

COMENTARIOS A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

EDICIÓN ESPECIAL

Directores: **PABLO TREVISÁN, MIGUEL DEL PINO y
DEMETRIO ALEJANDRO CHAMATROPULOS**



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS

LA LEY

COMENTARIOS A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Directores: **PABLO TREVISÁN, MIGUEL DEL PINO y
DEMETRIO ALEJANDRO CHAMATROPULOS**



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS
LA LEY

Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia / Miguel del Pino ... [et al.]; dirigido por Demetrio A. Chamatropulos; Pablo Trevisán; Miguel del Pino - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018.

768 p. ; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3676-1

I. Defensa de la Competencia. I. del Pino, Miguel II. Trevisán, Pablo, dir. III. del Pino, Miguel, dir. IV. Chamatropulos, Demetrio A., dir.

CDD 340.1

Copyright © 2018 by La Ley S.A.

Tucumán 1471, 1050 Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Tirada: 1800

Creación del cargo de Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores

MARÍA CAROLINA ABDELNABE VILA (*)

“Comencemos con la democracia política, luego establezcamos la democracia social, y luego llegue el momento de la democracia económica”

(Per Albin Hansson, Primer Ministro sueco y líder del Partido Socialdemócrata en los años 30).

I. Introducción

Con fecha 15 de mayo de 2018, luego de su promulgación por el Poder Ejecutivo Nacional (1), se publicó en el Boletín Oficial la nueva Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (en adelante, la “nueva LDC”). Culminaba así un largo camino legislativo emprendido en el año 2016 de anteproyectos y consideración de proyectos por el Congreso de la Nación Argentina, dando fruto a un novedoso cuerpo normativo.

Mediante la nueva LDC se modifica el régimen de defensa de la competencia vigente por entonces (que consistía en la derogada ley 25.156 y sus normas complementarias y modificatorias (2)), introduciéndose, además, nuevos institutos y preceptos hasta entonces inexistentes en nuestra legislación.

Entre las incorporaciones que la nueva LDC realiza, y que constituye el objeto de este tra-

bajo, nos encontramos con la creación del cargo de Defensor Adjunto de la Competencia (3). Este cargo se incorpora a nuestro ordenamiento mediante la inclusión del art. 13 bis a la ley 24.284 (4), el cual queda redactado de la siguiente manera: “A propuesta del Defensor del Pueblo, la Comisión Bicameral prevista en el art. 2º inc. a) de la presente ley, designará a uno de los adjuntos como Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores. El Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores tendrá por misión exclusiva la defensa de los intereses de los consumidores y las empresas frente a conductas anticompetitivas o decisiones administrativas que puedan lesionar sus derechos y bienestar. El Defensor Adjunto deberá acreditar suficiente conocimiento y experiencia en la defensa de los intereses de consumidores y de la competencia” (5).

(*) Abogada Asociada Senior del estudio jurídico Pérez Alati, Grondona, Benites & Arntsen. Graduada de la Universidad Católica Argentina en el año 2008 (Medalla de Oro). Magister de la Université Catholique de Lyon, Francia.

(1) Mediante el dec. 451/2018 de fecha 14/5/2018.

(2) Boletín Oficial del 20/8/1999. Modificada por el dec. 396/2001 y ley 26.993, y reglamentada por el dec. 89/2001 y la res. 40/2001 de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor.

(3) Esta incorporación se encontró en uno de los proyectos analizados por el Congreso de la Nación, y que tramitó bajo el expte. 2495-D-2016 y 2479-D-2016, unificación de los proyectos presentados por la líder de la Coalición Cívica, Elisa Carrió y por el radical Mario Negri (sitio web oficial de la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Nación. Disponible en: <http://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyectoTP.jsp?id=189649>).

(4) Ley de Creación de la Defensoría del Pueblo, publicada en el Boletín Oficial del 6/12/1993.

(5) Art. 86 de la nueva LDC.

Esta novedad, se encuentra enderezada —al igual que otros institutos incluidos en la nueva LDC (6)— a fortalecer el campo de la tutela colectiva de derechos.

Siendo una figura complementaria a la del Defensor del Pueblo, a los fines de su análisis resulta menesteroso visitar primero dicho instituto y por ello comenzaremos el presente con su revisión, iniciando por su origen y significancia en el derecho comparado. Luego, se verá la creación del Defensor del Pueblo en el derecho argentino, su alcance y aplicación. Finalmente, se estudiarán las implicancias que la creación de este nuevo cargo del Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores tiene para el régimen de defensa de la competencia.

