, al buscar sus propios fines, como guiado por una "mano invisible", promueve el interés de la sociedad.

Avanzado el siglo XIX, sin embargo, se pone en evidencia que, a partir del libre juego de la oferta y la demanda, comienza a manifestarse una tendencia creciente hacia la concentración económica. Se advierte que, como observa Soriano García: "Es rigurosamente falso que el mercado se cuide a sí mismo. O el Estado se ocupa del mercado, cuidando de que exista y de que se perpetúe, o las propias fuerzas del mercado acabarán pronto con él"¹⁸.

En muchos casos, serán las propias empresas las que demandarán una regulación de la competencia que ponga fin a algunas de las disfunciones producidas por el sistema. Una de las primeras regulaciones en aparecer, es la que tiene que ver con el Derecho marcario, destinado a proteger la propiedad industrial.

¹³ Gómez Segade, Prólogo a Hernández, Precios predatorios y Derecho antitrust, Madrid, 1997, cit. por Robles Martín-Laborda, A., ob. cit., pag. 4, nota 5. En el mismo sentido: López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz, Derecho de la competencia en sectores regulados cit., pag. 52, y Olivera García, ob. cit., pag. 15

¹⁴ Usieto-Blanco, A., La defensa de la competencia en la experiencia argentina, en El nuevo régimen del Derecho de la competencia, cit., pag. 87

¹⁵ Menéndez, La competencia desleal, cit. Por Robles Martín-Laborda, ob. cit., pag. 71

¹⁶ Ariño Ortiz, idem ant

¹⁷ Robles Martín-Laborda, ob. cit., pag. 14

¹⁸ Soriano García, J., La defensa de la competencia en España: una exposición de sus fundamentos políticos, La Ley, n° 249, Bs. As., 1992

2. En el Estado Social de Derecho

Una vez superado el ideal previsto por la escuela clásica, de que la competencia perfecta surgiría del libre juego de la oferta y la demanda, nuevas corrientes de pensamiento comienzan a apartarse del iusnaturalismo y a afirmar, desde el positivismo, que la libertad y la igualdad no se producen de manera espontánea, sino que constituyen un deber ser a construirse.

El Estado tiende a abandonar, entonces, su actitud abstencionista, disponiéndose a conformar la economía. Como señala Robles Martín-Laborda, “la mano invisible de la Ley Natural es sustituida por la muy visible de los poderes públicos.” En este contexto comienzan a afirmarse la función social de la propiedad y de la actividad empresarial, los derechos sociales, y muy particularmente relacionado con el tema que nos ocupa, el derecho de los consumidores.

La nueva perspectiva se recoge en la propuesta de Economía Social de Mercado, de la Escuela de Friburgo, para cuyos miembros, la libre competencia lleva a su contrario en su seno: la libertad para actuar en el mercado permite la realización de acuerdos que llevan a limitar o suprimir la competencia. Es por ello que es preciso dictar normas que establezcan las reglas de juego para la conformación del orden económico y social, y vigilar su cumplimiento.

3. Antecedentes en el Derecho comparado

Como expresa Nazar Espeche¹⁹, el Derecho comparado muestra diferentes esquemas para dotar al Estado de esos instrumentos de defensa de la competencia.

a) Estados Unidos

a) Ley Sherman

Vigente desde 1890, fue reformada en 1914. Esta ley declaraba ilegal cualquier contrato, combinación o conspiración que restringiera el tráfico o el comercio entre los Estados o con países extranjeros, castigando toda acción monopólica. Esta normativa permitía aplicar sanciones de multa y condena a cesar los actos ilegítimos, pudiendo llegar hasta la prisión además de la indemnización por los daños causados. En su marco, resultaban ilícitas las acciones conducentes a la fijación de precios en el mercado o a la exclusión de competidores.

También en su marco, una sentencia de la Corte Suprema, de 1911, instaura la llamada “rule of reason”, estableciendo el criterio de que resultan alcanzadas aquellas restricciones no razonables, según las circunstancias del caso.

b) Ley Clayton

Esta ley de 1914, complementaria de la anterior, prohibió fijar precios discriminatorios y celebrar contratos mediando cláusulas restrictivas, así como la actuación de sociedades holding y la intervención en otras sociedades mediante gestores comunes (hoy llamada conjunto económico). La prohibición de fijar precios discriminatorios es recogida también en la **Ley Robinson Patman** de 1936.

c) Ley Seller-Kefauver

Por esta norma de 1950 se ajusta la Ley Clayton, extendiendo la prohibición de adquisición de acciones a la de adquisición de patrimonios.

d) Ley Hart-Scott-Rodino

Esta ley de Desarrollo Antimonopolio, de 1976, estableció la notificación previa a la fusión.

Cabanellas²⁰ señala dos características importantes de la legislación *antitrust* norteamericana. La primera es que ésta considera que existe infracción “*per se*” cuando, demostrados los extremos que hacen a determinada conducta “*per se*”, no es necesario, para determinar la ilicitud, efectuar análisis adicional alguno sobre sus motivos, causas o efectos. La segunda es el carácter jurisprudencial de las infracciones, sujetas a la regla de la razón, de manera que, una vez probados ciertos extremos que permiten encuadrar la conducta en

¹⁹ Nazar Espeche, F., Defensa de la competencia, Buenos Aires, 2001

²⁰ Cabanellas de las Cuevas, G., Derecho antimonopolio y de defensa de la competencia, Buenos Aires, 1983, cit. por Nazar Espeche.

la norma, la ilicitud queda sujeta a la discreción judicial, que apreciará la razonabilidad, propósito y efectos de dicha conducta. Para definir si existe una restricción a la competencia es necesario observar los antecedentes jurisprudenciales.

b) Europa

Es ya clásica en el tema, la frase de Garrigues, en el sentido de que, “los principios americanos de la legislación *antitrust* penetran en Europa en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania”²¹.

De manera coincidente, observa Robles Martín-Laborda, que la legislación de defensa de la competencia no se generaliza en Europa hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, y lo hace como consecuencia de las presiones de los Estados Unidos. Concretamente en el caso de España, el 23 de setiembre de 1953 se firmó un convenio entre ambos gobiernos, por cuyo artículo 2º España se comprometía a “desalentar” las prácticas y arreglos comerciales que tuvieran carácter de monopolio o cártel de los que pudiera resultar una restricción de la producción o un aumento de los precios. Dicho compromiso fue cumplido diez años después, ya celebrado el Tratado de Roma.

Por otra parte, puede decirse con Olivera García²² que, en Europa, el Derecho de defensa de la competencia se desarrolla fundamentalmente en relación con el Derecho de la competencia desleal, pudiendo distinguirse, según lo hacen la doctrina alemana y la española, tres etapas: la del modelo paleoliberal, la del modelo profesional, y la del modelo social.

El modelo paleoliberal, propio del siglo XIX, presenta las características que se han marcado en el Estado liberal de Derecho, con ausencia de normativa general sobre la materia y afirmación del principio de libertad de industria y comercio, considerándose negativa la intervención del Estado en la economía. Se cita como característica de este modelo, la ley alemana “*Markenschutzgesetz*” de 30 de noviembre de 1874.

El modelo profesional, de principios del siglo XX, así llamado por el protagonismo que en él tienen los profesionales del comercio, consagra el derecho subjetivo de los comerciantes a demandar del Estado una protección específica contra la competencia desleal, como forma de ilícito profesional, sancionable a través de acciones judiciales. Puede citarse como ejemplo, la ley alemana de 9 de junio de 1909, que prevé la posibilidad de demandar el cese de comportamientos competitivos en el tráfico económico, que sean contrarios a las buenas costumbres, así como la indemnización correspondiente. En España, este modelo se introduce a través del artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París e, internamente, mediante el artículo 10 del Estatuto de Publicidad de 11 de junio de 1964, que culmina con los artículos 87 a 89 de la Ley de Marcas.

Señala Robles Marín-Laborda²³, que es con la consolidación del modelo profesional en España, que tiene lugar la emancipación de la disciplina de la competencia desleal. En este período, el bien jurídico tutelado por dicha disciplina es la propiedad de la empresa y los derechos exclusivos sobre bienes inmateriales relativos a la misma. En efecto, los primeros supuestos sobre competencia desleal aparecieron en las leyes sobre signos distintivos.

