

El Ejercicio del Poder de Policía en materia de Defensa de la Competencia y sus derivaciones en las relaciones de consumo

Felipe González Barlatay

En el presente trabajo, procuraremos analizar las consecuencias jurídicas que, con relación a las relaciones de consumo, se desprenden de las sanciones que, en ejercicio de su actividad de policía, la Autoridad Nacional de la Competencia aplica a quienes incurrir en conductas anti competitivas en los términos de la normativa que rige en la especialidad.

El título propuesto implica, en primer lugar, tomar como punto de partida la recepción constitucional de la defensa de la competencia y la protección de los derechos de los consumidores y usuarios.[1]

Sobre ese piso de marcha, el legislador nacional ha dictado dos normas sobre las cuales nos centraremos especialmente en esta exposición: la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240[2] (de 1993 y sus sucesivas reformas) y la Ley de Defensa de la Competencia N° 27.442[3] (del año 2018, derogatoria de la anterior regulación en la materia, la Ley N° 25.156 de 1999).

Estas dos normas integran lo que podría llamarse el “Estatuto del Consumidor Argentino”.

Ahora bien, ¿por qué cabría incluir a la Ley de Defensa de la Competencia en el referido “Estatuto”?

Entendemos que su inclusión se justifica por el texto de la propia Ley N° 27.442, que en su art. 1 establece que: “están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general” (la cursiva nos pertenece).

El interés económico general al que alude la referida norma, en palabras de la propia CSJN (precedente “YPF” del año 2002[4]), está estrechamente vinculado con el bienestar y la protección de los consumidores y usuarios.[5] Principalmente, con la calidad de los bienes y servicios que adquieren los consumidores y usuarios y el precio que pagan por ellos.

En ese mismo marco[6], no podemos soslayar tampoco que la propia Ley N° 24.240, en su art. 3 dispone que sus disposiciones “se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, entre las que se encuentra la Ley N° 25.156” (actualmente derogada y reemplazada por la N° 27.442 que tiene idéntico objeto y finalidad).

Además, esta integración inescindible entre ambos institutos o normas no es una novedad, puesto que ya había sido alertada por el principal impulsor de la primera ley de defensa de la competencia en la República Argentina, Juan B. JUSTO, quién en el año 1923, en pleno debate parlamentario sobre la ley (finalmente sancionada bajo el N° 11.210[7]), señaló que: “tiene por objeto esta ley mantener la libertad

de iniciativa de las personas en el terreno de la producción, como empresarios libres de las maniobras tiránicas, opresivas y destructivas que pueden ejercer sobre ellas las grandes empresas, los monopolios, las grandes aglomeraciones de capital. El objeto de la ley se trata tanto de proteger a los consumidores como a los productores de buena fe”.[8]

Bajo esos parámetros, en los puntos que siguen, abordaremos sucintamente los mecanismos sancionatorios que, como manifestación del ejercicio del poder de policía estatal, específicamente establece la Ley de Defensa de la Competencia para reprimir las conductas, maniobras, actos u acuerdos violatorios de sus disposiciones (I.-). Luego, indagaremos, acerca de los dispositivos que dicho cuerpo legal prevé para procurar el resarcimiento de los daños y perjuicios de las personas humanas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por la norma en cuestión, tales como otros integrantes de la cadena de comercialización o, especialmente, los propios consumidores y usuarios (II.-). Por último, procuraremos analizar otras herramientas alternativas, previstas por fuera de ese cuerpo legal (o aún ni siquiera previstas), para obtener la plena reparación de los daños y perjuicios de los afectados, cuya causa generadora común sea el obrar anticompetitivo sancionado por la autoridad administrativa competente en la materia (III.-).

I. El poder de policía estatal en la ley de defensa de la competencia. Sus mecanismos sancionatorios [\[arriba\]](#)

Siguiendo el criterio de autorizada doctrina en la materia[9], la actividad administrativa podría quedar sistematizada en tres formas o expresiones básicas: a) actividad de policía, dirigida al mantenimiento del orden público y del bienestar, mediante la ejecución de restricciones y limitaciones a las actividades privadas; b) actividad de servicio público, orientada a la satisfacción de una necesidad pública por la propia administración o por un particular a quien esta faculta a ese efecto; c) actividad de fomento, destinada a la promoción de actividades privadas que satisfacen necesidades públicas o son de interés general, sin para ello utilizar medios de policía ni de servicio público.

En materia de defensa de la competencia, la actividad administrativa que toma mayor relevancia es, sin dudas, la de policía. Ello así, por cuanto la definición de policía entendida como “el mantenimiento del orden público y del bienestar, mediante la ejecución de restricciones y limitaciones a las actividades privadas” es plenamente coincidente con el objeto de tutela del art. 1 de la Ley N° 27.442: “la protección del interés económico general”, que supone limitaciones y restricciones al ejercicio de la libertad de comercio e industria que reconoce el art. 14 de nuestra Constitución Nacional.

