

## XVIII.- COMPETENCIA DESLEAL Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

### 1. Competencia desleal. Introducción.

Tal como sucede con el régimen de importación y exportación de energía eléctrica (v/apdo. 1 del cap. XVII), las disposiciones de la ley 24.065 (M-1791) se superponen con las de la ley 22.802 (F-1368), que específicamente rige lo relativo a la lealtad comercial y a la competencia desleal<sup>1</sup>. La superposición legislativa puede llevar a que haya dos reparticiones estatales que se consideren facultadas para exigir a dichas compañías el cumplimiento de las respectivas disposiciones legales<sup>2</sup>. La protección de la lealtad comercial y de la libre competencia se rigen, respectivamente, por las leyes 22.802 y 25.156. La lealtad comercial y la libre competencia son dos “bienes jurídicos tutelados” distintos, de los que se ocupan leyes distintas, cuya aplicación se haya a cargo de distintas autoridades.

Conviene entonces repasar o dispuesto por la ley 22.802 (F-1368), en lo que pueda ser relevante en la comercialización de energía eléctrica. El art. 9 dispone: “*Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.*” Esta norma proyecta su aplicación a las relaciones entre los proveedores de energía eléctrica y los consumidores, ganando en relevancia a medida que las características del consumo sean más complejas, lo que sucede especialmente en el suministro a grandes usuarios (apdo. 2 del cap. XIII) y a los clientes de las concesionarias de distribución pertenecientes a las categorías más complejas (v/apdo. 1.5.1 del cap. XVI). La energía eléctrica

---

<sup>1</sup> Cabe destacar que la remisión del art. 19 de la ley 24.065 a la ley 22.262 es errónea, por cuanto esta última ley se refería a la defensa de la competencia.

<sup>2</sup> Ver “Competencia de la Dirección Nacional de Comercio Interior en materia de energía eléctrica” (Lettieri, Juan Manuel; JA 2014-II-1423-9).

queda comprendida en la norma por tratarse de un bien mueble (v/apdo. 4 del cap. XI). Las características de la energía eléctrica están dadas por las condiciones en que se la suministre (v/apdo. 7.8 del cap. VIII).

Las compañías distribuidoras incurrirán en infracción al art. 9 de la ley 22.802 (F-1368), en caso que no brinden información clara y precisa sobre las características del suministro, en particular en lo relativo a las características que deberá reunir el equipamiento del usuario, el nivel de tensión, así como lo relativo a los cortes y las perturbaciones en el suministro.

El art. 1 bis de la ley 22.802 (F-1368) (incorporado mediante el art. 70 de la ley 26.422 (B.O. 21/11/08)) dispone que *“Las máquinas, equipos y/o artefactos y sus componentes consumidores de energía que se comercialicen en la República Argentina deberán cumplir los estándares de eficiencia energética que, a tales efectos definirá la Secretaría de Energía ... La citada Secretaría definirá para cada tipo de producto estándares de niveles máximos de consumo de energía y/o niveles mínimos de eficiencia energética, en función de indicadores técnicos y económicos.”*

El art. 11 dispuso lo siguiente: *“La Secretaría de Comercio o el organismo que en lo sucesivo pudiera reemplazar en materia de Comercio interior será la autoridad Nacional de aplicación de la presente ley con facultad de delegar sus atribuciones, aun las de juzgamiento, en organismos de su dependencia de jerarquía no inferior a Dirección General.”* El art. 13 dispuso: *“Los gobiernos provinciales y el Gobierno del territorio Nacional de la tierra del fuego, Antártida e islas del Atlántico sud, actuaran como autoridades locales de aplicación, ejerciendo el control y vigilancia sobre el cumplimiento de la presente ley y sus normas reglamentarias, con respecto a los hechos cometidos en su jurisdicción y que afecten exclusivamente al comercio local, juzgando las presuntas infracciones ...”*.

