

La toma en consideración del consumidor en la interpretación de normas de defensa de la competencia en la Argentina

*Christian Courtis**

El ensayo aborda el estudio de los derechos del consumidor y de la competencia en el sistema jurídico argentino, así como su interpretación jurisprudencial. Por un lado, se analizan los casos relacionados con el interés del consumidor en la aplicación de normas antimonopólicas y, por otro, se estudian casos de aplicación de la normativa de defensa del consumidor en situaciones de monopolio o afectación de la competencia. El trabajo es un intento de reconstrucción de tópicos jurídicos empleados en la consideración de situaciones que suponen la intersección o entrecruzamiento de la defensa de la competencia y la defensa del consumidor y usuario. Por ello, elegimos ilustrar cada una de las categorías relevantes con fallos o decisiones que pongan de manifiesto el particular uso conceptual que se otorga a esta vinculación entre libre competencia y defensa del consumidor.

The essay approaches the study of consumer's rights and competence in the Argentinian juridic system, aswell as its jurisprudential interpretation. On the one hand, it analyzes cases related to consumer's interest in the application of anti-trust norms; on the other, it studies some cases of application of the Law for the Defense of the Consumer in situations of monopoly or competence affectation. This work is an attempt to reconstruct juridic topics used at considering situations that suppose the intersection or inter lining of the defense of the competence and the defense of the consumer and user. For this reason, we have illustrated each one of the relevant categories with judgments or decisions that show the particular conceptual use given to the link between free competence and consumer defense.

Sumario: Introducción. / 1. Disposiciones constitucionales. / 2. La Ley de Defensa del Consumidor. / 3. Consideración de las normas de defensa de la competencia en la Ley de Defensa del Consumidor. / 4. La Ley de Defensa de la Competencia. / 5. La consideración del interés del consumidor en la Ley de Defensa de la Competencia. / 6. La consideración del interés del consumidor en la aplicación jurisprudencial de la legislación de defensa de la competencia. / 7. La interpretación jurisprudencial de los derechos de consumidores y usuarios en situaciones de monopolio.

Introducción

El presente trabajo pretende introducir brevemente el marco legal destinado a la defensa de la competencia y del consumidor en la Argentina. Hecho esto, repasaremos las vinculaciones normativas existentes entre defensa de la competencia y defensa del consumidor, y analizaremos los criterios de aplicación jurisprudencial que tomaron en cuenta esta vinculación.

Por un lado, se analizan los casos de toma en consideración del interés del consumidor en la aplicación de normas antimonopólicas. Por otro lado, se tomarán en cuenta los casos de aplicación de la normativa de defensa del consumidor en situaciones de monopolio o afectación de la competencia. Más que un análisis cuantitativo de decisiones, el trabajo es un intento de reconstrucción de tópicos jurídicos empleados en la consideración de situaciones que suponen la intersección o entrecruzamiento de la defensa de la competencia y la defensa del consumidor y usuario. Por ello, elegimos ilus-

* Investigador Adjunto, CIED1E. Profesor Adjunto, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

trar cada una de las categorías relevantes con fallos o decisiones que pongan de manifiesto el particular uso conceptual que se otorga a esta vinculación entre libre competencia y defensa del consumidor.

1. Disposiciones constitucionales

Hasta el año 1994, las normas constitucionales argentinas no hacían referencia ni a los derechos del consumidor ni a la defensa de la competencia. A raíz de la reforma constitucional experimentada en agosto de ese año, la Constitución incorpora expresamente una cláusula de defensa del consumidor, estableciendo además en el mismo artículo directrices de defensa de la competencia. Amén de esta referencia material, la Constitución reformada incorpora la figura procesal del *amparo colectivo*, señalando expresamente su procedencia en materia de derechos que protegen a la competencia, al usuario y al consumidor. Se establece también la legitimación procesal de las asociaciones que propendan a la defensa de estos derechos para presentar amparos colectivos ante la justicia.

El art. 42 de la Constitución vigente dispone: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

El art. 43, que otorga rango constitucional del amparo, establece en su parte pertinente: "Podrán interponer esta acción (de amparo) contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el

afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

2. La Ley de Defensa del Consumidor

Hasta la sanción de la presente Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240, sancionada en septiembre de 1993) no existía en la Argentina ningún cuerpo legal orgánico que regulara las relaciones de consumo, de modo que le eran aplicables a estas relaciones las reglas generales del derecho contractual. Pese a algún tibio avance jurisprudencial en materia de contratos de adhesión y cláusulas predispuestas, hasta la aprobación de dicha ley hubiera sido impropio hablar de derecho del consumo o de protección al consumidor.

La ley vigente desde 1993 sufrió el veto presidencial de varios de sus artículos, y tuvo ya tres modificaciones; ella aprobada en julio de 1998, insiste sobre el texto original de la ley que fuera vetada por el Poder Ejecutivo. Amén de la ley que comentaremos a continuación, resulta relevante mencionar el decreto 276/98, del 11 de marzo de 1998, que establece un sistema nacional de arbitraje de consumo.

La ley 24.240 -pese a ser preexistente a la reforma constitucional- reglamenta el art. 42 ya mencionado, y de hecho ha resultado una fuente de inspiración para el constituyente, que transvasó parte de los institutos ya previstos por la ley a la cláusula constitucional.

La norma define como su objeto "la defensa de los consumidores o usuarios". Para la ley, son consumidores o usuarios, "las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social:

- a) La adquisición o locación de cosas muebles;
- b) La prestación de servicios;
- c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminadas." (art. 1)

Son sujetos pasivos de la ley los proveedores de cosas o servicios definidos como "todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios". (art. 2)

La ley excluye su aplicación a los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas, a quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, y a los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, aunque sí es aplicable a la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

En el artículo 3 se fija el criterio interpretativo que rige en materia de relaciones de consumo: "en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor".

Estructura de la ley

La norma está estructurada en capítulos que abordan las siguientes temáticas:

- Información al consumidor y protección de su salud;
- Condiciones de oferta y venta;
- Cosas muebles no consumibles;
- Prestación de los servicios;
- Usuarios de servicios públicos domiciliarios;
- Venta domiciliaria, por correspondencia y otras;
- Operaciones de venta de crédito;
- Términos abusivos y cláusulas ineficaces;
- Autoridad de aplicación;
- Procedimiento y sanciones;
- Acciones;
- Asociaciones de consumidores;
- Arbitraje;
- Educación al consumidor.

Brevemente, comentaremos el contenido de la regulación establecida en cada caso:

Información al consumidor y protección de su salud

La ley establece como principio la obligación de quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios de suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos (art. 4). De igual manera, establece la obligación de suministro o provisión de cosas y servicios de forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios (art. 5). Para cosas y servicios riesgosos, además de establecerse obligaciones para garanti

zar su seguridad, se obliga al profesional a entregar al consumidor o usuario.

Condiciones de oferta y venta

La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones (art. 7). Las manifestaciones formuladas en la publicidad se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor (art. 8). Se regulan además los requisitos de contenido del documento de venta. En caso de incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor el consumidor está facultado a:

- a) exigir el cumplimiento forzado de la obligación;
- b) aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente;
- c) rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato, (art. 10 bis)

Cosas muebles no consumibles

En caso de venta de cosas muebles no consumibles, la ley regula la cuestión de las garantías, previendo un sistema de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado y su correcto funcionamiento. La garantía legal tiene vigencia por tres meses (art. 11). Del mismo modo, los fabricantes, importadores y vendedores deben asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos. La responsabilidad por el otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal es solidaria entre los productores, importadores, distribuidores y vendedores. Se establecen también los requisitos mínimos del certificado de garantía, de la constancia de reparación de la cosa bajo garantía y de las consecuencias de la reparación no satisfactoria. En este último supuesto el consumidor puede: a) pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características; b) devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas; c) obtener una quita proporcional del precio. Subsiste, sin embargo, la posibilidad del consumidor de reclamar por vicios redhibitorios de la cosa.

Prestación de servicios

Quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos. Se entiende implícita la

obligación de quien presta servicios de reparación, mantenimiento, acondicionamiento, limpieza o cualquier otro similar, de emplear materiales o productos nuevos o adecuados a la cosa de que se trate. También se regulan los requisitos mínimos del presupuesto que debe extender el prestador del servicio. Si dentro del plazo de treinta días siguientes a la fecha en que concluyó el servicio se hicieran evidentes deficiencias o defectos en el trabajo realizado, el prestador del servicio estará obligado a corregirlas o a reformar o a reemplazar los materiales y productos utilizados sin costo adicional de ningún tipo para el consumidor. Se regula también el contenido del instrumento que documente la garantía sobre un contrato de servicios.

Usuarios de servicios públicos domiciliarios

Especial cuidado se ha puesto en la regulación de requisitos de documentación y facturación de servicios públicos domiciliarios. Se establece la obligación de las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio de entregar al usuario constancia escrita de las condiciones de la prestación de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes, de mantener tal información a disposición de los usuarios en todas las oficinas de atención al público, de llevar registros de reclamos, etc. Se establece el principio de reciprocidad de trato entre empresa y usuario en cuanto a los intereses aplicables a los recargos por mora al usuario y a los reintegros y devoluciones debidos por la empresa. También resulta objeto de regulación rigurosa la seguridad de las instalaciones específicas, el buen funcionamiento de los instrumentos de medición de energía, combustibles, comunicaciones, agua potable o cualquier otro similar, garantizándose a los usuarios el control individual de los consumos. Si la prestación del servicio público domiciliario se interrumpe o sufre alteraciones, se presume que es por causa imputable a la empresa prestadora. Si la empresa no demuestra, en un plazo de treinta días, que la interrupción o alteración no le es imputable debe reintegrar el importe total del servicio no prestado. Se establecen además los requisitos de contenido de las facturas de cobro de los servicios prestados, fijándose la obligación de la empresa de expresar si existen periodos u otras deudas pendientes y, en caso contrario, de expresar que "no existen deudas pendientes". Por último, se establece una presunción de sobrefacturación en el caso en que una empresa de servicio público domiciliario, con variaciones regulares estacionales, facture en un periodo consumos que excedan en un setenta y cinco por ciento el promedio de los consumos correspondientes al mismo período de los dos años

anteriores, caso en el cual el usuario debe abonar únicamente el valor de dicho consumo promedio.

Venta domiciliaria, por correspondencia y otras

Se regulan las particularidades de estas formas de venta. Fundamentalmente, se establece el derecho del consumidor a revocar la aceptación de la venta durante el plazo de cinco días, contados a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, sin responsabilidad alguna. Se prohíbe también la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente, que genere cargos automáticos en sistema de débito, y que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice.

Operaciones de venta de crédito

La ley establece los requisitos indispensables de la documentación que acredite las operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios.