Desde hace mucho tiempo, los criterios de nuestro Máximo Tribunal ya no se circunscriben al concepto restringido (narrow) de poder de policía (por razones de seguridad, salubridad o moralidad[10]), sino que adoptan la postura amplia (broad), en la que se toma en cuenta el logro del bienestar general y la prosperidad económica[11], lo que incluye, obviamente, la defensa de la competencia.

Considerando ese punto de vista, el poder de policía no radicaría únicamente entonces en la limitación de derechos, sino también en la tutela de otros derechos y del interés general.

En ese marco, podríamos definir al poder de policía como: “aquel poder ejercido por el Congreso de la Nación, por medio del dictado de leyes en sentido formal, o excepcionalmente, por el Poder Ejecutivo por vía de reglamentas con rango de ley, (elemento subjetivo), cuyo objeto es la adecuada tutela de ciertos bienes jurídicos calificados por posibilitar la vigencia de otros derechos o la realización del interés público (elemento teleológico), y para cuyo logro se restringen determinados derechos de los particulares, con fundamento en el art. 14 de la C.N. y respetando el límite que surge de su art. 28 (elemento objetivo)”. [12]

Formuladas estas aclaraciones, podemos advertir que el ejercicio del poder de policía estatal en la Ley N° 27.442 se pone de manifiesto en varios pasajes de su texto, pero fundamentalmente, en el mecanismo que la Ley N° 27.442 prevé para la sanción de sus disposiciones (denominado como sistema “de ejecución pública”), que no es otra cosa que el marco jurídico (elemento subjetivo) para la puesta en marcha del ejercicio de la función administrativa sancionadora (como expresión de la actividad de policía estatal) que lleva adelante la Autoridad Nacional de la Competencia.

La Ley N° 27.442, en su art. 18, crea la Autoridad Nacional de la Competencia, como organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional. Esta Autoridad engloba bajo su órbita, a su vez, a tres órganos: el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anti Competitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas.

En el esquema sancionatorio que aquí particularmente nos interesa, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anti Competitivas asume el rol de recibir y tramitar los expedientes en los que se cursan investigaciones sobre infracciones a la Ley en su calidad de instructor sumarial (art. 30). La Secretaría de Concentraciones Económicas tiene por función la recepción y tramitación de los expedientes en los que se cursan notificaciones sobre concentraciones económicas, diligencias preliminares y opiniones consultivas acerca de la existencia o no de ese tipo de concentraciones (art. 31). Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Competencia es la instancia administrativa con competencia material para ejercer la actividad de policía, aplicando las sanciones a las conductas violatorias de la ley bajo estudio (art. 28).

Más allá de ese esquema legal, lo cierto es que, en atención a lo reciente que ha sido la entrada en vigencia de la Ley N° 27.442 y su reglamentación por Decreto N° 480/18 [13], actualmente la Autoridad Nacional de la Competencia no ha sido conformada de la forma y modo que prevé el Capítulo IV de la Ley. [14]

En consecuencia, producto de lo dispuesto por las cláusulas transitorias de dicho cuerpo legal (art. 80 [15]) y de su reglamentación (art. 5 del Decreto N° 480/18 [16]), es actualmente la Secretaría de Comercio del Ministerio de la Producción de la Nación, con dictámenes técnicos previos de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), en tanto organismo desconcentrado en la órbita de dicha Secretaría, quien tiene la competencia material para llevar adelante el régimen sancionatorio de “ejecución pública” de infracciones a las normas de defensa de la competencia.

El esquema de “ejecución pública” implica entonces, bajo un régimen jurídico exorbitante, el ejercicio del poder administrativo sancionador estatal (de oficio o a partir de denuncias realizadas por cualquier persona humana o jurídica, pública o privada) que culmina con el dictado de un acto administrativo condenatorio o

absolutorio de la persona humana o jurídica sumariada. Ese acto administrativo, obviamente, está sujeto al debido control judicial amplio y posterior, por medio de recursos directos (llamado de apelación en la norma), en los que interviene la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal (que por la Ley N° 27.442 se crea, aunque aún no está conformada) o bien ante la Cámara Federal que corresponda en el interior del país.

El objeto de las sanciones radica principalmente en ordenar el cese de los actos o conductas anticompetitivas y en aplicar multas que persiguen una finalidad disuasiva en las empresas infractoras. Si bien las conductas pueden ser múltiples y variadas (para ello, basta ver el amplio catálogo de prácticas prohibidas en los Capítulos I, II y III de la Ley), las maniobras más típicamente sancionadas tienen que ver con la cartelización de mercados (maniobras colusorias) y los abusos de posición dominante.