El art. 13 de la ley 22.802 (F-1368), al encargar la aplicación de la ley a las autoridades locales, revela que el régimen de la competencia desleal, a diferencia del MREN, es complementario del CCom. y forma parte del derecho común, cuya aplicación corresponde a las autoridades locales. Sin perjuicio de lo anterior, la ley 24.065 (M-1791) pareciera “federalizar” esta cuestión, al dar intervención al ENRE, aunque únicamente respecto de las entidades que desarrollen actividades sometidas a jurisdicción nacional. En

la misma línea, reglamentando el art. 1 bis de la ley 22.802 (F-1368), la Res. SE 814/2013 estableció los niveles máximos de consumo específico de energía o mínimo de eficiencia energética, tomando como referencia ciertas normas IRAM.

La Secretaría de Comercio, autoridad de aplicación de la ley 22.802 (F-1368) en el orden nacional, ha dictado por intermedio de sus dependencias, numerosas normas relevantes para la industria, tales como las referidas a los requisitos de los aparatos y equipos eléctricos y su comercialización.

## **2. Régimen legal de la competencia desleal.**

Dispuso la ley 24.065 (M-1791):

**Art. 19.-** Los generadores, transportistas y distribuidores, no podrán realizar actos que impliquen competencia desleal ... La configuración de las situaciones descritas precedentemente, habilitará la instancia judicial para el ejercicio de las acciones previstas por la ley 25156.<sup>3</sup>

**Reglamentación Dec. 1398/92:** Facúltase al ENRE a caracterizar, en cada caso en particular, si una situación configura o no un acto de competencia desleal o de abuso de una posición dominante en el mercado.

El art. 19 de la ley 24.065 (M-1791) reitera las prohibiciones contenidas en el art. 9 de la ley 22.802 (F-1368), precedentemente descripto y era por lo tanto innecesario, salvo en la medida en que se haya pretendido legitimar al ENRE para tomar intervención cuando así corresponda.

## **3. Defensa de la competencia. Régimen general.**

También en el caso de la protección de la libre competencia, se produce la ya descripta superposición de régímenes legales. En efecto, la libre competencia es protegida por la ley 25.156 (K-2336), que establece el régimen general y se ocupa específicamente del control de las concentraciones empresarias.

Vale la pena reseñar las principales disposiciones de la ley 25.156 (K-2336). El art. 1 dispone *“Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e*

---

<sup>3</sup> El texto transcripto es el que resulta de la ley 26.939, que eliminó la (errónea) referencia a la ley 22.262 y la frase “no siendo aplicable para ello lo dispuesto en el art. 32 de dicha ley”.

*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. Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas.”*

Por su parte, el art. 2 establece “*Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1º, constituyen prácticas restrictivas de la competencia: (a) Fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto; (b) 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; (c) Repartir en forma horizontal zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento; (d) Concertar o coordinar posturas en las licitaciones o concursos; (e) Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios; (f) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste; (g) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción; (h) Regular mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución; (i) Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien; (j) Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero; (k) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o*

*servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales; (l) Negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate; (ll) Suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público; (m) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios.”*

**4. Régimen específico de la defensa de la competencia.** La ley 24.065 (M-1791) en forma reiterativa incorporó disposiciones que hacen a diferentes aspectos de la protección de la libre competencia, los cuales se detallan a continuación.

El art. 56 de la ley 24.065 (M-1791) contempló genéricamente la cuestión en los siguientes términos:

**Art. 56.- Facultades ENRE.** El ente tendrá las siguientes funciones y facultades:

... **(c) Protección de la Competencia.** Prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y usuarios.

En España se ha dado un caso de aplicación de una norma similar a la que antecede, cuando la Comisión de Energía Eléctrica sancionó a varias compañías generadoras por llevar a cabo actos que produjeron distorsiones en el precio spot.

La citada disposición está llamada a ser aplicada principalmente en el ámbito del MEM, en atención al régimen monopólico de actuación de las concesionarias de distribución y transporte. Más precisamente, se aplicará a las compañías que exploten centrales de generación. Esto podrá suceder en el ámbito del MAT o en el ámbito del mercado “spot”. En el primer caso, mediante la imposición de condiciones de contratación. En el segundo, mediante la concertación manipulada del precio “spot”.

