

El fiscal de la competencia (ley de defensa de la competencia)

Publicado en www.aduananews.com, diciembre de 2006 revisado por el autor a junio de 2012.

Por Pablo H. Della Picca

Palabras pre preliminares

En el presente trabajo se analiza un proyecto presentado en el recinto legislativo que a la fecha, lamentablemente, no se ha convertido en ley. Es penoso que así sea pues lo que con el mismo se pretende seguramente reportaría resultados ventajosos en una materia tan sensible como el derecho de la competencia.

No caben dudas de que el mercado –macroeconomía– de nuestro país no es el mismo que el del año 2006 –año en que el proyecto obtuvo media sanción– ni mucho menos el de 1999 –año en que se sancionó la ley 25156–, empero, los principios que esta disciplina procura proteger son los mismos. Esto no solo permite afirmar no es tarde para reanimar la iniciativa, sino que incluso resulta necesario.

En este aspecto, no debemos dejar de bregar por la definitiva conformación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.

I. Consideraciones preliminares

En estos días se encuentra en el Congreso de la Nación un proyecto de ley que cuenta con media sanción de la Cámara baja por el cual se crea la figura del Fiscal de la Competencia en el ámbito de la ley de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

Si se aprueba dicho proyecto, la Subsecretaría de Defensa del Consumidor, dependiente de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción¹, pasará a ejercer el rol de Fiscal de la Competencia en los procesos que se sustancien ante el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante TNDC).

Como es sabido, el TNDC ha sido creado por la Ley N° 25.156, aunque a la fecha no se encuentra en funcionamiento, en su lugar funciona la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante CNDC). Una importante diferencia distingue al Tribunal de la Comisión y es que el primero es un órgano autárquico. Por tal razón, la efectiva creación del TNDC importará incorporar al procedimiento un elemento de vital importancia: la independencia del órgano juzgador.

Con relación al Fiscal de la Competencia creemos necesario hacer dos observaciones preliminares. En primer lugar, el Decreto N° 89/01 en su art. 26 dispone que la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor (actualmente Secretaría de Coordinación Técnica) será parte interesada en la defensa del interés público en los procedimientos ante el TNDC, con facultades para efectuar denuncias y para que se le corran vistas de las denuncias presentadas; mientras que el proyecto de ley preceptúa que el rol de fiscal lo ejercerá la Subsecretaría de Defensa del Consumidor –dependiente de la Secretaría de Coordinación Técnica–, con facultades para denunciar, requerir el dictado de medidas preventivas, hacer presentaciones, ofrecer y producir pruebas, presentar alegatos, apelar, etc. Esto quiere decir que el Fiscal de la Competencia será la repartición pública que se encuentra un nivel inferior de la dependencia que actualmente colabora en los procesos que se sustancian ante la CNDC, aunque

¹ Actualmente Secretaría de Comercio Interior, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

con un listado detallado de facultades más amplio.

En segundo lugar, el proyecto hace referencia a la defensa de los intereses de los consumidores. Normalmente incurrimos en el error de pensar que el objeto del derecho de la competencia consiste únicamente en analizar el mercado, los grupos empresarios, los precios y costos, a fin de conocer si tal o cual conducta es o no anticompetitiva, pero perdemos de vista los intereses de los consumidores, que son los destinatarios finales de los productos y servicios que en el mercado se producen y comercializan. La incorporación del concepto “intereses de los consumidores” en el texto de la Ley N° 25.156 no es un dato menor, ya que complementa el de “interés económico general” del art. 1º y además importa la observancia del nuevo art. 42 de la Constitución Nacional.

II. El derecho de la Competencia y el Derecho Penal

La incorporación de la figura del fiscal dentro del proceso de defensa de la competencia significa, prima facie, el ingreso de un componente propio del derecho penal, lo cual va en línea con el artículo 56 de la LDC que dispone que son de aplicación supletoria el Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación.

Ahora bien, no es necesario señalar que el derecho penal y el derecho de la competencia son dos disciplinas jurídicas diferentes, pero surge entonces el interrogante de saber si, a pesar de ello, es posible incorporar un órgano típico del proceso penal en nuestra materia, y si ello será beneficioso.

Por definición el derecho penal es “la rama del ordenamiento jurídico que agrupa las normas que el Estado impone bajo amenaza de sanción, limitando y precisando con ellas su facultad punitiva”¹, tan sólo agregamos que se regulan en su seno los delitos contra las personas, la propiedad y la libertad, entre otros y que evidentemente tiene una antigüedad superior a la del derecho antitrust.