Términos abusivos y cláusulas ineficaces

En materia de interpretación, se tienen por no convenidas: a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Se regula también el control de los contratos de adhesión o similares por parte de la autoridad de aplicación de la ley. Se establece además el principio de responsabilidad solidaria entre el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio por daño al consumidor que resulte del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio (art. 40). Dicha norma fue originalmente vetada por el Poder Ejecutivo, y reinstaurada por el Congreso en julio de 1998 (ley 24.999).

Autoridad de aplicación

Se fijan las pautas de aplicación de la ley teniendo en cuenta el régimen federal del país. La autoridad nacional de aplicación de la ley es la Secretaría de Industria y Comercio, dependiente del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. Dicho organismo está facultado para: a) proponer el dictado de la reglamentación de esta ley y elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor e intervenir en

su instrumentación mediante el dictado de las resoluciones pertinentes; b) mantener un registro nacional de asociaciones de consumidores; c) recibir y dar curso a las inquietudes y denuncias de los consumidores; d) disponer la realización de inspecciones y pericias vinculadas con la aplicación de esta ley; e) solicitar informes y opiniones a entidades públicas y privadas en relación con la materia de esta ley; f) disponer de oficio o a requerimiento de parte la celebración de audiencias con la participación de denunciantes damnificados, presuntos infractores, testigos y peritos.

Procedimiento y sanciones

La autoridad nacional de aplicación está facultada para iniciar actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la ley, por iniciativa propia o por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores. El capítulo regula el procedimiento administrativo a emplearse en dicho caso. La autoridad de aplicación puede ordenar, como medida preventiva, el cese de la conducta que se reputa en violación de la ley. Se prevén también las sanciones aplicables por la autoridad de aplicación ante la verificación de infracciones a la ley, que son las siguientes, según el caso: a) apercibimiento; b) multa; c) decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción; d) clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado; e) suspensión de los registros de proveedores del Estado; f) pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.

Acciones judiciales

Cuando los intereses del usuario o consumidor resulten afectados o amenazados, estos pueden entablar acciones judiciales. La acción corresponde al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. Se aplican las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente.

Asociaciones de consumidores

Las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados los intereses de los consumidores (art. 55). Se regulan los requisitos de funcionamiento y prohibiciones que atañen a estas asociaciones (arts. 56 y 57), requiriéndose autorización de la autoridad de aplicación para funcionar como tales. Las asociaciones de consumidores cumplen una función conciliatoria

y extrajudicial, pudiendo sustanciar los reclamos de los consumidores de bienes y servicios ante los fabricantes, productores, comerciantes, intermediarios o prestadores de servicios que correspondan, que se deriven del incumplimiento de la presente ley. Se fija el procedimiento de dicho reclamo, en el que la asociación de consumidores invitará a las partes a las reuniones que considere oportunas, con el objetivo de intentar una solución al conflicto planteado a través de un acuerdo satisfactorio.

Arbitraje

Se faculta a la autoridad de aplicación a organizar tribunales arbitrales, que actuarán como amigables compondores o árbitros de derecho según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. La autoridad de aplicación ya ha hecho uso de estas facultades, a través del decreto 276/98, que establece un sistema nacional de arbitraje de consumo.

Educación al consumidor

Se faculta al Estado nacional, provincias y municipalidades, a formular planes generales de educación para el consumo y su difusión pública. La ley fija además los objetivos de la formación del consumidor. Por último, se faculta al Estado nacional a otorgar contribuciones financieras a las asociaciones de consumidores para cumplimentar con los objetivos de educación y formación del consumidor.

3. Consideración de las normas de defensa de la competencia en la Ley de Defensa del Consumidor

La Ley de Defensa del Consumidor establece al menos tres vinculaciones claras con el sistema legal de defensa de la competencia. Dichas relaciones son las siguientes:

- 1) En materia de interpretación, el art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor establece que las disposiciones de la ley "*se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial*". De acuerdo a esta disposición, la Ley de Defensa de Consumidor y la Ley de Defensa de La Competencia integran un cuerpo normativo sistemático, que requiere de principios de interpretación comunes.

3) En materia de responsabilidad de los oferentes, el art. 37 establece que *"en caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas"*. En este supuesto, la Ley de Defensa del Consumidor se integra expresamente con la Ley de Defensa de la Competencia, fijando el alcance de las acciones del consumidor cuando el oferente haya transgredido la legislación de defensa de la competencia.

4) En materia de aplicación y graduación de las sanciones aplicables a los infractores de la ley por la autoridad de aplicación, para fijar el tipo y monto de las sanciones "se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, *la posición en el mercado del infractor*, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos, o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho" (art. 49). En este caso, se fija como pauta para escoger las sanciones correspondientes la posición del infractor en el mercado, criterio que sigue las pautas de la legislación de defensa de la competencia: las sanciones resultarán más graves cuando el infractor se encuentre en una posición monopólica o abuse de su posición dominante en el mercado, produciendo así daños al consumidor.

Por último, las respectivas autoridades de aplicación de las leyes de defensa del consumidor están estrechamente relacionadas: dependen orgánicamente del mismo ministerio (el de Economía y Obras y Servicios Públicos) y se ubican en la órbita de la misma secretaría de Estado (la Secretaría de Industria, Comercio y Minería).

4. La Ley de Defensa de la Competencia

El cuerpo normativo vigente en materia de defensa de la competencia en la Argentina, está compuesto principalmente por la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 22.262 de 1980). Aunque algunas otras normas la complementan (ley de lealtad comercial, leyes que regulan la operatoria de títulos valor, nor

mas del Código Aduanero y Código Penal), la ley 22.262 constituye el cuerpo fundamental en materia de criterios de interpretación para determinar cuándo una conducta es lesiva de la competencia.

La Ley de Defensa de la Competencia tipifica básicamente conductas penales, aunque también prevé medidas de otra naturaleza. Además, dispone una competencia administrativa especial como autoridad de inicio de la investigación, estableciendo así un régimen especial con respecto a la persecución penal ordinaria.

El principio general de la ley es la prohibición de los actos y conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios que limiten, restrinjan ó distorsionen la competencia, o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar en perjuicio para el interés económico general (art. 1 de la ley). Es decir, que, amén de la situación de monopolio o de abuso de la posición dominante en un mercado, lo que califica la prohibición es la distorsión de la oferta y la demanda y la lesión al interés económico general. El artículo 2 define la posición dominante en el mercado como la situación en la cual hay un sólo oferente o demandante, o cuando aún sin ser la única persona que actúa en el mercado, no existe competencia sustancial, o cuando siendo dos

° más personas para un mismo tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva entre ellos, ni competencia Sustancial de terceros. El abuso de la posición dominante consiste en el uso de esa posición para restringir el acceso a productos y servicios, perjudicando el interés económico general.

La mención de la posibilidad de lesión al interés económico general como criterio calificante de los actos distorsivos de la competencia y del abuso de posición dominante han, por supuesto, generado diversos comentarios críticos. Al menos tres discusiones presentan aspectos relevantes para comprender el sistema de la ley y situar nuestro debate:

- 1) Por un lado, una fuente de discusión y crítica de la ley se centra en la falta de precisión del término "interés económico general". Diversas voces críticas han señalado la indeterminación de la noción y el consiguiente debilitamiento de la posibilidad de conocer exactamente qué conductas prohíbe la norma.¹

1. V., cotí matices diversos, las críticas de CABANELLAS, G., *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, pp. 177-179 y 210-215, Heliasta, Bs. As. (1983); MALAMUD GOTI, J., *Derecho penal de la competencia*, Hammurabi, Bs. As. (1984), pp. 52-57; SOLDANO, A. y W. LANOSA, "El interés económico general en la ley de defensa de la competencia", en LL 1992-E, pp. 1241-6.

Así, para Cabanellas se trata de un "concepto notablemente amplio y vago", y para Malamud Goti constituye un factor que determina la pérdida de eficacia de la ley, ya que "desde un punto de vista práctico, los procesos de verificación a que puede forzar una cláusula como la parte final del art. 1º han de transformar a los procesos en pericias interminables, con el agregado de que pueden perder toda eficacia político-criminal porque la conducta prohibida resulta imprecisa". La fuente de la legislación argentina en la materia es la derogada ley española de 1963, cuyo art. 2 prohibía las prácticas abusivas mediante las cuales una o varias empresas explotaran su posición de dominio en parte o en la totalidad del mercado de manera injustificadamente lesiva para *la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores*. La transcripción argentina fundió esos conceptos en la noción de interés económico general, aunque -como veremos- los intereses de los consumidores no están ausentes de la evaluación del órgano de aplicación sobre la lesión al interés económico general, y mucho menos la lesión a la actuación de los restantes competidores. Como se sabe, la tendencia de la legislación más moderna -acercándose al modelo de la Sherman Act estadounidense- es la de prohibir -y en consecuencia castigar- los actos restrictivos o distorsivos de la competencia *per se*, estableciendo paralelamente cláusulas que excluyen la ilicitud.²

2) La norma dice literalmente "de modo que pueda resultar perjuicio para el interés general". La discusión planteada en el caso se centra en determinar si es necesaria la efectiva ocurrencia del perjuicio al interés eco

nómico general (con lo que estaríamos frente a un delito de resultado), o bien basta para configurar la infracción la mera potencialidad de perjuicio para el interés general (con lo que estaríamos, por el contrario, frente a un delito de peligro). El tenor literal del texto y la discusión parlamentaria previa han decidido a la jurisprudencia por la segunda solución. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina decidió en el caso "A. Gas S.A. y otros c. AGIP Argentina S.A. y otros", del 23 de noviembre de 1993,³ que siendo el sentido del texto legal⁴ y la exposición de motivos⁵ suficientemente claros, "cabe concluir que cualquiera que sea el criterio de interpretación que se adopte, se arriba a la conclusión de que la conducta descrita por el art. 1º de la ley 22.262 configura un delito de peligro". Si bien la solución establecida por la corte parece suficientemente asentada, ella no carece de dificultades tanto teóricas como prácticas. Si la determinación precisa del "interés económico general" planteaba ya inconvenientes, la dificultad crece cuando la lesión a dicho interés económico general exigida no es actual sino potencial. Si es difícil establecer cuándo existe lesión efectiva al interés económico general, mucho más lo es establecer cuándo una conducta es *potencialmente* lesiva de ese interés. La dificultad es grave, porque el término define justamente el ámbito de licitud e ilicitud y, por ende, proyecta más dudas que certezas sobre las conductas que pretenden prohibirse, y en consecuencia sobre la posibilidad de motivarse en la norma y evitar esas conductas.