II. Referencia histórica y circunstancias que originaron la institución del Defensor del Pueblo

Tal como la historia lo demuestra, la figura del Defensor del Pueblo u *ombudsman* (7) (“el que da trámite”) consiste —lisa y llanamente— en una faceta más de la democracia (8), forma de

(6) En el mismo sentido, puede mencionarse no solamente la posibilidad de que los damnificados por violaciones al régimen de defensa de la competencia puedan iniciar acción de reparación de daños y perjuicios sino también la incorporación del instituto de multa civil, la que podrá ser impuesta por el juez competente a instancia del damnificado. Dicha multa civil, a diferencia del régimen de defensa del consumidor, no tiene tope máximo (ver art. 52 bis de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor). Sin embargo, la nueva LDC eliminó otras cuestiones relacionadas a este tema. Entre dichas cuestiones, pueden mencionarse que en el proyecto que tramitó bajo el expte. 2479-D-2016 se encontraba la extensión de la sentencia dictada en el proceso de reparación de daños y la forma de pago a los distintos afectados (art. 154) y el beneficio de justicia gratuita para las acciones colectivas (art. 155).

(7) Palabra que proviene del sueco *Imbud*, que significa, representante, comisionado, protector y/o mandatario, instituido para controlar el ejercicio del poder y limitar la arbitrariedad administrativa.

(8) Esta figura ha sido definida por la *Internacional Bar Association* como “una institución incluida en la Constitución y/o creada a través de un acto de la legislatura o parlamento y encabezada por un alto funcionario público, independiente y responsable ante la legislatura o parlamento, que recibe quejas de ciudadanos agredidos por la administración pública, sus funcionarios y empleados, o que actúa de acuerdo con su propia decisión

gobierno en la que por esencia el pueblo quiere y debe controlar a sus dirigentes, particularmente al Poder Ejecutivo. Ahora bien, la tarea que desarrolla el Defensor del Pueblo fue y es cumplida de manera más o menos eficiente según el tiempo que se analice y los países de los que se trate. Es que, como se verá a continuación, el rol y la función específica del Defensor del Pueblo dependen fundamentalmente del desarrollo democrático y socioeconómico de un país.

Tal como lo desarrolla Moure Pino (9), los primeros indicios de la institución del Defensor del Pueblo, con características similares al concepto actual, pueden encontrarse en Esparta con los “Efloré” y en Atenas con los “Eutbynoi”. Ambas figuras tenían como misión controlar las actividades de los funcionarios del gobierno. Un poco más adelante, en la China de la dinastía Han, el Emperador nombró un funcionario llamado “Ytin” para que ejerciera la tarea de controlar, recibiendo las quejas del público contra lo que se denominaban “injusticias administrativas”. Por su parte, en el Imperio Persa, el Rey Ciro encargó al “O Olho de Rei” la facultad de ser un contralor sobre la actividad de todos los funcionarios.

Continúa dicha autora indicando que, en lo que a la República Romana se refiere, el primer indicio se encuentra en la figura institucional del *tribunus plebis*: un funcionario que sin poseer facultades de *imperium* tenía un enorme prestigio e influencia. Luego, puede mencionarse “*il tribunato della plebe*” (10), un magis-

y que tiene el poder de investigar, recomendar acciones correctivas y emitir informes” (ver Discurso del Defensor del Pueblo Europeo —original solo en inglés—, “Is there a classic Parliamentary Ombudsman?”, Austrian Ombudsman Board (*Volksanwaltschaft*), 20th Anniversary, 4/6/1997, Vienna, Austria, en 1974).

(9) MOURE PINO, Ana María, *El ombudsman un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile*, Dykinson, ps. 19 y ss.

(10) “En el año 494 a.C. la lucha de los plebeyos por lograr una igualdad social los lleva a tomar la decisión de salir de Roma, retirándose al monte Aventino, logrando de esta forma que los patricios hagan una importante concesión: se les permite elegir dos Magistrados plebeyos que los representen y velen por sus intereses, siendo estos el Tribunato della plebe, quienes fueron elevados a rango de magistrados, además eran considerados

trado de los plebeyos cuya misión era velar por la igualdad social. Más adelante, en la época imperial, nos encontramos frente a un magistrado que tenía el derecho de reclamar al gobernador de la provincia por las irregularidades que cometieran los funcionarios en contra de los ciudadanos. Todo ello culminará con la figura del *difensore civico* en el año 1971 al sancionarse el *Estatuto del Difensore Cívico Regionale*.

Por su parte, en la España musulmana se encuentra el *Sahib-al-Mazalim*, persona nombrada por el Sultán, cuya misión era oír y darle curso a las quejas de agravio de autoridad, tarea que más tarde cumplió el Justicia Mayor de Aragón (11), hasta llegar a la figura del Defensor del Pueblo en España (12).

Sin perjuicio de las mencionadas figuras —semillas del actual Defensor del Pueblo— lo cierto es que la institución del *ombudsman* tal como se la conoce hoy en día, nace en Suecia, incorporada a su Constitución en el año 1809. Este es el modelo que luego se desarrolló en prácticamente todo el mundo durante el siglo XX con distintas denominaciones. Entre

inviolables, tenían derecho de veto y de oponerse a las decisiones de los demás magistrados, así como a la de los cónsules y a las del Senado Romano. El equilibrio del poder se daba entre la Asamblea, los Magistrados y el Senado, donde nace el Tribunato della plebe como expresión de poder de los plebeyos para que los representaran y velaran por sus intereses". MOURE PINO, Ana María, *El ombudsman...*, cit., ps. 19 y ss.