#### **4.1. Prohibición del abuso de posición dominante.**

Dispuso la ley 24.065 (M-1791):

**Art. 19.- Abuso de Posición Dominante.** Los generadores, transportistas y distribuidores, no podrán realizar actos que impliquen ... abuso de una posición dominante en el mercado. La configuración de las situaciones descritas precedentemente, habilitará la instancia judicial para el ejercicio de las acciones previstas por la ley 22.262, no siendo aplicable para ello lo dispuesto en el art. 32 de dicha ley.

**Reglamentación Dec. 1398/92:** Facúltase al ENRE a caracterizar, en cada caso en particular, si una situación configura o no un ... abuso de una posición dominante en el mercado.

La referencia a la ley 22.262 ha perdido sentido, en virtud de su derogación por la ley 25.156 (K-2336). El art. 19 de la ley 24.065 (M-1791) reitera la prohibición del art. 1 de la ley 25.156 (K-2336) (ver el precedente apdo. 3). La reglamentación del citado dispositivo otorga al ENRE facultades que la ley 25.156 (K-2336) otorga a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, situación que, lamentablemente es muy frecuente y puede dar lugar a conflictos de competencia y poner en riesgo el cumplimiento del principio del *non bis in idem* en el ámbito administrativo.<sup>4</sup>

De acuerdo al art. 4 de la ley 25.156 (K-2336): *“A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante 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 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 participante en el mercado, en perjuicio de éstos.”*

**4.2. Segmentación horizontal de la industria eléctrica.** La ley 24.065 (M-1791) modificó el régimen de integración vertical existente hasta 1992 en el sector eléctrico. Recuérdese que, por ejemplo, SEGBA desarrollaba actividades de generación y distribución. A partir de 1992 se introdujeron restricciones a dicho tipo de integración.

#### **4.2.1. Restricciones a transportistas.**

Dispuso la ley 24.065 (M-1791):

**Art. 30.- Restricciones a Transportistas.** Los transportistas (sea individualmente, o como propietarios mayoritarios, y/o como tenedores de paquetes accionarios mediante los cuales accedan al control de la empresa

---

<sup>4</sup> Ver dictamen PTN en autos *Hidroeléctrica Cerros Colorados*.

concesionaria del transporte), no podrán comprar ni vender energía eléctrica.

El art. 30 de la ley 24.065 (M-1791) configura una prohibición, en los términos del art. 19, CN, que limita la esfera de libertad de los particulares (v/apdos. 5.3, 6, 7, 8 y 9 del cap. IV). Los destinatarios de la prohibición son los concesionarios de transporte y sus accionistas. Los actos prohibidos (comprar o vender energía eléctrica) constituyen el objeto social de los generadores, distribuidores y comercializadores. La prohibición se justifica por las exigencias en materia de libre acceso a sus instalaciones que pesan sobre los transportistas (v/apdo. 7.7 del cap. VIII) que difícilmente podrían cumplir con imparcialidad si “estuvieran de los dos lados del mostrador”. Se trata, en definitiva, de evitar conflictos de interés, que perjudiquen a otros interesados en utilizar las instalaciones del transportista.

#### **4.2.2. No participación de generadores y distribuidores en compañías de transporte.**

Dispuso la ley 24.065 (M-1791):

**Art. 31.- No Participación de Generadores y Distribuidores en Transportistas.** Ningún generador, distribuidor, gran usuario ni empresa controlada por algunos de ellos o controlante de los mismos, podrá ser propietario o accionista mayoritario de una empresa transportista o de su controlante ...

**Reglamentación Dec. 1398/92:** La Secretaría de Energía deberá controlar que, como resultado de la modalidad de privatización dispuesta por los arts. 93, 94 y 95 de la ley 24.065, la división de la actividad eléctrica actualmente a cargo de las empresas Agua y Energía, Hidronor y SEGBA, en generación, distribución y transporte, se efectúe de modo tal que impida que el MEM se transforme en un monopolio o en un oligopolio. La citada Secretaría controlará, a su vez, que se mantenga, en dicho ámbito, la condición de libre competencia, debiendo dictar, con tal fin, las normas necesarias tendientes a evitar que el control de las empresas que desarrollen dichas actividades se concentre en un único grupo económico

...