El modelo social, que se instaura con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, desplaza el objeto de tutela, desde los intereses individuales de los competidores a la protección del orden económico del mercado, que resulta de la composición de diversos intereses: el del Estado, el de los competidores, y el de los consumidores. Distintas normas se inspiran en este enfoque, como las leyes inglesa y española, de prácticas restrictivas de la competencia, de 1956 y 1963, respectivamente.

La perspectiva mencionada se relaciona con lo que Robles Martín-Laborda²⁴ denomina “concepción instrumental y funcional de la competencia”, deducida originariamente de los postulados del Estado Social en Alemania. Esta concepción se plantea como objetivos que integran la función económica de la competencia, entre otros, la ampliación de las posibilidades de elección de los consumidores y las oportunidades empresariales, la distribución de la renta, el progreso técnico, etc.

La ley española de 1963 prohibía las prácticas restrictivas resultantes de acuerdos entre empresas y las denominadas prácticas abusivas producto de la explotación de situaciones dominantes. Ya vigente la Constitución de 1978, en cuyo artículo 38 “*se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*”, se dicta una nueva ley que sustituye a la de 1963, adecuando sus disposiciones a las normas

²¹ Garrigues, J. La defensa de la competencia mercantil, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964, pag. 24

²² Olivera García, R., ob. cit., pag. 17

²³ Robles Martín-Laborda, ob. cit., pag. 59

²⁴ Robles Martín-Laborda, ob. cit., pag. 44

comunitarias. Desde la ley de 1963 está presente la idea de que, junto al interés público de proteger la libertad de mercado, debe tutelarse el interés de los perjudicados por las prácticas prohibidas. En la Exposición de Motivos de la norma, se afirmaba que su “ratio última” era “la protección al interés de los consumidores.”

En lo que tiene que ver con el **Derecho comunitario**, refieren a la defensa de la competencia, los artículos 85 a 94 del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Estas disposiciones se adoptaron a propuesta de la delegación alemana, compuesta por Ludwig Erhard y Alfred Müller-Armack, integrantes de la Escuela de Friburgo.

Los artículos 85 y 86 (actuales artículos 81 y 82 del Tratado de Ámsterdam)²⁵ prohíben:

a) *“Los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común”*. Expresa la norma que estos acuerdos o decisiones son “nulos de pleno derecho”, aunque la prohibición puede ser declarada inaplicable a acuerdos, decisiones de asociación, o prácticas concertadas que *“contribuyan a mejorar la producción o la distribución de productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, u ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”*

b) *“En la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante”*.

c) MERCOSUR

La primera en la materia fue la **Ley brasileña** N° 4.137 de 1962, sobre abuso del poder económico.

En **Argentina**, la Ley N° 11.210 de 28 de agosto de 1923 regulaba los monopolios, contemplando la conducta que afecta la competencia como un delito tipificado en el Código Penal. Esta norma declaraba delito todo convenio, pacto, combinación, amalgama o fusión de capitales tendiente a sostener el monopolio y lucrar con él. Incluía también la prohibición de conductas restrictivas de la competencia o que implicaran la obtención de grandes ganancias sin proporción con el capital invertido.

En 1946 se dicta la Ley N° 12.906, que mantiene el concepto de monopolio como sancionable penalmente, y amplía los actos tendientes al establecimiento del monopolio o restricción de la competencia.

Ante el fracaso de la normativa mencionada, en virtud de las dificultades que determinaba el tratamiento de las conductas como ilícitos penales, se dictó en Argentina la Ley N° 22.262, que comenzó a tratar las figuras anticompetitivas bajo normas que reglamentaban propiamente la defensa de la competencia. A partir de ella se reprimieron los actos de limitación o distorsión de la competencia, de modo que pudiera resultar perjuicio para el interés económico general.

Finalmente, por la Ley N° 25.156 se prohíben los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyen abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

En **Paraguay** se aprobó, en 1996, un decreto reglamentario de las disposiciones del Tratado constitutivo de la Organización Mundial de Comercio, que hacen referencia a la libertad de competencia en el mercado, a las prácticas que implican abuso de posición dominante y al dumping.

En el **Derecho de la Integración** producido en el ámbito del MERCOSUR, corresponde destacar el Protocolo de Defensa de la Competencia suscrito en Fortaleza con fecha 17 de febrero de 1996.

El artículo 4° de dicho Protocolo define como infracción *“... independientemente de culpa, los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes”*²⁶.

La norma se aplicará a los *“actos practicados por personas físicas o jurídicas, de Derecho público o privado u otras entidades, que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes”* (artículo 2°).

²⁵ El Tratado de Ámsterdam entró en vigor el 1° de mayo de 1999.

²⁶ Corresponde tener en cuenta que, como observa Nazar Espeche, el mercado relevante se determina en función de los productos que en él se comercializan y del ámbito geográfico en el cual la empresa se desenvuelve.

De manera casuística, el artículo 6° formula un elenco de prácticas que, además de otras, en la medida que configuren hipótesis del artículo 4°, caracterizan prácticas restrictivas de la competencia.

El Protocolo prevé órganos de aplicación regionales: la Comisión de Comercio del MERCOSUR, en los términos del artículo 19 del Protocolo de Ouro Preto, y el Comité de Defensa de la Competencia que crea (artículo 8°). El Comité, órgano de naturaleza intergubernamental, se integra por los órganos nacionales de aplicación del Protocolo en cada Estado Parte. A su vez, el artículo 30 prevé, para asegurar la implementación del Protocolo, que los Estados partes, por medio de sus órganos nacionales de aplicación, adopten mecanismos de cooperación y consultas en el plano técnico.

Es interesante la previsión del artículo 32, en cuanto dispone que los Estados Partes se comprometen a elaborar normas y mecanismos comunes *“que disciplinen las ayudas de Estado que puedan limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia y sean susceptibles de afectar el comercio entre los Estados Partes”* (artículo 32).

El artículo 7°, por su parte, prevé que *“los Estados Partes adoptarán, para fines de incorporación a la normativa del MERCOSUR y dentro del plazo de dos años, normas comunes para el control de los actos y contratos, de cualquier forma manifestados, que puedan limitar o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o resultar en dominio del mercado regional relevante de bienes y servicios, inclusive aquéllos que resulten en concentración económica, con vistas a prevenir sus posibles efectos anticompetitivos en el ámbito del MERCOSUR.”*

El artículo 3° reserva a la reglamentación de cada Estado Parte, los actos practicados en el territorio respectivo, cuyos efectos sobre la competencia, a él se restrinjan (artículo 3°).

El Capítulo VII establece un sistema de sanciones, que incluye multas (cuya cuantificación se determinó por la Decisión del Consejo de 18 de junio de 1997), la prohibición de participar en compras públicas en cualquiera de los Estados Partes por un plazo, y la de contratar con instituciones financieras públicas de cualquiera de los Estados Partes, también por un plazo.

El artículo 13 prevé *«la inmediata cesación de la práctica investigada...»* en caso de urgencia o amenaza de daño irreparable. En sentido similar, el artículo 22 dispone que *“en cualquier fase del procedimiento, el Comité de Defensa de la Competencia podrá homologar, ad referendum de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, compromiso de cesación de la práctica investigada”*.

II. MARCO NORMATIVO URUGUAYO

A) Antecedentes

A nivel constitucional, el artículo 36 consagra la libertad de comercio: *“Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.”* A su vez, el artículo 50 dispone en su inciso segundo que *“Toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el contralor del Estado”*. La primera de estas disposiciones ingresa en la Constitución en 1934, y la segunda en 1942.

Como señala Olivera García²⁷, al no existir otras normas en el Derecho positivo, a partir de las cuales construir un Derecho de la competencia, la doctrina y la jurisprudencia apelaban a normas y principios de Derecho privado, como los referidos al abuso del derecho, en particular el artículo 1321 del Código Civil: *“El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable.”*

El autor menciona como antecedentes normativos en el tema de la concurrencia desleal, el Decreto N° 588/967 de 7 de setiembre de 1967 (que declaró aplicables en nuestro país las normas del Convenio de París de 20 de mayo de 1883, para la protección de la propiedad industrial). También cita como antecedentes de normas en que se recoge el concepto de defensa de la competencia, la Ley N° 11.073 de 24 de junio de 1948 sobre sociedades financieras de inversión, el Decreto-ley N° 14.791 de 8 de junio de 1978 que creó la DINACOPRIN (Dirección Nacional de Costos, Precios e Ingresos), y las Leyes N° 17.188 de 20 de setiembre de 1999 (sobre establecimientos comerciales de grandes superficies) y 17.250 de 11 de agosto de 2000 (de relaciones de consumo).