En ese orden de ideas, tenemos -al menos- tres puntos que requieren de una especial ponderación para aproximarnos a una conclusión acerca de la efectividad del ejercicio del poder de policía estatal en este aspecto.

1) El primer punto tiene que ver con los topes de las multas que prevé la Ley. La normativa regulatoria anterior (Ley N° 25.156) había establecido techos sancionatorios que, con el transcurso del tiempo, habían perdido su fuerza inicial (art. 45). La sanción más gravosa que se podía aplicar era de \$150.000.000 (monto que en grandes volúmenes de negocios puede significar una cuantía relativamente menor, sobre todo si las conductas anti competitivas se perpetúan por mucho tiempo y acrecientan por lapsos prolongados los márgenes de ganancia de las firmas involucradas), lo que no suponía un elemento disuasivo contundente.

La nueva Ley ha venido a modificar este aspecto, tomando como criterio un porcentaje (30 %) del volumen de negocios asociado a los productos o servicios involucrados en el acto ilícito cometido, durante el último ejercicio económico, multiplicado por el número de años de duración de dicho acto, monto que no podrá exceder del 30 % del volumen de negocios consolidado a nivel nacional registrado por el grupo económico al que pertenezcan los infractores, durante el último ejercicio económico o hasta el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito cometido.[17] Cuando no pueda determinarse el monto sobre la base de los referidos criterios, la multa podrá ser de hasta una suma equivalente a 200.000.000 de unidades móviles.[18] Asimismo, se prevé que las multas puedan duplicarse para aquellas personas humanas o jurídicas que durante los diez años anteriores a la aplicación de la nueva sanción hubieran sido condenados previamente por infracciones anti competitivas.

2) El segundo aspecto a considerar se vincula estrictamente con el hecho de que hasta el momento no se haya institucionalizado el funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia, como organismo administrativo independiente e imparcial con facultades jurisdiccionales para resolver las controversias en la materia. Este era uno de los pasos adelante de la Ley N° 25.156 de 1999. Empero, tal fue el retroceso que sufrió la referida norma, que en 2014 (por imperio de la Ley N° 26.993[19]), se asignaron con carácter permanente a la autoridad que determinara el Poder Ejecutivo (por entonces Secretaría de Comercio), con asistencia propia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, las funciones inherentes al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Desde 2016 en adelante, se percibieron avances en la reconfiguración de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (que han derivado incluso en el ingreso de la Argentina al Comité de Competencia de la OCDE), pero lo cierto es que sigue careciendo de las notas de independencia e imparcialidad necesarias para llevar adelante un cometido de ese tenor.

Bajo esos parámetros, bregamos por una pronta conformación de la Autoridad Nacional de la Competencia (incluida en ella, obviamente, el Tribunal de Defensa de la Competencia) en el marco de la nueva Ley N° 27.442 (que refuerza y revitaliza sustancialmente su rol), a los fines de poder materializar en el terreno de la realidad el funcionamiento de un organismo sumamente vital e importante para la protección del interés económico general.

3) El tercer punto de análisis implica tomar en consideración un dato de la realidad. Los procedimientos administrativos sancionatorios de conductas anticompetitivas - en función de su complejidad técnica y probatoria- llevan normalmente mucho tiempo (hasta más de diez años en algunos casos). Esto atenta contra la defensa oportuna del interés económico general, e incluso, desde otra perspectiva, contra el derecho de defensa de los acusados de violar la norma, quienes permanecen durante muchos años en un estadio de gran incertidumbre jurídica.[20]

En consecuencia, los tres aspectos descriptos juegan un papel fundamental a la hora de verificar la eficiencia del sistema de “ejecución pública”.

Recientemente, sobre todo a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 27.442, hemos observado con beneplácito la revigorización del esquema sancionatorio, así como también la revalorización de la necesidad de contar con una Autoridad Nacional de la Competencia independiente, proba, diligente e imparcial. Esperemos que su conformación se pueda concretar prontamente y que el expertise técnico de sus integrantes pueda contribuir a reducir los plazos de los procedimientos sancionatorios actuales.

Solo en la medida en que esos tres elementos se encuentren equilibrados y sincronizados será posible un esquema de “ejecución pública”, acorde con la protección real y oportuna del interés económico general, objetivo máximo que persigue la Ley N° 27.442.

