
LA NECESIDAD DE UNA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ANÁLISIS DEL PROYECTO PRESENTADO ANTE EL PODER LEGISLATIVO

Santiago DEL RÍO*

Fecha de recepción: 16 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 1° de mayo de 2017

Resumen

El presente trabajo tiene como finalidad analizar los novedosos institutos y correcciones que prevé, respecto del sistema actual, el proyecto de ley de defensa de la competencia que actualmente se encuentra bajo la revisión del Poder Legislativo.

A lo largo del artículo, el autor reconoce la necesidad de la reforma legislativa para la realización de análisis más proactivos, sin perjuicio de lo cual reflexiona al comentar que en el pasado hubo otros intentos de reforma que no llegaron a ser implementados.

Palabras clave

Defensa de la Competencia – Comisión Nacional de Defensa de la Competencia – conductas colusorias – concentraciones económicas – régimen de clemencia

THE NEED FOR A NEW ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF THE BILL SENT TO THE CONGRESS

* Abogado por la Universidad del Salvador (Argentina). Egresado del posgrado en Economía de la Competencia en el King's College, Londres. Asociado Senior en *Marval, O'Farrell & Mairal*.

Abstract

This work is aimed at analyzing the new legal notions and amendments included in the antitrust bill, currently in Congress.

Throughout the article, the author recognizes the need for an amendment to antitrust regulations and examines some other past amendment attempts which were unsuccessful.

Keywords

Antitrust regulations – Argentine Antitrust Commission – collusion – cartels – leniency regime

I. A modo de introducción

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la “Comisión”) ha trabajado con varios legisladores a efectos de preparar un proyecto para el dictado de una nueva ley de defensa de la competencia (el “Proyecto”), el cual ha sido objeto de consulta durante la segunda mitad del 2016 y que actualmente se encuentra presentado ante el Congreso.

El Proyecto es un paso necesario, tendiente a renovar y actualizar la aplicación del régimen de competencia, abordando cuestiones que han sido ignoradas o no han sido tratadas correctamente por las administraciones pasadas.

El presente artículo se centrará tanto en los cambios esenciales que están siendo implementados como en las razones que han contribuido a su modificación.

II. ¿El fin de la discusión con respecto a la autoridad de aplicación?

En el año 1999 la Ley de Defensa de la Competencia, n° 25.156 (la “LDC”) creó la figura del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (el “TNDC”) como máxima autoridad de la norma, el cual operaría como un organismo autárquico en el ámbito del Ministerio de Economía. Sin embargo, el TNDC nunca fue constituido por el Poder Ejecutivo.

Ante los cuestionamientos presentados a nivel judicial con respecto a la autoridad de la LDC, la Corte Suprema de Justicia de la Nación avaló un sistema de aplicación dual para

la aplicación de la LDC hasta la creación del TNDC.¹ Mediante dos fallos, la Corte consideró que el sistema anterior al dictado de la LDC, por medio del cual la Comisión llevaba a cabo un análisis técnico sobre el control de concentraciones económicas e investigaciones de conductas anticompetitivas y emitía un dictamen a la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía (la “Secretaría de Comercio”), quien posteriormente resolvía, resultaba vigente hasta tanto se constituyese el TDC.

Dicho sistema dual continuó generando una nueva serie de problemas, en tanto la LDC se encontraba redactada contemplando la existencia de una sola autoridad, mientras que en la práctica las funciones atribuidas por la ley debían dividirse entre la Comisión y la Secretaría de Comercio.

Este escenario se agravaría en 2014 con la modificación parcial de la LDC por la ley 26.993 (la “Ley Modificatoria”), la cual estableció que el Poder Ejecutivo designaría a una autoridad de aplicación de la LDC, la cual sería “asistida” por la Comisión. Bajo la Ley Modificatoria, en la práctica, la totalidad de las facultades procedimentales y de investigación de la Comisión fueron considerablemente disminuidas, reduciendo su alcance de aplicación a acciones limitadas. Sin embargo, a pesar de los cambios introducidos por la Ley Modificatoria, en términos prácticos el sistema dual se mantuvo atento a que, por un lado, la autoridad de aplicación no fue designada oportunamente al ser emitida la Ley Modificatoria y, por el otro, cuando fue designada dos años más tarde (mediante el decreto 718/2016), se terminó eligiendo a la Secretaría de Comercio, reflejando a nivel normativo lo que ya acontecía en la realidad por más de 15 años.

