

Título: Monopolio, competencia y pensamiento lateral

Autor: Diana, Nicolás

Publicado en: Sup. Adm.2019 (julio), 14 - LA LEY2019-D, 21

Cita Online: AR/DOC/1893/2019

Sumario: I. Introducción.— II. Constitución, derechos y competencia.— III. El fallo: hechos, valoraciones y normas.— IV. A modo de colofón.

"No estamos seguros de si estamos en contra del monopolio o de los abusos del monopolio. No sabemos si queremos una competencia regulada o un monopolio regulado. No sabemos si estamos en contra del tamaño en sí o simplemente de los precios excesivamente altos. La confusión es profunda y es una parte de la tradición [antimonopolio]. LEVI, Edward H., "The Antitrust Laws and Monopoly" (1).

I. Introducción

El fallo en comentario justifica, al menos, una reflexión a modo de confirmación por parte de los operadores jurídicos: siempre son "los hechos, a la luz de los grandes juicios de valor del derecho, los que dan la solución del caso" (2).

Reflexión entendida como advertencia o consejo con que alguien intenta persuadir o convencer a otra persona (3), aunque más no sea en lo que al alcance de la competencia en servicios o actividades licenciadas por el Estado se refiere.

El objetivo del pensamiento lateral —señala De Bono— no es elaborar ideas correctas, sino un gran número de ideas; luego se examinan estas a los efectos de su valoración. Solo después de obtenerse un número considerable de ideas laterales nos encontramos en condiciones de formalizar un juicio crítico (4).

II. Constitución, derechos y competencia

Conforme al art. 42 de la 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 Constitución formal, postula Carnota, "incluye una constitución política y una económica. A la par de suministrar las vigas maestras para el ejercicio del poder, una constitución contiene y contempla las pautas para el desarrollo de la vida económica de una determinada sociedad. Una constitución opera o actúa como un 'sistema de sistemas'" (5).

Sistema de sistemas que interactúan y coexisten en coordinación, yuxtaposición, control mutuo y equilibrio, los que, a su vez, en el plano económico requieren un rol activo del Estado como principal tutor de los derechos y garantías involucrados en toda relación de consumo. Esto así, frente a: i) eventuales abusos o posiciones dominantes que hacen de la competencia y a su defensa, en algunos supuestos y bajo cierta concepción del Estado (lo público) y del mercado (lo privado), y ii) también en materia de servicios públicos —al decir de autorizada doctrina, atribuidos por la Constitución Nacional a aquél (6)—.

Por tratarse el derecho de "un ordenamiento de relaciones sociales, la gran dicotomía público/privado se duplica primeramente en la distinción de dos tipos de relaciones sociales: entre iguales y entre desiguales" (7).

Es en la regulación de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y en el control de los monopolios naturales y de la calidad y la eficiencia de los servicios públicos donde se evidencia quizá la mayor tensión entre quienes poseen tales derechos y privilegios económicos, el Estado y, en especial, los usuarios y consumidores.

Memoramos que el derecho a la utilización "del espectro de frecuencias radioeléctricas como medio de expresión o comunicación, debe ser ejercido conforme a las leyes que lo reglamentan y dentro de los límites que imponga la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público" (8).

De ese modo, puede postularse —aunque resulte un enfoque engañoso o parcial— que el monopolio, "la contaminación, el fraude, el error, la mala administración y otras consecuencias negativas del mercado suelen

verse como fracasos de los mecanismos de autorregulación del mercado y, por ende, como ocasiones apropiadas para la regulación pública" (9). El fracaso es del mercado y de las reglas de competencia (o no competencia) en la asignación de privilegios y monopolios, su alcance y contornos delineados no solo por las normas (constitucionales, legales y reglamentarias) sino, en especial, por nuestros tribunales.

