

Sección Monográfica

El nuevo derecho de los monopolios en Argentina

Rafael Pérez Miranda

El artículo hace referencia a la necesidad de modernizar la legislación monopólica en los países en desarrollo, tanto por los procesos de concentración de los mercados nacionales como por la acelerada tendencia a las fusiones en el mercado mundial que deriva, en gran medida, de la denominada globalización económica. Argentina fue uno de los países que comenzó la modernización a principio de los años ochenta, sin embargo esta norma no contemplaba regular las fusiones, por lo cual fue necesario sancionar la Ley de Defensa de la Competencia 25.156 que contempla la prohibición de cláusulas restrictivas de la competencia, el abuso de posición dominante en el mercado y regula las fusiones de empresas que se realicen en el país o fuera de él afectando el mercado local (en la relación de matrices y filiales).

The article makes reference to the necessity to modernize the monopoly legislation in the developing countries, in the face of the national market concentration process and the accelerating tendency to fusions in the world market, which in great measure derives from the so called economic globalization. Argentina was one of the countries that started this modernization in the early eighties, however, this norm did not contemplate the regulation of fusions; this, it was necessary to sanction the Law for the Defense of the Competition 25.156 (Anti-trust Law) that prohibits competence restrictive clauses, dominating position abuse in the market, and regulates the functions of the enterprises carried out in the country or abroad that affect the local market (in relation to head offices and subsidiaries).

Sumario: Presentación. / Antecedentes legislativos en Argentina. / La nueva Ley de Defensa de la Competencia. / Prácticas restrictivas de la competencia. / Abuso de posición dominante. / Regulación de la concentración del mercado. / Responsabilidad de las personas jurídicas. / Propiedad intelectual y competencia. / Bibliografía.

presentación

El nuevo orden mundial y los procesos de desregulación y privatización en la política económica y jurídica nacional han estimulado una tendencia generalizada a la modernización de la legislación relacionada con los monopolios y las prácticas monopólicas en los países en desarrollo, en los cuales este tipo de controles no estaba previsto o habían

sido indirectos.¹ El comportamiento de las empresas en estos países había marcado un ritmo diferente al de los países industrializados, si bien en estos tampoco podemos afirmar que haya habido etapas que los comprendan en su conjunto. En efecto, el proceso intenso de fusiones que caracteriza las dos últimas etapas del siglo XIX en Estados Unidos no

* Universidad Autónoma Metropolitana.

1. Sobre la posibilidad de que se incluya en la nueva ronda de la Organización Mundial del Comercio disposiciones anti monopólicas con vocación universal, véase PÉREZ MIRANDA, Rafael, "La Organización Mundial del Comercio y la Ronda del Milenio: La agenda del próximo siglo", revista

tuvo un espejo igual o similar en Europa. Los procesos de fusión y control monopólico del Estado fueron estimulados en el período de entre guerras mundiales en Europa, mientras en Estados Unidos seguía funcionando una legislación *antitrust* y de prohibición de las prácticas monopólicas relativamente eficiente. Los comportamientos homogéneos en los países industrializados los comenzamos a visualizar recién a partir de la segunda guerra mundial. Los motivos simplistas que intentaban explicar las oleadas de fusiones y que llegaron a ser parte estructural de teorías económicas y políticas, como la teoría del imperialismo sustentado en la concentración y centralización económica, dieron lugar a búsquedas más analíticas que no han logrado una sistematización pacífica en la doctrina.²

En los países en desarrollo, las etapas respondieron en algunos casos a necesidades derivadas de aperturas demasiado apresuradas del mercado de importación de mercancías (período 1982/1994) derivados de la adhesión de muchos países al GATT o de las presiones del Fondo Monetario Internacional que presionó estos comportamientos aplicando la condicionalidad a la mayoría de las economías emergentes que debían renegociar su deuda externa y, a partir de 1994, como se expondrá, a los comportamientos agresivos de las empresas que se radican en ellos y, en muchos casos, a los fracasos de las privatizaciones que se originan en procesos apresurados y, en un número significativo de casos, a comportamientos corruptos de privatizadores y de adquirentes, que llevó aceleradamente a quiebras de empresas que eran estatales, a la adquisición de las mismas por capitales extranjeros o nacionales más poderosos, adquisiciones que en muchos casos significaban privilegios monopólicos u oligopólicos. Este último es el caso de la privatización de la banca y de muchos servicios; en muchos países el proceso provocó fuertes movimientos políticos, con destituciones de jefes de estado o con denuncias graves que no se investigaron por la protección política de parlamentos

en los cuales el ejecutivo contaba con mayoría parlamentaria propia.