II. Los afectados directos e indirectos de las prácticas anticompetitivas y la reparación de sus daños y perjuicios en la ley de defensa de la competencia. El caso especial de los consumidores y usuarios [\[arriba\]](#)

Habiendo analizado en el punto anterior, desde la óptica del ejercicio del poder de policía estatal, el mecanismo de “ejecución pública” de la ley con sus fortalezas y debilidades, nos surge ahora una pregunta para nada irrelevante: ¿Qué sucede con los afectados directos e indirectos de esas prácticas abusivas de la libre competencia, tales como integrantes de la cadena de comercialización de determinados productos y servicios o, especialmente, los consumidores y usuarios finales?

A simple vista, podemos advertir que el esquema de “ejecución pública” de las normas de defensa de la competencia, que tiene naturaleza meramente disuasoria, no sería suficiente para reparar los perjuicios de estos afectados.

En consecuencia, ¿existe algún instrumento procesal en la Ley de Defensa de la Competencia para procurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que se deriven de la infracción a sus normas?

La respuesta es positiva. Este mecanismo, anteriormente previsto en el art. 51 de la derogada Ley N° 25.156, ahora está contemplado en el art. 62 de la nueva norma con un contenido similar, estableciendo que “las personas humanas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de reparación de daños y perjuicios conforme las normas de derecho común, ante el juez competente en esa materia”.

Esa definición pareciera abrir la puerta para este tipo de reclamos, pero la realidad indica que solo muy pocos se interponen, y menos aún, son los que prosperan.

Uno de los pocos antecedentes válidos que podría citarse es el del precedente “Autogas”[21] de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del año 2013. Allí, la Secretaría de Comercio (en 1999), previo dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, había aplicado una multa de 109 millones de pesos a YPF S.A. por una maniobra de abuso de posición dominante. La maniobra consistía en lo siguiente: YPF vendía el gas licuado de petróleo (GLP) a valores distintos según se trataba del mercado interno o externo. Ello implicaba que en el mercado interno el precio a granel del GLP fuera más caro que en el extranjero. A partir de pericias técnicas de la CNDC se concluyó -sobre todo luego de probarse la existencia de cláusulas contractuales que prohibían la reimportación del GLP del exterior a los adquirentes foráneos- que había existido un abuso de posición dominante de YPF que afectaba el interés económico general y justificaba la aplicación de una multa y el cese de dicha conducta (como YPF controlaba el mercado interno, podía fijar precios más altos).

Luego de quedar firme el fallo ante la CSJN, Autogas S.A. interpuso demanda de resarcimiento de daños y perjuicios, en el marco del por entonces vigente art. 51 de la Ley N° 25.156, para obtener la reparación de los perjuicios económicos que se le habían ocasionado a la empresa en su calidad de fraccionadora de GLP. Reclamaba daño emergente y lucro cesante, por entender que en la cadena de distribución había tenido que soportar precios más caros en la adquisición del producto a fraccionar y que por ende, ello le había generado una evidente lesión patrimonial. La Cámara interviniente le reconoció el daño -solo en parte, ya que se acreditó que el 70 % del aumento de precio había sido trasladado en la cadena de comercialización aguas abajo- y condenó a YPF a abonar una indemnización por dichos perjuicios.

El fallo es interesante porque abre la puerta a que los consumidores y usuarios (afectados indirectos) puedan reclamar también los daños y perjuicios padecidos por el incremento del producto final.[22]

Consecuentemente, a partir de este precedente, nos emerge una pregunta insoslayable: ¿el mecanismo del por entonces art. 51 de la Ley N° 25.156 -actual art. 62 de la Ley N° 27.442- es suficiente? En una primera aproximación, pareciera que no, puesto que la norma es sumamente escueta y hay una serie de aspectos centrales que no regula.

Por tales motivos, a continuación, analizaremos algunas herramientas alternativas para facilitar la concreción práctica de esos reclamos.

III. Herramientas alternativas y necesarias para obtener la reparación de los daños y perjuicios de los afectados por las conductas anti trust [\[arriba\]](#)

Es una verdad incontrastable que en este tipo de procesos es muy complejo el asunto probatorio y, por ende, el acceso a la jurisdicción. Acreditar la responsabilidad civil de una empresa en asuntos de defensa de la competencia supone, prima facie, sobre todo en el caso de los consumidores y usuarios, una gran asimetría informativa con relación al demandado. No solo eso, implica además llevar adelante previamente una tarea técnica de análisis económico de los mercados que solo verdaderos especialistas pueden realizar.

En ese marco, entendemos que sería importante considerar -sin perjuicio de la existencia de otras- al menos las siguientes cuatro posibilidades o alternativas:

1) En primer término, es sumamente relevante que se establezca el carácter de “cosa juzgada” de los pronunciamientos de la Autoridad Nacional de la Competencia, en cuanto a la existencia de una conducta dañosa anticompetitiva (lo que relevaría al particular de demostrar el daño en el pleito que inicie, toda vez que sólo le cabría demostrar la cuantía y alcance de su daño individual únicamente).