(11) YUBERO MARTÍNEZ, Tomás, "E. Justicia de Aragón: sus funciones jurisdiccionales", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, nro. 74, 1988-1989, ps. 769-782, citado en MOURE PINO, Ana María, *El ombudsman...*, cit., ps. 19 y ss. Otros autores, en cambio, sostienen que yerran quienes indican que el Defensor del Pueblo español recuerda o tiene semejanza con el antiguo Justicia Mayor de Aragón. Ello, en tanto sus dictámenes vinculaban a la autoridad que los había solicitado y la desobediencia a los mismos, era castigada penalmente por el propio Justicia Mayor. En cambio, las sugerencias de los *Ombudsman* no vinculan con el mismo efecto a la Administración interesada.

(12) Algunos autores sostienen que la figura del Defensor del Pueblo de España fue el modelo seguido preferentemente para perfilar dicha institución en el sistema argentino, en este sentido puede mencionarse a CAYUSO, Susana G., en "El Defensor del Pueblo de la Nación. Consecuencias de su reconocimiento constitucional", LL del 14/7/2008; LL 2008-D-984. Cita Online AR/DOC/1695/2008.

los nombres que se le otorgaron a esta figura puede mencionarse: Defensor del Pueblo (13), *Parliamentary Commissioner for Administration* (14) *Médiateur de la République* (15), *Public Protector* (16), *Protecteur du Citoyen* (17), *Volkswirtschaft* (18), *Public Complaints Commission* (19), *Provedor de justica* (20), *Difensore Civico* (21) y *Lok Ayukta* (22), entre otras.

En muchos países existen *ombudsman* a nivel regional, provincial, estatal y municipal. Incluso, en un mismo país pueden coexistir simultáneamente varios *ombudsman* a nivel nacional, regional y municipal (23). En otros países, el *ombudsman* se encuentra dedicado exclusivamente a un solo sector de gobierno (24) y en Suecia existen además los *ombudsman* especializados, más adelante se tratarán el *ombudsman antitrust* y el *ombudsman de los consumidores*.

Tal como fuera indicado, aunque con características similares, el rol y efectividad de las distintas figuradas de la institución del Defensor del Pueblo dependerá del desarrollo de la democracia del país de que se trate. A continuación, se analizará cuál es y ha sido la actividad del Defensor del Pueblo en Argentina desde su creación.

III. La creación en el derecho argentino de la Defensoría del Pueblo

La creación del Defensor del Pueblo a nivel nacional (25) tiene su origen poco antes de la

(13) España, Argentina, Perú y Colombia.

(14) Reino Unido y Sri Lanka.

(15) Francia, Gabón, Mauritania y Senegal.

(16) Sudáfrica.

(17) Quebec.

(18) Austria.

(19) Nigeria.

(20) Portugal.

(21) Italia.

(22) India.

(23) Tal el caso de Australia, Argentina, México y España.

(24) Tal el caso de Canadá, India e Italia.

(25) La creación del Defensor del Pueblo a nivel nacional fue precedida por antecedentes en el derecho constitucional provincial. Tal el caso de Córdoba, Formosa, La Rioja, Salta, San Juan, San Luis, Río Negro,

última reforma de la Constitución Nacional, a través del dec. 1786/1993 (26). Dicho dec. fue rápidamente reemplazado por la Ley 24.284 de Defensoría del Pueblo (la “Ley del Defensor del Pueblo”) (27), la que, a su vez, fue reformada poco después de la enmienda constitucional a través de la ley 24.379 para incluir las modificaciones constitucionales.

La Ley del Defensor del Pueblo creó dicha figura en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación, pero con la consigna de no recibir “*instrucciones de ninguna autoridad*” y se dispuso, que “El objetivo fundamental de esta institución es el de proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional...”.

La institución adquirió rango constitucional al poco tiempo, a través de la reforma del año 1994, al ser incorporada en el art. 86 de nuestra Carta Magna en donde se reitera que el Defensor del Pueblo “es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad” y se indica que “Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas” (28). De esta manera, queda claro que debe velar por todos los derechos emergentes de la Constitución Nacional, lo cual incluye no solo a los derechos de primera generación sino, y muy especialmente, a los derechos de segunda y tercera generación. Ello se confirma en el art. 43 de la CN, en tanto se le otorga legitimación procesal en materia de amparo “en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la compe-

tencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”.

En cuanto a su competencia, puede decirse que el Defensor del Pueblo no interviene en contiendas entre particulares, lo cual resulta evidente dada su naturaleza de institución de control de la administración pública. Además, se encuentran exentos de su vigilancia y gestión los actos y omisiones del Poder Legislativo, los de carácter político del Poder Ejecutivo y los del Poder Judicial (29) así como los actos de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (30), y los organismos de defensa y seguridad. Tampoco puede controlar aquellas cuestiones en las que esté pendiente una resolución judicial o administrativa. Finalmente, carece de legitimación para intervenir judicialmente en la protección de los derechos que son de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados (31).