El Proyecto modifica este sistema dual, creando una nueva Autoridad Nacional de la Competencia (la “Autoridad”), como máxima autoridad en temas de defensa de la competencia.

Los miembros de la Autoridad serán designados por el Poder Ejecutivo previo concurso público de antecedentes y oposición ante un Jurado integrado por el Procurador del Tesoro de la Nación, los presidentes de las comisiones de Defensa de la Competencia de ambas Cámaras del Poder Legislativo de la Nación, el Ministerio de Producción de la Nación y los presidentes de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de la Asociación Argentina de Economía Política.

¹ “Credit Suisse First Boston Private Equity Argentina II”, 5/06/2007 (S.C.C. 1216 L. XLI) y “Reactivos Franco s/ apel. resol. CNDC”, 5/06/2007 (SC, R.1172, L. XII).

La Autoridad estará compuesta por tres divisiones: (i) el Tribunal de Defensa de la Competencia (el “Tribunal”); (ii) la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas; y (iii) la Secretaría de Concentraciones Económicas.

El Tribunal de Defensa de la Competencia estará integrado por cinco miembros de los cuales por lo menos dos serán abogados, y otros dos licenciados o con posgrados en ciencias económicas. Este Tribunal estará a cargo de imponer las sanciones previstas en el Proyecto, resolver imputaciones, conceder medidas de prueba, homologar soluciones consensuadas entre las partes de un procedimiento por conducta anticompetitivo, emitir recomendaciones pro-competitivas con respecto a actos legislativos o reglamentos, resolver la aprobación de las concentraciones económicas y llevar a cabo las investigaciones de mercado y estudios que considere pertinentes, entre otras funciones. Asimismo, impondrá las tasas que los individuos y/o las compañías tendrán que abonar al momento de notificar concentraciones económicas. Este rol de toma de decisiones es el que actualmente cumple la Secretaría de Comercio.

El Proyecto prevé que las funciones actuales de instrucción de la Comisión sean asumidas por dos divisiones.

Por un lado, se creará la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas con el objetivo de llevar a cabo investigaciones de conductas anticompetitivas, encontrándose facultada para recibir denuncias, conferir traslados, celebrar audiencias, careos, pericias, realizar allanamientos (con la conformidad de los ocupantes o mediante orden judicial), solicitar medidas cautelares al juez competente, producir prueba, proponer sanciones al Tribunal y llevar a cabo todo tipo de acto conducente a la tramitación de este tipo de investigaciones.

Por su parte, la Secretaría de Concentraciones Económicas tendrá como principal objetivo recibir, tramitar e instruir las notificaciones de concentraciones económicas y las solicitudes de opiniones consultivas presentadas ante la Autoridad. Asimismo, podrá decidir la aprobación de las concentraciones que califiquen para un proceso de revisión “abreviado” o de *fast-track*, cuyos requerimientos deberán ser determinados por el Tribunal.

Por último, el Proyecto crea una nueva autoridad que operará como participante externo del sistema: la Subsecretaría de Fomento de la Competencia. Este organismo operará dentro del ámbito de la Secretaría de Comercio y será designado por el Ministerio de Producción.

Esta Subsecretaría contará con un amplio rango de funciones y facultades, tales como la posibilidad de intervenir en procesos de control de concentraciones económicas como parte interesada, requerir la iniciación de investigaciones ante el Tribunal, emitir informes no vinculantes a la Autoridad, solicitar la colaboración de organismos públicos o de privados interesados, defender o impugnar las resoluciones del Tribunal y llevar a cabo una serie de actividades de abogacía de defensa de la competencia, como entrenamientos o asesoramiento a personas físicas o empresas, entre otras funciones.

Como puede observarse, la Autoridad no dependerá de la Secretaría de Comercio, pero aún existirá cierta influencia de dicho organismo, dado que un intermediario podrá intervenir en los asuntos de competencia, solicitando investigaciones o requiriendo la adopción de ciertas medidas, las cuales deberían luego ser decididas por el Tribunal.

La institucionalización con divisiones de tareas y responsabilidades debidamente asignadas resulta por demás bienvenida, proveyendo al sistema de una previsibilidad con la que no cuenta en virtud de la falta de implementación de reformas anteriores.

III. Una nueva Cámara de Apelaciones

Un camino similar al de la autoridad de aplicación ha sido el que ha atravesado la discusión con respecto a la Cámara de Apelaciones competente. A lo largo de la última década ha existido una gran discusión en torno al organismo competente para decidir en la materia.