2. Por ejemplo, la autorización de la medida, fundada en su justificación "por la situación económica general y el interés público, los acuerdos, recomendaciones..." (Ley de Defensa de la Competencia de España, de 1989, art. 3 inc. 2), la exclusión de la ilicitud cuando la figura se considere "favorable al interés público" (ley antimonopólica inglesa de 1976, arts. 2 y 10), la exclusión de la ilicitud cuando se trate de conductas favorables al interés económico de la sociedad (ley alemana), o el propio art. 85 del Tratado de Roma de 1957, que también excluye la ilicitud de las situaciones que contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes o a promover el progreso técnico y económico. En la ley argentina, sin embargo, la

3. V. Rev. *La Ley* 1994-C, pp. 279 y ss., con comentario de A. SOLDANO y W. LANOSA, "El interés económico general. Su alcance en la ley 22.262".

4. La Corte afirma que "...debe tenerse presente que el art. 1º de la ley 22.262 sanciona conductas de las que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general, es decir que no requiere necesariamente que ese gravamen exista sino que tal proceder tenga aptitud para provocarlo, pues de otra manera no se advierte qué sentido tendría el modo verbal empleado. La letra de la ley es clara respecto del alcance que debe darse al precepto en examen" (fallo *c/it*, considerando 6).

5. Frente a esta cuestión, el tribunal sostiene que "en lo atinente a la intención del legislador, cabe destacar que la exposición de motivos con la que el Poder Ejecutivo acompañó el proyecto de ley sostiene que 'con la potencialidad de un perjuicio se hace referencia a un peligro concreto razonablemente determinable en cada caso particular y no la mera posibilidad lógica y abstracta de la lesión'. Es decir que, adoptando este criterio, se llega a la misma conclusión esbozada en el considerando anterior" (fallo *c/7.*, considerando 7).

3) Finalmente, y en línea con la interpretación anterior, una tercer fuente de debate surge de la aplicación jurisprudencial de la ley. Ante la evidente dificultad de determinar el concepto de "interés económico general" -agravada por la absoluta falta de entrenamiento de los jueces penales en el manejo de la teoría económica y en la evaluación de evidencia de tipo económica-, la jurisprudencia ha terminado por entender que la existencia de actos lesivos o distorsivos de la competencia es *de por sí indicio de potencial lesión al interés económico general*⁶. Con esto, se produce una virtual inversión de la carga de la prueba, ya que en lugar de pesar sobre la acusación el deber de acreditar sucesivamente la existencia de la conducta anticompetitiva y la lesión (o potencial lesión) al interés económico general, pasa a presumirse que, acreditada la conducta anticompetitiva, queda demostrada la potencialidad dañosa del interés económico general. De este modo, la acusación queda de hecho relevada de la prueba de la existencia de lesión o potencial lesión al interés económico general, y quién debe probar que la conducta anticompetitiva no podía afectar -siquiera potencialmente- ese interés es el acusado o denunciado. Con ello, las diferencias entre el régimen argentino y el régimen de legislaciones más modernas, como la española o la alemana, se hacen relativas y pasan más bien a residir en cuestiones de matiz.

Más allá de estos problemas de interpretación -que han surgido especialmente en sede judicial- el órgano administrativo de aplicación de la ley -quien de hecho resuelve la gran mayoría de los casos planteados- ha llevado a cabo en los últimos años una tarea de construcción de un marco teórico consistente para determinar más precisamente la potencial lesión del interés económico general. Nos ocuparemos de este tema en el próximo apartado.

6. Así, en el mismo caso "A. Gas S.A. y otros c. AGIP Argentina S.A. y otros", la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico sostuvo que "la probada existencia de comportamientos evidentemente anticompetitivos no puede hallar justificación en el interés económico general, ni se ha invocado por la parte circunstancias que puedan tener ese alcance. Ellas constituyen de suyo una afectación de ese bien jurídicamente protegido y no cabe, en virtud de la inteligencia gramatical y jurídica del texto en cuestión, suponerse que deba acreditarse la existencia de lesión efectiva sino que

Autoridad de aplicación

La ley establece un órgano específico, denominado Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, integrada por un presidente y cuatro vocales, dos de los cuales deben ser abogados, mientras que los otros dos deben ser profesionales de las ciencias económicas. La comisión es un órgano administrativo que depende de la Secretaría de Comercio (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos). La ley -introduciendo una excepción al régimen del procedimiento penal ordinario- pone a cargo de la comisión la realización del sumario previo, pudiendo adoptar medidas preliminares y realizar las diligencias probatorias pertinentes. Finalizado el sumario, debe emitir un dictamen, aconsejando la aplicación de sanciones penales o administrativas, o bien desestimando la denuncia. Quien resuelve la cuestión es el Secretario de Comercio, a quien le cabe -de considerarse pertinente la persecución penal- promover las acciones judiciales correspondientes.

Procedimiento

Como se ha dicho, el sumario o instrucción se realiza en sede administrativa, siendo la autoridad instructoria la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Rigen para ello las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación. En el transcurso de la investigación, y antes del vencimiento del plazo concedido al presunto infractor para ofrecer su descargo, éste puede comprometerse a cesar total o gradualmente las conductas lesivas a la competencia que se le atribuyen. Si el compromiso es aprobado, la instrucción se suspende. Si no hubiera compromiso, la investigación concluye con el dictamen de la comisión, que se eleva al Secretario de Comercio. Si se considera que los actos atribuidos afectan la competencia, el secretario debe calificarlos bien como infracción administrativa -caso en el cual procede a la aplicación de sanciones- bien como delito, caso en el cual debe promover las acciones judiciales pertinentes. De lo contrario, el caso se archiva. La resolución del Secretario de Comercio es apelable judicialmente. En caso de elevarse la causa ajuicio penal, rigen plenamente las disposiciones del Código Procesal Penal.

Conductas prohibidas

La ley tipifica dos grandes tipos de conductas prohibidas, de acuerdo a su gravedad: a) infracciones administrativas, y b) delitos.

a) Infracciones administrativas: se trata de las violaciones al art. I que no encuadren en los tipos penales previstos por la ley. Estas

infracciones son pasibles de sanciones civiles (nulidad del acto e indemnización de los daños irrogados) y punitivas (multa, órdenes de cese o abstención de conducta, medidas de no innovar, disolución de sociedades). Cautelarmente, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia puede, en cualquier estado de la investigación, ordenar el cese de la conducta, cuando ésta fuera susceptible de causar daños irreversibles o irreparables {cjr. modificación introducida por dec. 2284/91}.

b) Delitos: el art. 41 de la ley tipifica penalmente una serie de conductas, amenazadas con penas privativas de libertad de 1 a 6 años, y multa que puede llegar al doble del beneficio obtenido ilícitamente. Accesoriamente puede aplicarse pena de 3 a 10 años de inhabilitación para ejercer el comercio o desempeñar funciones directivas en sociedades.

Las conductas tipificadas son las siguientes:

- 1) Fijar, determinar o hacer variar, directa o indirectamente, mediante acciones concertadas, los precios en un mercado;
- 2) Limitar o controlar, mediante acciones concertadas, el desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios, así como la producción, distribución o comercialización de los mismos;
- 3) Establecer, mediante acciones concertadas, las condiciones de venta y comercialización, cantidades mínimas, descuentos y otros aspectos de la venta y comercialización;
- 4) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- 5) Celebrar acuerdos o emprender acciones concertadas, distribuyendo o aceptando, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento;
- 6) Impedir u obstaculizar, mediante acuerdos o acciones concertadas, el acceso al mercado de uno o más competidores;
- 7) Negarse, como parte de una acción concertada y sin razones fundadas en los usos comerciales, a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate;

8) Imponer, mediante acciones concertadas, condiciones discriminatorias de compra o venta de bienes o servicios, sin razones fundadas en los usos comerciales;

9) Destruir, como parte de una acción concertada, productos en cualquier grado de elaboración o producción, o los medios destinados a extraerlos, producirlos o transportarlos;

10) Abandonar cosechas, cultivos, plantaciones o productos agrícolas o ganaderos, o detener u obstaculizar el funcionamiento de establecimientos industriales o la exploración o explotación de yacimientos mineros, como parte de una acción concertada;

11) Comunicar a empresas competidoras, como parte de una acción concertada, los precios u otras condiciones de compra, venta o comercialización bajo las cuales deberán actuar dichas empresas.

La tipificación de las conductas requiere, además, que éstas encuadren en el ya mencionado principio del art. 1, es decir, que éstas limiten, restrinjan o distorsionen la competencia, o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Por último, la ley preveía en su art. 5 algunas excepciones a las conductas prohibidas. Se trata del caso de las conductas autorizadas por normas generales o particulares o por disposiciones administrativas, por ejemplo, beneficios de promoción industrial, patentes, etc. Sin embargo, los actos excluidos quedaron posteriormente sujetos al control de competencia cuando alteraran el mercado y causaran perjuicios al interés económico general {cjr. dec. 2284/91}. Finalmente, a través de la ley 24.481, el Congreso derogó el art. 5, eliminando las excepciones genéricas.

5. La consideración del interés del consumidor en la Ley de Defensa de la Competencia

Pese a no existir mención expresa a los consumidores y usuarios, gran parte de los conceptos centrales de la Ley de Defensa de la Competencia, y de las conductas que tipifica, tienen como referente indudable -aunque tal vez no exclusivo- los derechos de usuarios y consumidores.

Como lo adelantáramos, la noción central que da cabida a la consideración del interés del consumidor es la de "interés económico general" que, por ejemplo, ha sido interpretada como "el beneficio del público consumidor para comprar artículos con la mejor calidad al más bajo precio posible" (Reyes Oribe, A.M. e Iraola, F.J., "Defensa de la competencia: síntesis del sistema actual", en *Revista de Derecho Industrial*. Monográfico dedicado al derecho de la competencia, Buenos Aires, enero-abril de 1993, p. 8). De acuerdo a estos autores, "para calificar el interés económico general se deberá tener en cuenta los efectos de la conducta imputada sobre la productividad en el sector afectado u otros vinculados, sobre el nivel técnico y la formación profesional, sobre el comercio internacional, sobre el empleo y sobre los consumidores". En el mismo sentido, Spolansky opina que la expresión "de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general" "designa las expectativas o derechos de contenido económico relativas a una pluralidad de personas que constituyen una cierta clase: por ejemplo, los consumidores, los operadores del sistema".⁷

Desde una perspectiva económica, un interesante estudio publicado por la Comisión de Defensa de la Competencia, que esclarece los fundamentos teóricos de la labor del organismo, ha intentado traducir en términos de la ciencia económica la noción normativa de "interés económico general".⁸

De acuerdo a este estudio, el "interés económico general" del que habla la ley podría ser traducido en términos económicos más precisos como el "excedente total de los agentes económicos". Este "excedente total" es entendido como "la suma de los excedentes que obtienen los consumidores y los productores que participan en el mercado". Desde esta perspectiva, el concepto de "excedente total", por ser la magnitud que se maximiza cuando la estructura del mercado es de competencia perfecta, resulta un punto de partida relevante para analizar los desvíos del paradigma competitivo que sean perjudiciales para el interés económico general. La posibilidad de estimación o cuantificación de este desvío aporta un instrumento metodológico interesante para evitar interpretaciones ideológicas o antojadizas de la noción de "interés económico general",⁹ aunque desde ya diremos que

no todos los aspectos normativos característicos de los derechos de usuarios y consumidores -tal como aparecen, por ejemplo, positivizados en el art. 42 de la Constitución Argentina- pueden ser reducidos a variables económicas.