En el orden internacional, se puede visualizar el inicio de un aceleramiento en la tendencia a la concentración empresarial a mediados de los años ochenta, que cobró dinamismo al entrar en vigencia el tratado que crea la OMC y se acentúa en los años 1998 y 1999. En las industrias que sustentan sus ganancias en nuevas tecnologías o en técnicas oligopolizadas (farmacéuticas, biotecnológicas, automotriz, manufactura y prestación de servicios telefónicos), la tendencia mundial a las fusiones ha dejado el control del precio de los factores de la producción en manos de no más de cinco a diez empresas por área productiva; número que en algunos se reduce a tres o cuatro de ellas (comunicaciones satelitales, informática). Muchas de estas fusiones, que se realizan en los países sede de las matrices, repercuten directa o indirectamente en muchos otros donde alguna de las fusionadas, o todas ellas, han realizado inversiones y mantienen negocios estables; es lógico en estos casos que los países que verán afectados sus mercados por las fusiones requieran o pretendan realizar una investigación sobre esos efectos y establecer un control que se traduce generalmente en autorizaciones locales adicionales a las autorizaciones centrales.

La ampliación de los derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial se universalizan a partir del Acuerdo sobre Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC, más conocido por su sigla en inglés TRIP's). Esta ampliación tiene una vertiente cualitativa que se relaciona con nuevas tecnologías que no eran protegidas por el sistema tradicional que origina en los Tratados de París (propiedad industrial) y de Berna (derechos de autor), como los organismos vivos, los microprocesadores (topografía tridimensional de semiconductores), los programas de cómputo, las señales de satélite, las obtenciones de nuevos vegetales. Tiene, por otra parte, una vertiente cuantitativa, que se relaciona especialmente con el tiempo que otorga al privilegio monopólico de explotación exclusiva que pasa, de un promedio de quince años a un mínimo de veinte en el caso de las patentes y de un promedio mundial de 25 a un mínimo de cincuenta, que en muchos países (México, entre otros) se extiende a setenta y cinco. En el aspecto empresarial los derechos de autor y derechos conexos pasan a ser importantes por cuanto es el tipo de protección que comprende a los programas de cómputo, base de datos y señales de satélite a que se hizo referencia. La inserción de disposiciones orientadas a evitar el abuso de patentes y de derechos de autor en la legislación específica (técnica legislativa adoptada por Chile y Argentina, por

2. LOZANO GARCÍA, Ma. Belén, *Las fusiones de empresas: un enfoque contractual*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 1999. Véase en especial el capítulo; "Las fusiones empresariales: el porqué de su realización", en la que habla de tres etapas: de 1905 a 1940; de 1940 a 1975; de 1975 a la actualidad. Esta periodización amerita al menos dos comentarios críticos: el primero es que se refiere a procesos centrados en Estados Unidos, los cuales, como explicamos en el texto, no pueden extrapolarse al resto del mundo. El segundo, es que el "hasta nuestros días" debe entenderse hasta los primeros años de inicio de la globalización mundial, que sin duda marcan una nueva etapa, con objetivos bastante claros de control oligopólico del mercado mundial. Sobre explicaciones tradicionales relacionadas con el control monopólico de factores relevantes del mercado, como precios, ganancias, producción a escala y, en especial, el establecimiento de barreras de ingreso al mercado de la competencia o de competencia potencial, véase BAÍN, Joseph, *Organización Industrial*, Ed. Omega, Barcelona, 1976.

ejemplo) son de difícil aplicación si no se encuentran relacionadas con disposiciones más generales. En algunos casos, como el de las franquicias, las cláusulas más importantes de los contratos de licencia se relacionan con acciones generalmente reprimidas por la legislación anti monopolística; otro factor importante ha sido el debate sobre el agotamiento de patente que faculta el establecimiento de precios diferenciales en el mercado internacional y se constituye en un obstáculo técnico sero aceptado al tráfico internacional de mercancías.