Finalmente, se dicta la Ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000, cuyo Capítulo IV – Normas sobre defensa de la competencia (artículos 13 a 15) regula específicamente la cuestión. Posteriormente, la Ley

²⁷ Olivera García, ob. cit., pag. 23

Nº 17.296 de 21 de febrero de 2001, en sus artículos 157 y 158, establece aspectos que debería recoger la reglamentación de la Ley Nº 17.243, la que finalmente se dicta por Decreto Nº 86/001 de 28 de febrero de 2001.

La Ley Nº 17.243 mencionada se sanciona por el procedimiento de urgente consideración, aspecto que fuera cuestionado durante su discusión parlamentaria. Así, por ejemplo, en el Informe en minoría de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores, se señaló que sólo se trataba de una única ley, en sentido formal, “ya que por su contenido constituye un conjunto de leyes (más de una docena) con objetos que nada tienen que ver entre sí. El mecanismo constitucional se halla, de esta forma, desvirtuado por la dispersión, variedad y cuantía de los temas abarcados”. Se afirmó entonces, que de esa forma no se respetaba el espíritu del constituyente en el sentido de la prohibición de remitir otro proyecto con carácter de urgente consideración hasta no haber concluido el trámite del anterior.

Específicamente, las normas sobre defensa de la competencia fueron calificadas en dicho Informe en minoría, como “de muy modestos alcances”. Al defender el proyecto, el senador Atchugarry señaló que, en todo caso, estas normas incluyen los principios centrales en la materia, exceptuando de las conductas prohibidas, a las limitaciones a la competencia que la ley haya establecido en razón del interés general o en virtud de un servicio público.

B) Las previsiones de la Ley Nº 17.243 y disposiciones concordantes y reglamentarias

1. Principio y excepciones consagrados en el artículo 13

El artículo 13 de la Ley Nº 17.243 consagra el principio de sujeción de las empresas a las reglas de la competencia, y prevé como excepciones, las limitaciones que se establecieron a dicho principio, por ley y por razones de interés general o las que resultaran del carácter de servicio público de la actividad.

En efecto, dispone el artículo: *“Las empresas que desarrollen actividades económicas, cualquiera fuere su naturaleza jurídica, están sujetas a las reglas de la competencia, sin perjuicio de las limitaciones que se establecieron por ley y por razones de interés general (artículos 7º y 36 de la Constitución de la República), o que resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate.”*

Desde la doctrina se ha observado que la expresión “empresas” llega a la norma desde las Ciencias Económicas, en cuyo ámbito define la organización de factores productivos (capital y trabajo) aplicados al desarrollo de una actividad de producción de bienes o servicios. Se señala, asimismo, que el concepto no coincide con el de sujeto de derecho, y que el desarrollar una actividad económica está implícito en la noción de empresa, por lo que podría haberse obviado. En definitiva, puede decirse que el texto tiene tal amplitud subjetiva, que alcanza a cualquier empresa, unipersonal o no, con o sin personería jurídica, privada o pública, estatal o no, nacional o extranjera, cualquiera sea su naturaleza jurídica y su actividad de contenido económico.

Expresa Durán²⁸ que, al disponer que esas empresas están sujetas a las reglas de la competencia, sin perjuicio de las limitaciones que se establecieron por ley y por razones de interés general (artículos 7º y 36 de la Constitución) o que resulten del carácter de servicio público de la actividad, la norma deroga los monopolios estatales.

En su argumentación, las únicas limitaciones admitidas son las referidas, y ellas no incluyen el supuesto de monopolio.

Servicios públicos, en sentido sustantivo, son las “actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de Derecho público.”²⁹ En sentido normativo, el servicio público es el que la ley define como tal.

En las actividades que se desarrollan en régimen de servicio público, puede haber o no concurrencia. Puede no haberla porque la ley dispone la exclusividad en su prestación a cargo de entidades estatales. Si, en cambio, la ley admite la concesión, la concurrencia puede darse entre concesionarios o entre concesionarios y el Estado.

²⁸ Durán Martínez, A., Monopolios estatales y Derecho de la competencia, en El nuevo régimen del Derecho de la competencia cit., pags. 43 y siguientes

²⁹ Sayagués Laso, E., Tratado de Derecho administrativo, Mont., 1974, pag. 65

A la luz de las consideraciones precedentes con relación a las nociones de servicio público y exclusividad, es claro que la referencia del artículo 13 a las limitaciones que resulten del carácter de servicio público de la actividad, no ampara las limitaciones propias de un monopolio, situación jurídicamente diversa.

La noción de monopolio no se relaciona con la de servicio público, con la que, según se explicó, se relaciona la de exclusividad, sino con las actividades que el Estado desarrolla en el campo de la actividad privada, tomando la terminología de Sayagués³⁰. En ellas también puede haber o no haber concurrencia. Para excluirla, se requiere el establecimiento de un monopolio por ley (artículo 85, numeral 17 de la Constitución).

Entiende Durán, en opinión que no tenemos el agrado de compartir, que la referencia del artículo 13 a las limitaciones que se establecieron por ley y por razones de interés general (artículos 7° y 36 de la Constitución), no incluye el supuesto de monopolio. El autor precisa que el monopolio no es una limitación sino una privación de la libertad de ejercer determinada actividad, y que la norma remite a los artículos 7° y 36, y no al artículo 85, numeral 17.

En nuestra opinión, el monopolio legal constituye una especie del género o situación particular de las limitaciones que se establecen a las reglas de la competencia, por ley y por razones de interés general.

2. Definición de conductas prohibidas

El artículo 14 prohíbe una serie de **conductas** que el legislador consideró contrarias a las reglas de la competencia aludidas en el artículo anterior.

Ellas son:

- a) los acuerdos y prácticas concertadas entre los agentes económicos;
- b) las decisiones de asociaciones de empresas;
- c) el abuso de la posición dominante de uno o más agentes económicos³¹.

A continuación la norma enumera algunas conductas que pueden constituir supuestos de las descriptas.

A su vez, para que la conducta pueda ser encuadrada en la prohibición, debe reunir dos **requisitos adicionales**:

- a) tener por efecto³² impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios, y
- b) generar perjuicio relevante al interés general.

En lo que tiene que ver con los **acuerdos y prácticas concertadas** entre los agentes económicos, observa Olivera García³³, en opinión que nos parece compartible, que se trata de comportamientos frecuentes y necesarios en el comercio (acuerdos de producción, comercialización, financiamiento, etc.). Pero si esos acuerdos cumplen las dos condiciones adicionales que tienen que ver con la afectación de la competencia y el libre acceso al mercado y con el perjuicio relevante al interés general, como ocurre cuando se acuerdan precios o distribución de mercado, por ejemplo, dejan de ser comportamientos permitidos.

Nazar Espeche³⁴ señala que los acuerdos pueden ser "horizontales" o "verticales". Los primeros son los convenios entre empresas que se encuentran en un mismo nivel del proceso productivo. Puede decirse que existe una relación horizontal entre empresas, según la define la resolución 40/01 de la Secretaría de la Competencia y del Consumidor argentina, cuando ellas actúan en un mismo mercado como oferentes o demandantes de bienes o servicios. Los acuerdos "horizontales" pueden referir a precios y condiciones de venta, reparto de zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento, etc.

Se llama acuerdos "verticales" a los celebrados entre quien suministra y aquel a quien se suministra. Constituyen ejemplos de ellos, los acuerdos de distribución o suministro exclusivos.

Con relación a las **decisiones de asociaciones de empresas**, Olivera García señala que se trata de acuerdos de carácter más permanente o estable que los anteriormente analizados, y que la hipótesis comprendería "los casos de fusión, escisión, transferencia de establecimiento comercial, *joint ventures*, constitución de una filial común u otros acuerdos de similar naturaleza".

³⁰ Idem ant., pag. 80. El uso de la expresión "exclusividad" en relación con el cometido de servicio público, y el de la expresión "monopolio" en relación con el cometido de actuación estatal en el campo de la actividad privada, constituye una convención de lenguaje adoptada por Sayagués y seguida por la doctrina más recibida.