(29) Dicha exclusión fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CS) en los casos “Frías Molina Nélide N. c. Caja Nac. de Prev. de la Ind. Com. y Act. Civiles” (1995) (CS, Fallos 318:384) y “Frías Molina Nélide N. c. Caja Nac. de Prev. para el Personal del Estado y Servicios Públicos” (1996) (CS, Fallos 319: 1828). En dichos precedentes, el Defensor del Pueblo exhortó al Poder Judicial en causas previsionales en trámite y solicitó, respectivamente, ser tenido por parte y un pronto despacho y en ambos casos se le rechazó la legitimación al sostener “...Que el art. 16 de la ley 24.284, dispone que el Poder Judicial queda exceptuado del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo y concretamente el art. 20 del mismo ordenamiento establece que si la queja del afectado se formula contra personas, actos, hechos u omisiones que no están bajo la competencia del Defensor del Pueblo, o si se formula fuera del término previsto legalmente, el Defensor del Pueblo estará facultado para derivar la queja a la autoridad competente... Que a la luz de la citada norma el Defensor del Pueblo no está legalmente autorizado en su competencia para investigar la actividad concreta del Poder Judicial, con lo que menos aún estaría legalmente autorizado para promover acciones o formular peticiones ante el órgano jurisdiccional respecto a actuaciones de cualquier tipo desarrolladas en el ámbito de dicho poder...”.

(30) Tener presente que la mención a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como “municipalidad” se encuentra en la Ley del Defensor del Pueblo que, como se indicó, es anterior a la reforma constitucional del año 1994 y, por ende, al art. 129 de la CN.

(31) CS, Fallos 330:2800.

entre otras, con el nombre de Defensor del Pueblo o “Comisionado Legislativo”. La creación de esta figura a veces es ordenada por la propia constitución (Formosa, La Rioja, San Luis) o por el Poder Legislativo.

(26) Publicado en el BO del 30/8/1993. Creación del Defensor del Pueblo en el ámbito del Poder Ejecutivo.

(27) Publicada en el BO del 6/12/1993.

(28) El miembro informante de la comisión en la Convención Reformadora catalogó al Defensor del Pueblo como la de un “abogado de la sociedad”.

Posee facultades para actuar de oficio o a petición de parte o por traslado a su conocimiento de quejas receptadas por legisladores nacionales o provinciales en relación con la Administración Pública Nacional (32).

En cuanto a la notabilidad de esta figura en el país, debe adelantarse que no ha sido mucha en estos 25 años de vigencia. Es que, si bien —a los fines de la democracia— resulta relevante que Argentina cuente con un Defensor del Pueblo Nacional desde el año 1993 y que dicha institución adquiriese raigambre constitucional en el año 1994, lo cierto es que su actividad ha sido más bien menor (33). Ello, se debió en gran medida al debate que existe en torno a su legitimación procesal (34), lo cual muchas veces dificultó el accionar de contralor. La situación actual incluso empeoró, pues desde la renuncia del último Defensor del Pueblo, elegido conforme a los procedimientos constitucionales, el Parlamento no ha llevado a cabo el trámite de designación de un sucesor (35), y esto, pese a la exhortación rea-

lizada por nuestro Máximo Tribunal en varias oportunidades (36).

La situación descripta da cuentas de que si bien Argentina tiene la figura del Defensor del Pueblo en su Constitución Nacional y en la Ley del Defensor del Pueblo (37), su efectividad no solamente ha sufrido obstáculos en la jurisprudencia sino que, desafectada de facto por la omisión del Congreso, la investidura se encuentra vacante. Sin dudas, y en palabras de nuestro Máximo Tribunal, esta circunstancia no solamente repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios (esto es, en la tutela colectiva de derechos) sino que, además, atenta contra el sistema democrático en sí mismo, en tanto la Nación se encuentra desprovista, al menos

(32) La ley del Defensor del Pueblo aclara que quedan comprendidas en el concepto de Administración Pública Nacional, la administración centralizada y descentralizada; entidades autárquicas; empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades de economía mixta; sociedades con participación estatal mayoritaria; y todo otro organismo del Estado nacional cualquiera fuere su naturaleza jurídica, denominación, ley especial que pudiera regirlo, o lugar del país donde preste sus servicios. Asimismo, también quedan comprendidas dentro de la competencia de la Defensoría del Pueblo, las personas jurídicas públicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y las privadas prestadoras de servicios públicos.

(33) El caso en el que el Defensor del Pueblo tuvo una gran participación consiste en el reclamo bajo el expediente “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza - Riachuelo)” (CS, Fallos 329:3445) en donde se persigue que se arbitren las medidas necesarias para el cese de la actividad contaminante, así como la recomposición del ambiente dañado en la zona correspondiente a la cuenca Matanza - Riachuelo.

(34) Al respecto véase CAYUSO, Susana G., “El Defensor del Pueblo...”, cit.

