

PREFACIO

El presente trabajo es fruto de inspiraciones pasadas y presentes, tanto personales como profesionales, que reconocen orígenes, maestros y lugares entrañables.

Entre las primeras, deseo destacar los consejos del Dr. Eulogio Iturriz, titular de la cátedra de Economía en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue él quien, con su visión interdisciplinaria, me sugirió realizar un trabajo de investigación sobre la entonces vigente Ley 22.262 de Defensa de la Competencia, prácticamente desconocida para gran parte de la comunidad jurídica de aquella época.

Esa orientación inicial fue decisiva para mi designación –por concurso– como abogado jefe de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en el año 1998, lo que motivó mi traslado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Allí tuve la oportunidad de conocer y aprender de reconocidos expertos como los Dres. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Jorge Otamendi y Germán Coloma.

Durante mi primera vocalía en ese organismo (2000–2004), se produjeron fecundos intercambios y no pocas divergencias entre abogados y economistas acerca de la naturaleza y el alcance del interés económico general. Aquellos debates constituyeron una temprana y significativa motivación para la elaboración del presente estudio.

Años más tarde, el Dr. Héctor Daniel Gattás, con su talentosa dirección, su permanente apoyo y sus oportunas sugerencias, me impulsó a retomar el camino iniciado tiempo atrás. Gracias por tus consejos Daniel.

También deseo destacar el acompañamiento y la colaboración, del principio y hasta el fin de la obra que me brindara Amparo Ojeda Bianchi.

El fruto de esa labor, con los acompañamientos y estímulos señalados vio la luz en 2023, cuando defendí mi tesis doctoral, que hoy tengo el honor de compartir con ustedes.

En mi segunda y actual etapa en la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, tanto como Vocal como en calidad de Presidente, he podido constatar que las discusiones sobre el interés económico general se han tornado más abiertas y flexibles, dejando atrás cierta ortodoxia inicial. Esa evolución se refleja claramente en las conclusiones de este trabajo.

La investigación que aquí se presenta comienza con una breve introducción y un repaso de la creación y el desarrollo de la normativa extranjera, para luego abordar la evolución del marco normativo argentino. El eje central del estudio está constituido por el análisis de los dictámenes de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y de los fallos jurisprudenciales vinculados con conductas anticompetitivas.

Ese análisis permitió segmentar los dictámenes en distintas etapas, según los criterios de aplicación utilizados, y examinar la falta de consenso jurisprudencial existente.

Uno de los aspectos más enriquecedores del trabajo fue la realización de una encuesta a expertos, que permitió dialogar con destacados profesionales nacionales e internacionales en materia de defensa de la competencia. Este intercambio confirmó la relevancia actual del tema y aportó miradas complementarias –y en ocasiones contrapuestas– que enriquecieron las conclusiones de mi investigación.

El trabajo aspira a constituir una base de estudio para quienes deseen una visión integral de la defensa de la competencia y de su evolución en la Argentina y en la experiencia comparada. Además de las conclusiones, incluye una propuesta de modificación normativa que busca superar visiones dogmáticas y abrir espacio a nuevos enfoques.

Mi deseo es que este esfuerzo contribuya al desarrollo de perspectivas renovadas y sirva, a la vez, como homenaje a quienes han sido parte de este camino. A ellos, va mi más sincera gratitud y reconocimiento.

PRÓLOGO

La obra que el Dr. Eduardo Montamat ofrece a sus lectores toca uno de los temas más peculiares y difíciles del Derecho de defensa de la competencia argentino. Todos los sistemas jurídicos que enfrentan la tarea de regular la competencia y las prácticas monopólicas tropiezan con la dificultad de dar un tratamiento a los casos en que, pese a configurarse conductas que se apartan del modelo competitivo amparado por el legislador, son necesarias para fines empresariales legítimos o carecen de virtualidad como para afectar las metas buscadas por la ley.