Este aspecto, que era completamente soslayado en la Ley N° 25.156, ha tenido -felizmente- una recepción positiva expresa en la Ley N° 27.442. El art. 63 de dicho cuerpo legal establece que “la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la violación a esta ley, una vez que quede firme, hará de cosa juzgada sobre esta materia. La acción de reparación de daños y perjuicios que tuviere lugar con motivo de la resolución firme dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, tramitará de acuerdo al proceso sumarísimo establecido en el capítulo II del título III, del libro segundo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El juez competente, al resolver sobre la reparación de daños y perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley”.

Empero, la nueva norma no termina de saldar expresamente la discusión acerca de si las acciones civiles deberían esperar obligatoriamente el pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia acerca de la existencia de conducta anticompetitiva (sistema “follow-up actions” de la Unión Europea) o dar libertad para que cada afectado pueda iniciar su acción incluso antes o durante la existencia de un procedimiento administrativo sancionatorio inconcluso (sistema de “stand alone actions” de Estados Unidos de América).[23]

Sobre el particular -en nuestro repertorio jurisprudencial y doctrinario local- hay criterios dispares: para una de las Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial debe ser obligatorio un pronunciamiento previo de la autoridad de aplicación.[24] Por su parte, TREVISAN sostiene que dicho requisito no podría ser exigido porque -la Ley N° 25.156 en su momento- nada decía al respecto.[25] La nueva ley no se expide expresamente sobre ello tampoco, pero podríamos interpretar que el criterio de TREVISAN es el correcto, a la luz de lo señalado en el art. 72 de la Ley N° 27.442.

El referido artículo estipula -en su 2° párr.- que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios del art. 62 prescribe: i) a los tres años a contarse desde que se cometió o cesó la infracción o el damnificado tome conocimiento o pudiere ser razonable que

tenga conocimiento del acto o conducta que constituya una infracción a la presente ley y que le ocasiona un daño; ii) a los dos años desde que hubiera quedado firme la decisión sancionatoria de la Autoridad Nacional de la Competencia.

Esta distinción de plazos de prescripción fundada en dos causales diferentes, sumadas a que el art. 72 in fine agrega que los plazos de prescripción se suspenderán cuando la Autoridad Nacional de la Competencia inicie la investigación o el procedimiento relacionado con una infracción que pudiera estar relacionada con la acción de daños (hasta su finalización por cualquier forma), nos dan la inequívoca pauta que el sistema acogido por el legislador nacional ha sido el de las “stand alone actions” (todo ello, más allá de las dificultades y escollos probatorios que tendrá que cursar y sortear quien decida impetrar una acción de daños sin que exista una sanción definitiva del Tribunal de Defensa de la Competencia).

2) Podría pensarse también en asignársele al Tribunal de Defensa de la Competencia atribuciones para entender en los reclamos de daños directos (art. 40 bis de la Ley N° 24.240) que inicien los consumidores y usuarios afectados como consecuencia de la conducta anticompetitiva, previamente calificada como tal por la propia autoridad de aplicación. La nueva conformación propuesta legalmente para el Tribunal -que satisface enteramente los requisitos que la CSJN exige para que organismos administrativos puedan ejercer funciones jurisdiccionales, conforme consolidada doctrina emergente de los fallos “Fernández Arias”[26], “Litoral Gas”[27] y “Ángel Estrada”[28]- sería un buen disparador de la iniciativa.

En este caso, no se nos escapa que este temperamento no se ajustaría a lo aceptado por la CSJN, en la medida que se mantuviera el criterio sentado en el fallo “Ángel Estrada”. Pero en este supuesto puntual, el escenario sería diferente: el reconocimiento legislativo para aplicar este tipo de daños del derecho común no sería ajeno a los motivos de creación del órgano (como sí podía ocurrir con el ENRE en el caso “Ángel Estrada”[29]), sino todo lo contrario: dicho mecanismo se presentaría como una alternativa sumamente eficaz y válida de defensa del interés económico de los consumidores y brindaría razonabilidad económica a la conformación de una jurisdicción primaria en este tema. Máxime, teniendo en cuenta el concreto encargo constitucional hacia las autoridades públicas que emana del art. 42 de nuestra Constitución Nacional reformada en el año 1994.

3) Podría pensarse también -de lege ferenda- en conferírsele legitimación procesal a la Secretaría de Comercio (o al órgano que se defina en el seno de la Autoridad Nacional de la Competencia, una vez que se proceda a su definitiva conformación) para accionar en defensa de los consumidores y usuarios. Su capacidad técnica y el conocimiento pleno de las causas que rodean a los ilícitos antitrust, le permitirían superar la mayoría de las barreras que encuentran los individuos a la hora de presentar sus demandas de daños.