El art. 42 de la CN sienta así el principio general de la libertad de elección y junto con el art. 43 el derecho "a la defensa de la competencia", todas las autoridades —tanto legislativas como administrativas y, en su defecto, judiciales— "deben proveer lo necesario al 'control de los monopolios naturales y legales'. En esto la Constitución está a tono con los nuevos principios supranacionales del derecho administrativo europeo, que son precisamente el 'derecho de la competencia' o competition law, dentro del cual se encuadran el control de los monopolios, la prohibición de abuso de posición dominante, la prohibición de determinadas ayudas estatales, etc. Ya no se trata de la vieja legislación antimonopólica ni de la nueva legislación de abuso de poder dominante en el mercado. Aunque no haya abuso de poder dominante, el monopolio vuelve a ser una figura que genera por sí, constitucionalmente, la defensa de los usuarios y consumidores" (10).

Para el caso argentino, además de la cuestión constitucional expuesta, existen razones legales y económicas fundamentales que hacen que todas las entidades que participan en las mismas líneas de actividad o similares deban estar sujetas al mismo conjunto de principios y normas legales para garantizar la equidad, la igualdad y el trato no discriminatorio. Ello para generar mayor previsibilidad y consistencia en la interpretación y aplicación de las normas vinculadas, no solo a la defensa de la competencia y del consumidor, promoviéndose transparencia, rendición de cuentas y confianza en el ordenamiento jurídico, como síntesis del debido proceso (due process of law) (11).

En efecto, surge nítido el choque entre el monopolio y la competencia, quedando sujeto el eventual consumidor o cliente —a la postre ciudadano, sin opción u elección libre de quien le provee el bien o servicio— el alcance de la regulación (su ausencia, insuficiencia o ineficacia) y la incoordinación —muchas veces— de las autoridades de aplicación de uno o más regímenes simultáneamente.

III. El fallo: hechos, valoraciones y normas(12)

En la sentencia en comentario, el Máximo Tribunal en forma unánime (13) reconoce que no toda violación al ordenamiento jurídico por parte del titular de una licencia y agregamos, concesión, implica necesariamente y en todo el universo de situaciones, una ventaja competitiva al infractor y un perjuicio especial a sus competidores.

Apuntamos que la actora había realizado una presentación en un expediente administrativo que tramitaba ante el entonces Comité Federal de Radiodifusión, donde se analizaba si una empresa, que explotaba un servicio mixto de circuito cerrado y antena comunitaria de televisión, había cumplido con las obligaciones de asegurar la regularidad de las transmisiones y el cumplimiento de los horarios de programación, así como de mantener la infraestructura técnica de las estaciones en condiciones satisfactorias de funcionamiento, a fin de prestar un servicio eficiente (art. 9º, dec.-ley 22.285/1980).

La pretensión de la demandante —que no era parte en dichas actuaciones, pero sí competidora de la licenciataria— tenía por objeto que se declarara la caducidad de la licencia. Así, por res. 1885/2, la ex Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual —organismo que sucedió al COMFER— resolvió en favor de la vigencia de la licencia en cuestión. Disconforme, la denunciante, se presentó en sede judicial y solicitó una medida cautelar autónoma para que se suspendieran los efectos de ese acto administrativo, cuyo otorgamiento motivó la intervención del Máximo Tribunal.

Para que una práctica anticompetitiva, según el fallo anotado, pueda ser motivo de tutela y encuadrarse como tal se debe: i) explicar y justificar la práctica anticompetitiva que se imputa; ii) individualizar las condiciones y con qué alcances afectan los derechos del (eventual) competidor en forma personal y concreta, causando un menoscabo serio en las condiciones de competencia; y iii) demostrar la relación causal entre los incumplimientos que se imputan y los perjuicios acreditados en cabeza de la demandante (14).