Un caso proverbial, en el Derecho Comparado, es el de los acuerdos de colaboración entre empresas para la generación conjunta de tecnología. Dado que la investigación y desarrollo constituyen uno de los campos fundamentales en que se desenvuelve la competencia empresarial, acuerdos de este tipo podrían ser vistos como neutralizando el proceso competitivo en una de las áreas en que resulta más necesario y movilizador del sistema económico. Sin embargo, estos acuerdos presentan beneficios económicos tan marcados, desde el punto de vista del interés general, que no pueden ser simplemente condenados en abstracto. Permiten evitar la duplicación de investigaciones y de otras tareas, fomentan el intercambio de información y permiten acelerar los procesos de desarrollo tecnológico, cuyos resultados pueden ser luego compartidos por todas las empresas participantes y beneficiar a múltiples actores económicos, desde los consumidores hasta los titulares de factores de producción, que pueden así ver aumentada su eficiencia. Tan manifiesta es la posibilidad de que estos acuerdos sean beneficiosos para el interés económico general, que en los principales sistemas de defensa de la competencia se han sancionado normativas especiales para legitimarlos, en tanto cumplan ciertos requisitos¹.

¹ En los Estados Unidos, la National Cooperative Research and Production Act, de 1993; en la Unión Europea, el Reglamento 1066 de 2023.

La cuestión, sin embargo, es mucho más amplia que el ámbito del desarrollo tecnológico conjunto. Existen múltiples formas de cooperación entre empresas que, aunque debilitan la independencia propia del proceso competitivo, coadyuvan objetivamente a una mayor eficiencia en la producción y distribución, con beneficios que pueden extenderse por todo el sistema económico. Surge así el problema, para el legislador, y para los órganos de aplicación del Derecho de defensa de la competencia, de trazar criterios precisos, útiles y previsibles, para legitimar ese tipo de prácticas.

En el Derecho estadounidense, que es el primero en desarrollar un régimen amplio y efectivo de defensa de la competencia, la cuestión nunca se ha resuelto claramente. La clásica distinción entre infracciones *per se* e infracciones sujetas a la regla de la razón busca determinar qué ha de entenderse por restrictivo de la competencia, y no está dirigida a la posible justificación de conductas por razones de eficiencia o de beneficios para el interés general. La posición tradicional de las fuentes era contraria a la posibilidad de esa especie de justificaciones, salvo mediante legislación; la *muletilla* frente a quienes objetaban la “dureza” de los fallos dirigidos contra conductas supuestamente beneficiosas, era que debían dirigir sus quejas a la legislatura. Sin embargo, a partir de la década de 1960, surgieron y crecieron tendencias a justificar conductas anticompetitivas en virtud de sus efectos económicos beneficiosos. En especial se construyó un esquema interpretativo en el que la función del Derecho de defensa de la competencia sería la defensa del interés del consumidor -sugiriendo, erróneamente, que ello había sido la intención del legislador de 1890-, y extendiendo –en base a esa premisa– la función justificadora de la regla de la razón, o bien justificando por razones de eficiencia o beneficio para el consumidor prácticas de otra forma calificables como restrictivas de la competencia. Pero esta corriente, de un sesgo ideológico evidente, se enfrentó en los últimos años con múltiples frenos. Además de carecer de sustento en los textos legislativos o en su origen histórico, coloca en segundo plano la protección del proceso competitivo en sí, que es el objeto explícito del régimen antimonopólico estadounidense y el modelo que el legislador ha considerado conducente a la protección del consumidor y de los demás agentes económicos.

Si en otras materias el legislador europeo –y particularmente los autores del Tratado de Roma de 1957– contaba con la invalorable ayuda de los antecedentes estadounidenses, el panorama descrito en el párrafo anterior es indicativo de que la posibilidad de justificar conductas por sus beneficios para el interés económico general no encontraba apoyo en

los textos legislativos estadounidenses ni guía clara en la jurisprudencia de ese país. Esos autores elaboraron así un sistema peculiar, incluido en el artículo 85 del Tratado de Roma –hoy artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea–. El apartado 1 de ese artículo prohibía en forma general los acuerdos restrictivos de la competencia. Pero el apartado 3 permitía declarar inaplicable esa prohibición para los acuerdos que contribuyeren a mejorar la producción o la distribución de productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y que reservaren al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, sin imponer a las empresas interesadas restricciones que no fueran indispensables para alcanzar tales objetivos, y sin ofrecer a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