(35) “Luego de la renuncia del último Defensor, acontecida en 2009, la Comisión Bicameral del Congreso —a quien correspondía proponer a las cámaras al reemplazante—, en lugar de postular un nuevo funcionario, optó por prorrogar los mandatos de los

defensores adjuntos hasta diciembre de 2013. Se trató de una solución cuya validez es discutible, dado que la ley 24.284 establece que los adjuntos son designados a propuesta del Defensor del Pueblo titular. En todo ese lapso jamás se activaron los procedimientos de selección. Y, desde fines de 2013 y hasta el día de la fecha, la Defensoría se encuentra acéfala, a cargo de su secretario general que la administra pero que, entre otras graves limitaciones, no estaría habilitado para iniciar nuevas causas judiciales” (GUSMÁN, Alfredo S., “Un oportuno llamado de atención de la Corte Suprema: el Defensor para el Pueblo”, LL del 1/12/2016, LL 2016-F-398. Cita Online AR/DOC/3365/2016).

(36) La CS en el fallo “Cepis” (FLP 8399/2016/CSI Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo) indicó: “Que, por otra parte, no puede dejar de señalarse que el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus arts. 86 y 43, se encuentra vacante, circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios”. Otro tanto ocurrió en el caso “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, en donde la CS con fecha 1/11/2016 exhortó a la Cámara de Diputados y al Senado de la Nación para que, en el marco de sus atribuciones constitucionales, disponga, en el menor tiempo posible, la designación de un nuevo titular de la Defensoría General de la Nación.

(37) Y, es más, en la página oficial del Defensor del Pueblo <http://www.dpn.gob.ar/> se indica que esta figura “...es la única Institución Nacional de Derechos Humanos (INDH) Argentina reconocida por Naciones Unidas. Este reconocimiento fue efectuado con el status clase A, el mayor posible, por adecuarse a los Principios de París”.

transitoriamente pero con futuro incierto, de una institución de raigambre constitucional.

IV. La creación del cargo del Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores y las implicancias para el régimen de defensa de la competencia

Harto sabido es que la nueva LDC busca fortalecer y reencauzar al régimen de Defensa de la Competencia, régimen que se encontraba en una cierta decadencia, ya sea por los montos desactualizados (tanto de las multas como de los umbrales para que una concentración económica sea sometida a control previo) ya por la clara influencia política que existía en la materia ante la ausencia de creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (organismo pensado para ser independiente del Poder Político de turno) (38). Lo cierto es que la nueva LDC busca hacer renacer esta importante materia y, dentro de esa intención, se encuentra la creación del cargo del Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores.

En efecto, conforme la Ley del Defensor del Pueblo, reformada por la ley nueva LDC, el Defensor del Pueblo puede proponer a la comisión bicameral (39) que designe dos adjuntos que lo auxiliarán en su tarea. Uno de dichos adjuntos, nuevamente a propuesta del Defensor del Pueblo, será el Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores.

Dicho nuevo cargo tiene como “misión exclusiva la defensa de los intereses de los consumidores y las empresas frente a conductas anticompetitivas o decisiones administrativas que puedan lesionar sus derechos y bienestar”.

(38) Este tema fue tratado en profundidad por BARRY, Luis - ABDELNABE VILA, M. Carolina - RODRÍGUEZ LLANOS, M. Clara, en “Reflexiones Sobre la Autoridad de Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia”, Boletín digital “Errenews”, Errepar <http://www.erreius.com>, 2014.

(39) Ambas Cámaras del Congreso deben elegir una comisión bicameral permanente, integrada por siete senadores y siete diputados cuya composición debe mantener la proporción de la representación del cuerpo. Dicha comisión bicameral tiene a su cargo proponer a las Cámaras de uno a tres candidatos para ocupar el cargo de Defensor del Pueblo.

El cargo del Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores requiere: (i) ser argentino nativo o por opción; (ii) tener 30 años de edad como mínimo; (iii) ser abogado con ocho años en el ejercicio de la profesión como mínimo o tener una antigüedad computable, como mínimo, en cargos del Poder Judicial, Poder Legislativo, de la Administración pública o de la docencia universitaria; (iv) tener acreditada reconocida versación en derecho público; y (v) acreditar suficiente conocimiento y experiencia en la defensa de los intereses de consumidores y de la competencia.

Si bien se festeja esta inclusión, la cual —como se dijo— obedece a la intención de fortalecer al régimen de Defensa de la Competencia al igual que al campo de la tutela colectiva de derechos, lo cierto es que este nuevo cargo no estará exento de varias complicaciones y obstáculos, entre los que se puede mencionar:

IV.1. Cuestionamiento por la duplicación de trabajo de otras instituciones ya existentes

Tal como fuera indicado, el cargo del Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores tiene como misión la defensa de los intereses de los consumidores y las empresas frente a conductas anticompetitivas o decisiones administrativas. Ahora bien, debe señalarse que dichas tareas ya se encuentran asignadas a la Autoridad Nacional de la Competencia (40), en lo que a materia de defensa de la competencia se trata, y en materia de defensa del consumidor a la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo en forma concurrente con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias (41).