De todos modos, el propio trabajo advierte algunos de los límites teóricos de la perspectiva, señalando que -debido a sus presupuestos- la equiparación del excedente total del mercado con el interés económico general puede resultar inexacta al menos en los siguientes casos: a) cuando los mercados de los insumos que se usan para producir el bien de que se trate no son competitivos; b) cuando los mercados de los bienes que se producen utilizando como insumo el bien no son competitivos; c) cuando existen efectos externos sobre otros mercados que no se transmiten a través del sistema de precios, y d) cuando existen problemas de asimetría en la información.

En todo caso, desde esta perspectiva teórica, uno de los componentes del "excedente total" es justamente el "excedente del consumidor". La definición del "excedente del consumidor" parte de la idea de que los bienes y servicios consumidos por una persona pueden valorarse a través de sus funciones de demanda por dichos bienes y servicios. Estas funciones de demanda, además de constituir relaciones entre cantidades que el consumidor demanda y precios de mercado, son útiles para medir el límite hasta el cual el consumidor pagaría por cada unidad. El excedente se define entonces como la diferencia entre la disposición al pago y lo realmente pagado por el consumidor, que se interpreta como "el beneficio que el mismo obtiene por haber adquirido el bien en cuestión".

Si se compara esta definición con el catálogo de derechos del consumidor y del usuario, enunciados páginas atrás, puede advertirse que la noción apenas capta los aspectos mesurables de acuerdo a un sistema de precios, es decir, fundamentalmente el derecho a un precio justo o al mejor precio -constitucionalizado en la Argentina como derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a "la protección de sus intereses económicos". La noción podría aplicarse también al derecho al acceso al mercado y a la prohibición de discriminación- "libertad de elección y condiciones de trato digno y equitativo". Por el contrario, difícilmente capte otros derechos, tales como

7. SI'OLANSKY, N. K., "Dumping, mercado competitivo y responsabilidad penal", en Rev. *La Ley*, del 5-10-98, p. I.

8. V. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, "Breve análisis económico de la Ley Argentina de Defensa de la Competencia", *Serie Documentos*, número I. Buenos Aires, agosto de 1997.

9. El excedente del consumidor tiene la ventaja de que es un concepto que se define en términos monetarios, y resulta por lo tanto comparable con el concepto de beneficio de la empresa o 'excedente del productor'. Es también susceptible de ser agregado, a través de la

suma de los excedentes de todos los consumidores que participan en un determinado mercado. Si se conocen o pueden estimarse las funciones de demanda de tales consumidores o mercados, el concepto puede además medirse, y representarse a través del área que se encuentra debajo de la curva de demanda del mercado en cuestión". Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, "Breve análisis económico de la Ley Argentina de Defensa de la Competencia", *Serie Documentos*, número 1, Buenos Aires, agosto de 1997, p. 5

el derecho "a una información veraz y adecuada" -que más bien es un presupuesto de la teoría-, el derecho a la protección de la salud y seguridad de los consumidores o usuarios, y mucho menos derechos de dimensiones colectivas, tales como la participación de las asociaciones de usuarios y consumidores en los organismos de control de la prestación de servicios públicos. De todos modos, con los límites marcados por su vinculación con un sistema de precios, constituye una aproximación interesante para encarar la estimación de los efectos distorsivos de las prácticas anticompetitivas sobre el consumidor, tomando sus intereses como variable necesaria del interés económico general.

Varios de los delitos tipificados por la ley aluden a *standards* que implican directamente la evaluación del grado de afectación de los derechos de consumidores y usuarios. Así, "fijar, determinar o hacer variar directa o indirectamente, mediante acciones concertadas, los precios de un mercado", por ejemplo, es una acción que afecta "los intereses económicos" del consumidor, y el "trato equitativo y digno" al que tienen derecho. La limitación de la "distribución y comercialización" de bienes y servicios afecta la "libertad de elección" de los consumidores, al igual que la subordinación de la celebración de contratos a "la aceptación de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de tales contratos". Del mismo modo, afectan "las condiciones de trato equitativo y digno" y la "libertad de elección" conductas tales como las "acciones concertadas para la distribución de mercados, zonas, clientelas o fuentes de aprovisionamiento", la "negativa, como parte de una acción concertada y sin razones fundadas, a satisfacer pedidos", y la "imposición, mediante acciones concertadas, de condiciones discriminatorias de compra y venta de bienes o servicios".

6. La consideración del interés del consumidor en la aplicación jurisprudencial de la legislación de defensa de la competencia

Ya hemos dicho que el derecho de defensa en la competencia en la Argentina -a diferencia de otras legislaciones- no sanciona los actos de restricción o distorsión de la competencia ni el abuso de posición dominante en el mercado *per se*, sino en la medida en que puedan resultar lesivos para el "interés económico general". Más allá de las controver-

sias interpretativas y de las críticas que ha generado esta solución, lo cierto es que la disposición legal ha obligado al intérprete a dar sentido al *standard*. Después de un camino sinuoso y relativamente *di- lettante*, el criterio interpretativo del órgano administrativo de aplicación de la ley, es decir, la Comisión de Defensa de la Competencia, va definiendo perfiles más claros.

La metodología que va definiendo la Comisión de Defensa de la Competencia, una vez recogidos los antecedentes y escuchadas ambas partes, sigue los siguientes pasos: a) calificación hipotética de la conducta que se denuncia, tanto en términos jurídicos -es decir, si se trata de un acto restrictivo o distorsivo de la competencia, o de abuso de posición dominante en el mercado- como económicos, describiendo el tipo de práctica distorsiva según una tipología económica: p. ej., práctica unilateral o concertada, horizontal o vertical, precio predatorio, etc; b) el análisis del mercado relevante a partir de la información económica obtenida, y c) el encuadramiento legal de la conducta. Como, de acuerdo al sistema de la ley, la ilicitud de los actos anticompetitivos o del abuso de posición dominante está condicionada por la potencial lesión al interés económico general, esta es la instancia teórica en la que la comisión, además de encuadrar la práctica denunciada, analiza la posibilidad de lesión al interés económico general.

Justamente, uno de los sentidos que se ha asignado a la potencial afectación del "interés económico general" en la jurisprudencia de la Comisión de Defensa de la Competencia, es la evaluación del efecto de práctica restrictiva o distorsiva y del abuso de posición dominante en el mercado sobre los derechos del consumidor. A continuación realizaremos una tipología de casos jurisprudenciales, a efectos de inducir cuáles han sido los criterios empleados para estimar la afectación de los derechos del consumidor causada por las medidas anticompetitivas.

6.1 Efectos sobre el precio

Uno de los criterios evaluados por la Comisión de Defensa de la Competencia para estimar si existe afectación del interés económico general es el de determinar si, como consecuencia de la práctica considerada anticompetitiva o del abuso de posición dominante, se ha producido un *aumento de los precios al consumidor*.

Múltiples son los ejemplos de aplicación de este criterio. Así, en un caso en el que se cuestionaba la fijación de precios uniformes por parte de comerciantes panaderos en la Provincia de Santa Fe, la Comisión llegó a la conclusión de que "la distor-

sión tiene entidad para perjudicar el interés económico general, pues todo el público consumidor necesitado de adquirir el producto se encuentra con precios uniformes prefijados y se ve inexorablemente privado de los beneficios que derivan de la libre competencia al carecer de alternativas de comprar que le permitan adquirir lo suyo donde se vende más barato" (CNDC, Expte. 14.356/81). En el mismo sentido, confirmando la decisión de la comisión, la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de Bahía Blanca decidió en la causa "Centro de Industriales Panaderos s/apelación ley 22.262" que "en el caso que se analiza, la conducta del centro se tornó lesiva para el interés económico general al establecer un precio uniforme, circunstancia que se ve agravada por cuanto afecta a un producto de primera necesidad". En el caso "SADIT y Otros c/Massalin Particulares y Otros", decidido en septiembre de 1997, la comisión debió determinar si la imposición de exclusividad a los distribuidores de cigarrillos por parte de dos empresas productoras que concentran la gran mayoría del mercado relevante, afectaba el interés económico general. Uno de los factores determinantes para rechazar la denuncia y aceptar las explicaciones de la empresa fue el hecho de que los beneficios en la distribución se hayan logrado "sin implicar perjuicio aparente al consumidor, ya que los precios de venta al público no han variado". Sosteniendo este argumento, la comisión afirma que "...el hecho de que no se hayan registrado variaciones en los (precios) ni en las condiciones en las cuales los cigarrillos llegan al público consumidor hacen que las prácticas comerciales bajo análisis tengan un impacto nulo sobre el excedente de los consumidores". A similares conclusiones llegó en otros dos casos también relacionados con la distribución de cigarrillos ("Casa Amado c/Massalin Particulares y otros"¹⁰, del 22-11-1985, y "Oscar Segal c/Cámara de Distribuidores de Tabaco",¹¹ del 17-1-1996).

En cuanto a la implementación de listados restringidos de medicamentos, la comisión "considera que contribuye a resguardar el interés económico general y recomendar la adopción de políticas o mecanismos que generen mayor transparencia en el funcionamiento integral del mercado de medicamentos, pues la adopción de cualquier listado restringido es

la consecuencia y no la causa del distorsivo desenvolvimiento del mismo. Será únicamente a través de un adecuado funcionamiento de la oferta y la demanda, con precios resultantes de una sana competencia, que se verá resguardado el interés de los consumidores y que de hecho desalentará cualquier práctica restrictiva en la materia". (CNDC, Expte. 107.895/88).

Un segundo aspecto de los efectos de las medidas con respecto a los precios lo constituye la prohibición de discriminación de precios entre sub-mercados, sin que exista una causa originada en diferencias de costos de provisión. Así, además de referirse a la variación de precios, la comisión ha agregado como criterio para verificar la ausencia de lesión al interés económico general "la imposibilidad de discriminar precios" a partir de las conductas examinadas (CNDC, en el ya referido caso "SADIT y Otros c/Massalin Particulares y Otros").

