

Empresa, mercado y consumidores. Prácticas empresariales abusivas

Por

Celia Weingarten

Sumario

1. El principio de libertad de competencia. 2. Actos de competencia desleal. 3. El acto de competencia desleal produce la afectación de múltiples intereses. a) A las empresas competidoras. b) A los consumidores. c) A la lógica del sistema económico de mercado. 4. Las prácticas abusivas en los grupos de sociedades. 4.1 Los nuevos modelos de participación económica en los procesos de producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios. 4.2. La atribución de la responsabilidad en las nuevas formas organizativas empresariales de carácter "conjuntiva". 4.3 La expansión de los efectos de las conductas o prácticas abusivas empresariales. 5. Conclusiones.

1. El principio de libertad de competencia

En una economía de mercado, la libertad de competencia constituye una garantía de igualdad para los operadores económicos en su concurrencia al mercado. La Constitución Nacional reconoce dicho principio al establecer la libre iniciativa privada o de acceso a

la actividad económica. Esta libertad de competencia exige paralelamente, que no haya obstáculos para los competidores, que a veces por distintos medios y procedimientos, falsean el libre juego de la competencia, provocando perjuicios a los patrimonios de otras empresas.

Cabe aclarar que tal libertad no se predica en una situación de idílica de competencia perfecta o pura, sino en el marco de una competencia imperfecta, o sea de una situación del mercado en el que existen limitaciones (la tendencia a la concentración empresarial, la ampliación de los mercados, la economía a gran escala, etc.) que hacen que el grado de competitividad entre las empresas sea siempre relativo.

Aún en esta estructura imperfecta de competencia es indispensable la presencia de un cierto grado de libertad en la actividad económica y que los agentes económicos que concurren en el mercado deben respetar, para mantener una competencia leal entre las empresas y un mercado más transparente. De allí que su regulación se haya dirigida a eliminar, o al menos a

atenuar, los obstáculos artificiales voluntariamente creados por los empresarios y que son perjudiciales para un adecuado desarrollo de la competencia, aún imperfecta.

Por medio de la ley de defensa de la competencia Nro. 25.156 se procura garantizar la libre concurrencia a los mercados y se reprimen las conductas con las que se lesiona la libertad de competencia. Dicha norma prohíbe los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes y servicios que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o el acceso al mercado, o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general.

La lesión a la competencia produce una afectación al interés económico general, porque no son sólo los intereses de los competidores los que resultan perjudicados con estas prácticas contrarias a la competencia, sino también los de los propios consumidores.

Es de destacar que la normativa relacionada con la competencia desleal, si bien en sus inicios fue formulada para proteger a los intereses de los empresarios que resultaban perjudicados por este tipo de actos desleales, indirectamente resguarda los intereses colectivos de los consumidores, cuya protección está indisolublemente unida al modo en que se organiza el mercado.

Cuanto más perfecta y leal sea la com-

petencia, mayor será el beneficio del público consumidor. La falta de libre competencia agrava la situación de inferioridad en que estos naturalmente se hallan, especialmente de los estratos socioeconómicos medios y bajos.

La anterior protección individualista basada en la tutela del derecho subjetivo del empresario es hoy conjugada con otros intereses que convergen e interactúan en el mercado: el de los competidores, el de los consumidores y los del sistema económico en general. La defensa del consumidor no se agota con garantizarle que no sufrirá daño o lesión física; es necesario también ampararle su seguridad económica, como reza la Constitución (Art.42), que a partir de la reforma de 1994, se ha hecho eco de estas nuevas tendencias. En este sentido, el derecho a la competencia es simultáneamente un derecho individual y social, un bien público, a través del cual se satisface los intereses de todos los consumidores para el acceso de sus necesidades, de bienes y servicios y la preservación de su calidad de vida.