De hecho, el propio ordenamiento jurídico actual lo permitiría con relación a la Secretaría de Comercio, ya que resultando una verdad incontrastable que la representación procesal permite desvincular la legitimación procesal propiamente dicha de la titularidad de la relación jurídica sustancial, el art. 52 de la Ley N° 24.240 le reconoce legitimación para el inicio de acciones judiciales en defensa de los consumidores, entre otros, a la autoridad de aplicación de la Ley (que no es otra que la propia Secretaría de Comercio), asumiendo una especie de función vicarial frente al colectivo afectado.

Reforzaría esta variante, además, el hecho de considerar que el defensor colectivo por antonomasia (el Defensor del Pueblo de la Nación) se encuentra en acefalía desde el año 2009.

Por ello, más allá de que el art. 86 de la Ley N° 27.442 prevé, a propuesta del Defensor del Pueblo, con intervención de una Comisión Bicameral especial, la designación de un Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores (para la efectiva defensa de los intereses de los consumidores y demás afectados frente a las conductas anticompetitivas), lo cierto es que resulta fundamental reforzar el rol del Estado en este tipo de representaciones procesales, puesto que la casi irrelevante incidencia individual de afectaciones masivas, desincentiva -e imposibilita, directamente en algunos casos- a los sujetos afectados a avanzar en su defensa individual en sede judicial.

4) Por último, entendemos que sería un momento propicio para avanzar de una vez por todas en la consolidación de una regulación positiva de las acciones o procesos de clase, a los fines de fortalecer y facilitar las reparaciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos que afectan derechos individuales homogéneos de los consumidores y usuarios. Desde “Halabi”[30] hasta nuestros días, la CSJN ha intentado moldear este tipo de procesos en ausencia de una ley general sobre la materia. Ha llegado incluso a dictar dos Acordadas (N° 32/14[31] -creando el Registro Público de Procesos Colectivos- y la N° 12/16[32] -determinando los presupuestos que debe contener la demanda para la procedencia de un proceso colectivo y la justificación de la legitimación del actor-).

No obstante, en nuestro ordenamiento, hay dos normas que reconocen acciones colectivas (Ley N° 25.675 -Ley General del Ambiente[33]- y Ley N° 24.240 -art. 52[34]-). De todas maneras, cabe preguntarse si estas normas deberían ajustarse a los presupuestos establecidos por la CSJN en “Halabi” (sobre todo en lo atinente a los “tres requisitos” de procedencia[35]) y las posteriores Acordadas del Máximo Tribunal. La respuesta -entendemos- que debería ser afirmativa desde que la Acordada N° 12/16 expresamente excluye a la norma ambiental, pero nada dice de la Ley N° 24.240.

La cuestión es relevante porque la Acordada limita -de algún modo- el tercer requisito de este tipo de acciones que históricamente ha exigido nuestro Tribunal Supremo, al señalar -en su Anexo Único punto II apartado 2 inc. c)- que en la demanda colectiva, se deberá precisar “la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado”.

Este tercer requisito es coincidente con la apreciación que la CSJN ha señalado originalmente en “Halabi[36]” y que ha repetido después en el fallo “PADEC[37]”, consistente en “que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el derecho a la justicia”.

Empero, la Acordada pasa por alto que la CSJN en “Halabi” y “PADEC” morigeró claramente la exigencia de este requerimiento en el estricto ámbito de las relaciones de consumo, al señalar que: “los casos de consumo exceden el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal en su protección (art. 42 C.N.)”. [38]

En ese marco, resta saber cuál será la postura definitiva de la CSJN en lo sucesivo, ya que existen algunas sentencias del Máximo Tribunal que sustentan un criterio que pareciera no aceptar del todo la referida morigeración en materia de consumo (“Consumidores Financieros[39]”).

Por ello, si bien el debate sigue abierto, lo que resulta indiscutible es la utilidad de este tipo de procesos para permitir la reparación de los perjuicios que padecen los consumidores como consecuencia de los ilícitos antitrust. Facilitan el derecho de acceso a la justicia de un número relevante de consumidores y evitan la existencia de sentencias contrapuestas y contradictorias cuando lo que se discuten o litigan son causas fácticas homogéneas.

A modo de corolario de este trabajo, es dable señalar que la reciente Ley N° 27.442 ha implicado un paso importante en materia de defensa de la competencia. Su interrelación -imprescindible- con la protección de los consumidores y usuarios se ha visto fortalecida por la inclusión de ciertas reformas que consolidarán aún más la idea del “Estatuto del Consumidor” (sobre todo aquellas vinculadas a las notas de independencia técnica, funcional y decisoria de la Autoridad Nacional de la Competencia; las relacionadas con el incremento de las sanciones por violación a sus normas, como expresión del ejercicio del poder de policía estatal en la materia; y, sobre todo, las atinentes al reconocimiento de la cosa juzgada con relación a las conductas, hechos y calificaciones jurídicas que efectúe el Tribunal de Defensa de la Competencia en el ejercicio de sus cometidos, que facilitarán la interposición de acciones de daños y perjuicios de parte de los consumidores y usuarios afectados).