También la apertura de las fronteras derivadas de los acuerdos suscritos al interior de la Organización Mundial del Comercio y de los tratados regionales de integración económica, sujetan a muchos países a las presiones de corporaciones transnacionales que controlan, según informes de la misma OMC, un tercio del comercio internacional en transacciones intra firmas, son origen o destino de otro tercio y dejan sólo para un tercio el intercambio mercantil entre empresas relativamente independientes. Los acuerdos regionales, por otra parte, establecen en algunos casos regulaciones de las prácticas monopolísticas y de las fusiones u obligan a los países partes a legislar sobre la materia. Las disposiciones del Tratado de Roma, que dan origen a lo que hoy es la Unión Europea y la evolución reglamentaria y jurisprudencial que derivó de su aplicación, sirvieron de fuente a múltiples legislaciones, junto a la tradicional legislación norteamericana.

Las viejas normas anti monopolísticas, poco prácticas y de difícil aplicación, como la mexicana de la década de los años treinta o la argentina de los años cuarenta, debieron ser complementadas con normas nacionales que intentaban evitar los efectos nocivos de la competencia de las grandes corporaciones transnacionales con las empresas nacionales, o el abuso de posición dominante en las transacciones internacionales. Estas disposiciones correspondieron a la esfera de competencia que se denominó estatuto de la inversión extranjera: a) leyes sobre inversión que reservaban áreas estratégicas para el desarrollo a empresas estatales, a empresas nacionales o de mayoría de capital nacional; b) legislación sobre patentes y marcas, que limitaban el abuso del privilegio monopolístico, prohibían el patentamiento de productos estratégicos y limitaban el plazo por el cual se otorgaba la protección; c) legislación sobre transferencia de tecnología, que exigía que la tecnología objeto de la negociación

fuera moderna, que no se cobraran precios excesivos y que no se condicionara la transferencia a cláusulas colusivas que restringían las posibilidades del adquirente de recurrir a otros proveedores, de exportar mercancías o de patentar las mejoras; d) legislación sobre protección al consumidor y autorizaciones al ejecutivo para establecer precios máximos a productos básicos; e) flexibilidad en el establecimiento de prohibiciones de importar y altos aranceles, como medio de protección de la industria local, pero también para evitar la competencia con los grandes monopolios internacionales. Este proceso se verificó de manera más clara en los países de mayor desarrollo productivo y técnico de América Latina: México, Brasil y Argentina.⁴

Antecedentes legislativos en Argentina

La primera ley anti monopolística argentina en la segunda posguerra es informada en la Cámara de Diputados por su legislador más joven, que luego sería uno de los políticos más lúcidos e interesantes de ese país, John William Cooke, quien al fundamentar la ley destacó la existencia de dos tendencias respecto al tema en debate: la que considera necesario el crecimiento y desarrollo de grandes empresas, que a través de la organización de la producción y distribución a escalas óptimas y con tecnología moderna abarate los costos; y otra, a la que adhería, que se inclinaba por un mercado atomizado en el que la competencia interempresarial definiera los precios más adecuados. Esta presentación simplificada de un legislador que siendo abogado y estudioso de la economía política nunca abordó estas disciplinas profesionalmente, subsisten de cierta manera en el debate actual.

La ley 12.906 de represión anti monopolística sancionada en la primera legislatura peronista subsistió hasta el decreto ley (enumerado como ley) 22.262, del primero de agosto de 1980, sancionado por la dictadura militar que gobernó el país del sur entre 1976 y 1983. La nueva ley fue promulgada en un momento en que la política económica gubernamental promovía, por primera vez, en la segunda posguerra un proceso intenso de desregulación y liberalización económica que derivó en mayor inversión extranjera, adquisición de pequeñas y medianas empresas