³¹ En las conductas prohibidas no está prevista la restrictiva de la competencia, de un agente aislado, que no tenga posición dominante. Se entiende que podría entrar en la noción de competencia desleal, que puede ampararse en el artículo 1319 del Código Civil y en el artículo 10 bis del Convenio de París, ratificado por nuestro país en 1966.

³² La expresión "que tengan por efecto" no plantea la exigencia de una intencionalidad en el agente.

³³ Olivera García, ob. cit., pag. 28.

³⁴ Nazar Espeche, ob. cit., pags. 36 y siguientes

Respecto del **abuso de posición dominante**, otros ordenamientos jurídicos han sido mucho más minuciosos para la definición del concepto de posición dominante. Así, por ejemplo en el artículo 22 de la Ley alemana en la materia, se toma como elemento distintivo de esa posición el carecer de competidor o la ausencia de competencia sustancial; y el artículo 4º de la Ley argentina N° 25.156 dispone que. *“A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de una posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo, o cuando, sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos.”* Adicionalmente, el artículo 5º de esta ley establece circunstancias que deben considerarse a fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, tales como:

- a) el grado en que el bien o servicio es sustituible, condiciones y tiempo para tal sustitución;
- b) el grado en que las restricciones normativas limitan el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado;
- c) el grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.

Señala Nazar Espeche³⁵ que la posición dominante “es una posición de fuerza económica de la que se vale una empresa, que le da facultades para impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en un mercado relevante, posibilitándole un comportamiento independiente tanto de sus competidores como de sus clientes.”

Olivera García, por su parte, expresa que la posición dominante está dada por la circunstancia de que uno o varios operadores económicos, individualmente considerados, ocupan una posición de predominio en el mercado, por ser único oferente o demandante (monopolio o monopsonio) o por no estar sometido a una competencia sustancial (oligopolio u oligopsonio).

La ley uruguaya exige, además, que el comportamiento sea abusivo. En este sentido, se afilia a la posición de que la posición de dominio no es mala *“per se”*.

En general, suelen considerarse comportamientos abusivos, entre otros, los precios predatorios, los precios o condiciones discriminatorios (diferenciados de forma injustificada en la oferta o demanda de bienes y servicios), el rechazo parcial o total a tratar en términos comerciales acostumbrados, hacer depender la oferta de la aceptación de restricciones sobre la distribución o producción de bienes competitivos.

En lo que tiene que ver con la condición de **“impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado** de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios”, cabe acudir al sentido natural y obvio que estas expresiones tienen según el Diccionario de la Lengua.

Impedir es “estorbar, imposibilitar la ejecución de algo”. Restringir es “ceñir, circunscribir, reducir a menores límites; apretar, constreñir”. Y distorsionar es “torcer o desequilibrar, deformar de modo intencionado”. En síntesis, puede decirse que esta condición de las conductas prohibidas tiene que ver con afectar la competencia y el libre acceso al mercado, sea por imposibilitarlos, constreñirlos o de algún modo alterarlos.

Vale señalar que en esta parte la norma distingue la competencia -que puede definirse como se hizo *“supra”* con Olivera García, como fenómeno de confrontación entre los titulares de pretensiones coincidentes que no admiten satisfacción conjunta-, del libre acceso al mercado. Sin perjuicio de la posibilidad y pertinencia de efectuar tal distinción teórica, Nazar Espeche³⁶ señala, en opinión que compartimos, que, en definitiva, lo que impide el libre acceso al mercado también constituye un acto contrario a la sana competencia. Sin embargo, el propio autor precisa que el concepto de acceso al mercado hace referencia, específicamente, a los problemas que hallan las empresas para introducirse en determinado mercado.

Por último procede destacar en relación con el efecto distorsivo de la competencia o el libre acceso al mercado, que la norma considera su producción con criterio objetivo, prescindiendo de cualquier valoración de la conducta empresarial³⁷.

El análisis de la condición de **generar perjuicio relevante al interés general** convoca dos conceptos jurídicos indeterminados: el de “perjuicio relevante” y el de “interés general”.

Los conceptos jurídicos indeterminados fueron definidos por Barbé Pérez³⁸, citando a García de Enterría, como conceptos “cuya indeterminación conceptual resulta de la dificultad de precisar, en el proceso de cons-

³⁵ Nazar Espeche, ob. cit., pag. 22

³⁶ Nazar Espeche, ob. cit., pags. 24 y siguientes

³⁷ Conf. Olivera García, ob.cit., pag. 29

³⁸ Barbé Pérez, Adecuación de la administración conformadora del orden económico y social a las exigencias del Estado de Derecho

tatación, si se cumple la determinación realizada por la norma.³⁹ Se resuelven en una única solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta, como resultado de una operación de naturaleza intelectual y no volitiva. Se distinguen de la actividad discrecional, porque en ella puede elegirse entre múltiples soluciones justas.

El concepto jurídico indeterminado, ha dicho García de Enterría, tiene un núcleo de certeza y un halo de incertidumbre.

En cuanto a la noción de interés general, parece adecuada la propuesta por Vedel, quien lo define como la composición entre diversos intereses de los particulares, que se cumple cuantitativa y cualitativamente. En este sentido es preciso señalar que no es la mera suma de los intereses de los particulares; tampoco es exclusivamente el interés del mayor número, ya que debe armonizar los intereses de la mayoría (aspecto cuantitativo), con los intereses de minorías que se consideran dignos de protección jurídica en el estado actual de desarrollo de la conciencia humana (aspecto cualitativo).

Será el intérprete, quien decidirá si la distorsión en el mercado genera perjuicio relevante al interés general.

Es interesante señalar que en el proyecto remitido al Parlamento, se establecía que: *“La aplicación de estas normas procede sólo cuando la distorsión en el mercado genere perjuicio relevante al interés general”*. El vocablo “sólo” no aparece en el texto sancionado, lo que podría habilitar una interpretación piedeletrista en el sentido de que la aplicación de las normas procede, tanto cuando la distorsión genera dicho perjuicio como cuando no es así. Nuestra opinión, sin embargo, es que claramente se trata de un requisito adicional, ya que, de no serlo, su previsión carecería de sentido para la intelección de la norma.

Por otra parte, cabe también analizar el acierto de la afirmación de que toda distorsión en el mercado genera *“per se”*, al menos un perjuicio al interés general, cual es el de limitar la libertad de elección de los agentes económicos. De admitirse este criterio, únicamente quedaría al intérprete, la ponderación de la relevancia de tal perjuicio, el que sería de principio. Ésta parece ser la interpretación adoptada en Argentina, en fallo de la Cámara Nacional en lo Penal Económico, de 31 de mayo de 1988, en autos *“Arenera Puerto Nuevo S.A. y otros”*, en el que se expresó que el interés económico general está preservado cuando lo está el funcionamiento del mercado, ya que de este modo se obtienen los beneficios de la libre competencia.

En nuestra opinión, no todo fallo de la competencia genera, por sí, un perjuicio relevante al interés general, por lo que nos parece adecuada la solución legal de sancionar sólo a los que lo causan.

En lo que respecta a las conductas enumeradas por el artículo 14 de manera no taxativa, ellas tienen que ver con la imposición en forma permanente, directa o indirecta, de precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva para los consumidores; la restricción injustificada de la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico, en perjuicio de empresas o consumidores; la aplicación injustificada a terceros contratantes, de condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos en desventaja importante frente a la competencia; la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias o suplementarias que, por su naturaleza o los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de esos contratos, en perjuicio de los consumidores; y, en forma sistemática, la venta de bienes o la prestación de servicios a precio inferior al costo, sin razones fundadas en los usos comerciales, incumpliendo obligaciones fiscales o comerciales.

3. Autoridades de aplicación

El artículo 157 de la Ley de Presupuesto Nacional N° 17.296 de 21 de febrero de 2001, comete a la reglamentación de las normas de defensa de la competencia de la Ley N° 17.243, la definición de la repartición del Estado a la que se asigna el control de los actos y conductas prohibidos. Adicionalmente establece las sanciones a aplicarse.

La reglamentación se dicta por Decreto N° 86/001 de 28 de febrero de 2001. Su artículo 1° dispone que la Dirección General de Comercio será la autoridad de aplicación de las normas sobre defensa de la competencia y tendrá competencia en el control de los actos y conductas prohibidos.