Estas prácticas desvirtúan la función económica social de las empresas que deben constituirse en motor de cambio y prosperidad, para lo cual deben mantener una conducta ética que beneficie al interés económico general, la seguridad de los consumidores, el dere-

cho a una información adecuada y veraz, etc.¹

2. Actos de competencia desleal

La ley recoge una serie de prácticas prohibidas, pero más allá de estos límites legales, existen otros impuestos por la moral, la equidad y la buena fe; el avasallamiento de estas normas sociales de conducta, implica un ejercicio irregular del derecho, del cual pueden provenir daños individuales y sociales. La vulneración por parte de las empresas de estos límites objetivos establecidos por la finalidad socioeconómica del derecho ejercido, torna su conducta en desleal y por lo tanto, abusiva (art. 1071 Código Civil).

Tanto los actos de concurrencia prohibida como los de concurrencia desleal, persiguen el mismo fin, pero mientras en el primer caso el acto de concurrencia viola una norma prohibitiva, en el segundo el acto implica un exceso de la libertad concurrencial en perjuicio de un competidor, uso que es contrario al principio de buena fe y lealtad que debe imperar en el mercado y a la teleología permisiva de la norma fundante o Constitución Nacional.²

El acto abusivo dentro de la actividad empresarial asume múltiples facetas, desde el abuso de una posición dominante en el mercado hasta las cláusulas abusivas que desvirtúan la finalidad económica de la relación interempresarial y con los consumidores o usuarios.

El término “abuso” significa uso irregular, y alude a un acto que excediendo los límites de la normalidad o regularidad, contraría la finalidad tenida en cuenta por la ley para reconocerlo (art. 1071 CC) y causa un daño a otro.³

3. El acto de competencia desleal produce la afectación de múltiples intereses

Un acto de competencia desleal produce o es susceptible de producir un daño a un competidor o a los consumidores, pero en cualquier caso es el funcionamiento del propio mercado el que se ve afectado.

a) A las empresas competidoras

Existen supuestos de competencia desleal que perjudican fundamentalmente a las empresas competidoras, tales como los actos de denigración, o sea la

¹ Harvard Business Review, Cómo medir el rendimiento en la empresa pag. 23, “El único centro de beneficios es un cliente cuyo cheque no haya sido cancelado”, Ed. Deusto, Bilbao, 1999.

² Rippe Siegbert, “De los actuales conceptos de la responsabilidad en sede de competencia desleal, en La responsabilidad”, pág. 755, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1995.

³ Estos actos de competencia desleal no requieren para su configuración del elemento subjetivo (dolo o culpa) por parte de quien lo comete. La idea de voluntariedad en el que comete la deslealtad, es hoy superada. Basta con que exista una conducta que objetivamente incurra en alguno de los supuestos tipificados por la ley, o más genéricamente, que sea contraria a las exigencias de la buena fe para que exista un acto de competencia desleal.

difusión de manifestaciones aptas para menoscabar el crédito y el prestigio de una empresa en el mercado, la explotación de la reputación ajena, la violación de secretos industriales, la publicidad comparativa, etc.

El ejercicio de la competencia debe adecuarse a determinadas reglas y valores y es necesario una conducta que no infrinja a aquellos ni a estos. Los competidores que respeten una conducta leal, ética y de juego limpio (el llamado *fair play* en la teoría de los juegos), introducen confianza en la economía y en el interrelacionar empresarial.⁴ Cuando una empresa viola la ley de defensa del consumidor, si bien es una situación que implica un incumplimiento contractual, afecta al mismo tiempo al sistema de competencia porque coloca a una empresa en situación de desventaja frente a otras, como puede ser el hecho de publicitar inadecuadamente los servicios con inexactitudes u ocultamientos para captar a la clientela, o no brindar información necesaria, que hace que los productos se vendan por las falsas expectativas que generan y no por sus propias características, etc.

De este modo, las empresas que cumplen con las disposiciones de la Ley, se ven perjudicadas por las que no cum-

plen y logran así posicionarse en el mercado con un costo menor. Al operar deslealmente, la única posibilidad de permanecer en el mercado consiste en bajar la calidad de los productos, es decir, aquellos que ofrezcan una calidad más alta se ven obligados a reducirlo para ser más competitivos. Esto puede distorsionar a tal extremo los mercados, que puede hacer que en estos prevalezcan sólo los intercambios de baja calidad; es decir, la calidad media se vuelve inferior, con lo cual los malos productos empujan fuera del mercado a los buenos.⁵