3. CORREA, CLAUDIO-UGERGI., Salvador, *Patentes y Competencia*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1996.

4. PEREZ MIRANDA, RAFAEL-FELLINI GANDOLFO ZULITA EL DERECHO FRENTE A LOS MONOPOLIOS. ESTUDIOS DE DERECHO ECONOMICO, VOL. IV, INSTITUTO DE INVESTIGACION JURIDICAS, UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MEXICO, MEXICO, 1984, PP 65 Y SS.

por empresas transnacionales y grandes corporaciones nacionales, y en la posterior crisis recesiva de finales de la dictadura, la quiebra de gran parte de la industria nacional. Sin embargo, si bien la nueva ley incorpora ciertos conceptos modernos en materia de libre competencia, como los de abuso de posición dominante en el mercado y la enumeración de cláusulas colusorias, no hace referencia a los monopolios ni a la concentración empresarial por fusión; algunos autores destacaron en su momento como un aporte positivo que en la nueva ley no se incluyera la palabra monopolios.⁵

Las disposiciones de la ley, represoras de las prácticas monopólicas, permitieron elaborar antecedentes de interpretación administrativa y judicial que, en cierta manera, permitieron la sanción de la nueva ley que integra en un mismo cuerpo la regulación de las fusiones y las prácticas anticoncurrenciales.

La nueva Ley de Defensa de la Competencia⁶

La nueva ley argentina precisa con claridad el bien económico y social tutelado: el interés económico general que se sustenta en la competencia y el acceso al mercado. En razón de ello, expresa que su objetivo es reprimir y sancionar los actos o conductas que limiten, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia y el acceso al mercado, así como el abuso de posición dominante; pero ello sólo cuando exista la posibilidad de que se afecte el bien genérico tutelado, es decir, el interés económico general. Este último condicionante, que es parte integrante de las posteriores enumeraciones de la ley (véase art. 2 *in finé*), deberá ser considerado especialmente por las autoridades administrativas y judiciales de aplicación, otorgando una especial elasticidad a la norma.

En efecto, la posibilidad de afectar el interés económico general es aparentemente un elemento objetivo, pero en la práctica dependerá de la concepción subjetiva de los jueces y administradores sobre la función de la competencia y de la eficiencia productiva; traslada al campo de la aplicación de la ley una decisión que corresponde al ámbito normativo

del Poder Legislativo o del poder reglamentario del Ejecutivo en un campo en el cual la doctrina no es pacífica. A más de un siglo de aplicar normas represoras de las prácticas colusorias y de las fusiones, las autoridades administrativas y los jueces norteamericanos no han logrado una interpretación homogénea sobre las bondades de las grandes corporaciones y si es conveniente ordenar su atomización cuando la concentración se argumenta con base en reducciones de costo y mayor eficiencia productiva; ejemplo de ello lo tenemos en nuestros días en el desarrollo de los casos Microsoft e Intel, investigados y llevados a proceso por oficinas de aplicación diferentes ante sedes judiciales diferentes y que son evaluadas con diferente criterio. En este tema es interesante destacar la influencia que tuvo en el periodo reaganiano y en los primeros años posteriores la interpretación de la Escuela del Análisis Económico del Derecho en su vertiente más regresiva, que si bien ha visto disminuir su influencia en Estados Unidos, ha cobrado tardía vigencia en América Latina.

Prácticas restrictivas de la competencia

Conforme a lo expuesto, la norma establece tres tipos de conducta: reprime a) las prácticas restrictivas de la competencia que puedan resultar en perjuicio del interés económico general; b) el abuso de posición dominante en el mercado que pueda resultar en perjuicio del interés económico general; c) las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

La ley no define las prácticas restrictivas de la competencia, se limita al concepto general de *actos o conductas de cualquier forma manifestados*, por lo cual incluye los acuerdos tácitos derivados de listados de precios o de sugerencias de empresas líderes, *que tengan por objeto o efecto limitar, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado y de las cuales pueda resultar un perjuicio para el interés económico general*.

