

C.E.D.R.



**European Council for Agricultural Law
Comité Européen de Droit Rural (C.E.D.R.)
Europäisches Agrarrechtskomitee**

**XXII European Congress and Colloquium of Agricultural
Law – Almerimar-El Ejido (Spain) – 21-25 October 2003**

**XXII Congrès et Colloque Européens de Droit Rural
– Almerimar-El Ejido (Espagne) – 21-25 octobre 2003**

**XXII Europäischer Agrarrechtskongress mit Kolloquium
– Almerimar-El Ejido (Spanien) – 21-25 Oktober 2003**

Commission II – Kommission II

**THE EFFECT OF EUROPEAN AND NATIONAL COMPETITION LAW
ON THE AGRICULTURAL SECTOR**

**L'ECONOMIE AGRICOLE FACE AU DROIT DE LA CONCURRENCE
EUROPEEN ET NATIONAL**

**DIE AGRARWIRTSCHAFT IM LICHT DES EUROPÄISCHEN UND
NATIONALEN WETTBEWERBSRECHTS**

National Report – Rapport national – Landesbericht

Argentina – l'Argentine – Argentinien

Argentinian report – Rapport argentin – Argentinischer Bericht

María Adriana VICTORIA, Luis Alberto MIGUEL, Patricia MOLTINI, Myriam TOMÉ, Professeurs-chercheurs de Législation Agricole de l'Université Nationale de Santiago del Estero

1. Bases jurídicas generales del derecho nacional de la concurrencia

Puede decirse que hasta hace poco mas de una década y media, la defensa de la competencia no había despertado mayor interés en nuestro medio; la protección mediante las barreras arancelarias y paraarancelarias impedía la competencia transnacional; la participación de empresas estatales aseguraba el monopolio en importantes áreas de las actividades económicas.

El modelo de intervención del Estado en la economía, que comienza en la década del '30, se profundiza en los años posteriores, cerrando las fronteras a la importación, con elevados aranceles, restricciones cuantitativas y regulaciones que desalentaban inversiones, con el objetivo de desarrollar una industria nacional subsidiada en muchos casos o bien en otros, asumiendo el propio Estado actividades como la prestación de servicios públicos, la explotación de los recursos energéticos y las industrias relacionadas con la defensa¹. No existiendo libertad de mercado, la competencia no parecía un problema al que debía darse respuesta legal ni hubo interés académico en tratarlo, porque, en general, se compartían los fundamentos doctrinarios del proteccionismo estatista.

Los cambios que se producen en la economía a partir de 1989, con la apertura del mercado y la privatización de actividades que estaban a cargo del Estado, obligan a pensar por un lado, en la protección de usuarios y consumidores y por el otro, asegurarles a los empresarios reglas de juego transparentes de la competencia.

1.1) Antecedentes legislativos

En 1.923 el Congreso Nacional aprobó la primera ley para reprimir los monopolios – nº 11.210 –, sin que tuviese eficaz aplicación. El objetivo era sancionar penalmente las conductas monopólicas. Dicha ley identificaba los actos monopólicos, considerando tales a los que sin aportar un progreso técnico o económico, aumentarían arbitrariamente las ganancias sin proporción al capital y los que impedirían o dificultarían la libre concurrencia en la producción o el comercio, tanto interno como exterior. La enumeración de comportamientos era extensa y en la mayoría de los casos, coincidente con las que actualmente se consideran conductas distorsivas. La sanción prevista era de multa o en su defecto pena de prisión de 1 a 3 años, aplicadas conjuntamente para los casos de reincidencia.

En 1946, se introducen nuevamente cambios, mediante la ley nº 12.906 (referida a la represión de conductas tendientes a establecer o sostener un monopolio), reglamentada recién en 1.949 por decreto 5428. La ley sanciona la especulación, acaparamiento, monopolio, el dumping y la larga lista de conductas que reproducen las incluidas en la legislación anterior.

Así las cosas, enfatizamos que no era la competencia leal entre particulares, sino “la economía pública”, la que constituía el bien jurídico protegido en los cuerpos normativos antes citados.

Llegamos así a la ley nº 22.262/80 que deroga la nº 12.906, y finalmente la ley vigente nº 25.156/99 en materia de defensa de la competencia.

¹ Banco Mundial –OCDE, la política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana”, 1996.

1.1.1) *La Constitución Nacional y el MERCOSUR*

En la República Argentina, las disposiciones constitucionales, tienen jerarquía superior a los tratados, por lo cual el Presidente no podrá firmar tratados ni el Congreso aprobarlos si se desconocieran estos nuevos derechos².

Los tratados no son supraconstitucionales, pero sí se reconoce su supralegalidad, así como la del derecho de integración derivado, en los casos en que surja de tratados que hayan delegado competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, respetando el orden democrático y los derechos humanos. No se han firmado aún, en el marco regional, tratados que deleguen esas facultades, por lo cual no ha tenido efectiva aplicación esta disposición

El MERCOSUR, nacido del tratado de Asunción en el año 1992, integrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, todavía no opera como un mercado común como lo es la Unión Europea..