Tales prácticas resultan lesivas para la competencia y para el normal funcionamiento del mercado, crean una situación imperfecta de mercado y una situación de desigualdad entre empresas que se dedican a la misma actividad económica, que no compiten en condiciones igualitarias y no obtienen los mismos beneficios. Las mismas consideraciones pueden hacerse respecto del empleo de condiciones generales abusivas de contratación, en los contratos de adhesión.⁶ Entre otras ventajas que reportan su utilización (simplificación de la negociación y ahorro de costes), proporcionan una seguridad desleal en comparación con las empresas competidoras y para el predisponente abusivo, porque a través de

⁴ Kreps, David, "Teoría de los juegos y modelación económica", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

⁵ Schafer, Hans Bernard-Ott, Claus, "Manual de Análisis Económico del Derecho Civil", Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

⁶ Alfaro Aguila Real, "Las condiciones generales de la contratación", Ed. Civitas SA, Madrid.

ella se desplazan riesgos y responsabilidades (violatorio del art. 37 de la ley 24.240).

Pero esta función de proporcionar "pseudo seguridad jurídica" se ha reducido en la práctica, ya que, en el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia, las dudas sobre su validez a veces generan más incertidumbre que seguridad, por cuanto se trata de actos condicionales sujetos a revisión jurisdiccional administrativo y judicial.⁷ La propia ley del consumidor las considera nulas, de nulidad absoluta.

Incorporar cláusulas abusivas, que se, sabe de antemano que no serán validas y que judicialmente no podrán sostenerse desde el posicionamiento ético de la empresa, no parece ser una solución conveniente, porque lo exponen al conflicto y en definitiva deterioran la imagen empresarial y su confiabilidad frente a la masa de consumidores.⁸ La publicación de las sentencias, que prevén la ley defensa de la competencia y la ley de defensa del consumidor, es la solución para que las empresas competidoras y los propios consumidores conozcan a estas empresas desleales.

b) A los consumidores

Dentro de las condiciones actuales del mercado local, sometido a un proceso de globalización que genera una mayor competencia entre las empresas, éstas desatan políticas agresivas de venta tendientes a capturar el mayor número de consumidores posibles. La actividad comercial, a pesar de su perfil individualista de pretensiones de lucro, debe respetar aquella función social y económica que la relación de consumo cumple, a los principios de equidad y más especialmente al de buena fe, sin perjudicar los intereses de los consumidores, caso contrario será considerado abusivo.⁹

El concepto de prácticas abusivas ha sido ampliado y puede comprender tanto los actos abusivos comisivos como omisivos. Los primeros implican una actuación positiva de quien abusa del derecho, por ejemplo introduciendo una cláusula abusiva, que constituye una subespecie de la conducta abusiva, que es el género.

La omisión se configura por ejemplo cuando el predisponente, abusando de su derecho en la elaboración del contrato deje de incluir una cláusula de importancia para el consumidor (v.g.

⁷ Ghersi Carlos y colaboradores. "Contratos. Nulidades de contratos y cláusulas abusivas". Ed. Cuyo. Vol.3, Mendoza, 1998.

⁸ Croteau, Nathalie, "Le contrat D'Adhesion: de son emergence a sa reconnaissance", Ed. W y H. Quebec, 1996.

⁹ Fernandes Neto, Ghiherme "O abuso do Direito no Codigo de Defesa do Consumidor", Ed. Brasilia, Brasil 1999.

no establecer el plazo de entrega del bien al adquirente).¹⁰ No se trata de una omisión insignificante, sino de un dato esencial para el contrato que celebra.¹¹

Ambas constituyen una manifestación de abusividad por excelencia, pues implican una situación de aprovechamiento de la debilidad del consumidor y que además de la declaración de nulidad de esa cláusula en particular, conlleva otras consecuencias jurídicas, como el daño moral autónomo por la mera inclusión de cláusulas abusivas.¹²

Una práctica abusiva puede alcanzar a la etapa precontractual e incluso a la fase de ejecución del contrato (v.g. exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el consumidor cuando la empresa no ha cumplido con las suyas) y también a la poscontractual.