Realiza la ley una extensa lista de conductas descripta con bastante precisión que considera como prácticas restrictivas del comercio, sin embargo realiza la aclaración de que se trata de una enumeración ejemplificada; a partir de un estudio sistematizado de estos tipos reprimidos se podrán inferir otras conductas para incluirlas como prohibidas. Las acciones prohibidas son susceptibles de una clasificación genérica:

5. CIIFTISTRINSEN, Roberto, *Nueva Ley de Monopolio. Ley 22.262, de defensa de la competencia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 29 yss.
6. *Según el texto definitivo de la Ley 25.256 y Decreto 1019/99.*

- a) Prácticas colusivas: acuerdos entre competidores para obtener beneficios en el mercado que no obtendrían si compitieran abiertamente; destacan las consistentes en la concertación de precios de venta o de compra, intercambio de información sobre los precios; acordar la producción, distribución, compra o comercialización de bienes o servicios; distribución del mercado; concertar posturas en licitaciones o concursos públicos o privados; concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones.
- b) Imposición de cláusulas restrictivas de la autonomía empresarial: se trata de imposiciones en el tráfico interempresarial, que beneficia en exceso a una de las partes al impedir que su contraparte pueda beneficiarse de las diversas opciones que derivan de un mercado libre. Se enuncian las tradicionales consistentes en la subordinación de la venta de un bien a la adquisición o a no usar o adquirir otros bienes producidos o comercializados por un tercero.
- c) Conductas orientadas a impedir o dificultar el ingreso de una empresa, competidora o no, al mercado. Se enumeran expresamente el imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios; negarse injustificadamente a satisfacer pedidos de compra o venta de bienes o servicios; suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público.
- d) Cláusulas que pueden considerarse conductas previas orientadas a colocar a una empresa en situación de adquirir una posición dominante en el mercado, que puede derivar de las discriminatorias enunciadas en c) o de la venta o prestación de servicios a precios inferiores a su costo sin razones fundadas para desplazar a la competencia; igualmente producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios.

Abuso de posición dominante

La posición dominante en el mercado se define como una posición, una empresa a) único oferente o demandante (monopolio, monopsonio); b) cuando no está expuesta a una competencia sustancial; c) cuando está en condiciones de determinar

la viabilidad de un competidor o participante en el mercado. En todos los casos debe existir la posibilidad de que resulte un perjuicio para el interés económico general. En principio se trata de una situación objetiva que vincula a la empresa con las empresas de la competencia en relación con un bien o conjunto de bienes determinados.

Sin embargo, *aposteriori* la ley precisa el mercado que se debe tener en cuenta para definir si la empresa tiene esa posición dominante. Una misma empresa puede tener posición dominante respecto a un determinado bien y no a otros; a tales efectos se analizará si el bien en cuestión puede ser sustituido por otro que se produzca en el país o que se pueda importar; en ambos casos bajo qué condiciones se puede conseguir el bien y el tiempo en que se pudiera lograr acceder al mismo. Son muchos los casos de bienes que se podrían importar pero que no podrían hacerlo los particulares, por cuanto las empresas oferentes en el exterior no lo exportan al menudeo, o los trámites aduanales implicarían un costo en tiempo, conocimientos y dinero que excede las capacidades de un demandante particular o que el precio de flete y servicios de trámite para la adquisición de unidades individuales resulte excesivo. La posibilidad de lograr la importación de un bien en el mediano o largo plazo puede significar que el mismo ya no satisfaga la necesidad para la que era útil o necesario. Las dificultades de importación pueden derivar además de prohibiciones estatales, pero también de privilegios derivados del sistema de propiedad intelectual o de propiedad industrial.

Un condicionante objetivo de difícil evaluación para definir el mercado en el cual una empresa tiene una posición dominante se determina por la posibilidad de la misma de influir unilateralmente en la formación de precios o de restringir la oferta o demanda en el mercado y, como contrapartida, la capacidad de la competencia de contrarrestar este poder.

El último condicionante descrito podría ser la base de una definición funcional de posición dominante en el mercado; es decir, la capacidad de un sujeto económico de determinar las condiciones relevantes del mercado de un determinado bien. El número de empresas que participan en el mercado, considerado como núcleo de la definición, es un elemento argumentativo más, tan es así que la ley en definitiva dice *uno o algunos*, con lo cual al jurista le dice poco, quizás lo orienta.