En los primeros años tras la aprobación del Tratado de Roma, el apartado 3 de su artículo 85 se aplicó como una exención que la autoridad competente –la Comisión Europea– debía conceder caso por caso. Ello implicaba una carga de notificar los acuerdos restrictivos de la competencia a esa Comisión, creando una inmanejable acumulación de expedientes. Las autoridades europeas fueron desarrollando diversos instrumentos dirigidos a simplificar la aplicación de la exención del apartado 3. Dictaron así exenciones en bloque, mediante las que se declaraba aplicable la exención del artículo 3 a categorías de contratos que presentaren determinadas características. Se aprobaron reglamentos desarrollando los efectos del régimen comunitario de competencia a amplios sectores de la actividad económica o a ciertos tipos de contratos. Finalmente, se modificó radicalmente el sistema de aplicación del artículo 85, y particularmente de su apartado 3. Ese artículo pasó a aplicarse descentralizadamente por múltiples autoridades comunitarias y nacionales –según las características de los casos–, y el apartado 3 dejó de concebirse como un mecanismo de exención aplicado por la Comisión comunitaria, para pasar a ser una norma de justificación aplicable por todas las autoridades con competencia respecto del régimen del antiguo artículo 85, sin necesidad de notificación o de aprobación expresa por una autoridad centralizada.

Planteada, a partir de la década de 1960, la necesidad de actualizar la legislación argentina en materia de competencia, múltiples razones llevaron a seguir el modelo europeo. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, el modelo estadounidense era poco recomendable y no adaptado a los conceptos básicos del Derecho argentino. Pero al adoptar el modelo europeo, los legisladores argentinos contaban con la ventaja de la propia

experiencia comunitaria con su aplicación. Adelantándose a posteriores reformas europeas, se buscó establecer un sistema de justificación que no requiriera un procedimiento administrativo para cada caso, sino que obrara como un elemento normativo dentro del tipo fundamental de conducta anticompetitiva. Se buscó, asimismo, dar un grado de flexibilidad a esa justificación, acorde con la complejidad de los factores en juego, simplificando en la fórmula de “perjuicio para el interés económico general” la pluralidad de elementos incluidos en el artículo 85, apartado 3, del Tratado de Roma, cuya complejidad requería una elaboración compleja y una evaluación conjunta que no contribuían a la previsibilidad en los resultados.

El elemento de perjuicio para el interés económico es así uno de los componentes fundamentales de los tipos punibles bajo el régimen de competencia argentino. Inmediatamente se advierte las dificultades que plantea su aplicación, tanto por la vaguedad de su contenido y límites, como por las diferencias que presenta respecto de los antecedentes existentes en el Derecho Comparado. Como se previó al introducirlo en la legislación argentina, su contenido concreto es determinable sólo a través de su aplicación. Pero contamos actualmente con más de cuarenta años de experiencias, que permiten una exposición detallada del contenido y efectos de ese elemento, como la que exitosamente formula en esta obra el Dr. Montamat.

El trabajo de investigación aquí prologado expone detalladamente la evolución que ha llevado a la actual conformación del Derecho de defensa de la competencia argentino. Examina las decisiones que han dado forma a través de las décadas a ese Derecho, y sobre esas bases expone las específicamente dirigidas a la figura de perjuicio al interés económico general. Complementa la evolución jurisprudencial con una exposición de la doctrina en la materia, elemento fundamental para comprender el funcionamiento de esta rama jurídica.

El estudio no se agota en la descripción de la evolución pasada del concepto de interés económico, sino que expone las tendencias críticas respecto de su contenido e incluso los proyectos de reforma de la legislación pertinente.

Mediante una notable tarea de recopilación y exposición de antecedentes, análisis y crítica, se ofrece conjuntamente una visión general de la figura de interés económico general en nuestro Derecho, así como de sus consecuencias respecto de diversos tipos de casos. Se trata de una obra de fundamental valor, debido a que trata un concepto característico del Derecho argentino, respecto del cual el Derecho Comparado presenta una utilidad limitada.

Estamos así ante una obra de extraordinaria importancia dentro del ámbito doctrinal del régimen de competencia, en la que confluye una prolongada y cuidadosa investigación previa y una elaboración basada en la extensa experiencia del autor. Presenta especial valor por elaborar detalladamente un concepto propio de la legislación argentina, sin olvidar sus raíces en la experiencia internacional. Será indudablemente un hito insoslayable para el estudio y aplicación del régimen de defensa de la competencia.

Guillermo Cabanellas de las Cuevas