Por otro lado, nos parece pertinente la definición de Germán Coloma de la defensa de la competencia “como una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí”². Es una disciplina que comienza a desarrollarse a partir del surgimiento de escenarios económicos caracterizados por la apertura de mercados, la globalización y el desarrollo tecnológico. Fundamentalmente las conductas que se pretenden evitar son las de naturaleza económicas que tengan por resultado un perjuicio a interés económico general.

En otras palabras, el derecho penal es una rama del derecho público que tiene por objeto prevenir y sancionar las conductas que conforman delito de acuerdo a la ley penal; mientras que el derecho de la competencia se orienta a combatir las conductas empresarias que alteren al mercado y los derechos de los consumidores.

Sin pretender agotar al lector, creemos conveniente remarcar dos grandes diferencias que dividen a ambas disciplinas jurídicas. En primer lugar, el derecho penal se rige por el principio *nullum crimen sine lege*, por el cual las conductas que conforman delito son tipificadas taxativamente por el legislador, de modo que aquella conducta no tipificada como antijurídica no conforma delito y, por ende, no merecerá su autor sanción alguna; por el contrario las conductas prohibidas en el art. 2º de la LDC son enunciativas (“entre otras”). En segundo lugar, en materia penal la única fuente de derecho es la ley mientras que en el derecho de la competencia nos valemos como fuentes de derecho la ley, reglamentaciones administrativas, dictámenes de la CNDC, usos y costumbres comerciales y doctrina nacional como extranjera.

A pesar de que no hay mayores similitudes, en ambas ramas del derecho se busca tutelar un

interés superior al de los individuos aisladamente considerados, se protege la subsistencia de la organización social fundamental para la sociedad entera. La LDC al referirse al interés económico general y al interés de los consumidores –este último de aprobarse el Proyecto–, indica que más allá del perjuicio que sufra determinado agente del mercado, al momento de juzgar y resolver, se tiene en cuenta si el correcto funcionamiento del mercado se ve afectado y, en este caso, si el perjuicio alcanza o puede alcanzar a los intereses de los consumidores.

En este aspecto, es importante tener presente las acepciones que identificaron al “interés económico general” en nuestro derecho. Los primeros dictámenes de la CNDC lo identificaron con el “correcto funcionamiento del mercado”. Luego, en 1997 la CNDC publicó un trabajo denominado “Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia”, en el cual se dice que puede ayudar a la comprensión del “interés económico general” el empleo de los conceptos de “excedente del consumidor”, “excedente del productor”, “excedente total” y “función de bienestar general”, indicando los métodos de aplicación de estos conceptos.

En suma, de aprobarse este proyecto de ley ambos ordenamientos tendrán la intervención de un órgano acusador y colaborador del juez en sus procedimientos: el fiscal.

III. El fiscal en el derecho procesal penal

En pocas palabras, y muy ampliamente, podemos referir al fiscal –Ministerio Público Fiscal– como el “órgano jurídico procesal instituido para actuar en el proceso penal como sujeto público acusador en calidad de titular de la actuación penal oficiosa, por lo que está a su cargo siempre la promoción, impulso y ejercicio de la misma ante los órganos jurisdiccionales”³. Ante la presentación de una denuncia, la misma es comunicada al fiscal y éste decidirá si corresponde su desestimación o la instrucción. A su vez tiene facultad para proponer medidas investigatorias, petitionar ante el juez, asistir a las audiencias, recurrir, ofrecer prueba y toda una serie de prerrogativas tendientes al seguimiento e impulso del proceso judicial conforme los artículos 174, 180, 181, 186 y 188 del Código Procesal Penal de la Nación.

IV. El fiscal en el derecho de la competencia

En los fundamentos del proyecto se hace referencia a que nuestro esquema es el denominado de doble agencia, esto es que en la tarea de análisis e investigación el TNDC (actualmente la CNDC) y la Secretaría de Coordinación Técnica interactúan en la medida que el primero le corre vista al segundo y éste efectúa denuncias ante el TNDC.

Al momento de ponerse en marcha el proceso con los dos nuevos órganos, aquél esquema se verá más afianzado y seguro, pues se dará la interacción de un fiscal con facultades bien definidas y un órgano jurisdiccional administrativo autárquico: el Tribunal.

Un aspecto que merece especial atención es la recepción de denuncias, es difícil imaginar que un consumidor, o una asociación de consumidores, se acerque a la mesa de entradas de la Subsecretaría del Consumidor –fiscal– y denuncie que alguna empresa está realizando alguna actividad contraria a la Ley N° 25.156, o más aun que denuncie tal extremo directamente ante el TNDC conforme al artículo 26 de la LDC; seguramente lo hará para denunciar la conducta que perjudique directamente a su interés, encontrando una mejor protección en la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor (art. 43 inc. c). En otras palabras, los consumidores no denunciarán la conducta que afecte al mercado en general, a pesar de que el perjuicio existe también para ellos aunque no los perciban con tanta inmediatez.