Una vez definida la posición dominante de una empresa en el mercado, se puede interpretar que ciertas conductas que la relacionan con otras empresas

o con los consumidores son abusivas, en tanto perjudiquen el interés económico general. En qué medida el perjuicio que se produzca contra otra empresa o uno o más particulares afecta sólo a las unidades económicas concernidas y cuando afecta el interés económico general derivará de las interpretaciones administrativas o judiciales; sin embargo, algunas conductas descritas ejemplificativamente como prácticas restrictivas, según se describiera en el punto anterior, serán consideradas sin duda abusivas cuando son impuestas por una empresa que disfruta de posición dominante.

Regulación de la concentración del mercado

La ley define la concentración como la toma de control de una o varias empresas, haciendo mal uso del idioma pero sin consecuencias serias para su aplicación; la palabra "toma" pareciera indicar que hay una empresa activa (la que toma) y otra pasiva (la que es tomada), lo cual no es expreso en la ley ni necesariamente se verifica en todas las concentraciones, mucho menos en la figura habitual de las mismas que son las fusiones. Se establecen precisamente las dos formas jurídicas comunes que se utilizan para las concentraciones empresariales: a) la fusión entre empresas; b) las transferencias de fondos de comercio. Luego se incluye en la definición actos jurídicos que en principio podrían tener otros objetivos pero que derivan en fusión, como la adquisición de la propiedad o de derechos sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda con derecho a ser convertidos en acciones, o negocios jurídicos que transfieran los activos de una empresa a otra. Se adopta un concepto dinámico de la concentración, que permite una mejor regulación que aquellas que utilizan un criterio estático de relación empresa/mercado.⁷ La concentración será prohibida cuando se proponga disminuir, restringir o distorsionar la competencia, o produzca dicho efecto, y pueda resultar un perjuicio para el interés económico general. La autoridad administrativa o judicial que prohíba la concentración no debe, en consecuencia, probar el elemento subjetivo, el dolo, de los partícipes en la concentración, basta con que con motivo de la mis

ma se presente o se pudiera presentar la posibilidad objetiva de que la empresa se encuentre en condiciones de disminuir, restringir o distorsionar la competencia. Quizás hubiera sido preferible decir que se prohibirá la concentración cuando la nueva empresa que surja de la misma adquiera, por tal motivo, una posición dominante en el mercado; ello hubiera evitado la elaboración de instrumentos analíticos diversos para la protección de un mismo interés jurídico.

Siguiendo la tendencia de las modernas legislaciones anti monopolísticas, iniciada por los países de la Unión Europea, se establece la obligación de notificar las propuestas de fusiones que se consideran importantes por el volumen de negocios concernidos; en concreto, cuando las ventas de mercancías y servicios de las fusionadas y las vinculadas a ellas superen los doscientos millones de pesos (que según el sistema de convertibilidad de Argentina equivale a doscientos millones de dólares) o cuando las mismas ventas de las empresas afectadas superen a nivel mundial los dos mil quinientos millones de dólares. Es importante que se establezcan disposiciones que hagan referencia a las fusiones que se verifican en los países sedes de matrices de corporaciones transnacionales, de las cuales muchas veces una o todas las empresas concernidas tienen filiales en otros países en los cuales el convenio repercute de manera directa. El requisito de que también se notifique y se solicite autorización a los países sedes de las filiales destaca en momentos en que la globalización mercantil y financiera mundial ha estimulado sustancialmente el flujo mundial de inversión extranjera directa y financiera, que ha derivado en mayor concentración por fusiones con empresas locales. En el caso argentino, se destaca que "Se observa -en la transformación de la economía argentina de los años noventa- que los agentes dinamizadores del proceso de industrialización son las subsidiarias de las empresas transnacionales (ET) y los conglomerados económicos (CE).Considerando las 1,000 empresas de mayor facturación del país en 1997, se observa que 342 de ellas son ET, que representan el 53.2% de las ventas, el 54% de los activos y el 47% del empleo. Por otra parte, los CE participan con el 22% de las ventas, el 29% de los activos y el 20.6% del empleo de esas 1.000 empresas".⁸

7. *Es el caso de la propuesta por la OCDE en: OECD-OCDE, Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 1995.