Algunas modalidades de ventas, los obsequios o premios supeditados a la compra, o la imposición de determinados condicionamientos para la adquisición del bien o servicio, como podría ser en los contratos de ahorro previo,

la contratación de un seguro por intermedio de una aseguradora en particular, las cláusulas abusivas, etc. son ejemplos de algunos abusos a los que los consumidores suelen verse sometidos.¹³

Ello quiebra la confianza del consumidor por un lado, y por el otro produce una ruptura de la lógica del sistema de economía capitalista de acumulación privada que, hoy más que nunca, necesita una ética empresarial que contribuya al desarrollo de la economía con bienestar social.

c) A la lógica del sistema económico de mercado

El mercado, como lugar de encuentro de las diversas actividades económicas, necesita del juego limpio en la concurrencia empresarial pues es allí donde se desarrolla y consolida precisamente el conjunto de la vida económica de un país, una región y hoy la actividad globalizada; y estas prácticas "construyen" fallas del mercado que lo tornan imperfecto y que pueden llevar a alterar económicamente y con graves consecuencias socio-jurídicas a

¹⁰ Sayeg, Ricardo Hasson, "Prácticas Comerciales Abusivas", Ed. Edipro, Brasil, 1995.

¹¹ En la legislación comunitaria, la Resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea del 19.5.1981, entiende también por práctica abusiva la "exclusión de derechos esenciales".

¹² II Jornadas Rosarinas de Derecho Civil celebradas en el año 2.000, en las que se recomendó que: "la mera incorporación de cláusulas abusivas en un contrato de adhesión constituye un obrar desleal y abusivo que determina la reparación del daño moral en forma autónoma y objetiva por violar la confianza como valor de la relación contractual".

¹³ Weingarten, Celia, "La confianza en el sistema jurídico", Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 2002, pág. 118/119.

una o más naciones y a sus habitantes.

Por otra parte, la lógica del sistema de economía capitalista de acumulación privada hace imprescindible que estas prácticas abusivas sean desterradas, pues generan ciclos de crisis que como hemos visto en el pasado (el precio del petróleo; el mercado financiero, etc.) producen efectos devastadores para las economías de países subdesarrollados (ciertos países del sudeste asiático). Es que, precisamente la lógica del capitalismo como sistema económico, necesita hoy más que nunca de la ética empresarial.

Estas prácticas abusivas colocan al juego de la competencia interempresarial, en un lugar absolutamente incontrolado que conlleva al deterioro de esa participación que el mercado y la lógica capitalista necesitan de la competencia leal para consolidar el crecimiento empresarial y el desarrollo de las economías con bienestar social.

De allí que el rol del Estado resulta preponderante para garantizar esa ética y desalentar las prácticas desleales y oportunistas, haciendo funcionar los mecanismos necesarios a través del control, la sanción o la reparación, pero fundamentalmente a través de medidas anticipativas que eviten daños a los consumidores, v.g. controlando las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, la vigilancia de solvencia de las entidades financieras, etc.

El derecho motiva conductas, creando incentivos que llevan a que los indivi-

duos se comporten de uno u otro modo. Desde un criterio económico, las empresas toman decisiones a fin de alcanzar su objetivo primordial: obtener las máximas utilidades o beneficios económicos, por lo tanto su comportamiento estará orientado hacia aquella que optimice su beneficio. Si una empresa incumple un contrato o transgrede la norma legal no recibiendo sanción alguna por tal comportamiento, se verá incentivada a seguir haciéndolo, porque ello le resultará más ventajoso, es decir, la falta de sanciones vuelve el incumplimiento más rentable que el cumplimiento.

4. Las prácticas abusivas en los grupos de sociedades

4.1 Los nuevos modelos de participación económica en los procesos de producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios

La actividad económica empresarial exhibe nuevas y complejas formas organizativas. La imagen clásica de la empresa ha sido sustituida. Hoy la empresa posmoderna articula sus intereses de modo distinto a los modelos normativos tradicionales, a través de agrupamientos entre sociedades y/o empresas que conforman una estructura de "conjunto", que directa o indirectamente se benefician de una actividad económica común.