Esta Dirección General de Comercio es una dependencia desconcentrada del Ministerio de Economía y Finanzas, que surge a partir de la fusión de la Dirección Nacional de Zonas Francas y la Dirección General de Comercio Exterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 159 de la Ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996. En

³⁹ La indeterminación conceptual del interés general fue marcada en el Informe en minoría de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores, que analizó el proyecto de ley, en los términos siguientes: “Otro aspecto que nos parece discutible es el último inciso del artículo 14 que limita la aplicación de estas normas a casos de perjuicio relevante al interés general, expresión suficientemente imprecisa para generar dudas. Además, puede haber conductas que no afecten el interés general, pero sí intereses particulares que sea necesario o conveniente proteger.”

el artículo 163 de la misma ley se crean tres áreas funcionales en su ámbito: Área Zonas Francas, Área Comercio Exterior y Área Defensa del Consumidor. La norma de reformulación de su estructura organizativa es el Decreto N° 2/998 de 9 de setiembre de 1998. Este Decreto define sus objetivos estratégicos, estructura organizativa, estructura de puestos de trabajo y cometidos, entre los que, a la fecha de su dictado, aún no figuraba la materia de la defensa de la competencia.

Es el artículo 158 de la Ley N° 17.296, la norma que establece las funciones y facultades de la Dirección general de Comercio en dicha materia.

Corresponde a este órgano de aplicación:

a) “Requerir a las autoridades nacionales o municipales y a los particulares, la documentación, información y colaboración que juzgue necesarias a los efectos de cumplir con sus cometidos y en especial, con los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes.

b) Habilitar los centros especializados de arbitraje a que refiere el artículo 15 de la Ley N° 17.243, de 29 de junio de 2000.

c) Emitir opinión en los asuntos que se sometan a su consideración o analice en el marco de su competencia e informar y asesorar respecto de acuerdos, prácticas restrictivas, decisiones de empresas y demás cuestiones relativas a la defensa de la competencia.

d) Imponer las sanciones establecidas en la presente ley.

e) *Dispondrá de las más amplias facultades de investigación y fiscalización, pudiendo requerir de los organismos especializados la colaboración necesaria a los efectos de la realización de inspecciones, investigaciones, pericias, controles y comprobaciones. Podrá, asimismo, requerir la comparecencia de los investigados y de terceros a efectos de proporcionar información. Los datos e informaciones obtenidos solo podrán ser utilizados para las finalidades previstas en la ley.*

f) Solicitar en forma fundada, al Juez competente, las medidas cautelares que estime pertinentes, procedimiento en el que estará exonerado de prestar contracautela.

g) Proyectar y someter a la consideración del Poder Ejecutivo el procedimiento pertinente, a los efectos de la constatación de la realización de los actos o las prácticas prohibidos y la aplicación de sanciones, ya sea de oficio o por denuncia de parte interesada y legitimada al respecto, garantizándose al denunciado o investigado el ejercicio del derecho de defensa.

h) *Promover la celebración de acuerdos, conciliaciones o compromisos de cese, en los asuntos sometidos a su consideración.”*

En materia de servicios de energía y agua, compete a la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA), creada por la Ley N° 17.598 de 13 de diciembre de 2002, *“prevenir conductas anticompetitivas y de abuso de posición dominante en las actividades de la industria respectiva, según lo dispuesto en los artículos 13 y siguientes de la Ley N° 17.243 de junio de 2000, y 157 y siguientes de la Ley N° 17.296 de 21 de febrero de 2001, en materia de defensa de la competencia, respetando el principio de igualdad”* (artículo 14, literal O) de la Ley N° 17.598 citada).

En materia de servicios de comunicaciones, compete a la URSEC, *“prevenir conductas anticompetitivas y de abuso de posición dominante en las actividades referidas en el artículo 71 de la precitada ley -refiere a la ley N° 17.296, de creación de dicha Unidad Reguladora- sin perjuicio de lo dispuesto en las normas vigentes en materia de servicios públicos y monopolios legalmente establecidos”* (artículo 89 de la ley N° 17.556 de 18 de setiembre de 2002).

Adicionalmente, el artículo 2° de esta ley incluye entre los objetivos conforme a los cuales deben cumplirse las actividades reguladas por la URSEA, *“la promoción de la competencia en la prestación, sin perjuicio de los monopolios y exclusividades legalmente dispuestos”* (literal F). En esta disposición, puede advertirse que el legislador tuvo clara la distinción explicada *“supra”*, entre actividades monopólicas y actividades en régimen de servicio público respecto de las cuales pueden consagrarse exclusividades.

Idéntica previsión se encuentra contenida en el literal d) del artículo 72 de la Ley N° 17.296, aplicable en el ámbito de competencia de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC), creada por esta ley.

Ambas Unidades Reguladoras son órganos desconcentrados del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de la facultad de avocación de éste, con funcionamiento en el ámbito de la Comisión de Planeamiento y Presupuesto, con autonomía técnica y atribuciones de regulación y control (artículos 1° y 3° de la Ley N° 17.598, y 70 y 74 de la Ley N° 17.296).

Corresponde analizar cómo se armonizan, a partir de las disposiciones mencionadas, las atribuciones en materia de defensa de la competencia, de la Dirección General de Comercio y cada una de estas Unidades Reguladoras.

Tomando las antes citadas normas atributivas de competencia a la URSEA en la materia, puede observarse que los verbos nucleares son: “prevenir” y “promover”.

En el Diccionario de la Academia, la locución “prevenir” tiene el significado de “preparar, aparejar y disponer con anticipación las cosas necesarias para un fin; prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio”; pero también “precaer, evitar, estorbar o impedir una cosa”.

Por su parte, “promover” es, según dicho Diccionario, “iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro; tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo”.

Vale decir que la URSEA y la URSEC tienen el “poder-deber” –ya que las atribuciones orgánicas son poderes-deberes- de precaer, evitar o impedir las conductas anticompetitivas y de abuso de posición dominante en las actividades bajo su regulación y control (artículo 14, literal O) de la ley N° 17.598 y artículo 89 de la ley N° 17.556, respectivamente). Por otra parte, en dichas actividades debe cumplirse el objetivo de procurar el logro de la libre competencia en la prestación, sin perjuicio de los monopolios y exclusividades (artículo 2°, literal F de la misma ley, y literal d) del artículo 72 de la Ley N° 17.296).

A nuestro juicio, el tenor del literal O) del artículo 14 citado permite sostener que la autoridad de aplicación de las normas de defensa de la competencia es, en el ámbito de las actividades reguladas por la URSEA, la propia URSEA. En efecto, expresa la ley que su poder-deber de prevenir, esto es, precaer, evitar o impedir las conductas prohibidas, en las actividades reguladas, se cumplirá “según lo dispuesto en los artículos 13 y siguientes de la Ley N° 17.243, de 30 de junio de 2000, y 157 y siguientes de la Ley N° 17.296, de 21 de febrero de 2001.”

En el caso de las actividades de la industria eléctrica, ello surge de manera clara e indubitable, además, del artículo 18 del Reglamento del Mercado Mayorista aprobado por Decreto N° 360/002 de 11 de setiembre de 2002: *“El Regulador será la autoridad de aplicación en el ámbito del sector eléctrico, de las normas sobre defensa de la competencia contenidas en los artículos 13 a 15 de la Ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000 y 157 y 158 de la Ley N° 17.296 de 21 de febrero de 2001, y tendrá competencia en el control de los actos y conductas prohibidos.”*

Normas de defensa de la competencia, concordantes con los artículos 14 y siguientes de la Ley N° 17.243 fueron incluidas, en el ámbito de competencia de la URSEA, también en el Capítulo IV de la reglamentación de actividades vinculadas al Gas Licuado de Petróleo (GLP), aprobado por Resolución de dicha Unidad N° 5/004 de 6 de febrero de 2004.

La atribución de competencia en la materia no es tan clara para la URSEC, en virtud de que el artículo 89 de la Ley N° 17.556 no incluye la remisión que aparece en el literal O) del artículo 14 de la Ley N° 17.598: *“según lo dispuesto en los artículos 13 y siguientes de la Ley N° 17.243 de junio de 2000, y 157 y siguientes de la Ley N° 17.296 de 21 de febrero de 2001, en materia de defensa de la competencia, respetando el principio de igualdad”*, remisión que refiere a las normas sustantivas de defensa de la competencia, así como a la potestad sancionatoria y a las funciones y facultades del órgano de aplicación.