8. KOSACOFF, Bernardo, "El caso argentino", en el libro colectivo CHUDNOVSKY, Daniel-Bernardo KOSACOFF y Andrés LÓPEZ., *Las multinacionales latinoamericanas; sus estrategias en un mundo globalizado*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1999, p. 143.

La vinculación de las empresas se determinará por la capacidad de control según las acciones y tipo de acciones propiedad de las fusionadas. Una vez realizada la notificación, la autoridad administrativa deberá contestar, en no más de cuarenta y cinco días a partir de la fecha de presentación de la solicitud, si se autoriza la operación, si se deniega o si se la condiciona. Si no se contesta en el plazo estipulado se prevé la *afirmativa ficta*.

Las investigaciones sobre acuerdos y prácticas prohibidas, abuso de posición dominante en el mercado o fusiones que afectan el interés económico general pueden ser iniciadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia de oficio o por denuncia de cualquier persona física o jurídica, pública o privada (art. 26 de la ley), también por la notificación de concentración relevante.

Responsabilidad de las personas jurídicas

La ley establece algunas precisiones en un tema en debate en el derecho penal económico contemporáneo: la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La ley establece que las personas ideales son imputables por las conductas realizadas por las personas físicas que hubiesen actuado en su nombre, con su ayuda o en su beneficio; adhiriendo a la moderna, pero no pacífica, concepción doctrinal sobre el tema. Frente al cuestionamiento kelseniano de que los representantes nunca están autorizados por los estatutos a delinquir y, por tanto, cuando lo hacen no comprometen a los representados, la ley expresa de manera categórica que las personas ideales serán imputables "aún cuando el acto que hubiese servido de fundamento a la representación sea ineficaz" (art. 47 *in fine*).⁹

Por otra parte, cuando las infracciones fueran cometidas por la persona ideal, la multa se aplicará solidariamente a los directores, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales, cuando por acción u omisión hubiesen participado de la acción. La importancia de este segundo punto es que, siendo la persona moral responsable ante la sociedad, quienes decidieron o permitieron la comisión del ilícito con dolo o por negligencia culpable, afecta-

ron el patrimonio de la misma y por tanto el de los socios de la empresa; es probable que muchos de ellos no hayan participado en la designación de los órganos colectivos o ejecutivos de la misma y es probable también que una minoría hubiera preferido que fueran otros quienes gobernarán la sociedad. Esta situación ha sido utilizada como argumento en contra de la responsabilidad jurídico penal de las personas ideales; la resolución del problema por parte de la ley argentina nos parece adecuada al desarrollo actual del mercado y de los comportamientos desviados de muchas de las grandes corporaciones que han afectado en los últimos años a los países de mayor desarrollo de América Latina: Brasil, Argentina y México, no sólo en su economía, sino también en su administración y en los niveles de corrupción gubernamental. Las sanciones definitivas que imponga el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, órgano administrativo de aplicación creado por la ley, serán apelables ante la Cámara Federal que corresponda.

La ley presenta, como se expuso, una estructura muy sencilla que deja al ámbito reglamentario y de interpretación administrativa y judicial una esfera de acción muy amplia. Deberá ser reglamentada con bastante detalle para permitir una aplicación ágil de sus decisiones, para lo cual el mismo legislador otorga un plazo fijo de ciento veinte días al Poder Ejecutivo.

propiedad intelectual y competencia

Como se expusiera al inicio, al otorgar el privilegio de explotación exclusiva de un invento, una obra o una mejora, el sistema de propiedad intelectual es un factor importante para la conformación de ámbitos en los cuales una empresa o institución pueden ejercer control monopólico; celebrar convenios en los cuales se establezcan cláusulas restrictivas de la competencia acordadas por las partes o impuestas por una de ellas abusando de su posición dominante en el mercado. En tanto el privilegio deriva de una autorización especial de la ley con base en una disposición constitucional que asimila dicho privilegio con el derecho de propiedad, este comportamiento monopólico resulta difícil de reprimir.