En consecuencia la Corte concluye que "la mera posibilidad de frustrar un acrecentamiento en sus abonados no puede sustentar válidamente su aptitud para demandar, pues el eventual beneficio que podría llegar a reportarle la eliminación de un competidor del mercado no constituye un interés protegido por la ley; máxime

cuando la propia Constitución establece el deber del Estado de defender la competencia y controlar los monopolios, como uno de los mecanismos de protección de los derechos de consumidores y usuarios (art. 42, CN)" (15).

Podríamos subsumir la decisión, por tanto, en la falta de legitimación del demandante, ante la imprecisión —según, nuevamente, la sentencia— de las circunstancias que singularizaban el asunto, y ello como impedimento para distinguir el interés personal del que podría expresar cualquier ciudadano en que se cumplan la Constitución y las leyes, o del que podría invocar cualquier empresa en competir en un mercado sin distorsiones.

Sin embargo, esa subsunción (y simplificación) sería irresponsable si, al mismo tiempo, no se lo hace en paralelo con las normas que regulaban la actividad en cuestión: una licencia de explotación de un servicio mixto de circuito cerrado y antena comunitaria de televisión, otorgada en los términos del dec.-ley 22.285/1980 (régimen derogado por la ley 26.522) (16).

Dicha licencia, es claro, otorgaba ciertos derechos y obligaciones respecto de la actividad licenciada sujeta también a una competencia (imperfecta) regulada en ese entonces y desde distintas aristas por: i) dec.-ley 22.262/1980 (Defensa de la Competencia) (17); ii) dec.-ley 22.802/1983 (Lealtad Comercial) (18); iii) ley 25.156 (Defensa de la Competencia y Prohibición del Abuso de la Posición Dominante) (19), modificada por la ley 26.993 (arts. 65 a 69) (20); iv) ley 27.442 (Defensa de la Competencia) (21), y v) dec. 274/2019 (Lealtad Comercial) (22).

Al respecto, se ha señalado que es indudable que "los bienes jurídicos protegidos por las leyes de defensa de la competencia, lealtad comercial y defensa del consumidor difieren y son específicos a cada régimen, pudiéndose adjudicar: i) la búsqueda de la eficiencia económica como bien jurídico protegido por la ley 27.442; ii) la correcta elección de los medios competitivos y la consecuente tutela del competidor o consumidor víctima de actos desleales, como bien jurídico protegido por la derogada ley 22.802 y por el nuevo DNU; y iii) la protección de la salud, la seguridad, y los intereses económicos de los consumidores, lo que requiere previamente información adecuada, libertad de elección y condiciones de trato digno y equitativo, como bien jurídico protegido por la ley 24.240" (23).

Cualquiera sea la norma que trate sobre la defensa de la competencia y el abuso de posición dominante en el mercado, debería contemplar —como mínimo— la prohibición de que oferentes o demandantes impidan o limiten la competencia con sus prácticas productivas o comerciales "porque, se supone, esta favorece al consumidor o usuario con mejores productos y servicios, con precios más bajos, con mayores oportunidades de elección" (24).

En ese marco, el ideal (hipotético) a regular en materia de competencia, de por sí alto, es aún más elevado y necesario en la época actual de economía digital, ante los peligros de una economía impulsada por algoritmos, IA y Big Data, en una dinámica competitiva imposible frente a las super-plataformas dominantes de la web. La capacidad mítica de los mercados para autorregularse se vuelve dudosa a medida que aumentan los niveles de concentración económica (25).

IV. A modo de colofón

Sea bajo la vigencia del derogado dec.-ley 22.285/1980 o bien, con todas sus modificaciones, a partir de la ley 26.522, la actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera una actividad de interés público. Su explotación por prestadores de gestión estatal o privada, y su regulación incluye también "el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación" (26).