Un tercer grupo de casos en los que tiene relevancia para la determinación de la lesión al interés económico general la variable de los precios es el caso de las prácticas de precios predatorios. Como se sabe, la práctica de precios predatorios consiste en que una empresa vende a precios más bajos de los que surgirían de una situación competitiva de mercado, con el objetivo de desplazar a los competidores actuales del mercado. La práctica se caracteriza por una secuencia temporal compleja: en un primer momento comienza incrementando el excedente de los consumidores -dado el mejor precio al que adquieren los bienes-, pero el desplazamiento de competidores del mercado crea el riesgo de surgimiento de un monopolio que ejerza el poder de mercado contra los propios consumidores. La Comisión ha tenido ocasión de considerar en varios casos denuncias de precios predatorios, perfilando una definición que -como veremos- implica la consideración del interés del consumidor. En el caso "Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines c/Supermercados Makro", decidido en agosto de 1997, la comisión debió analizar una denuncia contra un hipermercado que ofertó material de librería a precios por debajo del costo. Para determinar la práctica podía calificarse como de precios predatorios, la comisión acoge la definición generalizada: los precios predatorios son "aquellos precios que una empresa fija por debajo de sus costos para desplazar a algunos competidores del mercado, y así poder cobrar ulteriormente precios superiores a los de un mercado competitivo, recobrando la pérdida anterior". La comisión agrega que, para que efectivamente exista un caso de precios predatorios, deben darse simultáneamente las siguientes condiciones: "1) poder de mercado o posición de dominio por

10. La Comisión expresó que "el interés económico no resultaba lesionado por las decisiones de estos últimos, las cuales no afectaban las condiciones de venta de los cigarrillos a los usuarios finales".

11. La Comisión juzgó que no existía "una vulneración al interés económico general, ya que ... tampoco el precio varía por cambiar la cadena de distribución".

parte de la empresa predatora, 2) intención de desplazar del mercado a los competidores y 3) barreras a la entrada de futuros competidores en la etapa posterior a la predicción, para que sea posible recuperar las pérdidas ocasionadas por la acción predatoria". En línea con esta afirmación, la Comisión había ya dicho en casos anteriores ("Eolo c/La Plata- tense S.A., de 1981), que "sería al menos necesaria una doble condición para que una política de precios pueda considerarse restrictiva. En primer lugar que el precio de venta se halle por debajo de los costos de producción y, en segundo lugar, que la empresa, a raíz de esta política, esté aumentando su participación en el mercado". De modo que no basta la mera venta por debajo del costo de producción, si dicha conducta no se da en un contexto de efectivo desplazamiento de otros competidores. La comisión considera, por ejemplo, que son justificables las prácticas de venta por debajo del costo como inversión alternativa a la publicidad, que "opera como una simple estrategia publicitaria que apunta a atraer al cliente con precios bajos y, ya en el supermercado, seducirlo con productos de mayores márgenes". En concreto, ante la situación analizada, la comisión concluyó que, debido al escaso poder de mercado del supermercado objeto de denuncia, y a la completa ausencia de barreras de entrada al mercado, la posibilidad de expulsar a los competidores del mercado era nula, y por ende, "la venta por debajo del costo de este producto por parte de la denunciada fue utilizada como un sustituto de la publicidad". La conclusión final del órgano juzgador es la siguiente: "resultan en este sentido satisfactorias las explicaciones, en cuanto concordantemente con la doctrina citada, *en tanto los descuentos sean pasados al consumidor existiría un beneficio para los consumidores sin perjuicio para el normal funcionamiento del mercado y el interés económico general*".

Como puede verse, la medida final para calificar a una práctica como de "precios predatorios" reposa en última instancia en la persistencia del beneficio al consumidor representado por el precio más bajo de adquisición, o su potencial supresión y el riesgo de distorsión monopólica de precios, en el caso en que la predación logre expulsar del mercado a los competidores.

Queda claro que el resguardo de un mecanismo de generación de precios que funcione sin distorsiones, proporcionando los precios más bajos posibles, está directamente vinculado a la protección de los intereses económicos del consumidor y usuario, en línea con lo establecido por la norma constitucional. Del igual modo, la prohibición de discriminación en materia de precios puede relacionarse sin dificultad con el derecho de usuarios y consumidores

a recibir "condiciones de trato digno y equitativo". En estos casos, la "defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados" y los "derechos de consumidores y usuarios" parecen constituir denominaciones complementarias de un mismo núcleo de reivindicaciones jurídicas, vistas alternativamente desde el mecanismo puesto en marcha para la obtención de las consecuencias deseadas y desde los sujetos beneficiarios de los efectos de ese mecanismo.

6.2 El acceso al consumo

Un segundo aspecto vinculado con la consideración del interés del consumidor como componente del interés económico general está dado por la ausencia de trabas a la oferta de bienes y servicios. En este sentido, se resalta la necesidad de asegurar la eliminación de barreras de acceso al consumo, referidas tanto a la existencia de bienes en oferta en el mercado como a las modalidades de venta del bien.

En este sentido -amén de la consideración del precio- la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha evaluado -para juzgar si un acto aparentemente restrictivo de la competencia puede lesionar el interés económico general- los efectos de las conductas denunciadas sobre el nivel de abastecimiento de un bien. Así, en el caso "Bober Hnos. c/ Rigolleau S.A.", del 19-1-96, considerando la negativa de venta de una compañía manufacturera de ampollas de vidrio para usos medicinales a un distribuidor, la Comisión consideró que "aunque Rigolleau S.A. ostentara una posición de dominio en el mercado relevante, el acto no configuraba una violación de la ley 22.262, en virtud de que... no se había producido desabastecimiento de los productos, y que ... los usuarios del mercado interno no había resultado perjudicados por la práctica en cuestión".

Del mismo modo, en el ya referido caso "Casa Amado c/Massalin Particulares y otros", del 22-11- 1985, la Comisión debió juzgar la denuncia de un su distribuidor contra tres distribuidores y el principal productor de cigarrillos por negarse a venderle sus productos para que él los comercializara. La Comisión opinó que el interés económico general no resultaba lesionado porque las decisiones del productor y de los distribuidores "no afectaban el abastecimiento de los cigarrillos". En el también citado caso "Oscar Segal c/Cámara de distribuidores de Tabaco", del 17-1-96, la Comisión también desestimó la denuncia de un su distribuidor por la negativa a vender de varios distribuidores mayoristas, entendiendo que la conducta no suponía una vulneración al interés económico general "ya que los consumidores no quedan desabastecidos..." En el

ya mencionado caso "SADIT y Otros c/Massalin Particulares y Otros", la Comisión rechazó también la denuncia, afirmando, entre otras cosas, que las conductas juzgadas no implicaron "perjuicio aparente al consumidor, ya que ... la disponibilidad de la oferta en las bocas de expendio se ha mantenido sin mayores inconvenientes". Además del abastecimiento propiamente dicho, la Comisión ha considerado también como componente vinculado con el acceso al consumo de bienes, el mantenimiento de la amplitud territorial de la red de distribución. Así, en el caso "SADIT y Otros c/Massalin y Otros" que viene de citarse, la referencia a la "disponibilidad de la oferta *en las bocas de expendio*" se vincula no sólo con el mantenimiento del volumen de la oferta sino también con su distribución territorial. La Comisión considera además que, debido a la estructura del comercio minorista, "el acceso a las diferentes marcas *en la generalidad de las bocas de expendio* existentes queda... asegurado".

En estos casos, la protección del acceso al mercado parece constituir el correlato instrumental de la "libertad de elección" de consumidores y usuarios, y de su derecho a recibir "condiciones de trato equitativo". Puede aceptarse sin mayor dificultad que el desabastecimiento y la limitación artificial de la oferta de productos son lesivos de la libertad de elección de consumidores y usuarios. De igual modo, la discriminación territorial en la distribución de un servicio o bien afecta el "trato equitativo" prescrito por la norma.

6.3 La afectación al derecho a la información

En algunos supuestos, el interés del consumidor es tenido en cuenta de modo indirecto, aunque muy significativo. Se trata de aquellos casos en los que el mercado que resulta afectado es el de la información. En estos casos, la Comisión de Defensa de la Competencia ha tenido especial consideración por los efectos que algunas prácticas distorsivas o restrictivas de la competencia puedan tener sobre la información a disposición de los consumidores.

En el caso "Editorial Amfin c/AGEA S.A.", decidido en mayo de 1998, la Comisión tuvo la ocasión de analizar una denuncia dirigida contra el diario de mayor tirada del país. La conducta objeto de denuncia era la oferta de descuentos por exclusividad a los anunciantes del diario, de suerte que se bonificaba a quienes se comprometieran a publicar avisos en ese medio gráfico con exclusión de todo otro. Quien realiza la denuncia es justamente un diario competidor.

En lo que resulta relevante para nuestro estudio, la Comisión considera que la conducta denunciada

puede representar un perjuicio para el interés económico general en dos sentidos. En un primer aspecto, "la exclusividad *tiene un efecto de reducción de la información disponible para los consumidores finales, ya que priva a los lectores de los otros diarios distintos del Clarín de la posibilidad de acceder a la publicidad de aquellos productos que habrían sido publicitados en tales diarios* de no implementar(se) dicha política. Para acceder a esta publicidad los lectores de otros diarios deberían comprar también Clarín como segundo diario (o dejar de comprar **Su** diario preferido)."

En segundo término, la comisión sostiene que "la exclusividad puede afectar al interés económico general de una manera más indirecta pero sin duda mucho más importante en el largo plazo. Dicha afectación es a través del efecto que esta práctica impuesta en el mercado publicitario puede tener sobre el mercado de diarios en sí. En efecto, si tenemos en cuenta que la discriminación de precios entre avisos que aprovechan la bonificación por exclusividad de Clarín y avisos que no la aprovechan implica de hecho una transferencia de rentas entre los otros diarios y Clarín (ya que para atraer a anunciantes comunes, los otros diarios se ven forzados a compensar dicha bonificación), este hecho necesariamente repercute en las finanzas de los otros diarios y puede hacer que algunos de ellos se vean forzados a abandonar el mercado o a reducir su ámbito de operación. Puede darse también que potenciales ingresantes al mercado de diarios decidan no entrar al mismo, en virtud de que su ecuación económica les resulte poco atractiva o que la escala a la cual deben entrar a producir su producto sea mayor que los que les permite su capacidad financiera. *Todo esto tiene un efecto nocivo sobre el bienestar de los consumidores, que pueden ver reducida su capacidad de elección entre medios informativos e inclusive perder la opción que más les atraía debido a la desaparición de su diario preferido*".

Como vemos, la opinión de la Comisión pone de relieve las complejas relaciones entre mercados interrelacionados, tales como el propio mercado de los medios de comunicación gráficos, el mercado de la publicidad y el mercado de la información. Las restricciones sobre el mercado de la publicidad pueden tener -a criterio de la comisión- efectos nocivos sobre la información que reciben los consumidores, y en última instancia sobre la existencia de otros diarios, lo que a su vez implicaría un empobrecimiento del mercado de la información. Uno de los vocales de la Comisión, en voto concurrente, afina más esta idea: "Debe considerarse asimismo que esta causa se refiere, aunque de manera desigual, a dos mercados diferenciados pero interrelacionados:

1) El mercado de la publicidad, que está directamente afectado por la práctica denunciada y es el mercado en el que se origina la mayor parte de los ingresos de los diarios. Este mercado presenta gran relevancia desde el punto de vista del interés económico general, ya que la publicidad es información sobre los mercados, para todos sus agentes, y por lo tanto es garantía de transparencia en el funcionamiento de ellos. Si se restringe la cantidad o calidad de información (publicidad), o se entorpecen los medios o mecanismos para publicitar, como es el caso que nos ocupa, puede restringirse también la transparencia en el funcionamiento de los mercados objeto de la publicidad. En este caso, tal como ya se ha dicho, la conducta analizada tiene como objeto la exclusión de medios para publicitar, o la reducción de una pluralidad de ellos en beneficio de uno sólo.