El Protocolo adicional del Tratado de Asunción, denominado Protocolo de Ouro Preto, aprobado en la VII reunión del Consejo del Mercado Común, el día 17 de diciembre de 1.994, diseñó las instituciones de lo que se identifica en teoría como una unión aduanera imperfecta. Como ya dijimos, no se llegó a un acuerdo para crear órganos supranacionales, sino que se mantuvo la estructura con el carácter de intergubernamentales que tienen sus órganos. Sin embargo, pueden señalarse algunos avances en la juridización del proceso: el reconocimiento de la personalidad jurídica del MERCOSUR y como consecuencia, entre otras, la facultad de comparecer en juicio, el reconociendo del sistema de solución de controversias, que ya se había aprobado en el protocolo de Brasilia.

La reforma constitucional de 1994 aprueba en el capítulo segundo, nuevos derechos y garantías. El artículo 42 dispone: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios...”

En el artículo 43, se incorpora la defensa de los derechos mediante la acción de amparo que puede interponer toda persona – siempre que no exista otro medio judicial idóneo – contra todo acto u omisión de las autoridades o de particulares, que lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o la ley

1.1.2) *Ley de Defensa de la Competencia n° 25.156/99, ley de Lealtad Comercial n° 22.802/83 y ley de Defensa del Consumidor n° 24.240/93*

Tanto la ley de defensa de la competencia como la de lealtad comercial poseen como fin inmediato la preservación del mismo bien jurídico protegido: la competencia

Inversamente, la ley 24.240/93 busca preservar de manera inmediata o directa las garantías necesarias para la defensa del consumidor.

La ley de defensa de la competencia n° 25.156/99: Se aplica a quienes realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional y a quienes realicen actividades fuera del territorio, en cuanto las mismas puedan producir efectos en el mercado nacional. Se pretende regular y controlar las estructuras de mercado, la que puede variar a través de los actos o

² Art. 27 de la Constitución nacional argentina “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

conductas de los empresarios, para evitar que esas variaciones afecten, justamente, la libre competencia (por ejemplo a través de la creación de acuerdos de fijación de precios, abusos de posiciones dominantes en el mercado, etc.)

En la Ley nº 22.802/83 de lealtad comercial, el bien jurídico protegido es la lealtad en las relaciones comerciales, que abarca los derechos de los consumidores y los de los competidores, tutelando la libertad, la clara y debida información y la transparencia en tales actividades.

La ley 24.240/93, establece y sanciona conductas específicas que perjudican al consumidor (violación del deber de información, establecimiento de cláusulas abusivas).

1.1.3) Otros textos legales

Otra base jurídica relacionada con el derecho de la competencia constituye el Código Penal que tiene carácter federal y dispone en su art. 159 que “ Será reprimido con multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier otro medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial, comportamiento que denomina competencia desleal, que es de acción privada”.

La ley 22.903 (modificatoria de la ley de sociedades comerciales nº 19.550) ya había contemplado la relación entre los contratos de colaboración empresarial y la legislación de defensa de la competencia aunque incorporados erróneamente a la normativa societaria.

El art. 369 de la actual ley de sociedades nº 19.550 dispone que los contratos mediante los cuales se formen agrupaciones de colaboración deberán ser remitidos por el Registro Público de Comercio a la Dirección Nacional de Defensa de la Competencia, actualmente es el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (se trata de un error de redacción de la ley nº 22.903).

La Argentina incorporó el tema en su normativa a partir del decreto ley nº 5342/63 normas antidumping que fueron aprobadas en la ronda Tokio, conocidas como Código Antidumping 1979, y las posteriores aprobadas en la Ronda Uruguay. La ley nº 21.838 denominada como Código Aduanero, modificado por la Ley nº 24.176/92, que es el que adopta el Código Antidumping de la ronda Tokio, reglamentado por el decreto nº 2121/94.

Coincidiendo con el concepto de dumping en las disposiciones del GATT, en nuestro país el artículo 688 del Código Aduanero, define su existencia cuando “el precio de exportación de una mercadería que se importare, fuere menor que el precio comparable de ventas efectuadas en el curso de operaciones comerciales normales, de mercadería idéntica, o en su defecto, similar, destinada al consumo en el mercado interno del país de procedencia o de origen, según correspondiere”.

1.2) Instrumentos de control de las restricciones a la competencia

Las disposiciones de la ley vigente en materia de la competencia están destinadas a lograr un mejor control en defensa de la competencia. Así pues, se prohíben y sancionan a) actos o conductas que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, y b) actos o conductas que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicios para el interés económico general.

La ley nº 25.156/99 prevé dos medios a través de los cuales se puede llegar a situaciones que afecten la libre competencia:

- 1) Tener una posición dominante en el mercado. Esto es cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en

condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de estos.