Por un lado, se sostuvo que debía decidir la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial y por otro, que debía intervenir la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. Incluso ambas cámaras han dictado sentencias sobre cuestiones de defensa de la competencia.

Esta cuestión fue oportunamente tratada en el año 2014 a través de la Ley Modificatoria, la cual creó la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo que, en teoría, abordaría los asuntos relacionados con el consumo, incluidos casos de defensa de la competencia. Sin embargo, dicha Cámara nunca fue creada y se mantuvo la discrepancia.

El Proyecto busca resolver esta duda y crea una Cámara Nacional de Apelaciones en Defensa de la Competencia, la cual consistirá en una sala especializada dentro del marco de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial.

IV. Tipificación de conductas: la inclusión de participaciones en empresas competidoras

El Proyecto no presenta mayores diferencias con la LDC en lo que refiere a las posibles tipificaciones de las conductas anticompetitivas. En particular, no existen importantes diferencias en lo referente a las conductas unilaterales o de abuso de posición dominante, encontrándose las mayores novedades en lo vinculado a acuerdos con competidores.

En este sentido, puede identificarse a la tipificación de las tenencias o cargos cruzados entre empresas competidoras, como una nueva definición provista en el marco de la defensa de la competencia argentina.

Hasta el momento, las participaciones accionarias en compañías competidoras eran analizadas principalmente como cuestiones relacionadas al control de concentraciones económicas, y no como posibles conductas anticompetitivas. El precedente más significativo en este sentido es el caso *Telecom/Telefónica*,² en el cual la Comisión impuso una multa por notificación tardía al considerar que, aunque no hubiese habido toma de control, si en el caso existía acceso al competidor más relevante, la transacción debía ser notificada para su aprobación en tanto dicho acceso generaba los mismos efectos. Este fue el único caso en donde una consideración de este alcance fue efectuada, pero igualmente generó una discusión sobre el alcance efectivo del control.

El Proyecto enumera, dentro de las posibles infracciones a la norma, a la “participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director o la participación accionaria en dos o más empresas competidoras entre sí”. Si bien la primera sección de la cita resulta clara, ya que puede entenderse que existen conflictos de interés para una persona al detentar cargos en forma simultánea entre competidores, la segunda parte genera una serie de interrogantes con respecto a su aplicación.

En primer término, cabe preguntarse qué es lo que ocurriría en el caso de fondos de inversión que detenten acciones de varias empresas pero que no lleven a cabo decisiones con respecto a la estrategia competitiva de las mismas (a saber, que se conduzcan con directorios independientes).

Asimismo, no resulta evidente cual sería el umbral mediante el cual la tenencia accionaria podría ser considerada como anticompetitiva. El Proyecto no habla de “control”

² Dictamen CNDC n° 835 de fecha 12 de octubre de 2010.

(entiéndase, la toma de decisiones estratégicas de la empresa), lo cual —cumpliéndose con los umbrales de notificación y sin mediar la aplicación de alguna de las posibles excepciones— podría implicar una revisión bajo el régimen de concentraciones económicas, sino de “participación accionaria”. De esta manera, puede interpretarse que el objetivo buscado sería limitar el posible acceso a información confidencial de competidores, sea para coordinar una colusión o bien para poder verificar su cumplimiento.

En tal sentido, también cabría diferenciar entre los escenarios en donde la tenencia accionaria podría otorgar acceso a información que podría ser utilizada en términos competitivos, con respecto a aquellos en los que se trataría de una mera inversión sin posibilidad de influenciar el comportamiento de la empresa competidora ni en los cuales se podría obtener información que resultaría útil para la propia.

En virtud de estos interrogantes, la regulación del Proyecto deberá proveer algún tipo de guía con respecto a los posibles enunciados, a efectos de evitar posibles desinversiones innecesarias o que no resulten violatorias del interés económico general.

V. Conductas colusorias per se

Una de las deficiencias más graves que se ha evidenciado en cuanto a la aplicación de las normas de defensa de la competencia en Argentina ha sido la persecución de carteles, en comparación con las investigaciones referentes a conductas unilaterales o en relación con el control de concentraciones económicas.

Esta dificultad se debe a diversos factores que han imposibilitado a la Comisión contar con los recursos necesarios para descubrir y perseguir de manera efectiva los carteles. Por un lado, un contexto inflacionario apremiante que posicionó como prioridad para las autoridades los asuntos concernientes con la fijación de precios de manera unilateral y, por otro, la devaluación del peso que dio lugar a un incremento de notificaciones de concentraciones económicas, sobrecargando de trabajo a la Comisión. De hecho, las investigaciones de carteles más relevantes que la Comisión ha realizado se remontan al año 2005 con los casos *Cemento*³ y *Oxígeno Líquido*.⁴

³ Dictamen CNDC n° 513 de fecha 25 de julio de 2005.