(40) Creada por la nueva LDC en su art. 18. Hasta la constitución y puesta en funcionamiento de dicha autoridad, continuará, con todas las facultades y atribuciones, la autoridad de aplicación de las derogadas leyes 25.156 y 22.262.

(41) Art. 41 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor indica que su autoridad de aplicación es nacional y concurrente con las provincias y con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por otro lado, si bien el mencionado artículo dispone que la autoridad de aplicación nacional es la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, la mencionada estructura organizativa se vio modificada por el decreto 2136/2013.

Por tal motivo, podría llegar a cuestionarse la creación de este nuevo cargo en tanto implicaría la duplicación de trabajo de otros organismos estatales, atentando contra el buen uso de los recursos estatales.

Ello, incluso podría encontrar asidero en lo que ocurrió en el derecho comparado. Particularmente, en el derecho sueco, antecedente directo del Defensor del Pueblo tal como se conoce hoy en día. Es que, la figura de un *ombudsman* especializado en materia antitrust encuentra su antecedente en Suecia el cual es contemplado y mencionado tanto en la Convención Nacional Constituyente(42) como en las discusiones parlamentarias(43).

Así, en el año 1970 se creó en Suecia el llamado *ombudsman antitrust*, basado en la Ley de Restricción de Prácticas Comerciales. Sin embargo, y, en el año 1992 la reforma legislativa que tuvo lugar en Suecia vino acompañada de otro cambio radical: el *ombudsman antitrust* se eliminó para dar lugar a la Autoridad en Competencia Sueca, la que —de hecho— tomó parte

del personal que se encontraba trabajando en el *ombudsman antitrust*.

Otro tanto ocurrió con el *ombudsman* para los consumidores (*Konsumentombudsmannen —KO—*) el cual entró en vigencia en el año 1971. En el año 1976, la dependencia de la KO y la Dirección Sueca de Protección de los Consumidores (*Konsumentverket*) se unieron para formar un solo organismo, presidido por el director de la KO; al mismo tiempo entró en vigor una nueva y extendida Ley de Prácticas Mercantiles (*Marknadsföringslag*). El *ombudsman de los consumidores* es además el director general de la Agencia para los Consumidores. Esta Agencia es un organismo estatal cuya labor es ayudar al público sueco en general en las cuestiones relacionadas con el consumo(44). Esto es, no coexisten ni en el régimen de defensa de la competencia ni en materia de defensa del consumidor, la correspondiente autoridad de aplicación y el *ombudsman*.

Es por ello, que la creación de este nuevo cargo bajo la órbita del Defensor del Pueblo puede llegar a ser interpretado como una duplicidad de las tareas y, en definitiva, como un mal uso de los recursos del Estado.

Este cuestionamiento, sin embargo, no es insalvable en tanto podría argumentarse que no existe propiamente duplicidad de tareas. Esto, pues el Defensor del Pueblo puede analizar actos de la administración (esto es, resoluciones y disposiciones emanadas de los distintos entes de la administración) y emitir informes propugnando cambios. Esta competencia no está entre las facultades de la Autoridad Nacional de la Competencia. Así, el Defensor del Pueblo podría propugnar cambios relacionados con actos del Gobierno que considere anticompetitivos como ser la intervención en la conformación de precios a fin de uniformarlos o cuando sube artificialmente las barreras de entrada (como el caso de aranceles a la importación) o incluso cuestionar que el Estado tolere el posible desequilibrio de la competencia cuando empresas de actividades altamente reguladas compiten con otras que no lo están (como podría ser el caso de *fintechs* con las enti-

(42) “En el proyecto de los convencionales Ana Dresino y Ricardo Mercado Luna se recuerda que la legislación sueca distingue diversas clases de defensores del pueblo: el parlamentario, por el cual el cuerpo legislativo verifica la observancia de leyes y ordenanzas por parte de jueces, funcionarios públicos y hasta oficiales del ejército; el *ombudsman antitrust*, que controla el proceso económico; y el *ombudsman* del consumidor, que debe garantizar la aplicación de las leyes de protección al usuario. También resulta útil señalar que la legislación sueca instituye el *ombudsman* de prensa, designado por un comité especial, al que se pueden presentar quejas sobre la violación de la ética periodística. Todo esto en el marco de la Constitución de 1975, que culmina la más antigua tradición sobre el particular”.

(43) Eduardo Menem en oportunidad de presentar el proyecto de ley creando la figura del Defensor del Pueblo dijo: “El éxito de esta institución fue tal que en los últimos años se crearon los *ombudsman* sectoriales, como el *ombudsman antitrust*, que vigila el cumplimiento de las leyes que rigen la libre competencia; el *ombudsman* del consumidor, que protege los derechos en materia comercial; el *ombudsman* de la prensa que custodia la ética periodística y el *ombudsman* para la igualdad de sexos que tutela el acatamiento de normas sobre esa materia. A diferencia de los *ombudsman* generales, que son designados por el Parlamento, estos lo son por el poder administrador, apartándose un poco de la teoría original de esta institución, pero cumpliendo de todos modos con un fin determinado”.