Estas distintas empresas conforman la organización económica que el empresario preordena para la fabrica-

ción o comercialización del bien o servicio y guardan una fuerte vinculación funcional y económica, no obstante ser presentados a través de la ficción de la personalidad jurídica como entes jurídicamente separados, para así limitar su responsabilidad y preservar su inmunidad patrimonial.

El vínculo que une a estas sociedades que la conforman puede ser diverso, puede tratarse de un conjunto económico, de relaciones de colaboración empresarial, v.g. joint venture, etc. Por encima de la diversidad de las sociedades que lo integran, el grupo forma una unidad, respondiendo a un mismo interés. Si bien una de esas empresas es la que contrata formalmente con el consumidor, lo hace en interés de todo el grupo.

La jurisprudencia ha recurrido a la teoría de la doctrina de la "ruptura del velo interpuesto", para poder indagar en la realidad económica que se encuentra debajo del aspecto formal de las personas jurídicas que integran el grupo globalmente considerado. La finalidad es que al amparo de la forma legal y del abuso de su independencia, se lleven a cabo actos en perjuicio de los intereses de los consumidores, pues el efecto relativo de los contratos (art. 1195 CC) impide hacer efectiva la responsabilidad a aquellas empresas con

las que el consumidor generalmente no contrata.

Desde el plano jurídico estas estructuras empresariales se presentan a través de redes contractuales o contratos conexados que vinculan a las distintas empresas que conforman el grupo.¹⁴

Es decir, hoy comunidad o fin económico es instrumentado a través de una red de contratos funcional y económicamente vinculados, pero que en realidad constituye un único negocio, aunque desde su ropaje normativo, aparezcan como independientes (v.g. la adquisición de un bien por el sistema de ahorro previo, el crédito al consumo, tarjeta de crédito, etc.).

El fenómeno de los contratos conexos o coligados ha suscitado la atención en distintos Congresos y Jornadas, y siguiendo la tendencia del derecho comparado, ha recogido la idea de la unidad económica como fundamento de la conexidad, cuyos efectos principales se proyectan en dos planos: la propagación de las visciditudes de un contrato conexo sobre el otro (nulidad, anulabilidad, resolución o rescisión) y la extensión de la responsabilidad contractual a quienes participan de un grupo de contratos conexos a partir del reco-

¹⁴ Sobre el tema puede consultarse: Mosset Iturraspe, Jorge, "Contratos Conexados", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1999; Tobias, José W. y De Porenzo Miguel F. "Complejo de negocios unidos por un nexo. "El ligamen negocial", La Ley 1996-D-1387; Weingarten Celia en Gheris Carlos, "Contratos. Problemática Moderna", Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1996.

nocimiento de las acciones directas (v.g. Ley 24.999).¹⁵

4.2. La atribución de la responsabilidad en las nuevas formas organizativas empresariales de carácter “conjuntivas”

Estas nuevas estructuras empresariales cuestionan los actuales mecanismos de atribución jurídica y de responsabilidad y exigen una readecuación a la realidad socio económica, fundamentalmente de la concepción formal del concepto de empresa y del negocio jurídico, que va más allá de la forma jurídica de las manifestaciones externas.

La tendencia actual es la de hacer responsables a otros sujetos o empresas que no revisten el carácter de contratantes directos y con los que el consumidor formalmente no contrata, pero que sin embargo participa de esa actividad y comparte un mismo interés económico.

La doctrina italiana ha estudiado en profundidad el tema desarrollando una concepción objetiva de la empresa como unidad económica, en el que cada una de las sociedades que la integran son simples fragmentos productivos de una única y misma empresa. Todo el grupo de empresas es el centro del beneficio y por lo tanto de responsabilidad.

Con una visión funcional del concepto de persona y sujeto jurídico, el centro de imputación normativa es fijado, no en los “sujetos o personas individuales”, sino en la actividad misma y en el interés económico que su ejercicio satisface. De allí que la responsabilidad alcance a todo aquel que se beneficia de un negocio jurídico y no solamente a quien entra en relación con el consumidor.

La responsabilidad resulta de la misma estructura económica y jurídica de su organización, lo cual implica consagrar a la forma de participar en la actividad económica en sí misma como factor de atribución autónomo de responsabilidad.