⁴ Dictamen CNDC n° 510 de fecha 8 de julio de 2005.

En este sentido, la Comisión ha tenido grandes limitaciones en términos de recursos para perseguir a carteles, llegando incluso a recurrir a teorías de paralelismo consciente,⁵ en casos sin bases legales sólidas y cuyas decisiones serían luego revocadas en sede judicial.

Bajo la LDC, no existen conductas anticompetitivas *per se*, dado que se establece que debe existir un daño actual o potencial al interés económico general para que se considere a la conducta como anticompetitiva.

El Proyecto contiene la misma regla, pero incluye ciertas prácticas que se presumen como perjudiciales al interés económico general al ser realizadas entre dos o más competidores, tales como: (i) fijación de precios, (ii) acuerdos de producción o cuotas de comercialización o la restricción de dichas actividades con la misma intención, (iii) asignación de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento; y (iv) manipulación de licitaciones. El Proyecto establece que estas conductas serán consideradas como anticompetitivas y, por lo tanto, serán nulas de pleno derecho.

Esta regla *per se* no implica que la Autoridad podrá determinar sin prueba alguna que ha existido una conducta anticompetitiva, sino que —en caso de contar con dicha evidencia— se considerará a la conducta como perjudicial al interés económico general. Esto generará una mayor carga probatoria, la cual —conforme se analizará a continuación— se buscará facilitar a la autoridad.

VI. La creación del régimen de clemencia

Conforme fuera mencionado, a lo largo de los últimos años la persecución de carteles ha sido prácticamente nula, en virtud de la falta de recursos necesarios para dicha tarea. El Proyecto busca solucionar este problema mediante la implementación del instituto de la clemencia, herramienta de delación que ha resultado efectiva a nivel internacional. Si bien en el año 2010 la Comisión había propuesto una modificación de la LDC para incorporar este procedimiento, nunca se lograron avances significativos a favor de su implementación.

⁵ Por paralelismo consciente deben entenderse aquellas prácticas colusorias que se realizan sin comunicación entre los competidores. El principal obstáculo en estas interpretaciones radica en la producción de la prueba que acredite este tipo de conducta. Conforme analiza MOTTA (2004): “Observar que los precios se mueven de manera similar no es suficiente para establecer que las empresas sean culpables de colusión. Shocks externos comunes tales como el incremento de precios de materia prima a todos los proveedores o una suba de la inflación o un incremento en precios de propiedades probablemente llevarán a que todos los vendedores incrementen sus precios proporcionalmente, sin que ello implique que estén coludiendo”.

El Proyecto establece un régimen de clemencia (el “Programa”), con dos escenarios diferentes para las partes infractoras en conductas colusorias: (i) exención o (ii) reducción, dependiendo de la adecuación a los requisitos establecidos en la norma, estableciendo la diferencia la rapidez con la que se presenten las partes a proveer la información al Tribunal.

Conforme el Proyecto, los infractores deben cumplir todos y cada uno de los siguientes requisitos para poder obtener una exención de las sanciones: (i) ser el primero, entre los involucrados en la conducta, en proveer información y aportar elementos de prueba, tanto en el caso en que la autoridad aún no hubiese iniciado la investigación como en el caso en que la haya iniciado pero hasta la fecha de la presentación de la solicitud no contase con evidencia suficiente; (ii) cesar de forma inmediata su accionar, excepto que a juicio del Tribunal —y con el fin de preservar la investigación— se determine lo contrario; (iii) cooperar plenamente de manera continua y diligentemente con el Tribunal hasta la conclusión del procedimiento; y (iv) no destruir, falsificar u ocultar pruebas de la conducta anticompetitiva, ni divulgar su intención de acogerse al presente beneficio, salvo que sea a otras autoridades de competencia.

Nótese que, si bien en versiones anteriores del Proyecto se establecía un requisito adicional, a saber, que la empresa solicitante no fuera la “líder” de la conducta anticompetitiva, éste requisito no fue incluido en la versión remitida al Poder Legislativo. Dicha eliminación puede atribuirse a la posible dificultad en determinar si una empresa realmente pudo haber sido líder o no en un acuerdo en el cual —por definición— busca generarse la menor cantidad de pruebas y registros posibles.