2) Mediante la concentración económica. Se entiende por concentración económica la forma de control de una o varias empresas a través de la realización de los siguientes actos:

- La fusión entre empresas
- La transferencia de fondos de comercio
- La adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de o la influencia sobre la misma, mediante el ejercicio de cualquier tipo de derecho o a tener cualquier tipo de influencia de la persona jurídica que lo emita.
- Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa.

Una novedad que introduce la ley es el control previo de las fusiones y adquisiciones de empresas³. En efecto, las concentraciones y fusiones de empresas, tanto en el nivel nacional como en el transnacional a las que asistimos a diario producen un poder de mercado del grupo que se ha fusionado que le permite imponer condiciones y nivel de precios para transformar el mercado competitivo anterior en un monopolio.

La fusión no siempre resulta negativa: puede tener por objeto la aplicación de tecnología que sólo se justifica por los costos, si se adopta una producción económica de escala; o el abastecimiento de diversos productos aprovechando procesos de comercialización y distribución o la capacitación de personal para lograr un gerenciamiento más eficaz y eficiente y en ese caso, favorecer a los consumidores.

Para que resulte obligatorio el control previo, el acuerdo debe reunir no sólo un elemento cualitativo, sino tener cierta envergadura (elemento cuantitativo). Por ello se dispone la intervención del Tribunal, cuando el volumen de negocio del conjunto empresario involucrado en la operación sea superior a \$ 200.000.000 en el país o \$ 2.500.000.000 en el nivel mundial. Para considerarlo se toman en cuenta el total de ingresos por venta de productos o prestación de servicios durante el último ejercicio ordinario, previa deducción de descuentos sobre ventas e impuestos relacionados con el volumen de negocios (IVA y otros).

Se debe la operación al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia previamente o hasta una semana desde la fecha del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje o de la adquisición de una participación de control. El plazo se cuenta desde la fecha en que se produjo el primero de los acontecimientos.

1.3) Registración o publicación de convenios o acuerdos

La reglamentación establece que se tomará como fecha límite para contabilizar el plazo de una semana el siguiente: a) Para las fusiones de empresas, el día en que se suscriba el acuerdo definitivo de fusión, conforme lo previsto por el apartado 4to. Del art. 83 de la ley n° 19.550, b) En las transferencias de fondos de comercio, el día en que se inscriba el documento de venta en el Registro Público de Comercio de acuerdo con lo previsto en el art. 7° de la ley n° 11.867, c) En las adquisiciones de la propiedad o de cualquier derecho sobre acciones o participaciones, el día en que quedare perfeccionada la adquisición de tales

³ Desde el año 1997 la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los EE.UU. impidió varias fusiones, a saber, en la industria de armamentos y defensa (Lockheed Martín con Northrop Grumman), en la de aluminio (Reynolds con Alcoa). Ver en "Antitrust" The New enforcers", artículo publicado en la revista "The Economist", en la edición del 7 de octubre de 2.000 pp. 79 a 82.

derechos de acuerdo con el convenio o contrato de adquisición y d) en los demás casos, el día en que quedare perfeccionada la operación en cuestión en virtud de las leyes respectivas.

Dentro de los 45 días de la presentación, el Tribunal debe otorgar la autorización, exigir el cumplimiento de condiciones o denegarla. Si no lo hace se considerará aprobada tácitamente.

1.4) Medios normativos

Consideraremos las diferentes herramientas que provee la legislación vigente para hacer efectivo el control de las conductas que afectan a la competencia:

- La acción de amparo: Siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, las personas físicas, jurídicas pueden iniciar acción de amparo contra autoridades públicas de los tres poderes o actos de los particulares.
- La acción penal: El código penal prevé una acción privada contra aquellos que utilicen maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier otro medio de propaganda desleal, tratarse de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial.
- La acción ante los Jueces Federales en las provincias o ante el Juez en lo Penal Económico en Buenos Aires: En estos casos debe probarse la intencionalidad de la conducta que resultaba en abuso de posición dominante o restricciones al comercio, que incluyen discriminación o fijación de precios; acciones concertadas para limitar o controlar los desarrollos tecnológicos o las investigaciones; la distribución comercialización; la división de territorios; la obstrucción o el impedimento de acceso a los mercados por los competidores entre otros.
- La acción de resarcimiento de daños : ante el juez competente en la materia, que será del fuero comercial. Como toda acción por daños y perjuicios, prescribe a los 2 años dado que se rige por el derecho común.
- La acción administrativa: La acción se inicia de oficio o por denuncia de una persona física o jurídica, pública o privada, instruida por el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.