El Ente Nacional de Comunicaciones —actual autoridad de aplicación de la ley 26.522— es quien tiene las funciones de velar por el desarrollo de una sana competencia y la promoción de la existencia de los más diversos medios de comunicación que sea posible, para favorecer el ejercicio del derecho humano a la libertad de expresión y la comunicación, y promover y estimular la competencia y la inversión en el sector. Prevenir y desalentar las prácticas monopólicas, las conductas anticompetitivas, predatorias y/o de abuso de posición dominante en el marco de las funciones asignadas a ese organismo u otros con competencia en la materia (27).

A diferencia de su antecesora, la ley 26.522 en su "espíritu [es] coherente con el derecho de los consumidores a la información y con la defensa de la competencia. El primer derecho, previsto en el art. 42 de la CN, favorece el acceso de voces plurales. Existe una elaborada doctrina en el área del derecho del consumidor que explica cómo las redes contractuales pueden producir cautividad mediante la restricción de las opciones que el público tiene a su disposición. La defensa de la competencia, que está prevista como derecho de incidencia colectiva (art. 43 de la CN), importa la regulación del mercado para evitar la constitución de monopolios y el abuso de posición dominante, ya que, en ambos casos, se perjudica a la población. Este principio constitucional se concreta en las normas de derecho público que regulan la competencia y en las de derecho privado, que, por ejemplo, exigen una función pro competitiva en los contratos. El principio es que en un modelo de mercado perfecto, cuanto más oferentes existan, más competencia habrá, mejorarán los precios y la calidad de los productos, y los consumidores recibirán los beneficios. En cambio, si hay pocos oferentes con capacidad de imponer sus decisiones en un mercado relevante, podrán aumentar los precios o disminuir la calidad, perjudicando a los usuarios (28).

El presente caso, como señalamos al comienzo, invita a reflexionar no solo en aquello que está escrito en la sentencia en comentario y en la solución arribada con la cual se puede coincidir, sino en lo que ella no dice, porque no era pertinente ni necesario hacerlo. El operador jurídico debe mirar más allá y plantearse un análisis responsable de la relación entre monopolios, competencia, licencia y mercado, por un lado, y derechos de usuarios y consumidores, por el otro, cortados transversalmente todos ellos por la Constitución y la regulación.

Finalmente, no podemos soslayar ni olvidar que todo monopolio y privilegio exclusivo (una licencia o concesión, lo son) se otorgan a expensas del público (29).

El objetivo aquí perseguido ha sido provocar nuevos y múltiples enfoques e ideas frente a una sentencia que, a modo de excusa, sirve para reflexionar (30). Cuando las ideas "ejercen una función rectora de la información en vez de constituir simples subproductos de la misma, el progreso experimenta una aceleración" (31).

(1) LEVI, Edward H., "The Antitrust Laws and Monopoly", *The University of Chicago Law Review*, vol. 14, feb-1947, nro. 2, p. 153, traducción libre.

(2) GORDILLO, Agustín, "Introducción al Derecho. Derecho público y privado. Common-Law y derecho continental europeo", Ed. FDA, Buenos Aires, 2000, cap. II-3.

(3) "Diccionario de la Real Academia Española", 23ª ed., act. 2018, segunda acepción de la palabra "reflexión", recuperado de: <https://dle.rae.es/?id=VdLsNBL>.

(4) DE BONO, Edward, "El pensamiento lateral: manual de creatividad", Ed. Paidós, Buenos Aires, 2008, 2ª ed., 6ª reimp., p. 118.

(5) CARNOTA, Walter F., "El despliegue del art. 42 de la CN", *Revista Derecho Público*, año III, nro. 9, Ed. Infojus, Buenos Aires, enero-2015, p. 137; con cita de VERMEULE, Adrian, "The system of the Constitution", Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2011, p. 3.

(6) PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Constitución y economía", Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 95.

(7) BOBBIO, Norberto, "Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política", Ed. FCE, México, 1989, trad. por José F. Fernández Santillán, 1ª ed. en español, p. 15.

(8) CS, "Ríos, Rubén F. c. COMFER", Fallos 322:2750 (1999).