Sin embargo, es cierto que aún queda mucho camino por recorrer en la materia para lograr una verdadera y efectiva integración normativa que, satisfaciendo la finalidad tuitiva del interés económico general, no solo evite distorsiones en la libre competencia de los mercados, sino que, además, proteja adecuadamente los derechos de los usuarios y consumidores de nuestro país.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] “Art. 42 CN-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.”

[2] B.O. 15/10/1993. Una de sus reformas más importante se instrumentó a partir de la Ley N° 26.361 (B.O. 7/4/08).

[3] B.O. 15/5/2018.

[4] CSJN, Fallos 325:1702 (“Yacimientos Petrolíferos Fiscales s/ Ley N° 22.262 - Comisión Nacional de Defensa de la Competencia- Secretaría de Comercio e Industria”), del 2/7/2002.

[5] Cfr. Considerandos 7° y 9° del fallo citado.

[6] Estos puntos de interconexión entre ambas normas no sólo se ponen de manifiesto en el art. 1 de la Ley N° 27.442, sino además en otros artículos del mismo cuerpo legal. Para ello, pueden consultarse los arts. 22, 24, 28 incs. f) y p), 51, 76 y 86 de la Ley N° 27.442.

[7] B.O 24/8/1923.

[8] Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 1923, Tomo I, pág. 60.

[9] CANDA, Fabián Omar, “Régimen jurídico de la actividad de policía”, en la obra colectiva “Servicio Público, Policía y Fomento”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, pág. 124.

[10] CSJN, Fallos 31:273 (“Saladeristas de Barracas”, del 14/5/1887).

[11] Sobre todo, a partir del precedente de la CSJN en “Ercolano, Agustín c/Lanteri de Renshaw, Julieta s/consignación”, del 28/4/1922 (Fallos 136:170).

[12] CANDA, Fabián Omar, ob. cit., pág. 134.

[13] La Ley se publicó en el B.O. el 15/5/2018 y su reglamentación el 24/5/2018.

[14] Arts. 18 a 31.

[15] “Art.-Ley N° 27.442: Deróguense las Leyes N° 22.262, N° 25.156 y los arts. 65 al 69 del título IV de la Ley N° 26.993. Elimínense las referencias a la Ley N° 25.156 dispuestas bajo los arts. 45 y 51 de la Ley N° 26.993. No obstante ello, la autoridad de aplicación de dichas normas subsistirá, con todas las facultades y atribuciones, incluso las sancionatorias, que la presente ley otorga a la Autoridad Nacional de la Competencia, y continuará tramitando las causas y trámites que estuvieren abiertos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley hasta la constitución y puesta en funcionamiento de la Autoridad Nacional de la Competencia. Constituida y puesta en funcionamiento la Autoridad Nacional de la Competencia, las causas continuarán su trámite ante esta”.

[16] “Art. 5-Decreto N° 480/18: Establécese que la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción ejercerá las funciones de Autoridad de Aplicación, con todas las facultades y atribuciones que la Ley N° 27.442 y la presente Reglamentación le otorgan a la Autoridad Nacional de la Competencia, hasta su constitución y puesta en funcionamiento”.

[17] Art. 55, inc. b).

[18] El valor actual de las unidades móviles es de \$ 20. Si multiplicamos por 20 la suma referida, se podría llegar a un monto de \$ 4.000.000.000 (un valor que es mucho más importante que el tope que regía en la normativa derogada).

[19] Cfr. Art. 65 de dicha norma, que modifica los arts. 17, 18, 19 y 20 de la Ley N° 25.156.

[20] En ese marco, no podemos soslayar el criterio de la CSJN en Fallos 335:1126 (“Losicer, Jorge Alberto y otros c/BCRA”) del 26/6/2012, acerca del concepto de “plazo razonable” y “dilación irrazonable” de los procedimientos administrativos sancionatorios (sumarios), a la luz del inc. 1) del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[21] CNCOM, Sala E, “Autogas S.A. c/YPF S.A. s/ordinario”, de fecha 30/9/2013.

[22] El voto del Juez BARGALLÓ hace referencia a los consumidores en varios pasajes, pero en uno especialmente señala que: “el término interés económico general” debe entenderse como el interés de la comunidad y no el de determinados agentes económicos. Entonces, la expresión legal “de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general” se refiere a las expectativas o a los derechos de contenido económico de una multiplicidad o pluralidad de personas, que son las que constituyen el sector de los consumidores”.