1.5) Sanciones

El Tribunal puede decidir imponer sanciones, que están previstas en el artículo 36 de la ley nº 25.156/99, a saber:

- Cese de las conductas y remoción de sus efectos.
- Multa de \$ 10.000 a \$ 150.000.000, tomándose en cuenta las pérdidas sufridas por los afectados por la conducta prohibida; el beneficio obtenido por los responsables involucrados; el valor de sus activos al momento de cometerse la violación. Si se trata de reincidentes, los importes se duplican.
- Para los casos en que se verifiquen actos que constituyen posición dominante, monopólica u oligopólica en violación a las disposiciones de la ley, podrá obligar el Tribunal a cumplir condiciones que neutralicen la distorsión o solicitar al juez competente que las empresas sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas.
- Sin perjuicio de las demás sanciones que pudieren corresponder, puede imponer una multa de hasta \$ 1.000.000 diarios en caso de no haber notificado la concentración o fusión de empresas, a contar desde el vencimiento de la obligación de notificar el proyecto o desde el incumplimiento de las condiciones establecidas por el Tribunal o el compromiso de cese del comportamiento.

- Cuando se traten de personas jurídicas o de existencia ideal, se les imputa las conductas realizadas a las personas físicas que actúen en su nombre, con su ayuda o beneficio.
- Sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de 1 a 10 años para la persona de existencia ideal y sus representantes.
- Multa de hasta \$ 500 diarios para quienes obstruyan o dificulten la investigación o no cumplan los requerimientos del Tribunal, quienes tienen 5 días una vez notificados para efectuar su descargo y ofrecer pruebas.

1.6) Acuerdos horizontales y verticales

En literatura económica se distingue entre las concentraciones de empresas, las horizontales (entre empresas que compiten con un mismo producto), verticales (su relación en el mercado es de proveedor – cliente) y las concentraciones entre empresas que no compiten con iguales productos, sino que utilizan canales de comercialización o procesos productivos similares o bien son productos similares pero vendidos o distribuidos en áreas diferentes o empresas sin ninguna relación entre sí.

Reproducimos esta clasificación por la importancia que tiene en cuanto a la influencia que los diferentes tipos tienen en la estructura del mercado y por ende en la competencia. Si se trata del primer caso (concentración horizontal) la empresa resultante de la fusión tendrá una mayor porción relativa del mercado y más facilidad para imponer precios o repartir cuotas del mismo.

En el caso de las fusiones verticales, se mantiene el número de empresas en cada sector, pero en lugar de realizarse operaciones independientes, pasan a ser operaciones internas de un mismo grupo. Puede modificar el poder de mercado de la empresa resultante, con relación a otras empresas, por ejemplo en el caso de tratarse de proveedores de insumos industriales. Si como consecuencia de la fusión, deja de vender a otras empresas industriales insumos que necesitan, tiende a provocar un aumento del costo de esos insumos, por haber desaparecido del mercado de los proveedores.

Las concentraciones para extender la línea de productos o el área geográfica, pueden producir efectos no perceptibles de inmediato, como la posibilidad de manejar información; los cambios de políticas comerciales y de empleo y aún más indirectos, como desalentar el ingreso de otros competidores potenciales.

Un sector de la doctrina critica que las multas se hayan aplicado con mayor energía en el caso de conductas verticales y se hayan vinculado al capital de las empresas porque no existe ningún indicio claro que el daño causado a los consumidores tenga alguna relación con el monto de capital. Posner (1992) ha criticado el sistema de multas que tiene la ley americana que establece que la parte perdedora debe pagar tres veces el monto del daño. Este sistema es el correcto si se miden bien los daños y si existe una probabilidad de un tercio de que se detecte el comportamiento anticompetitivo. Pero esto no es así para los distintos casos. Por otra parte, en el cómputo de los daños existen problemas evidentes. Para que la pena sea eficiente debe incluir todos los costos adicionales que se incurren como consecuencia de la práctica contraria a la competencia. En el caso de un monopolio, Posner (1992) argumenta que deben sumarse el costo de eficiencia que el mismo ocasiona y los beneficios que obtuvo de los consumidores. En caso contrario la pena no sería lo suficientemente disuasiva desde un punto de vista social, a pesar de que el problema de política económica es solamente el costo por mala asignación de recursos.⁴

Se advierte que la ley argentina tiene un problema evidente en este campo. Correctamente se jerarquizan las penas administrativas, reduciendo el peso de los castigos penales que contiene la legislación actualmente vigente y que, por su severidad, rara vez se aplican. Pero las multas se calculan como tres veces el monto del daño o el 15% del valor de los activos o las ventas

⁴ POSNER R. Economic Analysis of Law. Little, Brown and Co. Boston.

de la empresa condenada. No existe ninguna relación clara entre la magnitud del daño causado a los consumidores y los activos de la firma o su valor de ventas.

También en este cuerpo se prevé que el procedimiento (arts. 24/45) podrá iniciarse de oficio o por denuncia realizada por cualquier persona física o jurídica, pública o privada, ante el Tribunal; así como también la celebración de audiencias públicas con los presuntos responsables, denunciantes, damnificados, testigos y peritos; en las cuales se recibe su declaración y se pueden ordenar careos (art 24 inc. b).