2) El mercado de la información, en el que no pueden soslayarse los factores extraeconómicos directamente relacionados con la garantía institucional de la libertad y pluralidad de información, protegida por fuertes dispositivos constitucionales".

Como puede verse, la consideración del interés del consumidor asume en este caso funciones múltiples. Desentrañando las complejas vinculaciones trazadas por la comisión, podría decirse que, pese a que la medida concreta bajo examen es la distorsión del mercado de publicidad en diarios, la protección del interés del consumidor se enfoca desde las siguientes perspectivas:

1) Interés del consumidor en recibir información (publicidad, en este caso) a través de mayor cantidad de diarios posible. Podría decirse a su vez que la protección del acceso a la información resulta instrumental para el mantenimiento de la transparencia del mercado, con lo que las relaciones de protección del interés del consumidor, circulación de la información y transparencia del mercado se reflejan en un efecto de espejo.

2) Interés del consumidor en el mantenimiento de distintos medios de comunicación. Del mismo modo que en el caso anterior -aunque variando esta vez el objeto de protección- la existencia de pluralidad de voces en el mercado de medios de comunicación gráfica es un vehículo que resulta instrumental para la difusión de información en el mercado, de modo que preservando la pluralidad de día

3) rios se protege también la circulación de información que a su vez es funcional para mantener la transparencia del mercado.

Pueden advertirse sin embargo algunos matices diferenciales entre las dos perspectivas: en el primer caso, el objeto de protección es la publicidad, es decir, información destinada principalmente (aunque no de manera exclusiva) a difundir la oferta de bienes y servicios en el mercado. En este supuesto la protección parece dirigirse esencialmente a la transparencia del mercado, en la medida en que su funcionamiento requiere como presupuesto la información del consumidor.

En el segundo caso, la protección de la información a partir de la tutela de la pluralidad de medios parece no restringirse exclusivamente a la publicidad, sino en forma mucho más general a la difusión de información pública y de ideas y opiniones. En este segundo supuesto el objeto de la tutela parece alejarse de una estrecha concepción economicista del mercado, y orientarse más bien hacia la postulación de un vínculo subyacente entre circulación de la información e ideas de todo tipo, formación de la opinión pública y democracia. Más que centrarse en la protección del consumidor definido en términos de consumo de bienes y servicios, esta posición tiene en vista al consumidor-ciudadano, o bien al ciudadano en su faceta de consumidor, e implica el postulado económico-político de la existencia de relaciones sustanciales entre el libre mercado de ideas y la democracia.

Huelga decir que en este caso, la protección de la libre competencia tiene directa relación con la protección del derecho de los consumidores y usuarios a una información adecuada y veraz, y en consecuencia a la libertad de elección que, como se ha visto, tienen raigambre constitucional en la Argentina.

6.4 El interés del usuario en situaciones monopólicas no regidas por la Ley de Defensa de la Competencia

Por último, también resulta relevante analizar algunos precedentes judiciales vinculados con la interpretación jurisprudencial de conflictos derivados de la implementación de privatizaciones de servicios públicos. Si bien estos casos no son regidos por la Ley de Defensa de la Competencia -ya que la situación de monopolio surge justamente de una atribución hecha por la ley y por reglamentos administrativos, que incluyen los pliegos de condiciones de la privatización-, es interesante analizar el recurso a la consideración del interés del usuario cuando se analiza la legalidad de ciertas medidas adoptadas por las empresas privatizadas y autorizadas por el Estado.

Como veremos en el próximo acápite, en el control legal de la gestión de empresas de servicios públicos han tenido un rol preponderante las asociaciones de consumidores y usuarios -y en algunos casos, los usuarios a título individual- en el uso de atribuciones que tienen sustento principal en la Ley de Defensa del Consumidor. En el tipo de casos que comentamos bajo este rubro, sin embargo, la impugnación judicial proviene de un competidor, que se siente afectado por la autorización estatal concedida a las empresas monopólicas en violación a la normativa que establece el régimen general de la política nacional de privatizaciones. En casos tales como el de la privatización del servicio telefónico, la concesión de un régimen de monopolio temporal a las empresas concesionarias del servicio se justificó en la necesidad de las empresas de mantener una tasa asegurada de ganancias, como compensación a la necesidad de fuertes inversiones para modernizar el sector. El monopolio es, sin embargo, temporal, y de acuerdo al plan general de privatización, se establecen como metas futuras la desmonopolización y la desregulación. Para asegurar estas metas, los pliegos de condiciones de la privatización han establecido ciertas prohibiciones a las empresas que gozan de la concesión monopólica, con la finalidad de evitar que estas aprovechen su situación de dominio absoluto en el mercado para inclinar a su favor de tal modo la prestación de servicios vinculados con el sector, que en el momento de cese de la exclusividad la libre competencia en el sector devenga ficticia. El caso que comentaremos a continuación es el *leading case* en la materia, y sienta interesantes principios interpretativos.

En el caso "Impsat S.A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos", fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, Sala IV, en diciembre de 1996, una empresa prestataria de servicios llevados a cabo a través de la red telefónica impugnó judicialmente una resolución del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, que autorizaba a las empresas telefónicas monopólicas a arrendar enlaces de la red telefónica pública para la prestación de servicios de telefonía distintos de los servicios de telefonía básica. El fundamento de la impugnación era la violación del principio establecido en el pliego de privatizaciones del sector telefónico, que establece una división entre el régimen de exclusividad monopólica del servicio básico telefónico y el régimen de libre competencia para los restantes servicios de telecomunicaciones. Como contrapartida a la concesión de exclusividad monopólica a las empresas prestadoras de servicios en lo referente al servicio básico telefónico, el pliego

de privatización les impone la prohibición de prestar otros servicios de telecomunicaciones, tales como "servicios de datos y otros servicios de valor agregado, incluyendo servicios de télex". Para estos casos, amén de abstenerse de emplear la red de telefonía pública para explotar otros servicios telefónicos distintos del servicio básico, las empresas licenciatarias tienen la obligación *de* asegurar la libre competencia en el sector- de "proporcionar, en forma no discriminatoria y en la medida de su disponibilidad, el acceso a la red pública a los prestadores de servicios en régimen de competencia".

En el caso, las empresas licenciatarias solicitaron el Estado y obtuvieron permiso para arrendar a una empresa -y para peor, a una empresa *controlada totalmente* por las propias licenciatarias, en proporción de cincuenta por ciento cada una- enlaces de la red telefónica pública para servicios de telecomunicaciones que no eran de telefonía básica. En lo que resulta relevante a efectos de este estudio, la decisión de la jueza de primera instancia -en lo sustancial sostenida por todos los jueces intervinientes-, decide anular la resolución impugnada. Para ello, haciendo un análisis minucioso de la situación planteada, hace las siguientes consideraciones:

"Cabe señalar que esta imposibilidad de las licenciatarias del servicio básico de arrendar enlaces de su red guarda estrecha relación con las disposiciones del pliego que prohíben expresamente utilizar los ingresos del servicio básico para subsidiar la prestación de los servicios de la SPSI, de la sociedad de servicios en régimen de competencia u otra empresa que preste servicios en competencia.

En efecto, no cabe duda de que las sociedades licenciatarias tienen capacidad de red para prestar los servicios en competencia, es decir que -como lo señala el Estado en su informe- tienen actualmente capacidad ociosa. Sin embargo, el espíritu del régimen de exclusividad otorgado a través de la privatización les impide "aprovechar" las inversiones realizadas durante dicho periodo -inversiones que, por lo demás debían realizar a fin de cumplir con las obligaciones establecidas en el pliego- para otros servicios que no sean los de telefonía básica. Así, durante la vigencia de la exclusividad esa red sólo debe ser usada para el servicio telefónico, servicio al cual las sociedades en competencia tienen vedado el acceso (...).

A tal fin el decreto 62/90 y sus modificatorios previeron, en materia de costos, teniendo en cuenta las obligaciones a cargo de las licenciatarias del servicio básico, los ingresos provenientes de la prestación del servicio básico en régimen de exclusividad, razón por la cual no se puede sostener que el "desaprovechamiento" de la red telefónica pública perjudica a las

licenciatarias. La circunstancia apuntada *utsupra* impulsará, con toda probabilidad, el desarrollo de redes paralelas, lo cual si bien requerirá de un esenciero económico por parte de los prestadores de servicios en competencia, *para el usuario significará gozar, a no tan largo plazo, de los beneficios de la existencia de muchas redes, ya que podrá elegir entre varios prestadores de servicios de telecomunicaciones.* Esa y no otra es la aspiración de todos -tal como lo señala el Estado en su contestación de informe".

En sentido similar, la resolución final de la cámara de apelaciones, confirmatoria de la anulación de la resolución, afirma:

"Asimismo se reconoce que, con respecto a las telecomunicaciones, la política nacional tiene el propósito general de proveer un servicio básico telefónico universal, de la más alta calidad a precios justos y razonables, como también asegurar la prestación competitiva de servicios de datos y otros servicios de valor agregado, mediante el establecimiento de un sistema privado y progresivamente competitivo, integrado en una red pública interconectable de extensión nacional. No es cierto, en cambio, que ello habilite a violar las condiciones expresas que dieron lugar al concurso público internacional para la privatización del servicio de telecomunicaciones. Por el contrario, el cumplimiento de esas normas es el que ha de posibilitar el objetivo con ellas perseguido y dichos preceptos deben prevalecer en el momento de interpretar, con recto sentido, la totalidad del marco jurídico aplicable a la materia bajo examen".

Gomo corolario de este contexto de análisis, los tribunales intervmientes sostienen además un criterio interpretativo estricto con respecto a las facultades de las empresas licenciatarias en materia de contratos de concesión de servicios públicos, afirmado, por otro lado, en jurisprudencia anterior de la Corte Suprema de Justicia:

"El derecho del concesionario no puede ir más allá de lo que la concesión define y enumera, siendo la regla más segura en materia de interpretación de concesiones la de que toda duda debe ser resuelta en sentido adverso al concesionario, porque nada debe tenerse por concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia clara".

Y en sentido similar:

"La afirmativa -en materia de interpretación de concesiones- necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario".