4. Procedimiento

El procedimiento para la investigación y tramitación de los hechos presuntamente ilícitos en materia de defensa de la competencia se rige por lo dispuesto en los artículos 2° y siguientes del Decreto N° 86/001.

Se trata de un procedimiento particular en razón de la especialidad de su objeto, sin perjuicio de la aplicación supletoria del Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991 (artículo 9° del Decreto N° 86/001).

Las **etapas** de este procedimiento son las siguientes:

a) Iniciación de oficio, o a instancia de parte (emitiéndose pronunciamiento sobre la pertinencia de la denuncia en diez días)

b) Vista al presunto responsable, con plazo de diez días

c) Resolución sobre la prosecución o clausura, con plazo de diez días

d) Notificación personal a las partes

e) Diligenciamiento de la prueba pendiente, en sesenta días

f) Vista a las partes, en un plazo común de quince días

g) Resolución en un plazo de sesenta días

El procedimiento puede iniciarse **de oficio o por denuncia de parte**: persona física o jurídica, pública o privada cuyos intereses resulten perjudicados (artículo 2° del Decreto N° 86/001). Para iniciar el procedimiento se requiere, entonces, la **titularidad** de un interés perjudicado. La norma no especifica que deba tratarse de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, por lo que cabe concluir que resulta suficiente la invocación de un interés simple.

El derecho subjetivo es la situación jurídica subjetiva, cuya titularidad determina que la satisfacción de la pretensión esté impuesta por una regla de Derecho. Esa satisfacción es jurídicamente necesaria, y el ordenamiento jurídico proporciona los medios para obtenerla. En cambio, cuando existe un interés legítimo, si bien la pretensión está basada en reglas de Derecho, la satisfacción no es jurídicamente necesaria, siendo legítimo el comportamiento satisfactorio, pero también otro u otros no satisfactorios de la misma. La pretensión puede legítimamente ser satisfecha o puede legítimamente ser insatisfecha. En consecuencia, la satisfacción depende del ejercicio de una potestad discrecional⁴⁰.

La norma tampoco exige que se trate de un interés directo o personal.

Si el procedimiento se iniciara de oficio, se hará una relación de los hechos y fundamentos que lo motiven.

Si se iniciara por denuncia, ésta deberá contener identificación del denunciante, domicilio, objeto de la denuncia, hechos y derecho en que se funda, acreditándose los extremos exigidos por la ley y acompañando medios probatorios (artículo 3º). El órgano de aplicación debe expedirse sobre la pertinencia de la denuncia en un plazo de diez días (que son hábiles y perentorios como los demás del Decreto, según lo dispuesto en su artículo 8º).

Si decidiera que la denuncia es pertinente, la Administración dispondrá una **vista** al presunto responsable por el plazo de diez días. También se conferirá vista de la relación de hechos y fundamentos, por igual plazo, si el procedimiento se iniciara de oficio.

Contestada la vista o vencido el plazo respectivo, se dictará **resolución** con plazo de diez días, sobre la prosecución del procedimiento o su clausura si no hubiera mérito suficiente, **notificándose** personalmente a las partes (artículo 4º).

Notificada la resolución de continuación de los procedimientos, se dispondrá el diligenciamiento de la **prueba pendiente** en el plazo de sesenta días, pudiendo rechazarse la manifiestamente inconducente y requerir de oficio otros medios probatorios (texto dado por el artículo 1º del Decreto N° 440/002).

Concluido el período de prueba se conferirá **vista** a las partes en un plazo común de quince días, dictándose **resolución** en un plazo máximo de sesenta días (artículo 6º).

En cualquier estado del procedimiento, la autoridad de aplicación podrá:

- a) convocar a audiencias, para promover la celebración de acuerdos o conciliaciones,
- b) ordenar el cese provisorio de la conducta presuntamente ilícita,
- c) y llegar a acuerdos de cese o modificación de conductas con el presunto responsable, suspendiéndose los procedimientos (artículo 7º).

5. Sanciones

Las sanciones a los incumplimientos de las normas de defensa de la competencia se encuentran previstas en el artículo 157 de la Ley N° 17.296. Ellas son:

- a) el apercibimiento,
- b) el apercibimiento con publicación a costa del infractor,
- c) la orden de cese definitivo de los actos o conductas prohibidos y la remoción de sus efectos,
- d) multa de 500 hasta 20.000 Unidades Reajustables según que la infracción se califique de leve, grave o muy grave.

Estas sanciones pueden aplicarse de manera independiente o conjunta según las circunstancias del caso.

Cuando la gravedad de la infracción lo amerite podrá ordenarse el cese provisorio de los actos o conductas prohibidos, sin perjuicio de la iniciación del proceso administrativo que corresponda.

Los criterios para la determinación de la gravedad serán el daño causado, la modalidad y alcance de la restricción, la participación del infractor en el mercado, la duración de la práctica prohibida y la reincidencia o antecedentes del infractor.

Creemos que, por otra parte, nada obsta a que se apliquen, cuando corresponda por hallarse involucrada la competencia de regulación, las demás sanciones previstas en los artículos 89 de la Ley N° 17.296 y en el literal M del artículo 14 de la Ley N° 17.598, las que se graduarán según su gravedad y considerando la existencia o no de reincidencia.

A las ya mencionadas, las normas citadas agregan las siguientes: observación; las establecidas en los actos jurídicos habilitantes de la prestación de la actividad; decomiso de los elementos utilizados para cometer la infracción o de los bienes detectados en infracción, sanción que podrá ser aplicada en forma exclusiva

⁴⁰ Vid. Cajarville, Juan P., Procedimiento administrativo, Mont., 1992, ps. 48 y siguientes

o accesoria a las demás previstas; suspensión de hasta noventa días en la prestación de la actividad; y revocación de la autorización o concesión.

En cuanto a las multas entendemos que, en los casos en que el regulador ejerza estrictamente atribuciones de defensa de la competencia, deberá aplicar la norma especial del artículo 157 de la Ley N° 17.296, literal D). En tal sentido, no sería aplicable el criterio establecido en las normas que establecen la potestad sancionatoria general del regulador, en cuanto a que el monto de las multas sea repartido entre los usuarios afectados.

6. Arbitraje

El artículo 15 de la Ley N° 17.243 establece que toda contienda que se suscite que refiera a la defensa de la competencia, podrá ser sometida por las partes a arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el Título VIII del Libro II del Código General del Proceso. Agrega que la reglamentación promoverá la habilitación de centros especializados a tales efectos. Cabe destacar que, en esta norma, la prerrogativa de someter la contienda a arbitraje, es de las partes. A la autoridad de aplicación compete la habilitación de los centros especializados al efecto.

En cumplimiento de dicho mandato, el Capítulo III del Decreto reglamentario N° 86/001 prevé que las controversias suscitadas en razón de los actos lesivos de la competencia prohibidos por la ley podrán ser sometidos a la decisión de árbitros pertenecientes a los Centros Especializados de Arbitraje debidamente habilitados.

Dichos Centros Especializados estarán integrados por un mínimo de doce árbitros, que deberán ser personas de reconocida idoneidad en materia comercial, económica o jurídica.

En forma consistente con la solución legal, se dispone que el arbitraje se regulará por lo dispuesto en los artículos 472 y siguientes del Código General del Proceso.

Cabe agregar que también la URSEA tiene asignada la potestad de constituir, cuando corresponda, el Tribunal Arbitral que dirimirá en los conflictos entre partes, en el marco de lo establecido en los artículos 472 y siguientes del Código General del Proceso (artículo 14, literal J de la Ley N° 17.598). En el caso de la URSEC, el artículo 86 dispone en su literal u, la potestad de promover la solución arbitral de las diferencias que se susciten entre agentes del mercado.

III. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO ALTERNATIVA DE LA REGULACIÓN

Como señala Cases Pallares⁴¹, existen determinados ámbitos en que la operatividad exclusiva del Derecho de la competencia no resulta posible o suficiente. En ellos se ha considerado razonable la actuación de la regulación. Es lo que ocurre en las situaciones de monopolio natural, definido "*supra*", o en que la competencia no asegura determinadas finalidades sociales.