Aquellas partes que no fueran las primeras en aplicar para obtener el beneficio de exención del Programa podrán requerir una reducción de las sanciones, siempre que satisfagan los restantes requisitos y aporten a la investigación elementos de convicción adicionales a los que ya cuente el Tribunal. El Proyecto establece que la reducción puede variar entre un 20% y 80% del máximo de la sanción aplicable. El monto de reducción será determinado por el Tribunal en consideración al orden cronológico de presentación de la solicitud.

El Proyecto también incluye una disposición de “beneficio complementario”, a través del cual aquellas partes que no pudiesen solicitar la exención con respecto a una conducta anticompetitiva, pero que pudieren revelar y reconozcan una segunda conducta anticompetitiva concertada, pueden obtener una exención en esta última y una reducción de un tercio de la sanción o multa, que de otro modo le hubiese sido impuesta por su participación en la primera conducta. Esta modalidad, conocida internacionalmente como “*leniency plus*”, busca generar la participación de empresas multi-producto que pueden estar participando en más de un acuerdo con competidores en diferentes mercados.

Con respecto a su implementación, el Proyecto dispone específicamente que el acogimiento al beneficio de exención o reducción de las sanciones o multas no puede llevarse a cabo conjuntamente por dos o más participantes de la conducta anticompetitiva concertada. Sin embargo, la empresa y sus directores u otros miembros de su personal podrán solicitar la aplicación del Programa de manera conjunta.

Asimismo, el Proyecto también establece que los participantes del Programa no sólo tendrán estos beneficios bajo la normativa de competencia, sino que también obtendrán inmunidad de las sanciones establecidas en los artículos 300 y 309 del Código Penal de la Nación y de las sanciones de prisión que de cualquier modo les pudieran llegar a corresponder por las conductas anticompetitivas informadas.

Por último, el Proyecto establece que en el caso que existieran procesos judiciales posteriores con respecto a las conductas informadas por las partes acogidas por el Programa (a saber, demandas de daños y perjuicios), no se brindará acceso a los documentos o información provistos por los beneficiados procurando salvaguardar su confidencialidad. Esta limitación busca proteger a quienes hayan aplicado al Programa, con el objetivo de evitar un escenario en donde dichas personas obtengan inmunidad de las multas o sanciones administrativas, pero que se utilicen los documentos aportados para iniciarles acciones por daños y perjuicios.

La herramienta de la clemencia promete ser una de las novedades más importantes del Proyecto y, en caso de prosperar su implementación, resultará una herramienta vital para la mejora del sistema de detección de carteles del Tribunal.

VII. Mayores sanciones por conductas anticompetitivas

Todos los montos establecidos en la LDC han sido erosionados por las múltiples devaluaciones y procesos inflacionarios que han aquejado a nuestro país desde el año 1999.

Esto resulta evidente al analizar los montos de las posibles multas, que hoy oscilan entre \$10.000 y \$150.000.000. Si bien esos montos solían ser considerados disuasorios en el pasado, hoy pueden ser considerados sumas menores que hasta podrían ser “presupuestados” por empresas interesadas en llevar a cabo actos anticompetitivos.

El Proyecto busca remediar este atraso en la determinación de las multas, estableciendo las siguientes alternativas para su imposición: (i) hasta el 30% del volumen de negocios asociado a los productos o servicios involucrados en el acto ilícito cometido, durante el último ejercicio económico, multiplicado por el número de años de duración de dicho acto, (ii) hasta el 30% del volumen de negocios consolidado a nivel nacional registrado

por el grupo económico al que pertenezcan los infractores, durante el último ejercicio económico; o (iii) el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito cometido. En caso de poder calcularse la multa según dos o más de los criterios establecidos se aplicará la multa de mayor valor.

Finalmente, en caso de no poder determinarse la multa según los criterios establecidos anteriormente, como alternativa podrá ser fijada hasta una suma equivalente a 200.000.000 de Unidades Móviles (unidad de referencia creada por el Proyecto), la cual se irá ajustando de manera anual por el Tribunal. El valor inicial de las Unidades Móviles establecido en el Proyecto es de \$15, por lo que puede observarse que se buscan generar montos máximos mucho más onerosos que los actuales.

Este incremento en las sanciones se ve complementado con un cambio respecto a su pago. El Proyecto elimina el sistema de *solve et repete* que había sido incorporado a la LDC en el 2014 por la Ley Modificatoria, que preveía el pago de las multas para poder acceder a la instancia de apelación. El Proyecto elimina dicha incorporación, por lo que los infractores deberán llevar a cabo el pago únicamente ante la confirmación judicial de las sanciones impuestas.