(44) MOURE PINO, Ana María, *El ombudsman...*, cit., ps. 19 y ss.

dades financieras o las entidades aseguradoras con las empresas que realizan operaciones asimilables al seguro tales como coberturas para viajes o garantías extendidas).

Pero eso no es todo. El Defensor del Pueblo podría incluso cuestionar una resolución dictada por la autoridad de aplicación de la nueva LDC. Así, podría desafiar la aprobación de una concentración económica que considere vulneratoria del régimen de defensa de la competencia o la absolución en una investigación por conducta anticompetitiva. Situaciones que en la actualidad rara vez son cuestionadas por particulares ocasionando por lo tanto que dichas resoluciones adquieran rápidamente la calidad de cosa juzgada. Y en este punto la tarea del Defensor del Pueblo lejos se encuentra de ser obsoleta.

Por tal motivo, consideramos que la alegada duplicidad en las tareas no es tal.

IV.2. Cuestionamiento de la legitimación y competencia del Defensor del Pueblo en materia de defensa de la competencia y derecho del consumidor

Podemos vaticinar que el Defensor del Pueblo —al momento de accionar en un tema de Defensa de la Competencia— tendrá que afrontar varios reclamos relacionados con su legitimación y competencia.

En efecto, en cuanto a su legitimación procesal, si bien se encuentra expresamente en el art. 86 de la CN y en la Ley del Defensor del Pueblo, así como en materia de amparos en el art. 43 de la CN, no es menos cierto que desde el comienzo del Defensor del Pueblo, no han sido pocos los planteos cuestionando su legitimación. Incluso, muchos rechazos de dicha legitimación fueron realizados por nuestro Máximo Tribunal⁽⁴⁵⁾, quien en varias oportunidades limitó el accionar del Defensor del Pueblo a la acción de amparo. Siendo así las cosas, entendemos que los mismos planteos se presentarán cuando el Defensor del Pueblo intente defender los intereses de los consumidores y empresas frente a conductas anticompetitivas o decisiones administrativas.

Por otro lado, tal como fuera indicado precedentemente, los actos u omisiones de carácter político del Poder Ejecutivo se encuentran fuera del margen de acción del Defensor del Pueblo. En este sentido, no puede perderse de vista que el régimen de Defensa de la Competencia es por esencia un instrumento de política pública, y así ha sido utilizado particularmente en Argentina. Es más, no resulta azaroso que al Poder Ejecutivo le cueste tanto independizar el control en materia de Defensa de la Competencia, habiendo resultado infructuoso hasta la fecha todo intento de conformación de autoridad independiente del Poder Ejecutivo. Esto es, si en Argentina cuesta tanto independizar a la autoridad de controlar en materia de Defensa de la Competencia, entendemos que podría ser un desafío permitir el cuestionamiento de ciertas políticas económicas sin oponer la doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables”.

Así, entendemos que quienes quieran obstaculizar el desarrollo del Defensor del Pueblo en materia de Defensa de la Competencia posiblemente recurran a la reiterada doctrina de la “cuestión política no justiciable” para de esa manera desarticular la queja del Defensor del Pueblo.

Por otro lado, y tal como mencionamos al principio del presente, el Defensor del Pueblo no puede controlar aquellas cuestiones en las que esté pendiente una resolución judicial o administrativa. Y, es más, dado que el Poder Judicial se encuentra fuera de la competencia del Defensor del Pueblo, basta con que un caso llegue a la justicia para que automáticamente quede fuera del radio de acción del Defensor del Pueblo.

En este sentido, entendemos que el margen de acción del Defensor del Pueblo en materia de Defensa de la Competencia se ve muy restringido pues quedará circunscripto a realizar denuncias ante la Autoridad Nacional de la Competencia y a aguardar a que existe una resolución administrativa. Esto, en tanto —a corolario de lo expuesto en el punto anterior— no faltará quienes aleguen que existe un órgano especializado en la materia con facultades para decidir y no es justamente el Defensor del Pueblo.

(45) Al respecto véase Cayuso, Susana G., “El Defensor del Pueblo...”, cit.

IV.3. Falta de efecto vinculante en sus dictámenes

Los *ombudsman* al no tener potestades jurisdiccionales, basan su influencia en el *auktoritas*; esto es, la afirmación de la indiscutible validez de un acto asentada en una serie de altos valores morales refrendados por la tradición (46).

Así, en ciertos países, existen *ombudsman* cuyas investigaciones e informes generan que la Administración se incline ante sus sugerencias. Esto, aunque legalmente no tengan valor vinculante, son obedecidas por su relevancia científica y moral.

Por ello, se considera al Defensor del Pueblo como una magistratura de opinión que le permite hacer cumplir sus decisiones debido a su autoridad moral de sus juicios y opiniones que emite por más de carecer de *imperium* (47).

Entendemos que lamentablemente la institución argentina por el momento carece de esta *auktoritas*. Por lo tanto, no será una tarea sencilla abrirse camino en materia de defensa de la competencia de modo de lograr que sus opiniones contengan la “vinculación moral” necesaria para poder cumplir su función.