El autor cita la opinión de alguna doctrina, que considera a la prohibición de conductas anticompetitivas como un caso de regulación en la medida en que se actúa mediante agencias, una regulación menos restrictiva e invasora⁴². Otros, como Breyer⁴³, en cambio, estiman que el Derecho de la competencia difiere de la regulación, tanto en sus propósitos como en sus métodos. En cuanto a sus propósitos, el Derecho de la competencia procura conseguir las condiciones para crear o mantener los elementos de un mercado competitivo, más que repetir los resultados de la competencia o corregir sus defectos. En cuanto a sus métodos, es un Derecho que actúa negativamente, por la prohibición de determinados tipos de conducta, en tanto que la regulación ordena, de manera positiva, comportamientos determinados.

Cases Pallares coincide con la perspectiva de Breyer, concluyendo en que la defensa de la competencia no es otra forma de regulación, sino una alternativa a ella. Mientras que la defensa de la competencia se coloca en una posición vigilante, como instrumento de acción indirecta que opera corrigiendo "*ex post*" las conductas que afectan el mercado, la regulación es directa, definiendo las conductas de las empresas en el mercado "*ex ante*".

⁴¹ Cases Pallares, L., ob. cit., pags. 35 y siguientes

⁴² Majone y La Spina, *Lo Stato regolatore*, cit. por Cases Pallares, ob. cit., pag. 38

⁴³ Breyer, S., *Antitrust, deregulation and the newly liberated marketplace*, cit. por Cases Pallares, ob. cit., pag. 38

En sentido complementario de lo expresado, López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz señalan que, en general, los reguladores imponen condiciones de comportamiento mientras las autoridades de competencia imponen condiciones estructurales; los reguladores intervienen con frecuencia y necesitan un flujo de información continuo, mientras las autoridades de competencia actúan tras denuncia y recogen la información para el caso concreto; los reguladores persiguen un conjunto de objetivos más amplio, que les permite realizar un “*trading off*” entre ellos, sacrificando el objetivo de competencia⁴⁴.

Por otro lado, estos autores afirman la necesidad de una regulación para la competencia en los sectores regulados.

Diferentes han sido las soluciones en el Derecho comparado, desde el punto de vista de atribución de cometidos y poderes jurídicos, a efectos de lograr consistencia entre regulación y defensa de la competencia. En algunos países, como es el caso de Nueva Zelanda, se ha conferido potestad regulatoria al órgano que tiene atribuida la defensa de la competencia. En otros, como el Reino Unido, se prevé que el regulador tenga potestad para tratar temas de defensa de la competencia y, finalmente, en países como Alemania o Francia, se establecen mecanismos de coordinación entre el órgano regulador y el de defensa de la competencia.

IV. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN SECTORES REGULADOS

Según se señaló “*supra*”, compartimos la visión de la competencia como un proceso dinámico de rivalidad. Al respecto, Fernández Ordóñez⁴⁵ afirma que hay competencia allí donde los agentes que venden sus servicios están en tensión, preocupados porque sus clientes puedan abandonarlos porque no quieran seguir con ellos o porque sus competidores se los quiten. “Hay competencia cuando hay rivalidad entre los productores, y esta rivalidad es posible si el consumidor tiene la posibilidad real de elegir.”

También compartimos el enfoque propuesto por López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz en el sentido de que la competencia en sectores regulados reviste características singulares, que resultan consecuencia de las peculiaridades de las actividades en dichos sectores, y que plantean la necesidad de una reformulación de la teoría y el Derecho de la competencia. En el nuevo modelo, la regulación trata de promover la competencia donde ella es posible y se limita a proteger los intereses de los consumidores –con referencia a seguridad, calidad y precio– donde ella no lo es. En este sentido, la regulación complementa el mercado, no lo sustituye.

A) Características particulares de los mercados regulados

Las principales particularidades de los sectores sujetos a regulación, que justifican la necesidad de una reformulación de la teoría y el Derecho de la competencia son las siguientes⁴⁶:

- a) Las actividades se desenvuelven en mercados en transición hacia la competencia
- b) Esos mercados muestran una fuerte tendencia a su reestructuración
- c) Se trata de sectores basados en infraestructuras de red
- d) Muchas de sus actividades se cumplen en régimen de servicio público
- e) El desarrollo de esas actividades suele tener importante impacto ambiental
- f) En el desarrollo de las actividades se presenta un fuerte riesgo de colusión

Con respecto a la primera de las características señaladas, de ser **mercados en transición hacia la competencia** –como ocurre, por ejemplo, con la generación de energía eléctrica en nuestro país, a partir de la Ley de marco regulatorio del sistema eléctrico nacional N° 16.832 de 17 de junio de 1997, que descalificó dicha actividad como servicio público–, puede observarse que se presenta la necesidad de dictar disposiciones transitorias a efectos de contemplar derechos adquiridos o expectativas legítimas de los operadores instalados o de determinados usuarios. Tal es lo que ocurre en nuestro país con referencia a la determinación del consumo para poder acceder a la categoría de gran consumidor de energía eléctrica, el que deberá reducirse progresivamente a efectos de ampliar el número de quienes pueden adquirir energía directamente en el mercado mayorista. El artículo 11 de la Ley N° 16.832 y el literal f) del artículo 6° del Reglamento General aprobado por Decreto N° 376/002 de 28 de junio de 2002, aluden a que se creen las condiciones para que los distribuidores y grandes consumidores puedan comprar energía a diferentes generadores, en un régimen de competencia que permita mejores condiciones.

⁴⁴ López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz, pags. 303 y 304

⁴⁵ Cit. por López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz, pag. 275

⁴⁶ Seguiremos para este análisis, el trabajo de López de Castro y Ariño cit.

Como consecuencia de esta característica de mercados en transición, también suelen adoptarse medidas coyunturales que favorezcan la entrada de nuevos agentes, mediante lo que se ha dado en llamar “discriminación positiva”.

La segunda característica, de la **tendencia a la reestructuración de los mercados**, se manifiesta en fenómenos de globalización, concentración empresarial, e integración de servicios.

Los estudios en la materia analizan al aumento de tamaño de las empresas, dando lugar a la llamada “obsesión o fiebre por el tamaño”, a pesar de que ese aumento tiene límites (deseconomías de escala, agotamiento de sinergias, etc.) que se contraponen a sus ventajas, siendo difícil la determinación de su nivel óptimo, aspecto que concierne a la regulación para la competencia.

Muchas empresas procuran la expansión internacional, la concentración horizontal, o la integración vertical. Como señalan López de Castro y Ariño, las fusiones y adquisiciones empresariales están sometidas en todos los países al control de las autoridades de defensa de la competencia y autoridades reguladoras.

Al respecto, se cita como ejemplo la decisión del Gobierno español de 1999 -siguiendo la recomendación del Tribunal de Defensa de la Competencia- que declara improcedentes por limitar gravemente la competencia en los mercados españoles de distribución de gas natural a consumidores regulados, y en el de comercialización de gas natural, las operaciones de concentración notificadas por Endesa y Gas Natural, de las que resultaba la integración de sus redes de gas natural en Aragón y Andalucía.

Otro ejemplo lo constituye la resolución del Ente Nacional Regulador de la Energía argentino (ENRE), de 10 de agosto de 2000, que exige que el grupo Endesa reduzca su participación en el sector de la distribución de energía eléctrica, ya que dominaba el cuarenta por ciento de dicho mercado por medio de Edenor y Edesur.

Otra tendencia que puede observarse en el ambiente de reestructuración de los mercados, es la de integración en empresas multiservicios, multimedia o multienergías, buscando la complementariedad de ventajas y activos. Ello es muy patente entre los sectores de telecomunicaciones y audiovisual, entre electricidad, gas y petróleo, así como con el sector financiero (alianza entre Telefónica de España y el BBVA, por acuerdo de 11 de febrero de 2000). Señalan López de Castro y Ariño, que convertirse en empresa “*multiutility*” es una prioridad estratégica de las empresas europeas.

Que sean sectores basados en **infraestructuras en red** supone, en ocasiones, una barrera⁴⁷ a la entrada de nuevos operadores. A efectos de superar esa dificultad, la regulación utiliza como instrumentos, la separación de actividades, la consagración del derecho de acceso y la gestión independiente del sistema.

La separación de actividades (“*unbundling*” o desintegración vertical de las distintas fases o segmentos del negocio) se traduce en medidas que tienen que ver con su diferente régimen jurídico y la estructura de la empresa. En lo relativo a la estructura de la empresa, puede ir desde una mera separación contable, pasando por una separación contable y de gestión, hasta una separación jurídica que, a su vez, puede permitir grupos o *holdings* o exigir una total separación accionaria.