Pues bien, este es un supuesto en el cual se hace palmaria una de las misiones que tendrá el fiscal: frente a las denuncias que hagan los usuarios o asociaciones de usuarios, deberá evaluar si es procedente y en caso afirmativo investigar si la empresa denunciada lleva a cabo alguna de las conductas prohibidas por la ley N° 25.156, para luego denunciar formalmente ante el

Tribunal. Se podría argumentar que será difícil, sino imposible, abrir una investigación ante cada denuncia de los consumidores, sin embargo debe tenerse en cuenta que muchas de las que se reciben son respecto de la misma empresa o grupo empresario, lo cual reduce el abanico de casos a investigar.

Un ejemplo ayudará a entender este punto: supongamos que varios consumidores denuncien individualmente un incremento de precio en determinado servicio, puede que ello resulte de razones no reprochables a la empresa prestataria, pero si prima facie el aumento aparece como resultado de alguna conducta prohibida por el artículo 2° de la Ley N° 25.156, el fiscal deberá investigar si ello es realmente así, y en caso afirmativo denunciar formalmente ante el TNDC.

Lo dicho no significa que el fiscal no pueda denunciar de oficio ante el Tribunal al tomar conocimiento de alguna violación a la Ley N° 25.156

Por otra parte, tanto en las funciones que tiene actualmente la Secretaría de Coordinación Técnica, como las descriptas en el proyecto de creación del rol de fiscal de defensa de la competencia, se menciona la atribución de ser parte en el procedimiento. No es un dato menor ya que, una vez que comience a actuar como fiscal, la Subsecretaría de Defensa del Consumidor podrá hacer presentaciones, ofrecer y producir prueba, presentar alegatos y apelar, es decir impulsará el proceso en vistas a que el TNDC ejerza las funciones y facultades que enuncia el artículo 24 de la LDC, y fundamentalmente velará por el cumplimiento de los plazos procesales evitando las caducidades y prescripciones del caso.

V. Conclusiones

Del proyecto de ley que dio lugar a este trabajo extraemos dos circunstancias que merecen destacarse:

En primer lugar, consideramos, como hemos adelantado, que la figura del fiscal en el contexto del derecho de la competencia es una importación del derecho penal. En principio pareciera que ambas disciplinas jurídicas son totalmente disímiles, sin embargo, si se analiza la sustancia y objeto de ambas se encuentran coincidencias que nos permiten afirmar que la figura del fiscal es apta y compatible para actuar en el procedimiento de la Ley N° 25.156 y concordantes. Naturalmente la especialidad de ambos fiscales no será la misma, es por ello que mientras el fiscal del proceso penal pertenece al Ministerio Público Fiscal, el de la competencia corresponde a la Subsecretaría de Defensa del Consumidor. En este aspecto, es loable que el fiscal de la competencia tenga atribuciones de recibir denuncias de consumidores y luego de denunciar formalmente ante el TNDC, puesto que de esta manera se estaría logrando acercar el efecto a la causa, esto es, los perjuicios a los consumidores a las conductas empresarias prohibidas, respectivamente.

Si bien las Leyes Nros 24.240 y 25.156 regulan realidades sociales y jurídicas diversas, ambas encuentran su punto de comunión en relación a la búsqueda de un mercado equilibrado, en beneficio de los demás agentes del mercado y de los consumidores y usuarios.

En segundo lugar, pensamos que es propicia la incorporación del concepto “defensa de los intereses de los consumidores” a la LDC, toda vez que complementa el de “interés económico general”. Si bien este último concepto es vago y de difícil aplicación desde el punto de vista jurídico, según se lee en el trabajo de la CNDC mencionado más arriba, la referencia a los intereses de los consumidores es acorde con las concepciones de excedente de productor, excedente de consumidor, excedente total y bienestar social.

No podemos dejar de señalar la necesidad de contar rápidamente con el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia en funcionamiento, recuérdese que la Ley N° 25.156 lo ha creado en el año 1999 y a la fecha continúa dictaminando la Comisión Nacional de Defensa de la

Competencia creada en el año 1980. Para aprobarse el proyecto que crea el rol de fiscal de la competencia, se requiere previamente la creación del Tribunal de la Competencia, ya que erróneamente se podría pensar que un proceso que cuenta con la parte denunciante y carezca del Juez imparcial pueda arribar a resultados convincentes.

Por último, la actuación del fiscal de la competencia es aconsejable, ya que ayudará a agilizarlo al colaborar con el Tribunal en las medidas investigadoras y evitando la perención de los plazos procesales. De allí que, de un procedimiento ágil, dinámico y serio es de esperar resultados positivos concluyentes, tanto para nuestro mercado interno como para los ojos de los inversores interesados en el mismo.