1.7) Recomendaciones de precios

Se tipifican como conductas que constituyen prácticas restrictivas a la competencia, entre otras, la de fijar , concertar, manipular precios en la compra o la venta de bienes o servicios, individualmente o en acuerdos directos o indirectos con competidores o intercambiar información con ese objeto, el caso de la oferta de bienes o servicios a precios inferiores a su costo siempre y cuando no responda a usos y costumbres comerciales (como por ejemplo, las liquidaciones de fin de temporada) y tenga por fin desplazar a competidores en el mercado o producir daños en su imagen, patrimonio o valor de la marca de proveedores.

La definición de precios predatorios debe interpretarse de acuerdo a las circunstancias. En el caso Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y afines, resuelto por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, se había denunciado a Supermercados Mayoristas Makro S.A. por ofrecer repuestos de papel marca Rivadavia, a un precio inferior al de la lista del propio fabricante, constituyendo una política de precios predatorios. La comisión rechazó la denuncia con un extenso fundamento basado en estudios de mercado, que demostraban que la comercialización en supermercados favorecía a los consumidores, que privilegiaban los precios inferiores que ofrecían. Pero para que éstos se conviertan en predatorios, deben coincidir 3 condiciones: 1) posición dominante de la empresa predatora del mercado; 2) intención de desplazar a los competidores y 3) convertirse en una barrera para la posterior entrada de competidores. No era este el caso, pues la oferta fue por un período de 15 días o hasta agotar el stock. Makro sólo tiene una participación del 9% en el ranking de los supermercadistas y la participación de los repuestos Rivadavia en las ventas totales de la empresa es muy baja “lo que permite inferir que la venta por debajo del costo...fue utilizada como un sustituto de publicidad”⁵.

Las legislaciones argentina y brasileña vigentes no prohíben per se los acuerdos horizontales de precios; más la ley 25.156 modifica este criterio. Así en tal sentido, el artículo 2 inc. 2º de la ley , considerando como práctica restrictiva de la competencia “repartir en forma horizontal zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento”.

1.8) Criterios de política económica y social general

Aún hoy prevalece en la legislación un enfoque que mira con desconfianza la actividad empresarial privada y propone un control mayor por parte del Estado, frente a los que sostienen que debe dejarse actuar en completa libertad alas fuerzas del mercado. La experiencia ha revelado que no hubo en Argentina una política eficaz que asegurase la efectiva libertad y controlase a quienes la impedían.

En la publicación del Foro convocado por el Banco Mundial y la OCDE – Conclusiones y Recomendaciones del estudio sobre Argentina se identificaban los factores que concurrieron para impedir un resultado satisfactorio de la normativa adoptada en defensa de la competencia; la falta de recursos financieros; una infraestructura adecuada y el personal capacitado, con sueldos atractivos en la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que la ley había creado. El informe no tomaba en cuenta otros aspectos, como el sistema

⁵ Serie dictámenes nº 2 Publicación del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, Secretaría de Industria, Comercio y Minería, CNDC, 1998.

económico estatista, las tasas crecientes de inflación que impedían sancionar conductas defensivas, como los aumentos anticipados de precios y la concertación de los mismos que el Estado impulsaba.

El trabajo aconsejaba: una mayor autonomía de los órganos, que carecen de poder suficiente para enfrentar la presión que ejercen los grupos económicos y una modificación de su estructura para convertirse en un cuerpo cuasijudicial independiente, que la nueva ley ha contemplado; una mayor difusión de las leyes y procedimientos de defensa frente a los comportamientos no competitivos mediante una campaña de educación en diferentes niveles (escuelas de derecho, cámaras de sectores industriales y comerciantes; jueces y el público en general); la publicidad de los criterios con que la Comisión resolvía los casos, para hacer conocer los hechos y el análisis que realizaban para determinar la existencia de los comportamientos.

2. La carencia de un derecho nacional de la concurrencia relativo a la agricultura

Conforme ya se mencionó en supra 1.1.2 la ley de Defensa de la Competencia (Ley nº 21.156/99) es la vigente en nuestro país en materia de concurrencia. Se observa al analizar su articulado que *no existen dentro del derecho nacional de la concurrencia ningún tipo de disposición de índole particular aplicado a la agricultura.*

Por lo tanto, las disposiciones ya desarrolladas en el punto 1 son las aplicadas en esta materia con carácter general.

No obstante lo manifestado, se puede destacar en el *CAPITULO I DE LOS ACUERDOS Y PRACTICA PROHIBIDAS (ART. 1 AL 3)*, la prohibición y sanción de los actos o conductas, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios y aclara que constituyen prácticas restrictivas de la competencia:

- fijar, concentrar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta...
- establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, o prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios.
- repartir en forma horizontal zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento,
- enajenar bienes o servicios.... a un precio inferior a su costo.