VIII. Reparación de daños y perjuicios

Han existido muy pocas acciones de daños y perjuicios iniciadas como consecuencia de violaciones a la LDC. Esto puede atribuirse al hecho de que las conductas anticompetitivas (y en particular, la persecución de carteles) no han sido investigadas de manera considerable en los últimos años. Uno de los cambios más significativos del Proyecto es un capítulo específico dedicado a la reparación de daños y perjuicios que incluye diversos cambios al sistema actual.

El Proyecto establece que una vez que la resolución del Tribunal quede firme, la acción de reparación de daños y perjuicios tramitará de acuerdo al proceso sumarísimo y que el juez competente, fundará su fallo en la resolución del Tribunal. Asimismo, el Proyecto también dispone la posibilidad de aplicar una multa civil en favor del damnificado, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso.

Conforme se establece en el Proyecto, cuando más de una persona o compañía sea responsable de la acción dañosa, todos responderán de manera solidaria en el pago de daños y perjuicios o sanciones. Esto resulta de particular relevancia para los participantes de conductas colusorias, en donde cualquiera de los integrantes del cartel será responsable de manera solidaria frente a todos los perjudicados.

En el caso de acciones concertadas con otras personas, se establece como principio general la responsabilidad solidaria de todos los participantes frente a los damnificados (sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondieran).

El Proyecto incluye una disposición específica que regula el escenario de aquellos acogidos por el Programa y establece que podrán ser eximidos o percibir una reducción de su responsabilidad de reparar los daños y perjuicios. Resta por ver si dicho lenguaje será clarificado en discusiones parlamentarias del Proyecto, pero podría interpretarse que la exención o reducción dependerá del grado general de inmunidad garantizado a la compañía.

Dicha regla de inmunidad ante daños y perjuicios tendrá dos excepciones: (i) con respecto a sus compradores o proveedores directos e indirectos y (ii) con respecto a otras partes perjudicadas, únicamente cuando fuera imposible obtener la plena reparación del daño producido de las demás empresas que hubieren estado implicadas en la misma conducta.

IX. Concentraciones económicas: una actualización necesaria

Hasta el momento, el presente artículo se ha enfocado en el régimen de persecución de conductas anticompetitivas, una de las dos principales áreas de acción de todo régimen de defensa de la competencia.

Corresponde, entonces, tratar el otro procedimiento contemplado en la LDC, el análisis de concentraciones económicas, el cual se centra en los posibles riesgos que podrían conllevar ciertas compras o fusiones en los mercados en los cuales tendrán impacto.

La LDC introdujo este sistema en el año 1999, estableciendo el umbral de notificación (a saber, el monto del volumen de negocios de las partes intervinientes) en \$ 200.000.000 a efectos de solo “captar” aquellas transacciones que involucren operaciones económicas de una cierta relevancia económica. Por su parte, se estableció que la excepción de *minimis*,⁶ tanto con respecto al precio local de la transacción como de

⁶ La excepción de *minimis* se encuentra contemplada en el artículo 10 inciso e) de la LDC, siendo aplicable a “las operaciones de concentración económica previstas en el artículo 6° que requieren notificación de acuerdo a lo previsto en el artículo 8°, cuando el monto de la operación y el valor de los activos situados en la República Argentina que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen, cada uno de ellos, respectivamente, los VEINTE MILLONES DE PESOS (\$ 20.000.000), salvo que en el plazo de doce meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho

los activos transferidos, fuera de \$ 20.000.000, evitando de esta manera que participantes grandes del mercado tuvieran que realizar notificaciones por operaciones menores o de mero trámite.

Con respecto a la parte procesal, se estableció un plazo de notificación de hasta una semana luego del cierre de la transacción para llevar a cabo su notificación ante la Comisión, lo cual generó una serie de interrogantes con respecto a los efectos de la operación en cuestión. Ello así atento a que la ley estableció que la misma no tendría efectos entre las partes o terceros hasta tanto fuera aprobada por la Comisión. Esto sería luego aclarado por la opinión consultiva n° 62 de la Comisión, en la cual se determinó que las transacciones podían notificarse luego del cierre de la operación, pero que la posible denegatoria de la Comisión operaría como una condición resolutoria, retro trayendo los efectos de la transacción.