La separación contable aparece justificada por la necesidad de garantizar criterios de transparencia in cuanto a los costos y las utilidades generadas en las diferentes fases de la actividad. La jurídica tiene por objeto evitar la puesta en práctica de conductas discriminatorias o predatorias por los operadores dominantes, que podrían aprovechar su capacidad financiera y peso en el mercado para impedir el acceso y consolidación de nuevos operadores. La separación de actividades también tiene que ver con la definición de regímenes diversos para actividades competitivas y no competitivas.

En nuestro país, el artículo 5° del Reglamento General para el sector eléctrico dispone que los sujetos que realicen más de una actividad de la industria eléctrica deberán presentar al regulador, resultados económicos de gestión separados para cada una de ellas, de acuerdo con las normas que dicho regulador establezca. Este principio de separación contable tiene su base legal en el artículo 15 de la Ley N° 16.832. Solución similar se consagró para las actividades de comercialización mayorista, transporte, envasado, recarga y distribución de Gas Licuado de Petróleo (GLP, supergás), en el artículo 27 del Reglamento respectivo aprobado por Resolución de la URSEA N° 5/004 de 6 de febrero de 2004.

El derecho de acceso a las redes de energía eléctrica es recogido en nuestro ordenamiento por el artículo 11 de la Ley N° 16.832 y el literal e) del artículo 6° del Reglamento General, y aparece mencionado entre los objetivos de la Exposición de Motivos de la ley. Se alude en dicha Exposición, a que debe promoverse el libre acceso de los generadores a todas las instalaciones de transporte de energía eléctrica, en condiciones de igualdad y no discriminación, con las únicas limitaciones que señala el Decreto-Ley Nacional de Electricidad y el propio proyecto de ley de marco regulatorio. También se recoge en el artículo 34 del Reglamento de

⁴⁷ Las barreras a la entrada pueden ser de diferente naturaleza: financieras, tecnológicas, jurídicas

Trasmisión aprobado por Decreto N° 278/002 de 28 de junio de 2002, según el cual todo agente productor tiene derecho a conectarse a la red de interconexión.

En cuanto a la gestión independiente del sistema, el artículo 4° de la Ley N° 16.832 crea al efecto, la Administración del Mercado Eléctrico (ADME), como persona pública no estatal, con el cometido de administrar el mercado mayorista de energía eléctrica. Los artículos 19 y 20 del Reglamento del Mercado Mayorista de Energía Eléctrica enumeran los cometidos a cargo de la ADME, relacionados con el servicio de operación del sistema y con el servicio de administración del mercado.

También reviste importancia a los efectos de la adopción de decisiones de regulación para la competencia, la identificación de los mercados relevantes. Como observan López de Castro y Ariño, mientras las actividades de telecomunicaciones y petroleras actúan en un mercado global, las de las industrias eléctrica y del gas lo hacen en mercados de menor dimensión.

El **carácter de servicio público** de muchas de las actividades reguladas hace que deba tenerse en cuenta al regular, la necesidad de su continuidad y universalidad, aspectos que se traducen en las llamadas “cargas del servicio público”.

El fuerte componente de régimen de Derecho público de estas actividades se pone de manifiesto en los objetivos consagrados en las leyes de creación de la URSEC y la URSEA, especialmente “la extensión y universalización del acceso a los servicios que ellas implican”, “la protección del medio ambiente”, “la seguridad del suministro”, “la adecuada protección de los derechos de los usuarios y los consumidores”, y “la prestación igualitaria, con regularidad, continuidad y calidad de los servicios” (artículos 2° de la Ley N° 17.598 y 72 de la Ley N° 17.296).

El **impacto ambiental** de las actividades determina restricciones de ubicación y controles de entrada.

Finalmente, el generalmente reducido número de oferentes, la concentración, la relativa inelasticidad de la demanda, entre otros factores, facilitan los **comportamientos colusivos**, aspecto que también debe ser atendido por la regulación para la competencia.

Todos los fenómenos apuntados tienen lugar, además, en el contexto de una economía que se internacionaliza y se internetiza en un proceso retroalimentado⁴⁸, permanentemente impactada por los cambios tecnológicos.

Particularmente en lo que tiene que ver con los **nuevos mercados tecnológicos**, cabe señalar que se trata de ámbitos en los que, de manera constante, se lanzan nuevos productos y servicios, poniendo en jaque los conceptos tradicionales de posición de dominio y mercado relevante. En efecto, el producto nuevo en el mercado detentará por un tiempo esa dominancia, pero no sería adecuado considerarlo lesivo de la competencia, en la medida en que no existan barreras a la entrada de otras innovaciones.

B) Principios de una regulación para la competencia

Suelen indicarse como **objetivos de la regulación**:

- a) La protección de los derechos de los usuarios o consumidores.
- b) La sostenibilidad en el sentido de continuidad y seguridad del servicio en el largo plazo.
- c) La eficiencia tanto productiva (minimización de costos) como asignativa (igualación de costos y precios).
- d) La equidad.

El objetivo mencionado en primer lugar aparece como primario o principal. Los demás objetivos aparecen como secundarios o instrumentales al objetivo principal.

Según se anticipara, la regulación para la competencia, que también debe cumplirse para la prosecución del objetivo de protección de los derechos del consumidor, se propone establecer condiciones para que la competencia sea efectiva en los sectores en que ella es posible como proceso dinámico de rivalidad, lo que supone reglas de juego que aseguren la contestabilidad de esos mercados. Ellas son⁴⁹:

a) Libertad de entrada previa obtención de una autorización una vez verificado el cumplimiento de condiciones técnicas y económicas. Un ejemplo de ello lo constituye el régimen de autorizaciones previsto en las reglamentaciones para los sectores eléctrico, de GLP y de GNC en el ámbito de competencia de la URSEA.

b) Libertad de acceso (“*Third Party Access*” – ATR) a las infraestructuras (“*essential facilities*”), en el marco de estatutos claros y contra el pago del peaje o canon que corresponda. Como se anticipara, este principio se encuentra recogido en nuestro país, para el sector eléctrico.

⁴⁸ Conf. Petitbó A., El reto de la competencia en la era Internet, citado por López de Castro y Ariño, ob. cit., pag. 215

⁴⁹ Conf. López de Castro y Ariño, ob. cit., pags. 20 y siguientes

c) **Libertad de contratación y formación competitiva de precios**, correlativa de la libertad de elección del consumidor, principio éste, que consagra nuestro Derecho positivo en el artículo 2º, literal H de la Ley N° 17.598 de creación de la URSEA, y en el artículo 72, literal f de la Ley N° 17.296 de creación de la URSEC. Este principio no obsta a la existencia de un despacho central del sistema como ocurre en nuestro marco regulatorio para el sector eléctrico.

d) **Libertad de inversión**. Al respecto, nuestra reglamentación del sector eléctrico prevé la realización de ampliaciones de la red por requerimientos particulares, que son aquellas en que los solicitantes (que pueden ser, por ejemplo, generadores o comercializadores internacionales) se comprometen al pago de todos los costos asociados a la nueva instalación, percibiendo como contrapartida, de ser requerido su uso por terceros, un cargo de transmisión por el uso de las instalaciones adaptadas, cuando resulten beneficiosas para el sistema. Se prevé, asimismo, la posibilidad de realizar ampliaciones de uso exclusivo, que son aquellas en que los agentes (grandes consumidores, por ejemplo) asumen todos los costos de transmisión de instalaciones necesarias par su uso exclusivo.

En los sectores de **actividades no competitivas**, sea por la presencia de elementos de monopolio, sea por la prestación de servicios que deben cumplir con el objetivo de extensión y universalización del acceso (literal A del artículo 2º de la Ley N° 17.598 y literal A del artículo 2º de la Ley N° 17.296), la regulación se cumplirá igualmente orientada a proteger los derechos de los consumidores. En los sectores de actividades de servicio universal, la regulación supondrá la imposición de las llamadas “cargas del servicio público”, sin perjuicio de las compensaciones que ellas puedan hacer razonables.

Finalmente debe destacarse, a efectos de lograr una exitosa regulación, tanto en los sectores de actividades competitivas como en los de actividades que no lo son, la necesidad de asegurar la **separación de los roles** del Estado diseñador de políticas, regulador y prestador.