En el *CAPÍTULO II DE LA POSICION DOMINANTE* (art. 4 al 5) se habla del dominio que la persona física o jurídica tiene para un determinado tipo de producto o servicio o es la única oferente en el mercado o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o cuando no está expuesta a una competencia sustancial, o cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de estos y agrega que para establecer la existencia de la posición dominante en el mercado se debe considerar las siguientes circunstancias:

- El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otro,
- El grado en que se limite el acceso de productos,
- El grado en que el presunto responsable pueda influir en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado.

Asimismo, en el artículo 7 se prohíben las concentraciones económicos cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Dentro de las disposiciones en el derecho nacional para proteger a los agricultores de las medidas discriminatorias, se han establecidos parámetros de distribución de cupo.

Dado que existe una íntima relación entre la industrialización de la agricultura y el control de la superproducción, atento a que su vínculo determina el nivel necesario para satisfacer la demanda y, con el fin de evitar la acumulación de excedentes de producción, que distorsionarían el mercado interno y traería aparejado una asfixia financiera con las consiguientes implicancias económicas y sociales que afectarían a los diversos sectores que integran el proceso; se sancionaron diversas normas..

Entre las mismas cabe destacar: la Ley nacional 19.597/72 de Regulación y fiscalización de la producción, industrialización y comercialización de materias primas sacarígenas, azúcar y subproductos. También por Decreto Nacional nº 1651/43 se determinaron los Cupos de Producción de la Yerba Mate.

Actualmente, en Argentina rige el Decreto nacional nº 2284/91 de Desregulación Económica. En virtud del art. 46 se deja sin efecto todas las regulaciones a la vitivinicultura, producción yerbatera, producción azucarera e industrias derivadas. En su art. 48 dispone la liberación de los cultivos de nuevas plantaciones, la cosecha, la industrialización y la comercialización de la yerba mate en todo el territorio de la Nación. En su art. 50 establece la liberación, la cosecha, la industrialización y la comercialización de caña de azúcar y azúcar en todo el territorio nacional.

En su art. 52 se libera la plantación, implantación, reimplantación y/o modificación de viñedos, así como la cosecha de uva y su destino para industria, consumo en fresco y para otros usos incluyendo la fabricación de alcohol. En su art. 58 se deja sin efecto las regulaciones del mercado de la leche e industria láctea establecidas por ley nº 23.359/87.

Por Decreto nacional nº 2488/91 de Desregulación Económica, en su art. 37 deja sin efecto las regulaciones establecidas en la Ley nacional nº 21.740 y el Decreto Ley nacional nº 6698/63, sus reglamentarios y modificaciones, que restringen el comercio externo e interno y las relativas a la fijación de precios mínimos aplicables al mercado interno, cupos, restricciones cuantitativas, reglamentaciones contractuales y toda otra disposición que limite el libre juego de la oferta y la demanda en los mercados de granos.

Asimismo, importa destacar que la SAGPyA (Subsecretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación de la Nación) ha dictado las siguientes resoluciones: nº 39/99, aclara el alcance de la resolución nº 72/99 que autorizó un porcentaje tal de la cuota de exportación de azúcar cruda con la polarización no menor de 96% asignada a Argentina por E.U; nº 142/99, distribución de la cuota de cítricos frescos (limones y pomelos) otorgada anualmente a Argentina por los territorios aduaneros de Taiwan, Peughu, Matsu, inscripción de nuevas empresas interesadas de participar de dicha cuota; nº 179/99, requisitos de empresas autorizadas en acceder al cupo de manzanas frescas otorgado anualmente a Argentina por Taiwan, Peughu, Kinmer y Matsu; creación del Registro de Empresas exportadoras; controles de calidad; nº 198/99, parámetros de distribución de cupo tarifario de carnes enfriados vacunos de alta calidad que anualmete otorga la CE, recaudos que deberán observar los frigoríficos; nº 207/99, cupo de cortes enfriados sin hueso de alta calidad asignados a Argentina para la Unión Europea para el período 1/7/98 al 30/6/99, a programas conjuntos entre frigoríficos exportadores y las asociaciones de criadores y/o grupos de productores de razas bovinos; nº 554/99, registro de matriculados, establecido por el decreto nacional nº 6687/63, inscripción de todas las personas físicas y jurídicas que intervengan en la comercialización, industrialización, acondicionamiento, almacenamiento, fraccionamiento, procesamiento e intermediación de cereales, oleaginosas, legumbres y subproductos, requisitos; nº 169/02 prohibición de transferencias de cuotas entre empresas y la producción de la cuota de empresas adjudicatarias en terceras plantas, en relación con el cupo tarifario de cortes enfriados vacunos de alta calidad asignados a Argentina por la UE; nº 186/02, consolidación de exportaciones efectuadas por empresas y sus montos en relación al cupo tarifario de cortes enfriados vacunos de alta calidad asignados a Argentina, por la UE.