Conforme surge del cuadro que se acompaña a continuación, fueron muy pocas las transacciones efectivamente rechazadas por la autoridad:

Año	Concentraciones presentadas	Aprobaciones	Condicionamientos (conductuales)	Condicionamientos (estructurales)	Observ. cláusulas no competencia	Rechazos
1999	8	8	-	-	-	-
2000	168	165	1	1	1	-
2001	108	105	-	3	-	-
2002	26	24	1	-	-	1
2003	38	35	1	-	1	1
2004	42	38	2	1	1	-
2005	50	44	4	1	1	-
2006	63	60	1	1	1	-
2007	36	34	-	-	-	2
2008	38	35	-	1	2	-
2009	48	44	1	3	-	-
2010	45	37	3	1	3	1
2011	43	37	1	1	4	-
2012	44	39	1	-	4	-
2013	41	36	-	1	4	-
2014	48	45	-	1	2	-
2015	35	30	2	-	3	-

importe, o el de SESENTA MILLONES DE PESOS (\$ 60.000.000) en los últimos treinta y seis meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado”.

2016	60	60	-	-	-	-
Total	941	876	18	15	27	5
(%)		93,09	1,91	1,59	2,87	0,53

Fuente: Estimación propia, en base a antecedentes públicos de la Comisión.

Finalmente, la LDC establecía un plazo reducido de análisis —45 días hábiles, bajo apercibimiento de considerar a la transacción como tácitamente aprobada— el cual no fue seguido por la Comisión en virtud de una interpretación mediante la cual determinaba que el primer pedido de información suspendía el plazo. Esta interpretación conduciría a demoras de más de tres años en la emisión de resoluciones, aún en aquellos casos en donde no existían cuestiones complejas ni identidad en las actividades de las partes sujetas a la transacción.⁷

Las razones de la demora pueden rastrearse en la gran cantidad de expedientes que fueran iniciados en los últimos años de la primera década del siglo, fruto de las devaluaciones y procesos inflacionarios que convirtieron al umbral de \$ 200.000.000 en una unidad de medida obsoleta. Sumado a ello la poca presión que tenía la autoridad para emitir resoluciones, atento a que las transacciones eran notificadas luego del cierre de la operación. Conforme puede observarse del cuadro acompañado, estas demoras no implicaron necesariamente un alto nivel de intervención o rechazo de operaciones, sino que por el contrario, alrededor del 95% fueron aprobadas sin condicionamiento alguno.

Una de las modificaciones más importantes introducidas por el Proyecto es la creación de un nuevo sistema de control de concentraciones económicas, que (i) incrementa los montos, tanto del volumen de negocios de las empresas afectadas, como para la excepción de *minimis*, (ii) busca reducir los tiempos de revisión, y (iii) establece un sistema suspensivo.

El Proyecto modifica el umbral de notificación mediante el uso de Unidades Móviles, que serán actualizadas de manera continua. De esta manera, el nuevo umbral se encontraría alcanzado si el grupo comprador y la compañía objeto poseen un volumen de negocios de 150.000.000 Unidades Móviles (estableciéndose el valor inicial de la Unidad Móvil en \$15), incrementando el umbral a un monto acorde a su función principal: captar a aquellas transacciones que impliquen operadores económicos de importante cuantía.

⁷ Para mayor abundamiento, se remite al trabajo de GRECO, E. y otros (2012).

La misma actualización tiene lugar con respecto a la excepción de *minimis*, que ahora resulta aplicable si (i) el monto de la operación y el valor de los activos situados en el país que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen, cada uno de ellos, la suma resultante de 20.000.000 de Unidades Móviles; y (ii) de cumplirse la anterior condición, si las empresas involucradas no hubiesen llevado a cabo operaciones en el mismo mercado relevante por 20.000.000 de Unidades Móviles en los últimos doce meses o por 60.000.000 de Unidades Móviles en los últimos treinta y seis meses.

Como se ha mencionado, el Proyecto también establece un régimen suspensivo en el cual las partes no podrán cerrar la transacción sin contar con la aprobación del Tribunal. Este punto implica una gran diferencia con el sistema actual, en el cual las partes pueden cerrar la transacción y notificar a la autoridad hasta una semana después de dicho cierre.