Mientras el art. 30 prohíbe ciertas actividades en forma directa, el art. 31 prohíbe la configuración de situaciones de control societario. Lo hace a través de una prohibición absoluta: las compañías que presten el servicio público de transporte no podrán integrarse a grupos empresarios que controlen generadores, distribuidores o grandes usuarios. Las infracciones a esta prohibición serán sancionadas de acuerdo a lo previsto en el art. 77 y

concordantes de la ley 24.065 (M-1791) (v/apdo. 2 del cap. XX). La noción de control es la que brinda el art. 33 de la ley 19.550

#### **4.2.3. Limitaciones a la integración de distribuidores y transportistas.**

Dispuso la ley 24.065 (M-1791).

**Art. 32.- Integración de transportistas o distribuidoras.** Sólo mediante la expresa autorización del ente dos o más transportistas, o dos o más distribuidores, podrán consolidarse en un mismo grupo empresario o fusionarse. También será necesaria dicha autorización para que un transportista o distribuidor pueda adquirir la propiedad de acciones de otro transportista o distribuidor, respectivamente. El pedido de autorización deberá ser formulado al ente, indicando las partes involucradas, una descripción del acuerdo cuya aprobación se solicita, el motivo del mismo y toda otra información que para resolver pueda requerir el ente<sup>5</sup>. El ente dispondrá la realización de audiencias para conocer la opinión de todos los interesados y otras investigaciones que considere necesarias y otorgará la autorización siempre que no se vulneren las disposiciones de la presente ley ni se resientan el servicio ni el interés público.

A diferencia del caso de los arts. 30 y 31, el art. 32 de la ley 24.065 (M-1791) no prohíbe la integración de transportistas o distribuidoras. En su lugar, tales actos sólo pueden tener lugar previa autorización del ENRE. La disposición en cuestión se aplica a las compañías de transporte y distribución de jurisdicción nacional exclusivamente, ya que los marcos regulatorios provinciales contienen disposiciones similares que rigen en su jurisdicción. Los actos que requieren autorización son

(i) consolidarse dos compañías dentro de un mismo grupo empresario; esta expresión carece de precisión jurídica, pero su significado es claro, comprende los casos en que las compañías quedan sujetas a control común, lo que puede suceder por efecto de operaciones contractuales (venta, donación, etc.) o societarias ( fusión, escisión, etc.); el concepto de control es el ya expuesto;

(ii) llevar a cabo una fusión, del tipo que sea ( fusión-constitución, fusión-absorción, fusión-escisión);

---

<sup>5</sup> El texto de este artículo incluido en la versión aprobada mediante la ley 26.939 contiene un error tipográfico (“en ente” en lugar de “el ente”) que ha sido subsanado en la versión transcripta.

(iii) adquisición de una compañía de distribución o transporte por otra.

#### **4.2.4. Restricciones a distribuidoras.**

Las disposiciones antedichas fueron complementadas por el Dec. 1398/92, en los siguientes términos:

**Art. 9.- Restricciones Distribuidoras.** El titular de una concesión de distribución no puede ser propietario de unidades de generación. De ser éste una forma societaria, sí pueden serlo sus accionistas, como personas físicas o constituyendo otra persona jurídica con ese objeto.

Esta disposición se justifica por las razones indicadas en el precedente apdo. 4.2.1 para las transportistas. Llama la atención esta disposición, pues modifica el criterio de los arts. 30 y 31 de la ley 24.065 (M-1791), que toman en consideración los grupos de empresas.

#### **4.2.5. Capital accionario de distribuidores y transportistas.**

La ley 24.065 (M-1791) por último dispuso:

**Art. 33.- Capital Concesionarias Transporte y Distribución.** A los fines de este título, si las sociedades que se dediquen al transporte y distribución de energía eléctrica fueran sociedades por acciones, su capital deberá estar representado por acciones nominativas no endosables.

En aplicación del art. 33 de la ley 24.065 (M-1791), el ENRE ha dictado las Res. 548/99 y 499/05, que imponen diversos requisitos informativos a los agentes del MEM, tendientes a permitir al ENRE verificar el cumplimiento de lo prescripto por la ley 24.065 (M-1791) en materia antimonopólica.