Adecuación del régimen de distribución a la cuota Hilton del período 2002-2003, con la finalidad de flexibilizar las exigencias; nº 35/03. incorporación para la distribución de la cuota Hilton a productores del período 2002-2003 la figura del grupo de Aprendizaje a los Proyectos conjuntos entre Frigoríficos Exportadores y Asociaciones de Criaderos y/o grupos de productores de razas bovinas.⁶

Destacando el contenido del derecho nacional de la concurrencia en los párrafos precedentes, también se tiene que resaltar las carencias observadas, ya que el derecho positivo argentino, no contiene disposición alguna que otorgue libertad de acción a los agricultores, ya sea en relación a la agricultura en particular o a empresas de transformados, tampoco establece disposiciones especiales de libre concurrencia, por lo tanto, se rige en esta materia por la legislación en general.

Asimismo, se ha detectado que no existe normativa que contemple exenciones sobre trabas horizontales, sobre uniones forestales, comunidades u organizaciones de productores, a lo sumo se aplican programas especiales para agrupar a productores agrícolas y evitar el "proverbial aislamiento" Dentro de ellos cabe destacar: El Programa Federal de Reconversión productiva para la Pequeña y Mediana Empresa Agropecuaria (Cambio Rural), que fue creado en el año 1993 por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación de la Nación. Se pretende con este programa llegar directamente a las Pymes agropecuarias, el Programa Social Agropecuario destinado a productores minifundistas, el Programa Pro-Huerta, el Programa de Desarrollo Rural del Nordeste Argentino (PRODENE), el Programa de Asistencia Subsidiada a Productores Minifundistas de la Patagonia, etc.

3. EL MERCOSUR y la concurrencia

El Tratado de Asunción reconoce a la libre concurrencia como un medio de modernizar las economías de los estados miembros. Así en su art. 1 al definirlo al Mercosur, expresa que el mismo implica la libre circulación de bienes, servicios, y factores productivos entre los países miembros, a través de la eliminación de derechos aduaneros y restricciones no arancelarias, y de otro tipo de medidas. También dispone el establecimiento de un arancel externo común, de una política comercial común, la coordinación de políticas macroeconómicas de los estados miembros y la armonización de su legislaciones. Consigna en modo especial, que la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales en distintos aspectos (comercio exterior, agrario, transporte, etc.) tiene por finalidad asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los estados partes.

Dentro de los instrumentos para constituir el mercado común menciona medidas que tienden a favorecer la cohesión interior del mercado y la libre concurrencia de factores productivos de los estados partes. Estos instrumentos se encuentran detallados en el art. 5 del tratado a saber: un programa de liberación comercial, con rebajas arancelarias progresivas hasta llegar al arancel cero, eliminación de restricciones no arancelarias o de medidas de efectos equivalentes, implantación de un arancel externo común y la adopción de acuerdos sectoriales para optimizar la utilización y movilidad de los factores de la producción.

También protege la economía interna de los estados partes ya sea de importaciones subsidiadas, las prácticas de dumping o cualquier otra práctica desleal (art. 4 y anexo IV del Tratado de Asunción, sobre cláusulas de salvaguardia). La aplicación de éstas se darán en

⁶ VICTORIA, MARIA ADRINA; Y OTROS. Hacia La Modernización de la Empresa y de la Actividad Agraria en Argentina.- XIXTH European Agricultural Law Congress and Colloquium of the CEDR-23-26 September 1997- Bonn-Alemania. Comisión I The legal instruments for the modernization of agricultural business).

caso de daño o amenaza de daño grave para el país importador, que deberán evaluarse cuidadosamente en cada caso y de acuerdo a las pautas fijadas.⁷

Por Decisión del Consejo del Mercado Común 21/94 se delineó una propuesta de Estatuto de Defensa de la Competencia en el cual se contemplaron los controles de la producción y cupos.

3.1) Disposiciones de MERCOSUR sobre libre competencia

En realidad Mercosur no cuenta todavía con un cuerpo orgánico que trate la libre competencia.

En el año 1993 y por resolución nº 5/93 del Grupo Mercado Común (GMC) se formaliza la creación dentro del Subgrupo de trabajo Nº 10, además de otras comisiones, una sobre Defensa de la Competencia y tratamiento de monopolios estatales en el Mercosur. Luego por resolución del GMC nº 128/94 se elevó a consideración del Consejo Mercado Común propuestas de decisiones sobre políticas públicas y competitividad y sobre defensa de la competencia. Así también dentro de la Comisión de Comercio del Mercosur, y conforme la directiva nº 1/95 se ha constituido el comité nº 4 de políticas públicas que distorsinan la competitividad, el comité nº 5, de defensa de la competencia, y el comité nº 6 de prácticas desleales y salvaguardias. Expresamente, estos comités tienen la misión de identificar las medidas de carácter discriminatoria que puedan distorsionar las condiciones de la competencia y elaborar un Estatuto de Defensa de la Competencia del Mercosur.