Como consecuencia de este sistema suspensivo, el Proyecto establece sanciones para los casos en los que las partes cierran la operación sin contar con aprobación del Tribunal (conocidas a nivel internacional como *gun jumping*). Dicha circunstancia será pasible de una multa diaria de hasta un 0,3% del volumen de negocios consolidado a nivel nacional registrado por el grupo económico al que pertenezcan los infractores, durante el último ejercicio económico y, en caso de no poder determinarse dicho monto, una multa diaria de hasta 750.000 Unidades Móviles. La multa será determinada por el Tribunal desde el vencimiento de la obligación de notificar una concentración económica o desde que se perfecciona la toma de control sin autorización de la Autoridad.

Sin embargo, cabe señalar que, conforme a las disposiciones transitorias del Proyecto, el régimen suspensivo se hará efectivo un año después de la promulgación de la ley, con la finalidad de otorgar suficiente tiempo a la Autoridad a finalizar con el cúmulo de procesos de concentraciones económicas con los que cuenta y poder adaptarse al nuevo sistema de manera efectiva.

El Proyecto también incorpora novedades sobre los tiempos de tramitación de estos expedientes, estableciendo que la Autoridad emitirá su decisión dentro de los 45 días, con una extensión de 120 días adicionales en caso que la transacción necesitase mayor escrutinio. Transcurrido dicho plazo sin mediar resolución, la operación se tendrá por autorizada tácitamente, contemplándose en el Proyecto que la reglamentación implementará un mecanismo mediante el cual se certifique el cumplimiento de estos plazos.

En lo que concierne al análisis propiamente dicho, resulta bienvenida la referencia a una posible reglamentación de un proceso sumario para aquellas concentraciones que el Tribunal considerase con menor probabilidad de resultar perjudiciales al interés económico general. Si bien no se proveen mayores detalles, resultaría lógico que las transacciones de

conglomerado (aquellas en donde no existen superposición de mercados a nivel horizontal ni vertical) califique bajo este procedimiento abreviado.

Asimismo, se incorpora como novedad que, cuando el Tribunal considere que la transacción podría generar un perjuicio al interés económico general, deberá convocar a las partes involucradas a una audiencia especial para considerar las posibles acciones remediales que mitiguen el efecto negativo sobre la competencia. A su vez, el Tribunal emitirá una resolución detallando los problemas competitivos que pueden observarse en la transacción.

Finalmente, el nuevo sistema también incluye un mecanismo que permite a los terceros presentar sus comentarios sobre la concentración económica en cuestión. Estas observaciones serán notificadas a las partes para que puedan expedirse con respecto a las mismas. Por su parte, se establece específicamente que la Autoridad no se encontrará obligada a resolver respecto de las presentaciones realizadas por terceros.

Esta posibilidad de que los terceros manifiesten sus reparos u observaciones sobre la transacción en análisis implica un importante avance con respecto al sistema actual, en donde ni siquiera existe publicidad de los procedimientos bajo trámite, encontrándose gravemente limitada la posibilidad de personas afectadas por la transacción a participar en estos procesos.

X. Observaciones finales

Como se ha analizado a lo largo de este artículo, la aplicación de la normativa de defensa de competencia en Argentina ha demostrado deficiencias graves a lo largo del tiempo, provocadas por diversos factores, tales como: la distorsión de las razones para el uso de la defensa de la competencia, el incremento acelerado de la cantidad de concentraciones económicas, la correspondiente disminución de los recursos asignados para una efectiva persecución de carteles y la falta de consenso en cuestiones básicas tales como la autoridad de aplicación de estas normas.

El Proyecto procura solucionar la mayoría de los problemas suscitados en la última década, al buscar crear una autoridad independiente, incrementar el interés y las herramientas necesarias para la persecución de carteles, aumentar las sanciones, implementar un programa de clemencia, adoptar un sistema específico con respecto a la reparación de daños y perjuicios y aliviar la carga del proceso actual, excesivamente burocrático en los procedimientos de concentraciones económicas. La redacción del Proyecto claramente denota un conocimiento de los problemas actuales en la implementación de la LDC, siendo bienvenido este emprendimiento asentado en la realidad.

Sin embargo, como también se ha demostrado, ya han existido esfuerzos previos que han intentado resolver dichos asuntos creando nuevas instituciones que nunca terminaron de ser implementadas en la práctica. El camino hacia una nueva ley de defensa de la competencia comienza a vislumbrarse; resta observar si efectivamente podrán alcanzarse los objetivos buscados por el Proyecto.

Bibliografía

GRECO, E. y otros (2012) *El control de Fusiones y Adquisiciones en Argentina (1999-2011): Indicadores de desempeño*, Buenos Aires, GPR Economía. Disponible en <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/41890/>.

MOTTA, M. (2004) *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press.