4.3 La expansión de los efectos de las conductas o prácticas abusivas empresariales

Así como la vinculación económica y funcional entre las distintas empresas permite la expansión de la responsabilidad a todo el grupo, del mismo modo una práctica abusiva, expande sus consecuencias jurídicas a todas aquellas empresas que componen esa organización económica, porque existe un beneficio común.

Un mensaje publicitario engañoso que acrecienta la demanda de determina-

¹⁵ XV Jornadas De Derecho Civil (1995): “En los supuestos de conexidad contractual la responsabilidad puede extenderse mas allá de los límites de un único contrato, otorgando al consumidor una acción directa contra el que formalmente no ha participado en el acuerdo conexo a fin de reclamar la prestación debida o la responsabilidad por incumplimiento”.

dos productos o servicios, aprovecha no sólo a quien lo emite sino a todo el conjunto de empresas económicamente vinculadas.

Estas prácticas abusivas, ligadas a un fin lucrativo común, produce daños a los intereses individuales y colectivos de los consumidores. Es por ello que el sistema jurídico debe brindar al respecto los mecanismos idóneos tendientes a la reparación del daño económico o extraeconómico causado por una práctica abusiva, cuando es realizada por una empresa que si bien no es el contratante directo, se encuentra integrado al sistema o red contractual creada para obtener una finalidad común. En concordancia con lo expresado, las II Jornadas Rosarinas de Derecho Civil celebradas en el año 2000, han sostenido como conclusión que "Cuando un grupo económico utiliza una red de contratos conexados para la producción y comercialización de bienes y servicios, la conducta abusiva de una empresa puede expandirse en consecuencias jurídicas económicas hacia el resto de las empresas integrantes de la red contractual o grupo económico".

Es que más allá de la "forma jurídica" que se utilice para instrumentar una operación hay un beneficio común que trasciende a cada contrato y empresa en particular, lo que hace que los efec-

tos jurídicos se propaguen a todos los partícipes del grupo.

De allí que la responsabilidad pueda alcanzar en forma solidaria a todo aquel que participa y se beneficia de una misma actividad organizada, privilegiando así el aspecto funcional de la organización económica empresarial global por sobre el aspecto formal de las manifestaciones externas.

Tal responsabilidad podría, incluso, extenderse pasivamente a los administradores como lo hace el Código de Brasil¹⁶ y consideramos que podría también considerarse la posibilidad de su aplicación en la Ley de Sociedades Nro. 19.550 en Argentina.

5. Conclusiones

La actividad empresarial debe adecuarse a determinadas reglas y valores y es necesaria una conducta que no infrinja la buena fe, de que todos los competidores respeten una conducta leal, ética y de juego limpio (el "fair play" en la teoría de los juegos).

La vulneración de estos límites produce una afectación a todo el interés económico general, pues no son sólo los intereses de los consumidores los que resultan perjudicados con este tipo de prácticas abusivas sino también los de las empresas, perjudicando también al

¹⁶ Art. 16: "Las diversas formas de infracción al orden económico implican la responsabilidad de la empresa y la responsabilidad individual de sus dirigentes o administradores solidariamente". Art. 17: "Serán solidariamente responsables las empresas o entidades integrantes del grupo económico, de hecho o de derecho, que practiquen infracción al orden económico".

mercado y a todo el sistema económico en sí mismo.

A los consumidores, pues, implica un aprovechamiento de su debilidad a punto tal de despojarlos de sus derechos, vulnerando la función social y económica que la relación de consumo cumple para el acceso de sus necesidades y la preservación de su calidad de vida.

A las empresas, porque afecta el sistema de competencia y al normal funcionamiento del mercado, creando una situación de mercado imperfecta y de

desigualdad entre empresas que no pueden competir en condiciones igualitarias afectando su tasa de beneficio y crecimiento económico.

Y al sistema económico, porque rompe con la lógica de su desenvolvimiento, su continuidad y a competencia desatando un salvajismo que obliga a las empresas que operan con lealtad a modificar la forma de participación en el mercado, que puede llevar al colapso del sistema y a la expulsión de las PYMES del mercado, y esto es de suma gravedad para los países en desarrollo.