IV.4. Evitar que el cargo de Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores caiga en desuetudo

Entendemos que el obstáculo más grande que debe traspasar esta nueva figura es evitar caer en desuetudo debido a la falta de su nombramiento. En lo que al régimen de defensa de la competencia concierne, existen antecedentes de instituciones que, pese a haber sido creadas por la normativa, nunca fueron implementadas. Tal el caso del recientemente derogado Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (48).

Y es más, no debe perderse de vista que la designación del Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores debe realizarse a propuesta del Defensor del Pueblo. Pues bien, como fuera indicado, desde la renuncia del último Defensor del Pueblo —elegido conforme a los procedimientos constitucionales—, el Parlamento no ha llevado a cabo el trámite de designación de un sucesor.

Por tal motivo, esta nueva figura debe incluso traspasar otro obstáculo; esto es, no solamente debe “lograr” que se implemente el cargo de Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores, sino que ello no se concretará hasta tanto se designe un nuevo Defensor del Pueblo.

Es que, actualmente el cargo del Defensor del Pueblo, sus dos posibles adjuntos y el Secretario General se encuentran vacantes. Así, el Subsecretario General se encuentra de manera transitoria en el ejercicio del cargo del Defensor del Pueblo de la Nación. Dicha situación deja la incertidumbre sobre cuánto se prolongará en el tiempo, siendo no infrecuente en nuestras instituciones que lo transitorio tenga vocación de permanente.

V. Consideraciones finales

Tal como se analizó a lo largo de este trabajo, desde los primeros orígenes de la actual figura del Defensor del Pueblo, nos encontramos con que consiste esencialmente en un mecanismo de corrección que el propio ordenamiento regula para reasegurar al administrado que sus garantías y derechos se cumplirán. Por ello, su nacimiento y desarrollo está directamente unido a la consolidación de la democracia y a reforzar el Estado de Derecho.

Por su parte, la creación del cargo de Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores se encuentra enderezada a fortalecer el campo

(46) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “¿Posibilidad y conveniencia de introducir a los Ombudsmen en los ordenamientos jurídicos de Naciones de habla ibérica?”, *Revista de Estudios Políticos*, nro. 14, 1980, p. 28.

(47) PÉREZ UGENA, María, “Defensor del Pueblo y Partidos Políticos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nro. 82, 1994, p. 349.

(48) Una de las innovaciones que pretendía ser de mayor trascendencia fue la creación del Tribunal Nacional

de Defensa de la Competencia como nueva autoridad de aplicación de la ley 25.156. Ese importante cambio nunca fue plasmado en la práctica y fue derogado sin siquiera ver la luz. En efecto, a partir de la sanción de la ley 26.993 se establece que la autoridad de aplicación será determinada por el Poder Ejecutivo, situación que rige en la actualidad hasta tanto se ponga en funcionamiento la Autoridad Nacional de Defensa de la Competencia conforme lo indica la nueva LDC.

de la tutela colectiva de derechos y a vigorizar al régimen de defensa de la competencia.

Si bien se festeja esta inclusión, entendemos que este nuevo cargo no estará exento de varias complicaciones y obstáculos. Entre dichos obstáculos se encuentra, nada más y nada menos, su puesta en funcionamiento. Esto es, evitar que, antes de ver la luz, caiga en desuetudo al no verse implementado, tal como ha pasado en Argentina con otras figuras.

Y, es más, una vez en funcionamiento, la relevancia —que en definitiva adquiera este nuevo cargo— dependerá de la persona que sea designada, de su actitud, de las trabas que se le pongan e incluso del acompañamiento que le otorgue el Poder Judicial.

En este sentido, tal como lo expresó el ex *ombudsman* Jefe del Parlamento sueco, Per-Erik Nilsson: “...La renovación/reforzamiento no se produce espontáneamente, requiere que el poder público sepa lo que pretende conseguir mediante el *ombudsman*, que, la institución disponga de una plataforma desde la cual ella misma y el *ombudsman* puedan actuar, que

el propio *ombudsman* sea una persona íntegra, comprensiva y competente, y finalmente —aunque no menos importante— que el poder público y el *ombudsman* estén atentos a la evolución de la sociedad y dispuestos a adaptarse a la misma y a las personas —particulares y funcionarios— que la configuran viviendo en ella” (49).

En suma, si bien sin duda resultan loables las buenas intenciones de la nueva LDC que propugnaron el cargo del Defensor del Pueblo especializado en materia de defensa de la competencia, su éxito se verá condicionado a la relevancia y significancia que pueda granjearse la investidura mediante el accionar de quienes tengan el honor de ocuparla y su destreza para sortear los obstáculos que se le presentan. Y en este sentido, parafraseando a Henri-Frédéric Amiel, “Las instituciones valen lo que las hacen valer los hombres que las aplican”.

(49) NILSSON, Per-Erik, “El *ombudsman* defensor del pueblo ¿o qué?”, en *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del ombudsman en Suecia*, 1ª ed., Universidad Autónoma de México, México DF, 1986, p. 20.