(9) POSNER, Richard A., "El análisis económico del derecho", Ed. FCE, México, 1998, trad. Eduardo L. Suárez, 1ª ed. en español, p. 349.

(10) GORDILLO, Agustín - FLAX, Gregorio et al. (colabs.), "Derechos humanos", Ed. FDA, Buenos Aires, 2007, 6ª ed., Cap. VI-7, §4.1.

(11) KHEMANI, R. Shyam, "Application of Competition Law: Exemptions and Exception", Ed. UNCTAD, New York - Geneva, 2002, p. 5 (UNCTAD/DITC/CLP/Misc.25).

(12) Ver: GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", Ed. FDA, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., t. 6, El método en derecho - La administración paralela, Libro I-Cap. VII.

(13) CS, 21/05/2019, "Supercanal SA c. AFSCA y otros", FMZ 22036657/2013/1/3/RH2, tribunal

integrado por los Dres. Rosenkrantz, Highton de Nolasco, Maqueda y Rosatti; Lorenzetti no la suscribe.

(14) Cfr. consid. 8º.

(15) Cfr. consid. 9º. Se distingue, por tanto, este caso de lo resuelto en: CS, "Pay TV SA c. ATC y Proartel", CS, Fallos: 318:359 (1995).

(16) En particular, se arguyó en la demanda incoada la violación del art. 9º del dec.-ley 22.285/1980 en cuanto establecía que "Los titulares de los servicios de radiodifusión deberán asegurar la regularidad de las transmisiones y el cumplimiento de los horarios de programación, los que deberán ser comunicados al Comité Federal de Radiodifusión. También deberán mantener la infraestructura técnica de las estaciones en condiciones satisfactorias de funcionamiento, a fin de prestar un servicio eficiente".

(17) BO 06/08/1980 (derogada por la ley 27.442).

(18) BO 11/05/1983 (derogada por dec. 274/2019).

(19) BO 20/09/1999 (derogada por la ley 27.442).

(20) BO 19/09/2014 (derogados por la ley 27.442).

(21) BO 15/05/2018.

(22) BO 22/04/2019. Ver: "Edición especial: Decreto de lealtad comercial", LA LEY, 22/05/2019.

(23) HEREDIA QUERRO, Sebastián, "Información en el comercio, publicidad y promociones empresariales en el 'nuevo' régimen de competencia desleal", Edición Especial..., ob. cit., p. 16.

(24) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, 4ª ed. amp. y act., 6ª reimp., t. I, p. 588.

(25) STUCKE, Maurice E. - EZRACHI, Ariel, "The Rise, Fall, and Rebirth of the U.S. Antitrust Movement", Harvard Business Review, 15/12/2017, recuperado de: <https://hbr.org/2017/12/the-rise-fall-and-rebirth-of-the-u-s-antitrust-movement>.

(26) Cfr. art. 1º, ley 26.522.

(27) Cfr. art. 12, incs. 10) y 13, ley 26.522.

(28) CS, "Grupo Clarín SA c. EN", Fallos: 336:1774 (2013), consid. 48.

(29) En palabras de Andrew Jackson: "Every monopoly and all exclusive privileges are granted at the expense of the public..." (President Jackson's Veto Message Regarding the Bank of the United States; July 10, 1832; recuperado de: http://avalon.law.yale.edu/19th_century/ajveto01.asp).

(30) "No incurramos pues en el error científico de pretender inducir para futuros casos, reglas generales a partir de anteriores casos particulares (empirismo). Por ende, hay que diferenciar cada caso de otro "semejante" o "análogo" que se haya hecho o visto previamente y evitar tanto caer en errores anteriores como en "soluciones" de casos previos, que no es sino una variante del mismo error metodológico" (GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", Parte general, Ed. FDA, Buenos Aires, 2013, 1ª ed., t. I, Cap. I-45, §7).

(31) DE BONO, E., ob. cit., p. 12.