[23] TREVISAN, Pablo, “Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia-La Unión Europea y la Argentina”, Editorial La Ley, N° 39, Buenos Aires, Argentina, 2015.

[24] CNCOM, Sala C, “Equipos y Controles S.A. s/concurso preventivo s/ incidente de apelación”, de fecha 1/12/2003. En un sentido similar se expidió: CASSAGNE, Bernardo, “Derecho administrativo de defensa de la competencia: ¿aplicación administrativa o judicial de la Ley N° 25.156? Interrogantes y planteamientos”, EDA, 2003-81, Buenos Aires, Argentina, 2003.

[25] TREVISAN, Pablo, “Indemnización de daños y perjuicios por infracciones a las normas de defensa de la competencia”, JA, 2013-IV, Fascículo N° 4, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2013, pág. 14.

[26] CSJN, Fallos 247:646 (“Fernández Arias, Elena y otros c/Poggio, José s/sucesión”, del 19/9/1960).

[27] CSJN, Fallos 321:776 (“Litoral Gas S.A. c/ENARGAS”, del 16/4/1998).

[28] CSJN, Fallos 328:651 (“Ángel Estrada y Cía. S.S. c/Resol. 71/96-Secretaría de Energía y Puertos s/recurso extraordinario”, del 5/4/2005).

[29] Cfr. Considerandos 14° y 15° del fallo de referencia.

[30] CSJN, Fallos 332:111 (“Halabi, Ernesto c/Poder Ejecutivo Nacional”, del 24/2/09).

[31] B.O. 3/11/2014.

[32] 5/4/2016.

[33] “Art. 30 de la Ley N° 25.675: Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el art. 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

[34] “Art. 52 de la Ley N° 24.240: Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del art. 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas.

Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal”.

[35] “La procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece

plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados. El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los arts. 41, 42 y 43, párr. 2°, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta”. (Considerando 13°).

[36] Cfr. Considerando 13° del fallo citado.

[37] CSJN, Fallos 336:1236 (“PADEC c/Swiss Medical S.A. s/Nulidad de cláusulas contractuales”), del 21/8/2013. Sobre todo, Considerando 10°.

[38] Considerandos 13° y 10°, respectivamente. Puntualmente se señaló, lo que, a riesgo de reiteración, aquí se transcribe: “Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los arts. 41, 42 y 43, párr. 2° de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta”.

[39] CSJN, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales S.A. s/ordinario”, del 27/11/2014.

Consumidores Financieros Asociación Civil había iniciado demanda contra Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales S.A. con el objeto de que: a) se declare la nulidad de las cláusulas de los contratos de seguro de automotor que ofrece la demandada en las que se establecen exclusiones de cobertura en razón del vínculo entre el damnificado directo con el asegurado, o con el conductor, o con el titular registral del automotor siniestrado, al momento de ocurrido el accidente; b) se condene a la aseguradora a pagar una suma de dinero a los miembros del colectivo representado (integrado por los sujetos excluidos de la cobertura de las indemnizaciones) que hubieren sido perjudicados por estas cláusulas en los diez años anteriores a la demanda y; c) se establezca un daño punitivo en favor de cada uno de los beneficiados que se hubieren visto afectados por esta exclusión.

La CSJN rechaza la legitimación de la accionante aduciendo: “que no se advierte que concurra el tercero de los presupuestos mencionados pues ni las constancias obrantes en la causa ni los términos de la pretensión formulada demuestran que el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir en autos pueda verse comprometido si la cuestión no es llevada ante un tribunal de justicia por la asociación actora en el marco de una acción colectiva. En efecto, las particulares características de la cláusula impugnada y las especiales situaciones en las que esta opera, permite sostener que las víctimas excluidas de la cobertura del seguro cuentan con incentivos suficientes para cuestionar de manera individual su validez, sin que resulte necesario que una asociación asuma la representación de su interés como forma de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. Que la cláusula de exclusión de cobertura por parentesco es invocada por las aseguradoras en el marco de procesos judiciales en los que la víctima de un siniestro formula un reclamo indemnizatorio. Es evidente, entonces, que será en ese ámbito en el que podrá discutirse la validez de dicha disposición contractual, sin que se advierta que esta vía ponga en riesgo los derechos de los usuarios y consumidores consagrados en el art. 42 de la Constitución Nacional y en la Ley N° 24.240. Esta afirmación se ve ratificada por el hecho de que quienes se consideraron perjudicados por cláusulas de las características de las que en autos se discuten han formulado los planteos judiciales pertinentes que, en algunos casos, incluso han llegado a conocimiento de esta Corte” (Considerandos 5° y 6°).