Es conveniente destacar que el otorgamiento del privilegio implica desde un inicio el reconocimiento expreso por parte del legislador de que se va a utilizar el mismo para obtener una ganancia extraordinaria que, en cierta medida, cumple al menos dos funciones: a) retribuir las investiga-

9. Véase sobre el tema BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Madrid, 1998.

ciones o trabajos realizados para obtener la obra o invento; b) estimular la realización de estas actividades que se consideran un beneficio para la humanidad, que a su vez implican un riesgo financiero para las empresas y de tiempo y prestigio para los científicos e intelectuales que las emprenden. Ello implica que lo que se pretende evitar es un abuso del privilegio, no un uso razonable del mismo. Quizás los convenios más usuales en los cuales se incluyen cláusulas restrictivas de la competencia sean las franquicias.

Algunas legislaciones han considerado atinadamente que es necesario contemplar de manera especial esta situación, algunas con disposiciones muy generales de difícil interpretación (es el caso de la legislación mexicana), otras con disposiciones más precisas y detalladas como la legislación chilena y ahora la argentina.

El control del abuso de patente lo realiza la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad de Argentina autorizando a la autoridad administrativa para que otorgue licencias compulsivas, sin autorización del titular de la patente (art. 44). Esta licencia se puede otorgar cuando el titular realizara conductas anticompetitivas, como la fijación de precios comparativamente excesivos respecto de la media del mercado, la negativa a abastecer el mercado local en condiciones comerciales razonables, el entorpecimiento de actividades comerciales productivas y, en general, todas las reprimidas por la Ley de Defensa de la Competencia. Las calificaciones de excesivos, al hablar de precios, condiciones comerciales razonables, al hablar del abastecimiento del mercado, deben ser interpretados cuidadosamente, como se expusiera *supra*, para evitar que se prive al titular del derecho de propiedad industrial del privilegio que la ley le otorga, el cual prevé una cierta posición favorable en el mercado y una utilidad superior a la media que derivará generalmente en un precio más elevado que el que derivaría de un mercado competitivo.

Si se licenciaran los derechos derivados de una patente o modelo de utilidad, 110 se podrán insertar cláusulas restrictivas que afecten la producción, comercialización o el desarrollo tecnológico del licenciataria, condiciones exclusivas de retrocesión,

cláusulas que prohíban al licenciataria impugnar la validez del convenio, y cualquier otra conducta de las prohibidas por la legislación protectora de la competencia. También en este caso la interpretación deberá ser elástica, por cuanto la asimilación directa a las prohibiciones de la citada legislación podría provocar la anulación de la mayoría de los contratos de licencia, en especial la totalidad de los convenios de franquicia que se sustentan, precisamente, en cláusulas consideradas colusivas pero válidas al amparo de la legislación sobre propiedad industrial. En caso de que se insertaran estas cláusulas, no se autorizará la inscripción del contrato en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, requisito indispensable para que el mismo tenga efecto frente a terceros; además, las cláusulas citadas se considerarán nulas.

Bibliografía

BACTGALUPO, **Silvina**, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Madrid, 1998.

BAIN, **Joseph**, *Organización Industrial*, Ed. Omega, Barcelona, 1976.

CORREA, **Carlos-BERTEL**, **Salvador**, *Patentes y Competencia*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1996.

CHRISTENSEN, **Roberto**, *Nueva Ley de Monopolio. Ley 22.262, de defensa de la competencia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.'

KOSACOFF, **Bernardo**, "El caso argentino", en el libro colectivo CHUDNOVSKY, **Daniel-Bernardo** KOSACOFF y **Andrés Lóí'EZ**, *Las multinacionales latinoamericanas: sus estrategias en un mundo globalizado*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1999; p. 143.

LOZANO GARCÍA, **Ma. Belén**, *Las fusiones de empresas: un enfoque contractual*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 1999.

OECD-OCDE, *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 1995.

PEREZ MIRANDA, **Rafael-FELLINI** GANDULFO, **Zulita**, *El derecho frente a los monopolios. Estudios de Derecho Económico*, vol. IV, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984.

PÉREZ MIRANDA, **Rafael**, "La Organización Mundial del Comercio y la Ronda del Milenio: La agenda del próximo siglo", revista *Alegatos*, México, 1999.