Un comentarista del fallo, celebrando su contenido, señala:

"La exclusividad otorgada para el servicio básico, que constituye un privilegio, conlleva beneficios y obligaciones extraordinarias. Los beneficios son la posesión de un mercado cautivo que no tiene opciones para elegir otro prestador, hasta el fin de la exclusividad. Este genera un ingreso total anual, para ambas telefónicas, de alrededor de 6,000 millones de dólares. Pero, y ésta es la obligación, no deben brindar otro servicio que no sea el servicio telefónico básico.(...) Si se autorizara el arrendamiento de enlaces, las telefónicas podrían arrendar, a costo marginal, la red troncal de fibra óptica instalada (...). Ningún precio de mercado podría competir contra redes troncales 'llave en mano' ofrecidas por las telefónicas, subsidiadas generosamente por los clientes del servicio telefónico básico, por su mercado cautivo".¹²

En definitiva, la clave de la prohibición de arrendamiento de la red telefónica para la prestación de servicios distintos del servicio básico telefónico tiene como meta principal la creación de condiciones de mercado para el desarrollo de la libre competencia en el sector, evitando que las licenciatarias en situación de exclusividad aprovechen su posición para obtener ventajas inalcanzables para otros competidores que entren después al mercado. A su vez, esta defensa de la desmonopolización y de la libre competencia, tiende a proteger los derechos de los usuarios. Como recalca el mismo comentador:

"La ley de reforma del Estado anticipó lo que hoy nuestra Constitución Nacional establece en sus arts. 42 y 43, al poner como prioridad de la acción del Estado el aseguramiento de las libertades de opción del ciudadano, en su faz de cliente o consumidor. Y no hay libertad posible del consumidor si la oferta está controlada o sometida a la acción dominante de uno de los participantes de un mercado o sector, La pluralidad, diversidad, variedad y policromía de la oferta es el requisito indispensable para el ejercicio de la opción del consumidor, máxime en materia de comunicación".¹³

12. AGUIAR, H., "Monopolio telefónico y juicios en competencia", en Rev. La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo, 20-2-1998, pp.4-5.

13. Id., pp. 7-8.

7. La interpretación jurisprudencial de los derechos de consumidores y usuarios en situaciones de monopolio

Dentro del universo de situaciones de aplicación de la normativa sobre derechos del consumidor en la Argentina, la que reviste mayor interés teórico para nuestro trabajo es la vinculada con la interpretación judicial de los principios que rigen la relación de los usuarios de servicios públicos privados de carácter monopolístico con las empresas prestatarias de estos servicios.

Si bien desde el punto de vista estrictamente legal la Ley de Defensa del Consumidor no distingue entre empresas en situaciones de monopolio o de competencia, existen razones tanto legales como fácticas que destacan de modo especial este campo de relaciones jurídicas.

Desde el punto de vista legal, como hemos visto, concurren varios tipos de razones. Por un lado, el hecho de que, en materia de interpretación, la Ley de Defensa del Consumidor y la Ley de Defensa de la Competencia integren un plexo normativo común, de modo que los principios interpretativos que informan a ambas leyes deben mantener coherencia. De modo que cabe prestar especial atención a la situación de los usuarios sujetos a una relación de tipo monopolístico con una empresa prestataria de servicios públicos, en la medida en que las conductas o prácticas de la empresa que causen perjuicio a los usuarios son susceptibles de ser calificadas como aquel abuso de posición dominante que lesione el interés económico general que viene prohibido por la Ley de Defensa de la Competencia. Huelga aclarar que el monopolio significa posición de dominio completo en el mercado. Por otro lado, el hecho de que la Ley de Defensa de la Competencia preste especial atención a la situación jurídica de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios. Este especial interés tutelar se ha traducido en los hechos, la relativa organización de un movimiento de asociaciones de defensa de consumidores y usuarios, que emplean en su actuación tanto la normativa de defensa del consumidor como la vinculada con el cumplimiento de las condiciones de los pliegos de privatización y con los deberes estatales de contralor de los servicios públicos privatizados.

Por último, varios derechos de usuarios y consumidores respecto a los servicios públicos derivan directamente de normas constitucionales -varios de ellos, además, aún no han sido reglamentados por

el legislador. La norma constitucional se refiere concretamente al "control de los monopolios naturales y legales, (y) al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos". Además, prevé "la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control" de los servicios públicos de competencia nacional. El movimiento de defensa de los derechos de consumidores y usuarios ha basado parte de su acción en la invocación directa de estas normas, y en su vinculación con los derechos esenciales establecidos por la Constitución en las relaciones de consumo, es decir aquellos referidos a "la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno".

Desde el punto de vista fáctico, la cuestión está relacionada con la historia económica reciente de la Argentina. Después de casi cincuenta años de propiedad estatal de las empresas prestatarias de servicios públicos, en el año 1990 el actual gobierno inició un proceso general de privatizaciones, que aún continúa. La gran mayoría de las privatizaciones (que involucran la prestación de los servicios de agua, energía eléctrica, gas y teléfono) se realizó concediendo a las empresas privadas concesionarias del servicio público un régimen de monopolio (en algunos casos temporal, como en el caso de la privatización del servicio telefónico). De modo que la referencia de la Ley de Defensa del Consumidor a los usuarios de servicios públicos domiciliarios alude de hecho, mientras se mantenga el monopolio, a usuarios de servicios monopolísticos. Dado este panorama, el empleo de la Ley de Defensa del Consumidor por los usuarios para la interpretación de sus relaciones jurídicas con las empresas privadas monopolísticas prestatarias de servicios públicos domiciliarios ha significado una interesante modificación de criterios con respecto a la interpretación que regía cuando las empresas prestatarias de servicios públicos eran monopolios estatales. La toma en consideración del interés del usuario y de su situación de cautiverio económico y debilidad con respecto a las empresas prestatarias va marcando nuevas pautas interpretativas. Para reflejar la evolución jurisprudencial en la materia, sugerimos los siguientes ejes de análisis:

7.1 Principios de interpretación

Si en el pasado, dado el carácter estatal de las empresas prestatarias de servicios públicos, las relaciones entre empresa y usuario tendían a reproducir la relación entre administración y administrado, la

situación actual ha marcado algunas modificaciones relevantes en la materia. Amén del reconocimiento de las modificaciones de trato debidas al carácter privado y al fin de lucro de las empresas prestatarias de servicios, la situación de monopolio y de cautiverio del usuario en el terreno de prestación de servicios esenciales ha redundado en la adopción de principios de interpretación tanto de los hechos como del derecho favorables a la posición del usuario. Resulta interesante ilustrar este cambio con las propias palabras del miembro de un tribunal que lo hace operativo:¹⁴

"Que con relación al análisis relativo a la cuestión aquí a tratar, parece conveniente realizar algunas consideraciones en torno a las particularidades y características que presenta en la actualidad la prestación de los servicios públicos como el telefónico que motiva esta causa, a la luz de los nuevos conceptos interpretativos de normas que incorpora nuestra reciente reforma constitucional y legislación dictada en su consecuencia."

La trascendencia "jurídico-institucional de los cambios estructurales" acaecidos a partir de la ley 23.696 de Reforma del Estado y el fenómeno privatizador, generan una honda transformación y evolución no sólo de las "nociones tradicionales de servicio público", sino también de la multiplicidad de relaciones surgidas al amparo de la nueva y cambiante normativa. Este cuadro de mutación constitucional, legislativa, jurisprudencial y doctrinaria constante nos obliga a fijar criterios interpretativos de cuestiones como la de autos.

La reciente reforma constitucional consagra de manera definitiva el reconocimiento postergado de los derechos del consumidor en el art. 42, de manera autónoma y explícita, cuando enuncia:

"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

Ya anteriormente a la introducción de la llamada Norma Suprema se promulgó la ley 24.240 -denominada Ley Nacional de Defensa del Consumidor- brindando dentro de su articulado criterios normativos e interpretativos, a fin de resolver controversias como la de la presente *litis* asegurando al usuario el derecho en forma cierta y objetiva a una información detallada, eficaz y suficiente sobre las características del servicio a consumir. En este contexto emerge un concepto solidarista al dotar a la norma de su caracterización de obligatoriedad por ser la misma una ley de orden publico, y emanado de ella una máxima hermenéutica de guía: cuando en su art. 3 -*in fine*- nos indica que *en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable al consumidor. (...)*

A mi criterio, donde deben ser valorados como elementos relevantes (...) es que nos encontramos en presencia de un contrato típico de adhesión, y conforme lo he sostenido cuando manifesté que dichas convenciones se caracterizan por cuanto uno de los contratantes, en virtud de una cualidad específica (en particular en esta *litis*, la prerrogativa prestacional única y monopólica de teléfonos por la demandada en la zona de influencia de la abonada) le hace poseer un poder de imposición exorbitante sobre el otro contratante (consumidor); de tal forma que este último sólo asiente ante la propuesta empresarial. Y es desde este enfoque como debe resolverle este entuerto, ya que es bien sabido que el abonado está en presencia de un prestador permisionario único y exclusivo en su zona con facultades unilaterales de determinación del consumo y de la facturación del mismo, lo que coarta la libre o simple voluntad de aceptar o no la propuesta de la oferta que, como dije, es esencial para que exista un contrato *stricto sensu*.

En este orden de ideas, se ha interpretado estrictamente la obligación de entregar el detalle de consumo real correspondiente a la línea telefónica en cuestión, se ha rechazado la defensa opuesta por la empresa telefónica en el sentido de no estar en condiciones de proveer la facturación detallada, se ha obligado a la empresa telefónica a pagar en efectivo los reintegros por servicios abonados pero no prestados -en lugar de permitírseles deducir esa deuda en futuras liquidaciones,

14. Cámara Nacional de Apelaciones en los Civil y Comercial Federal, Sala III. "Biestro de Bover. Amelia T. C. Telefónica de Argentina S.A.", del 16-12-94.

como pretendía la empresa- ¹⁵, se ha condenado a la empresa a pagar el costo de alquiler de un servicio de telefonía móvil destinado a reemplazar la línea telefónica cuyo servicio quedó interrumpido, se ha rechazado la defensa opuesta por la empresa telefónica en el sentido de achacar la interrupción del servicio sobre la base de las malas condiciones en que el Estado le transfirió las instalaciones, se ha considerado que, como continuadora legal, a la empresa privatizada prestataria de servicios públicos le son oponibles los contratos suscritos entre los particulares y la empresa estatal anteriormente a cargo del servicio¹⁶ etcétera. En una causa en la que el usuario demandó a la empresa por sobrefacturación, la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal llegó a la siguiente conclusión, referida a la obligación de la empresa telefónica de resolver prontamente el problema ante la denuncia de aumento injustificado de la facturación:

"A todo ello se suma que la demandada presta un servicio monopólico, de tal manera que resulta acorde con el citado art. 42 de la Constitución Nacional que el cumplimiento de sus obligaciones con respecto a los usuarios, que cuentan con escasas posibilidades de ejercitar un control adecuado de la debida prestación del servicio, se le exija con mayor rigor y estrictez." ¹⁷

En síntesis, el principio protectorio de los intereses del consumidor conlleva una aplicación mucho más estricta cuando se interpretan situaciones signadas por la situación de monopolio de la empresa privada prestataria de servicios públicos. En este sentido, le son aplicables tanto el régimen de defensa del consumidor y del usuario, como la parte pertinente de los pliegos de privatización que prevean mecanismos de defensa del usuario.