- El GMC mediante decisión nº 3/94 de Consejo Mercado Común (CMC) y, con el propósito de eliminar restricciones tarifarias en el comercio intrazona, dispuso parámetros para eliminarlas y para armonizar las medidas y normas de este tipo; medida indispensable para garantizar el acceso al mercado de empresas y sectores productivos de los estados partes.

Otra norma comunitaria emanada en defensa de la economía interna de los países miembros es la Resolución GMC nº 7/95, sobre acciones puntuales en el ámbito arancelario que pueden adoptar los países miembros del Mercosur por tiempo limitado y para luchar contra la inflación y garantizar el abastecimiento; así dispone en lo que respecta a productos agropecuarios, se tendrá en cuenta la estacionalidad de la oferta intra-Mercosur.

Dentro de la estructura orgánica del Mercosur tal como lo establece el Protocolo de Ouro Preto, se ha conformado el Foro Consultivo Económico Social del Mercosur. En este foro están representados los sectores económicos y sociales que representan a los sectores privados más representativos y de ámbito nacional. Dentro de sus funciones se puede mencionar, el hacer recomendaciones sobre el futuro de Mercosur, bregar por la coherencia económica y social del bloque económico, analizar y evaluar el impacto económico y social de las políticas comunitarias criticando y analizando las medidas a seguir. Es allí donde tienen su voz las asociaciones de productores de todo tipo, también las agrarias, ello a condición de que revistan carácter nacional.

3.2) Problemas ocasionados en el MERCOSUR con respecto a la Libre competencia

El ejercicio del comercio en un marco de libre competencia puede aparejar impactos negativos en determinados sectores de un país. Esto ocurre cuando ciertas producciones de un estado miembro se afectan ante el ingreso de importaciones del mismo bien y que procede de otro estado miembro y con más bajo precio. Ante esta dificultad se debe apreciar el problema en conjunto, realizar el análisis del costo beneficio en función de la comunidad nacional y luego recién decidir la aplicación de cláusulas de salvaguardia.

⁷ DIAZ LANNES, Federico S. Política de la Competencia en la Unión Europea y en el Mercosur. Referencia al sector agrario. Primeras Jornadas de Política Agraria y derecho Comunitario. Santa Fe. 8 y 9 de mayo de 1997.

Resulta interesante mencionar una situación suscitada por la Asociación Gaucha de Laticionios de Río Grande do Sul quien acusó al Mercosur de ser enemigo del sector brasileño y reclamó a las autoridades de su país la adopción de medidas para proteger la producción local de las importaciones de lácteos de Argentina y Uruguay, partiendo del supuesto de que estos dos países otorgan altos subsidios para la producción y exportación.⁸

En términos similares se expresa el Foro Nacional de Productores Independientes de Caña de Azúcar de Argentina, quienes reclaman la continuidad de un régimen especial con relación al azúcar argentino y la aplicación de aranceles de importación elevados para el azúcar ingresada desde Brasil, en razón de acusarse protecciones especiales por parte de la legislación brasileña a la producción sucro-alcoholera local⁹

Estos problemas se deben plantear ante la Comisión de Comercio del Mercosur, que conforme a la resolución del GMC nº 61/96 define sus funciones y competencias y se le otorgan amplias facultades en materia y tratamiento de cuestiones vinculadas a la libre concurrencia. Así tiene que considerar cuestiones que presenten los estados partes a través de sus secciones nacionales, considerar y pronunciarse sobre las reclamaciones presentadas por las secciones nacionales, originadas por los estados partes o en demandas de particulares, relacionadas con la interpretación, aplicación o incumplimiento de la normativa Mercosur, o con medidas legales o administrativas de los estados miembros de efecto restrictivo o discriminatorio, violatorias de los compromisos acordados, crear los comités para cumplir estas funciones y considerar los reclamos. Sus decisiones se emiten por consenso, mediante directivas o propuestas. Este órgano resulta ser entonces el núcleo donde recaen todas las cuestiones de libre concurrencia que se susciten entre los estados partes.

4. Conclusiones

En síntesis, se han detectado demasiadas carencias en el tema tanto dentro del derecho nacional como a nivel Mercosur. De lo que se infiere la necesidad de establecer un régimen legal de concurrencia diferenciada para la actividad agraria, ya que se le aplica la generalidad de las disposiciones sobre el tema.

Asimismo, mientras Argentina no se decida a adecuar su legislación a la de los países miembros del MERCOSUR, en procura de obtener organismos supranacionales o comunitarios, la defensa de la competencia, será un valor en teoría utilizado únicamente para determinar la lealtad en la relación entre empresarios, en procura de no perjudicar al consumidor.

⁸ Revista Síntesis Agroeconómica, marzo 1.997, p. 25. In DIAZ LANNES, Federico S. Política de la Concurrencia en la Unión Europea y en el Mercosur. Referencia al sector agrario. Primeras Jornadas de Política Agraria y derecho Comunitario. Santa Fe. 8 y 9 de mayo de 1997.

⁹ Diario La Tierra, 24/4/97, p. 10.