7.2 Carga probatoria

De modo similar, debido a la ostensible diferencia de poder entre empresa prestataria y consumidor, cuando los hechos a probar resulten de demostración sumamente dificultosa, por estar los medios de prueba a disposición de la empresa, el principio de interpretación en materia probatoria ha favorecido al consumidor, a través de dos modalidades:

a) Inversión de la carga probatoria: en casos en los que los elementos técnicos de los que debe surgir la prueba están en poder de la empresa demandada -por ejemplo, en materia de medición del consumo de pulsos telefónicos- la jurisprudencia ha decidido que, de ser imposible para el consumidor probar la sobrefacturación, la carga de la prueba se invierte y corresponde a la empresa prestataria del servicio público demostrar que la facturación es correcta. Así, en el mencionado caso "Biestro de Bover", la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal opinó que:

"Deberá ser entonces quien está en mejor posibilidad de probar quien acredite con veracidad certera lo facturado, no pudiendo tomar una posición de mera expectativa la concesionaria del servicio público, en su calidad de prestataria sobre una actividad de interés público general como es la de telecomunicaciones en la actualidad, y respecto de la cual ella tiene no sólo el monopolio, sino el control *cuasi* unilateral de lo facturado, importe que legalmente puede incluso perseguir por la vía ejecutiva y aun más, apremiando de hecho al usuario con el corte del suministro además de las acciones judiciales pertinentes, lo cual agrava la merma del apoyo inicial de ejecutado a su derecho a defensa. Esta razón hace harto valedera la necesidad de un mayor o vigorizado control administrativo (...). Máxime ello a mi entender siendo que el cliente no posee los elementos técnicos necesarios para poder comprobar un exceso irregular de pulsos o sobrefacturación de los mismos. (...)

Mal puede la accionada pretender, como dije en el considerando anterior, que sea el abonado quien pruebe exclusivamente él, que el mecanismo de control de pulsos no funciona correctamente y que las facturas remitidas no acreditan conforme a las lecturas de los medidores, cuando es el directo interesado (usuario) el que debe acceder a las oficinas comerciales donde se encuentran dichos aparatos, exigiéndose una prueba imposible de acreditar. En tal sentido, la jurisprudencia ha dicho que el estado de indefensión del consumidor del servicio telefónico se encuentra en la imposibilidad de controlar los medidores, por lo que la verificación del consumo es absolutamente unilateral (...)."

En el caso "Industrias Encarfi S.A. c. Entel", la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, Sala IV, del 23-2-95, tuvo que juzgar la destrucción por parte de la empresa monopólica del reclamo presentado por el usuario. El Tribunal sostuvo entonces que:

"Las constancias que debían encontrarse en los registros de la empresa proveedora del servicio público prestado en condiciones de monopolio tienen impor

15. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 1, "Goyena, Raúl H. C. Telecom Argentina Stet France SA", del 11-7-1)5.
16. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V. "Ilecciu e Hijos S.A. c. Ente Nacional Regulador del Gas" del 5-3-1997.
17. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I. "Ruiz.. Mercedes c. Telecom Argentina Stet France", del 10-6-1997.

tancia fundamental en cualquier conflicto que pueda suscitarse entre ella y los usuarios del servicio. Se trata de elementos de prueba necesarios para estos últimos y, con mayor razón, para quien tiene en su poder los elementos de prueba requeridos para el ejercicio de su derecho de defensa.

La conducta de la demandada, aun cuando apoyada por disposiciones internas de resguardo de documentación, perjudica su derecho, toda vez que habida cuenta el momento de deducirse el reclamo, elementales principios de prudencia y de lealtad frente al cliente le hubieran obligado a adoptar los recaudos necesarios para impedir su destrucción, malgrado las disposiciones generales que pudieran regir para supuestos de normal funcionamiento de las relaciones empresa/cliente.

La destrucción de la documentación durante la tramitación del reclamo (...), previa a la iniciación de la demanda en la que se acreditaría el funcionamiento de la línea telefónica, ha de ser asimilada al supuesto de negativa de presentación de la prueba que tuviera en su poder".

Como puede verse, se trata de una aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, que traduce en materia probatoria la posición de debilidad del usuario con respecto a la empresa. En este sentido, en caso de resultar verosímiles las alegaciones del usuario, corresponde a la empresa el demostrar -a partir de los medios técnicos a su disposición- que la facturación corresponde efectivamente al consumo efectuado por el cliente, y -de no poder hacerlo- su silencio u omisión deben entenderse como confirmatorios de la veracidad de lo afirmado por éste.

b) Consideración de las alegaciones del consumidor como presunciones o indicios:

En otro conjunto de casos, el aumento abrupto del monto de la facturación con respecto al promedio de los periodos anteriores, sumado a la falta de justificación de la empresa, se han entendido como un fuerte indicio de sobrefacturación imputable a la empresa. Aún antes de que esta regla se convierta en derecho positivo, la jurisprudencia la tomaba como una presunción razonable, que trasladaba la carga de probar la corrección de la facturación a la empresa.

En el ya citado caso "Industrias Encarfi S.A. c. En- tel", la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo decidió que, pese al veto del Poder Ejecutivo, el hecho de tomar como base el aumento de más del 50% del monto promedio correspondiente al consumo efectivo del usuario en los doce meses inmediatos anteriores para suponer error en la facturación constituye una pauta razonable de presunción.

En la causa "Ruiz. Mercedes c. Telecom Argentina Stet France", la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, aún aceptando que no existe una prueba directa que acredite la sobrefacturación, acepta que -en ausencia de demostración de la corrección de la facturación por parte de la empresa- los dichos del usuario suponen "presunciones graves, precisas y concordantes" que permiten tener por acreditada su veracidad. La Cámara afirma que:

"Por otra parte, es jurisprudencia antigua de esta sala que cuando por la índole de los hechos y circunstancias del caso, la prueba directa es imposible o extremadamente difícil, no se puede hacer incidir las consecuencias que de ahí derivan sobre la parte gravada con la carga de la prueba, de modo que, en tales supuestos, adquieren pleno valor las presunciones".

Como se advierte en estos casos, la situación caracterizada por la suma de dichos razonables del usuario y por ausencia de demostración clara de su irrazonabilidad determinan una fuerte presunción a favor de la veracidad de sus dichos. Pese a que la demostración concreta de la sobrefacturación no esté al alcance de sus posibilidades, de las demás circunstancias efectivamente probadas en el caso, y de la falta de prueba por parte de la empresa de la corrección de la facturación, puede extraerse una presunción favorable a la posición del usuario.

7.3 Legitimación para impugnar modificaciones del régimen de prestación

Por último, resulta interesante hacer referencia a la transformación que causó mayor impacto en la tradicional concepción del papel jugado por los usuarios en el control de las licitaciones públicas y en la gestión de los servicios públicos privatizados. Tradicionalmente, el papel asignado por la teoría administrativa al usuario en estos supuestos era poco significativo -quedaba casi exclusivamente limitado a la facultad de hacer denuncias por ilegitimidad, en las cuales no tenía siquiera legitimación para impulsar la acción por sí mismo. Desde que se produjo la sanción de la legislación de defensa del consumidor y del usuario, la incorporación a la Constitución de los derechos de usuarios y consumidores, y el reconocimiento de legitimación para actuar por medio del amparo colectivo a las asociaciones de consumidores y usuarios y a los propios afectados en materia de defensa de derechos de los consumidores y usuarios y de derechos de incidencia colectiva en general, se ha verificado un radical cambio de la situación de protección de los usuarios, tanto frente a la actuación de las empresas

prestatarias, como a la del Estado en su función de contralor de la actividad de esas empresas. Intentaremos a continuación referir brevemente los hitos fundamentales de esta evolución:

a) Legitimación de las asociaciones de consumidores: a partir del juego conjunto de las normas que establecen la jerarquía constitucional de los derechos de usuarios y consumidores, de la norma constitucional que habilita a las asociaciones de consumidores a presentar amparos colectivos en defensa del colectivo de consumidores y usuarios, a la ley de defensa del consumidor y a algunas cláusulas establecidas en los pliegos de privatizaciones, se ha concedido judicialmente a las asociaciones de defensa de consumidores legitimación -entre otras cuestiones-para:

- Impugnar la ganancia excesiva de las empresas telefónicas con respecto a la tasa de retorno prevista en los pliegos de privatización;¹⁸
- Impugnar el aumento de tarifas de gas, autorizado por el Ente de regulación respectivo;¹⁹
- Impugnar el denominado "rebalanceo" de tarifas telefónicas, consistente en el aumento de tarifas locales para compensar la disminución de tarifas interurbanas e internacionales;
- Solicitar la convocatoria de audiencias públicas en las que se asegure la posibilidad de participación de las asociaciones de consumidores y usuarios, antes de que la autoridad administrativa autorice aumentos de tarifa u otros cambios relativos al régimen de prestación del servicio público (tales como la prórroga de la exclusividad de las empresas prestatarias del servicio telefónico).²⁰

b) Legitimación de los usuarios: en sentido similar se ha aceptado la legitimación del usuario, en carácter de "afectado", o en el propio carácter de cliente de la empresa prestataria del servicio público, para:

- Impugnar el "redondeo" de la tarifa de subterráneos, que llevó a un aumento del 400% del autorizado;²¹
- Impugnar la ganancia excesiva de las empresas telefónicas con respecto a la tasa de retorno prevista en los pliegos de privatización;²²
- Solicitar la convocatoria de audiencias públicas, antes de que la autoridad administrativa autorice aumentos de tarifa u otros cambios relativos al régimen de prestación del servicio público (tales como la prórroga de la exclusividad de las empresas prestatarias del servicio telefónico)²³

En este conjunto de acciones, que han causado un importante efecto político de control tanto sobre las acciones de las empresas privatizadas que prestan servicios públicos como de los entes reguladores estatales destinados a controlarlas, las asociaciones y los propios usuarios han fundado su legitimación en el derecho de todo usuario a "la protección de sus intereses económicos"; "a una información adecuada y veraz" "al control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos", y a "la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control de los servicios públicos de competencia nacional".

18. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, "Consumidores Ubres c. Telefónica de Argentina y otros", del 17-10-1997.
 19. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV "Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de la Argentina c. Ente Nacional Regulador del Gas", del 9-10-1998.
 20. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V "Consumidores Libres Coop. Ltda. y otros c. Presidencia de la Nación y otro", del 9-5-1997.

21. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, "Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo Nacional", del 5-10-1997.
 22. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, "Caplan, Ariel R. C. Telefónica de Argentina S.A. y otros", del 10-12-1996.
 23. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, "Youssefian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones", del (i-10-1997.